Thèse

Pour obtenir le grade de

Docteur de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de l'Université de Bucarest

(programme de cotutelle)

Discipline : Droit privé/Droit européen

Présentée et soutenue par

Flavius Alexandru BOAR

Le 25 octobre 2019

Une eurohypothèque comme garantie immobilière indépendante. Tendances internes et supranationales

Directeurs de thèse :

Monsieur Laurent AYNÈS - Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Madame Elena-Simina TANASESCU - Professeure à l'Université de Bucarest

Jury :

Monsieur Dimitri HOUTCIEFF	Professeur, Université d'Évry/Universite Paris-Saclay	Rapporteur
Monsieur Vincent SAGAERT	Professeur, KU Leuven	Rapporteur
Madame Yvonne FLOUR	Professeure, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne	Examinateur
Monsieur Philippe DUPICHOT	Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne	Examinateur
Monsieur Flavius Antoniu BAIAS	Professeur, Université de Bucarest	Examinateur
Madame Elena-Simina TANASESCU	Professeur, Université de Bucarest	Codirectrice de thèse
M. Laurent AYNÈS	Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne	Codirecteur de thèse

IRJS – Institut de Recherches Juridiques de la Sorbonne

Institut André TUNC

Şcoala Doctorală a Facultății de Drept din Universitatea din Bucureşti

EDDS – Ecole Doctorale de Droit de la Sorbonne

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.

À ma famille ainsi qu'aux proches qui m'ont soutenu et encouragé pendant cette période

Remerciements

Je tiens à remercier Madame Elena-Simina TANASESCU, Professeure à l'Université de Bucarest, ainsi qu'à Monsieur Laurent AYNÈS, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, qui m'ont initié dans les rigueurs académiques. Leur disponibilité permanente et leurs brillantes intuitions m'encadrèrent avec gentillesse tout au long de mes travaux. Je suis également très reconnaissant à Madame Yvonne FLOUR, Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, qui a suivi mes recherches avec délicatesse depuis plus de cinq années. J'adresse aussi tous mes remerciements à Monsieur Dimitri HOUTCIEFF, Professeur à l'Université Paris-Saclay/Université d'Évry Val-d'Essonne, et à Monsieur Vincent SAGAERT, Professeur à l'Université KU Leuven, dont les thèmes de recherches ont fortement inspiré ma thèse, pour l'honneur qu'ils m'ont fait en acceptant d'être ses rapporteurs. J'exprime, par ailleurs, ma gratitude à Monsieur Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et à Monsieur Flavius Antoniu BAIAS, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest, qui ont bien voulu être mes examinateurs et faire partie de mon jury de soutenance, ainsi qu'à Monsieur Valeriu STOICA et à Monsieur Mihai SANDRU, Professeurs à l'Université de Bucarest, qui ont pris leurs temps pour me fournir de précieux conseils lors des phases initiales de ma thèse. Je tiens aussi à remercier Monsieur Damien BOUVIER et Madame Rhoda SERBAN, Secrétaires Généraux du Collège Juridique Franco-Roumain d'Etudes Européennes de Bucarest. Grace à eux j'ai pu concilier recherches et enseignements durant cette période. Enfin, je souhaite exprimer ma gratitude à Alexis FOURMONT, mon ancien collègue du Collège Juridique, qui m'a fourni des conseils de rédaction et a répondu aux questions quotidiennes dont je l'accablais sur ce sujet.

Une eurohypothèque comme garantie immobilière indépendante.

Tendances internes et supranationales

Résumé

Le concept d'une hypothèque indépendante intervient comme référence par rapport à laquelle se délimitent, en droit français, comme dans le système roumain, les inflexions accessoires consacrées de la garantie. Il est également au cœur des recherches qui proposent une eurohypothèque calquée sur son modèle, au titre des règles du marché intérieur. Selon celles-ci, les dérogations accessoires reconnues dans les législations réfractaires à sa technique rendent la sûreté, de toute façon, presque tout aussi autonome. Or, la possibilité de stipuler une hypothèque sur première demande, parfois tentée dans les opérations bancaires, dépend justement de la mesure du rapprochement entre, par exemple, les hypothèques rechargeables et une garantie autonome proprement-dite. Toutefois, rien ne laisse entendre un abandon des réticences traditionnelles envers la technique. Les évolutions similaires en matière de garanties personnelles n'ont, en effet, pas dû affronter le *numerus clausus* des droits réels. Au moins, les démonstrations requises par cette conclusion ont déduit les représentations nécessaires pour intégrer dans la dépendance accessoire de la sûreté ses apparentes émancipations contemporaines. Ensuite, les impératifs de libre circulation paraissent assez spéculatifs en cette matière. Vu qu'ils ne sauraient être considérés exclusivement favorables au créancier hypothécaire, leur invocation dans ce contexte impliqueraient de quantifier les conséquences de la logique accessoire sur le crédit international. En fin de compte, cela signifie qu'une intervention règlementaire des institutions européennes, reportée depuis quelques décennies déjà, serait la seule à même de supprimer tout aléa sur la légitimité du concept.

Mots-clés: hypothèque indépendante, rechargement, nature accessoire, inopposabilité des exceptions, circulation des capitaux, reconnaissance mutuelle, compétence europeenne

The eurohypothec as an abstract immovable security.

Internal and supranational tendencies.

Abstract

The concept of a non-accessory civil-law mortgage comes up often as a reference in relation to which digressions from the accessory nature of this security are constantly outlined in French and Romanian law. It is also the centrepiece of studies

proposing a Eurohypothec shaped on its pattern, based on the imperatives of the internal market. According to these, the exceptions enshrined in the national legislations that were initially rebuffing its technique are causing classic accessory mortgages to become almost just as autonomous. And indeed, the possibility to agree, in these systems, upon a hypothec against whom exceptions deduced from the covered claim are not opposable depends precisely on the similarities between, for instance, the hypothèque rechargeable and an actual independent guarantee. However, nothing suggests an abandoning of the traditional reserves against this exotic figure. Similar evolutions in personal security law were precisely not in contradiction with the numerus clausus of property rights. Nonetheless, the arguments employed to reach this conclusion have allowed to integrate the recent evolutions in the legal framework of the hypothec into the dogmatic of its accessory nature. Also, the imperatives of the economic freedoms of movement seem rather speculative in this respect. Their interplay in favour of the Eurohypothec implies precisely quantifying the impact of the accessory principle upon international financing. In the end, this means only a long-awaited legislative intervention by the European institutions would clear all possible doubts over the validity of this concept.

Keywords: non-accessory hypothec, rechargement, accesory nature, non-invocability of exceptions, capital movements, mutual recognition, European competence

O ´euroipotecă´ propusă ca garanție imobiliară autonomă.

Tendințe interne și supranaționale

Rezumat

Noțiunea unei ipoteci autonome apare adesea ca referință în raport de care se delimitează, în dreptul francez și în sistemul românesc, devierile consacrate de la logica accesorie a garanției. Ea se găsește și la baza cercetărilor care propun o ´euro-ipotecă´ pe modelul său, în temeiul regulilor pieței europene. Conform acestor studii, derogările de la natura accesorie recunoscute în legislațiile refractare la tehnica ipotecilor autonome apropie, oricum, garanția de angajamentele abstracte. Or, posibilitatea stipulării unei ipoteci față de care excepțiile creanței să nu fie opozabile, uneori încercată în operațiunile bancare, depinde tocmai de măsura apropierii între, de exemplu, ipotecile menținute în folosul unei noi obligații și garanțiile propriu-zis autonome. Totuși, nimic nu sugerează că s-ar fi abandonat reticențele tradiționale împotriva acestei tehnici. Evoluțiile asemănătoare din materia garanțiilor personale s-au bazat, într-adevăr, pe regimul mult mai flexibil

recunoscut acestora din urmă. Cel puțin, pe plan dogmatic, raționamentele utilizate pentru atingerea acestei concluzii au dedus reprezentările necesare pentru integrarea emancipării contemporane a garanției în natura sa accesorie. De asemenea, imperativele liberei circulații par destul de speculative în această materie. Având în vedere că nu pot fi considerate favorabile strict intereselor creditorului ipotecar, invocarea lor în folosul proiectelor pentru o ´euro-ipotecă´ ar presupune cuantificarea consecințelor logicii accesorii asupra creditelor internaționale. Aceasta înseamnă, în concluzie, că o intervenție normativă a instituțiilor europene, amânată de câteva decenii deja, ar fi singura de natură a elimina incertitudinile teoretice asupra legitimității conceptului.

Cuvinte-cheie: ipotecă autonomă, menținere, natură accesorie, inopozabilitatea excepțiilor, circulația capitalurilor, recunoaștere mutuală, competență europeană

Abréviations

1.	§	paragraphe
2.	al.	alinéa
3.	art.	article
4.	Ass. plèn.	Assemblée plénière
5.	B.G.B.	Code civil allemand
6.	c.	contre
7.	CA	Cour d'Appel
8.	C.civ.	Code civil français
9.	C.civ.roum.	Code civil roumain
10.	C.mon.fin.	Code monétaire et financier
11.	Ch. mixte	Cour de Cassation française, chambre mixte
12.	Civ.	Cour de Cassation française, chambre civile
13.	Civ. 1re	Cour de Cassation française, première chambre civile
14.	Civ. 2ème	Cour de Cassation française, deuxième chambre civile
15.	Civ. 3ème	Cour de Cassation française, troisième chambre civile
16.	Cass. req.	Cour de Cassation française, chambre des requetés
17.	C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
18.	C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés Européennes
19.	C.J.U.E.	Cour de Justice de l'Union Européenne
20.	*comp.*	à comparer avec
21.	comm.	commentaire
22.	concl.	conclusions

23. coord.	coordonnateur
24. *contra*	pour l'opinion contraire
25. dir.	sous la direction de
26. éd.	éditeurs
27. *infra*	ci-dessous
28. *idem*	dans le même document
29. *ibidem*	au même endroit
30. n.	note
31. not.	notamment
32. obs.	observations
33. pp.	pages
34. par ex.	par exemple
35. *passim.*	en divers endroits du texte
36. s.	suivantes
37. spéc.	spécialement
38. *supra*	ci-dessus
39. t.	tome
40. TGI	Tribunal de Grande Instance
41. T.F.U.E.	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
42. T.C.E.	Traité instituant la Communauté Européenne
43. Trib. civ.	Tribunal civil
44. T.U.E.	Traité sur l'Union Européenne
45. v.	voir

Abréviations des intitulés de revues

1.	AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires
2.	AUB-D	Analele Universității din București Seria Drept
3.	Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
4.	Cah. dr. europ.	Cahiers de droit européen
5.	Contrats, conc., consom.	Contrats Concurrence Consommation
6.	D.	Recueil Dalloz
7.	D. aff.	Dalloz affaires
8.	D.P.	Dalloz Périodique
9.	Defrénois	Répertoire Defrénois (Lextenso)
10.	Dr. et patri.	Droit et patrimoine (Lamy)
11.	EdinLR	Edinburgh Law Review
12.	ELJ	European Law Journal
13.	EPLJ	European Property Law Journal
14.	ERPL	European Review of Private Law
15.	Europe	Revue Europe
16.	GP	Gazette du Palais
17.	IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
18.	J. P.	Journal du Palais
19.	J. T.	Journal des tribunaux (Belgique)
20.	JCP	Juris-Classeur Periodique (La Semaine Juridique LexisNexis)
21.	JCP G	Juris-Classeur Periodique Edition Générale
22.	JCP CI	Juris-Classeur Periodique Edition Commerce et Industrie
23.	JCP E	Juris-Classeur Periodique Edition Entreprise et Affaires
24.	JCP N	Juris-Classeur Periodique Edition Notariale et Immobilière
25.	JDI	Journal de droit international "Clunet" (LexisNexis)
26.	Journ. not. et av.	Journal des notaires et des avocats
27.	Ju S	Juristische Schulung
28.	*Jur. gén.*	Dalloz. Jurisprudence générale
29.	LPA	Les Petites Affiches (Lextenso)

30. M-EPLI Maastricht European Private Law Institute
31. NI Notarius International
32. NZ Österreichische Notariatszeitung
33. RabelsZ Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
34. RD bancaire et bourse Revue de droit bancaire et de la bourse
35. RD banc. fin. Revue de droit bancaire et financier
36. RDC Revue des contrats (Lextenso)
37. Rev. crit. DIP Revue critique de droit international privé
38. Rev. dr. com. Revista de Drept Comercial (Roumanie)
39. Rev. int. dr. ec. Revue internationale de droit économique
40. RGL Recueil général des lois et des arrêts
41. RHD Revue d'Histoire du Droit
42. RIW Recht der Internationalen Wirtschaft
43. RJDA Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
44. RJEP Revue juridique de l'économie publique
45. RJT Revue juridique Thémis (Canada)
46. RCLJ Revue critique de législation et de jurisprudence
47. RD Revista Dreptul
48. RLDA Revue Lamy Droit des Affaires
49. RLDC Revue Lamy Droit Civil
50. RRDP Revista Română de Drept Privat
51. RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil
52. RTD com. Revue trimestrielle de droit commercial
53. RTD eur. Revue trimestrielle de droit européen
54. S. Recueil Sirey
55. Va. L. Rev. Virginia Law Review
56. WM IV Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
57. YLJ The Yale Law Journal
58. ZfIR Zeitschrift für Immobilienrecht
59. ZVglRWiss Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Ouvrages et articles cités par le nom des auteurs

A. Manuels et encyclopédies académiques

1. Guy AMLON, JurisClasseur Procédures collectives, fasc. 2383: «Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. Créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles», 14 février 2018, LexisNexis

2. Charles AUBRY/Charles-Fréderic RAU, «Droit civil français. Tome III. Servitudes réelles. Privilèges. Hypothèques», 7e édition par Paul ESMEIN/André PONSARD, Litec, Paris, 1968

3. Laurent AYNÈS/Pierre CROCQ, «Les sûretés. La publicité foncière», 8e édition, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Droit Civil, 2014, Paris

4. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE/Paul De LOYNES, «Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et de l'expropriation forcée», 3e édition, Libraire de la société du recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1906

5. Fritz BAUR/Jürgen F. BAUR/Rolf STÜRNER, «Sachenrecht», 18. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. BECK, München, 2009

6. Manuella BOURASSIN/Vincent BRÉMOND, «Droit des sûretés», 6e édition, Coll. Sirey Université, Sirey, 2017

7. Wolfgang BREHM/Christian BERGER, «Sachenrecht», 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006

8. Michel CABRILLAC/Christian MOULY/Séverine CABRILLAC/Philippe PÉTEL, «Droit des sûretés», 9e Edition, Coll. Les Manuels, LexisNexis, Litec, Paris, 2010

9. Olivier CACHARD, «Droit international privé», 4e Edition, Coll. Paradigme, Larcier, Bruxelles, 2015

10. Loïc CADIET/François LEBORGNE, JurisClasseur Civil Code, Art. 1689 à 1695 - fasc. 30: «Vente. Transport des créances et autres droits incorporels. Cession de créance. Effets», 23 mars 2016, LexisNexis

11. Ambroise COLIN/Henri CAPITANT, «Cours élémentaire de droit civil français», Tome 2ème, Dalloz, Paris, 1915

12. Thierry GRANIER/Paul Le CANNU/Richard ROUTIER, «Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Titrisation», 8e Edition, Coll. Précis, Dalloz, Paris, 2010

13. Dimitri HOUTCIEFF, JurisClasseur Notarial Répertoire, Vo «Hypothèques» - fasc. 50: «L'hypothèque rechargeable», date de la dernière mise à jour: 11 décembre 2013 et JurisClasseur Civil Code, Art. 2421 à 2423 - fasc. 20: «L'hypothèque rechargeable», date de la dernière mise à jour: 25 mars 2015, LexisNexis

14. Jean-Philippe LÉVY/André CASTALDO, «Histoire du droit civil», 2e édition, Coll. Droit Privé, Précis, Dalloz, Paris, 2010

15. Gabriel MARTY/Pierre RAYNAUD/Philippe JESTAZ, «Les sûretés. La publicité foncière», Sirey, Paris, 1987

16. Jean-Pierre MATTOUT, «Droit bancaire international», 4e Edition, Revue Banque Edition, Paris, 2009

17. Pierre MAYER/Vincent HEUZÉ, «Droit international privé», 11ème édition, L.G.D.J., Précis Domat Droit privé, Paris, 2014

18. Henri et Léon MAZEAUD/Jean MAZEAUD/François CHABAS, «Leçons de droit civil. Sûretés. Publicité foncière», Tome III, Premier volume, 7e édition par Yves PICOD, Montchrestien, Paris, 1999

19. Jacques MESTRE/Emmanuel PUTMAN/Marc BILLIAU, «Droit commun des sûretés réelles», Coll. Traité de droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996 (cité "J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles»")

20. Jacques MESTRE/Emmanuel PUTMAN/Marc BILLIAU, «Droit spécial des sûretés réelles», Coll. Traité de droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996 (cité "J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles»")

21. Marian NICOLAE, «Tratat de publicitate imobiliară. Vol. II. Noile cărţi funciare», 2e édition, Universul Juridic, Bucureşti, 2011

22. Marcel PLANIOL/Georges RIPERT, «Traité pratique de droit civil français», tome XII «Les sûretés réelles» par Etienne Becqué, 2e édition, L.G.D.J., Paris, 1953 (cité "M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué")

23. Marcel PLANIOL/Georges RIPERT, «Traité pratique de droit civil français», tome XIII «Les sûretés réelles» par Etienne Becqué, 2e édition, L.G.D.J., Paris, 1953 (cité "M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XIII par E. Becqué")

24. Philippe SIMLER/Philippe DELEBECQUE, «Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière», 7e édition, Coll. Précis, Dalloz, Paris, 2016

25. Philippe THÉRY, «Sûretés et publicité foncière», 2e édition, Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 1998

26. Louis VOGEL, «Droit européen des affaires», Précis Dalloz. Droit Privé, 2013

27. *Collectif*, «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée. Noul Cod civil», Coll. La lettre des lois, Dalloz/Juriscope, Paris, 2013, pp. 1-748 (cité "«Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée»")

B. Thèses et ouvrages spécialisés

1. Bram AKKERMANS, «The Principle of *Numerus Clausus* in European Property Law», Intersentia, *Ius Commune Europaeum*, Cambridge, 2008

2. Jean-Jacques ANSAULT, «Le cautionnement réel», thèse, Université de Toulouse, 1952

3. Michel DAGOT, «L'hypothèque rechargeable», Coll. Carré Droit, LexisNexis, Litec, Paris, 2006

4. Corine DAUCHEZ, «Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles», thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2013

5. Philippe DUPICHOT, «Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés», thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, 2005

6. August EGGER, «Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht», Verlag von M. und H. Marcus, Breslau, 1903

7. Matthias FERVERS, «Hypothèque rechargeable und Grundschuld», Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 289, Mohr Siebeck, 2013

8. Yvonne FLOUR, «L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé», thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1977

9. Charles GIJSBERS, «Sûretés réelles et droit des biens», Recherches juridiques, Economica, Paris, 2015

10. Gilles GOUBEAUX, «La règle de l'accessoire en droit privé», Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969

11. Erik van den HAUTE, «Harmonisation européenne du crédit hypothécaire: perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen», thèse, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Collection de la Faculté de Droit - Université Libre de Bruxelles, 2010

12. Eva-Maria KIENINGER, «Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt – Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten», Nomos, Baden-Baden, 1996

13. Steffen KIRCHER, «Grundpfandrechte in Europa: Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte unter besonderer Beachtung der deutschen, französischen und englischen Rechtsordnung», 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2004

14. Bernard MAUBRU, «La transmissibilité de l'hypothèque», thèse, Université Toulouse 1, 1974

15. Christian MOULY, «Les causes d'extinction du cautionnement», thèse, Université de Montpellier, Litec, 1979

16. Vincent MAZEAUD, «L'obligation de couverture», IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, Tome 27, Paris, 2010

17. Alin-Adrian MOISE, «Regimul juridic al privilegiilor și al ipotecilor imobiliare», Biblioteca de Drept Privat, Tomul 26, Universul Juridic, București, 2015

18. André PRŰM, «Les garanties à première demande: essai sur l'autonomie», thèse, Université de Montpellier I, Litec, 1994

19. Philippe SIMLER, «Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires», LexisNexis, Traités, 5ème édition, Paris, 2015

20. Pedro Caro De SOUSA, «The European Fundamental Freedoms. A contextual approach», Studies in European Law, Oxford University Press, 2015

21. Otmar STÖCKER, «Die Eurohypothek – Zur Bedeutung eines einheitlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrechts für den Aufbau eines « Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekarkredit » mit einer Darstellung der Verwendung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekarkreditpraxis sowie des französischen, spanischen und

schweizerischen Hypothekenrechts», Duncker & Humblot, Berlin, 1992 (cité "O. Stöcker, «Die Eurohypothek»")

22. Radu RIZOIU, «Contractul de ipotecă în Noul Cod Civil», Universul Juridic, Biblioteca de Drept Privat, Tomul 27, București, 2015, pp. 1-544

23. Peter Von WILMOWSKY, «Europäisches Kreditsicherungsrecht. Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag», Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Beiträge zum ausländischen- und internationalen Privatrecht 60, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996

24. Gabriele WUNSCH, «Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits. Problemanalyse und Lösungswege für die Schaffung eines Binnenmarktes für Grundpfandrechte unter Berücksichtigung des deutschen, englischen, schwedischen und spanischen Rechts», IPRax, Gieseking Verlag, 2009

C. Chapitres d'ouvrages collectifs

1. Augustin AYNÈS, *Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui*, dans «Liber Amicorum Christian Larroumet», Economica, Paris, 2010

2. Jürgen BASEDOW, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013 [cité "J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*"]

3. Esther ESPADA-MUŃIZ, *Lignes directrices de la reforme espagnole du marché hypothécaire par la Loi 41/2007 du 7 décembre 2007*, dans «Liber Amicorum Christian Larroumet», Economica, Paris, 2010

4. Vincent HEUZÉ, *De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, dans «Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde», Dalloz, 2005

5. Pierre MAYER, *La reconnaissance: notions et méthodes*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013

6. Sergio NASARRE-AZNAR, *The need for the integration of the mortgage market in Europe*, dans Sjef van ERP/Arthur SALOMONS/Bram AKKERMANS (coord.), «The Future of European Property Law», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2012

7. Etienne PATAUT, *Le renouveau de la théorie des droits acquis*, dans «Travaux du Comité français de droit international privé, années 2006-2008», Editions A. Pedone, Paris, 2009

8. Vincent SAGAERT, *Harmonization of Security Rights on Immoveables: An Ongoing Story*, dans Arthur HARTKAMP/Martijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Chantal MAK/Edgar du PERRON (coord.), «Towards a European Civil Code», Fourth Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, Nijmegen, 2011

9. Christoph SCHMID, *C-4. Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec*, dans Agnieszka DREWICZ-TUŁODZIECKA (coord.), «Basic Guidelines for

a Eurohypothek. Outcome of the Eurohypothec workshop», Fondation Polonaise du Crédit Hypothécaire, Varsovie, 2005

10. Otmar STÖCKER, *C-2. The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, dans Agnieszka DREWICZ-TUŁODZIECKA (coord.), «Basic Guidelines for a Eurohypothek. Outcome of the Eurohypothec workshop», Fondation Polonaise du Crédit Hypothécaire, Varsovie, 2005 (cité: "O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*")

11. Stephen WEATHERILL, *European Private Law and the Constitutional Dimension*, dans Fabrizio CAFAGGI (ed.), «The Institutional Framework of European Private Law», Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, 2006

12. Hans G. WEHRENS, *Real security regarding immovable objects – Reflections on a Euro-Mortgage*, dans Arthur HARTKAMP/Martijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Carla JOUSTRA/Edgar du PERRON/Muriel VELDMAN (coord.), «Towards a European Civil Code», Third Fully Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, Nijmegen, 2004

13. Joseph Halevi Horowitz WEILER, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Content in the Evolution of the Free Movement of Goods*, dans Paul CRAIG/Grainne de BÚRCA (eds.), «The Evolution of EU Law», Oxford, Oxford University Press, 1999

D. Articles publiés

1. Bram AKKERMANS/Eveline RAMAEKERS, *Free Movement of Goods and Property Law*, 28 mai 2011, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1617182 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1617182, M-EPLI Working Paper 26/2011

2. Bram AKKERMANS, *Property Law and the Internal Market*, 20 juillet 2009, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1436496 (cité: "B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*")

3. Mathias AUDIT, *Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois*, JDI nº 4, Octobre 2006, doctr. 15

4. Jürgen BASEDOW, *Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, RabelsZ nr. 59/1995, pp. 1-54

5. Jürgen BASEDOW, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, ERPL, Volume 1 (2001), pp. 35-49 (cité "J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*")

6. Pierre CALLÉ/Paolo PASQUALIS/Patrick WAUTELET/Cyril NOURISSAT, *Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, LPA 4 avril 2012, nº 68, p. 6

7. Benoît DELAUNAY, *Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres*, RJEP, nº 668, 2009, étude 11

8. Philippe DUPICHOT, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, Dr. et patri. 2010, nº 192, pp. 68-74 (cité "Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*")

9. Jérôme FRANÇOIS, *L'obligation de la caution réelle (à propos des arrêts rendus le 15 mai 2002 par la première Chambre civile de la Cour de cassation)*, Defrénois 2002, art. 37604

10. Pierre-André GIRARD, *La cédule hypothécaire suisse*, Dr. et patri., 2005, nº 142

11. Michel GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, D. 2006, nº 19, p. 1294; JCP G, supplément au nº 20, 2006, Etude nº 9; JCP N 2006, p. 1195; JCP E 2006, p. 9; RLDC juillet-août 2006, supplément au nº 29, pp. 28-32; D. 2006.1294

12. François GRUA, *Le cautionnement réel*, dans JCP G, 1984, I, 3167 et JCP N, 1986

13. Erik VAN DEN HAUTE, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche ?,* Euredia, nº 4, 2007-2008, Bruylant, Bruxelles, p. 417-436 (cité "E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*")

14. Laurence IDOT, *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé*, LPA, 12 décembre 2002, nº 248, p. 27

15. Charalambos PAMBOUKIS, *La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance*, Rev. crit. DIP 2008, p. 513

16. Luca RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, Rev. crit. DIP 1993, p. 401

17. Jacobien W. RUTGERS, *Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation*, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1099893 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1099893

18. Philippe SIMLER, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, JCP G, 2001, I, 367; RJDA, 2001, p. 235 (cité "Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*")

19. Holger SPAMANN, *Choice of Law in a Federal System and an Internal Market*, octobre 2001, Jean Monnet Working Paper Nº 8/01, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=729623 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.729623

20. Andrew J. M. STEVENS, *Accessoriness and Security Over Land*, EdinLR, vol. 13, nº 3, 2013, pp. 387-426

21. Philippe THÉRY, *L'hypothèque rechargeable*, Dossier «Le renouveau de l'hypothèque», Dr. et patri., 2007, nº 159 (cité "Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*")

22. Jean VIATTE, *La transmission de l'hypothèque sans la créance garantie,* Gazette du Palais 1975, 2, 513

23. Lars Van VLIET, *The German Grundschuld*, EdinLR, vol. 16, nº 2, 2012, pp. 147-177

24. Manfred WOLF, *Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt. Auswirkungen der II. EG-Bankrechts-Richtlinie auf privatrechtliche Bankgeschäfte*, WM IV, 1990, pp. 1941-1952

E. Rapports de recherches

1. Agnieszka DREWICZ-TUŁODZIECKA (coord.), *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque. Résultats de l'atelier sur l'Eurohypothèque - Berlin - novembre 2004/avril*

2005, Fondation Polonaise du Crédit Hypothécaire, Varsovie, 2005 (cité: "*Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*")

2. Claudio SEGRÉ (coord.), *Le développement d'un marché européen des capitaux*, Rapport d'un groupe d'experts constitué par la Commission de la CEE, Bruxelles, Communauté Economique Européenne, 1966 (cité "Commission de la CEE*, Le développement d'un marché européen des capitaux*")

3. Christoph U. SCHMID/Christian HERTEL (coord.), avec des contributions de Hartmut WICKE, *Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report*, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum et Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, version finale du 31 mai 2005

4. Otmar STÖCKER/Rolf STÜRNER (coord.), *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, 3. erweiterte Auflage, VDP-Schriftenreihe, Vol. 50, Berlin 2012

Table des matières

Introduction XXVII
Première partie. 1
Hypothèque indépendante et droit interne 1
Titre 1. Caractérisation 7
Chapitre 1. Conditions 9
Section 1. Expressions 10
A. Rejet de la dépendance accessoire 10
B. Spécialité de la garantie 20
Section 2. Fondement 28
A. Inopposabilité des exceptions 28
B. Absence de références au principal 45
Chapitre 2. Effets 62
Section 1. Utilités 63
A. Transmission dans la mobilisation des créances 63
B. Réaffectation pour le refinancement du propriétaire 73
Section 2. Précautions 79
A. Dédommagement par recours en aval 79
B. Prévention par publicité en amont 85
Titre 2. Délimitation 99
Chapitre 1. Dérogations à la logique accessoire 101
Section 1. Déterminabilité du rapport fondamental 106
A. Redéfinition du principal défaillant 107
B. Reliquat de la créance prescrite 116
Section 2. Instabilité du rapport fondamental 127
A. Transmission à titre principal 131
B. Rechargement ou novation 139
Chapitre 2. Autonomie procédurale des poursuites 161
Section 1. Action réelle directement déduite de la sûreté 166
A. Compatibilité accessoire 166
B. Légitimité pratique 174
Section 2. Engagement personnel présumé du propriétaire 187
A. Manifestations repérées 192
B. Opportunité limitée 203
Deuxième partie. 217
Hypothèque indépendante et droit européen 217

Titre 1. Dématérialisation de la reconnaissance mutuelle 221
Chapitre 1. Complexité des conditions 223
Section 1. Transposition en matière financière 225
A. Composante du crédit hypothécaire 225
B. Uniformisation des activités bancaires 231
Section 2. Spécificités du domaine immobilier 239
A. Rattachement conflictuel de la nature accessoire 240
B. Contrôle potentiel par le notaire de situation 249
Chapitre 2. Fragilité des sources 255
Section 1. Explication conflictuelle 256
A. Concurrence des lois 257
B. Opacité du rattachement 263
Section 2. Conditionnement économique 275
A. Protection apparente des droits acquis 276
B. Identification nécessaire de la restriction commerciale 281
Titre 2. Suppression des entraves au marché intérieur 287
Chapitre 1. Restrictions imputables à la nature accessoire 293
Section 1. Intérêts du créancier bénéficiaire 300
A. Quantification des avantages 300
B. Justification des interdictions 308
Section 2. Protection des autres parties prenantes 321
A. Dépersonnalisation des libertés économiques 322
B. Additionnement des effets internationaux 331
Chapitre 2. Règlementation sur une hypothèque indépendante 341
Section 1. Intégration du marché hypothécaire 345
A. Moyens alternatifs 345
B. Conditions impératives 352
Section 2. Empiètement sur le droit des biens 359
A. Désuétude de l'art. 345 T.F.U.E. 359
B. Incohérence de l'art. 345 T.F.U.E. 365
Conclusion générale 377
Bibliographie 395

Introduction

L'internationalisation des pratiques bancaires permet le développement de garanties insensibles aux lois régissant l'obligation principale, aux conflits de juridictions, détachées de l'obligation garantie, aussi neutres et abstraites que la monnaie. L'efficacité de la garantie implique l'abandon de son caractère accessoire. Il faut donc que le garant s'engage à payer de manière autonome, c'est-à-dire que l'exigibilité de son obligation ne dépende pas de celle de l'obligation du débiteur principal, mais soit indépendante, directement déterminée dans ses relations avec le créancier[1].

Laurent AYNÈS/Pierre CROCQ,
«Les sûretés. La publicité foncière», spécifiquement pour les garanties personnelles

1. ***Droit comparé hypothécaire***. Les sûretés immobilières suscitent depuis toujours la convoitise des créanciers, attirés par la stabilité physique et économique de leur assiette[2]. Leur régime complexe, solidement établi dans chaque système de droit, complique cependant les démarches comparatives. Des difficultés à ce titre apparaissent même entre les pays relativement proches qui participent à l'intégration économique européenne[3]. En effet, au niveau supranational, la plupart

[1] L. Aynès/P. Crocq, §321. *Comp.*, les remarques historiques similaires sur les effets de commerce: Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §319: "*la grande originalité du droit de la lettre de change est d'avoir été conçu comme un droit indépendant des particularismes locaux. Le droit ancien de la lettre de change est un véritable droit uniforme à l'échelon européen, reposant sur une coutume commerciale (lex mercatoria)* (…) *ce type d'engagement abstrait* (…) *évoque une institution voisine éprouvée, le crédit documentaire. Comme lui, il traduit la «mondialisation» des relations bancaires, facteur d'unité et de sécurité dans le commerce international*".

[2] M. J. Chérest, «De la Mobilisation du Crédit Hypothécaire au moyen de titres négociables (cédule et lettre de rente) – Etude comparative du Droit Suisse et d'Histoire du Droit Français», thèse, Université de Paris, Libraire Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1912, p. 9. Selon les statistiques de la Commission européenne, la valeur des crédits hypothécaires au logement représentait à la fin de l'année 2004 environ 40% du PIB européen: Commission européenne, *Le crédit hypothécaire dans l'Union Européenne*, COM (2005) 327 final, considérant n° 6.

[3] Sjef Van Erp, *Security Interests: A secure start for the development of European property law*, 7 novembre 2008, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2008/5, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1297282 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1297282, p. 5: "*it was feared that*

des recherches censées identifier les meilleures solutions locales se sont concentrées sur les meubles et les garanties afférentes[4]. Particulièrement au sein des anciennes Communautés Européennes et de l'actuelle Union Européenne, la préoccupation pour la matière mobilière a déjà pu aboutir sur quelques directives particulières, telles que la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, qui valide la réserve de propriété, ou la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière sur les actions, les obligations et les titres assimilables négociés sur le marché des capitaux. Mais à ce jour, il n'existe aucune règlementation internationale ou européenne qui viserait le régime des garanties immobilières. Ainsi, contrairement à leurs homologues mobilières ou à la matière contractuelle en général, les sûretés immobilières demeurent exclues des projets sur un code civil européen ou de celles sur un droit européen des contrats[5]. Reste pourtant que l'hypothèque, "*reine des sûretés*" [6] et archétype des garanties immobilières, fait depuis quelque temps déjà l'objet de réflexions soutenues en droit comparé, quand bien même assez diffuses[7]. Ces démarches ont au moins dû

---

finding common ground between Civil Law, Common law, the Scandinavian legal traditions and the mixed legal systems would prove too cumbersome and most likely impossible".

[4] V. par ex. la convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef, signée à Genève le 19 juin 1948, ou la Convention UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, signée au Cap le 16 novembre 2001. À vocation plus générale, cette dernière propose une garantie réelle similaire à l'hypothèque sur certains meubles inscrits dans les registres publics, tels que les moteurs d'avion, les hélicoptères, le matériel roulant ferroviaire et les biens spatiaux: Sjef Van Erp, *Security Interests Burdening Transport Vehicles: The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment and its Implementation in the Netherlands and on the Dutch Caribbean Islands*, 27 février 2015, M-EPLI Working Paper 2015/4, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=2571319 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2571319, pp. 3-15; Patrick Honnebier, *The Convention of Cape Town on International Interests in Mobile Equipment: The Solution of Specific European Property Law Problems*, ERPL, Volume 10 (2002), pp. 377-395.

[5] F. et J. Baur/R. Stürner, §64.75; V. Sagaert, p. 1043-1044.

[6] L. Aynès/P. Crocq, §630.

[7] Ch. Schmid/Ch. Hertel, p. 98. V. par ex. Paul Jackson, *Die Grundpfandrechte in den Rechtsordnungen Dänemarks, Irlands sowie des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland*, rapport conçu pour la Commission des Communautés Européennes, Direction Générale Marché Intérieur, Reading, 1976; Max-Planck Institut, *Die Grundpfandrechte im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften*, rapport conçu pour la Commission des Communautés Européennes, Direction Générale Marché Intérieur et Harmonisation Législative, Hambourg, 1971; Sjef Van Erp, *A comparative analysis of mortgage law: searching for principles*, dans María Elena Sánchez Jordán/Antonio Gambaro (coord.), «Land Law in Comparative Perspective», Kluwer Law International, The Hague/New York/London, 2002, pp. 69-86. H. G. Wehrens, pp. 769-770, présente les études à l'initiative de la Fédération Hypothécaire des Communautés Européennes sur les obstacles au

clarifier les points communs de la technique parmi les systèmes analysés. Il s'agit partout d'une sûreté sans dépossession ou transfert de propriété qui permet de saisir son assiette en dépit des éventuelles aliénations par le constituant et de revendiquer un rang prioritaire de préférence contre les créanciers ultérieurs ou chirographaires[8]. Or, dans les observations de droit comparé, les critiques visent souvent le caractère accessoire de la garantie hypothécaire, identifié comme tel en droit civil et déduit de l'*equity* dans la *common law*[9]. Il convient premièrement de cerner la substance du principe de l'accessoire, avant de passer en revue certaines des contestations qu'il subit actuellement.

2. ***Contestation de la dépendance accessoire***. Parfois considérée structurellement inhérente à l'hypothèque[10], la nature accessoire de cette dernière signifie que tous les éléments qui caractérisent son efficacité dépendent de la créance principale[11]. Suivant la formule plutôt rigide envisagée par le professeur Beudant en droit français, "*l'hypothèque est inséparable de la créance* (…) *en ce que, quoi qu'il advienne, sa nature, son étendue, ses effets seront toujours déterminés par le titre original. Comme droit accessoire, elle reçoit, au moment de sa constitution, une mesure, des limites, des conditions d'existence qui résultent pour elle de la créance avec laquelle ou pour laquelle elle a été créée*"[12]. Cela vaut également dans le système roumain, selon les synthèses plus récentes réalisées par le professeur Nicolae, suivant lesquelles (nous traduisons) "*le destin, la nature,*

---

financement hypothécaire transfrontalier. En effet, ces recherches ont été dynamisées par les exigences de l'intégration européenne: 101ème Congrès des notaires de France, «Les familles sans frontières en Europe, mythe ou réalité?», Nantes, 1-4 mai 2005, LexisNexis, 2005, p. 232; Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, p. 177. Mais les recherches sur les lois hypothécaires étrangeres remontent déjà certainement à quelques siècles. V. par ex. la Séance du 8 décembre 1870 de la Société de Législation Comparée, Bulletin de la Société de Législation Comparée nº 1, février 1870, pp. 35-36.

[8] Christophe Albiges, *L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne*, Dr. et patri., 2006, nº 150, p. 78, sur une définition commune au niveau du droit comparé.

[9] Les juges de la *common law* se reconnaissent parfois eux-mêmes incapables à distiller l'essence de la *mortgage*. "*No one, I am sure, by the light of nature ever understood an English mortgage of real estate*", admet Lord Macnaghten dans l'affaire *Samuel v. Jarraj Timber*, citée par V. Sagaert, pp. 1050-1051. V. aussi, A. J. M. Steven, pp. 387-426, sur la nature accessoire des sûretés immobilières en droit écossais.

[10] B. Maubru, §6. Pour des développements au niveau du droit comparé, v. not. L. van Vliet, p. 148.

[11] V. par ex. G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §156; Laurent Aynès, *Les garanties du financement*, *Rapport de synthèse présenté au 82e congrès des notaires*, Defrénois 1986, art. 33779, §3.

[12] Charles Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, RCLJ 1866, §76.

les modalités, la validité ainsi que les effets de l'hypothèque dépendent, en principe, du destin (nature, modalités, validité, effets) de l'obligation principale garantie"[13]. "*Ce droit, purement abstrait, qui n'a de sens que rattaché à une obligation*", selon la professeure Flour, nait donc en perspective du principal, et disparait avec lui[14]. Mais certains auteurs de droit allemand, notamment les professeur Baur et Stürner, accusent actuellement cette dépendance accessoire de nuire au crédit et au développement économique[15]. Au niveau plus large de l'intégration continentale, la Commission européenne a même parfois repris leurs observations dans ses recherches préparatoires. En effet, à suivre la terminologie plutôt marchande qui anime les desseins de cette institution, "*l'affaiblissement du lien entre sûreté et crédit hypothécaires (« principe d'accessoriété ») faciliterait* (…) *leur transfert et, partant, aurait un impact positif sur le marché du crédit hypothécaire dans son ensemble, et notamment sur son financement*"[16]. Il devient dès lors nécessaire de percer les raisons qui animent ces prises de position contre la nature accessoire de la garantie.

3. ***Une hypothèque indépendante***. Selon les recherches relatives à ce sujet, la fidélité accessoire de la sûreté immobilière limiterait, par son caractère impératif, l'accès au crédit du propriétaire ainsi que la rentabilité des refinancements ultérieurs, le cas échéant envisagés par le créancier[17]. Plus spécifiquement, les critiques ne visent pas uniquement à modifier certaines expressions ponctuelles de la logique accessoire, mais bel et bien la suppression de cette relation privilégiée que la garantie partage a priori avec la créance principale. En résulterait, au moins

---

[13] Marian Nicolae, *Contractul de ipotecă (I)*, Rev. dr. com. nr. 9/1997, p. 95. V. aussi, A.-A. Moise, p. 214; R. Rizoiu, p. 114.

[14] Y. Flour, §110.

[15] F. et J. Baur/R. Stürner, §64.85. V. aussi, Otmar Stöcker, *The Eurohypothec*, dans Sjef van Erp/Arthur Salomons/Bram Akkermans (coord.), «The Future of European Property Law», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2012, p. 71.

[16] Commission européenne, *Le crédit hypothécaire dans l'Union Européenne*, COM (2005) 327 final, considérant nº 47. V. aussi, Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, Annexe nº VI (uniquement disponible en anglais): "*there is an increased need for flexible security instruments due to the development of a secondary market including Mortgage Backed Securities* (…) *decoupled from the loan agreement completely to avoid disadvantages of accessoriness*".

[17] V. par ex. S. Kircher, p. 499; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 281; G. Wunsch, p. 370.

techniquement, une garantie hypothécaire non-accessoire ou indépendante[18], que la Commission envisage depuis quelque temps déjà de faire "*introduire* (…) *dans tous les pays membres*"[19]. La technique serait intéressante pour le propriétaire, en lui permettant de réaffecter cet instrument au profit de ses crédits ultérieurs sans refaire les démarches requises par la constitution de la garantie[20]. Celui-ci réaliserait ainsi une économie de coûts et de moyens. Elle rentabiliserait aussi la mobilisation des créances hypothécaires sur les marchés secondaires du crédit, aux fins de rentabiliser le refinancement du créancier initial, ainsi que l'entrée progressive de nouveaux membres dans une syndication bancaire étalée dans le temps[21]. La technique proposée revendique de manière explicite sa source d'inspiration de la dette foncière allemande, forme consacrée de garantie immobilière dont il s'agit, en conséquence, de brièvement apercevoir le mécanisme.

4. ***Nature hypothécaire de la dette foncière***. Le régime traditionnel de la dette foncière allemande représente le repère comparatif typique des analyses sur le concept des hypothèques indépendantes[22]. Il semble néanmoins assez difficile de précisément situer ses racines historiques. Certains auteurs tracent, en effet, ses origines dans les certificats hypothécaires de Mecklenburg du XVII^{ème} siècle[23],

---

[18] E. Espada-Muńiz, p. 390: "*la solution à tous ces problèmes réside dans la constitution d'une hypothèque indépendante* (…) *dans le sens du modèle expliqué dans le volume collectif* «Basic Guidelines for a Eurohypothec»".

[19] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, §16. Sur la dette foncière, v. déjà Matthias Elser/Luc Julien-Saint-Amand, *Les garanties hypothécaires en droit allemand*, LPA, 23 avril 1997, n^{o} 49, p. 59; Ph. Dupichot, §661.

[20] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, §16; O. Stöcker/R. Stürner, pp. 58 et 121; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 7, B. I., point n^{o} 1.4; F. et J. Baur/R. Stürner, §36.79a. Ce développement désignera les hypothèques indépendantes comme des "*garanties*" et non pas des "*sûretés*", car la définition de ces dernières en droit français présuppose leur caractère accessoire: Pierre Crocq, «Propriété et garantie», Coll. Thèses, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1995, §282.

[21] H. G. Wehrens, pp. 771-779: "*in this way, the legal, economic and practical disadvantages of the conventional hypothec depending strictly on the underlying debt could be avoided as well* (…) *mainly in France and Spain numerous difficulties arise from the cumbersome nature of the accessoriness of the mortgage to the underlying debt*"; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point n^{o} 110: "*le caractère accessoire de la sûreté peut poser des problèmes plus ou moins sérieux à différents niveaux, par exemple en compliquant l'emploi de mécanismes de refinancement ou la gestion de la couverture des risques*". V. aussi les réponses analysées par Martine Béhar-Touchais/Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Mise en œuvre des instruments optionnels européens de droit privé*, Coll. Trans Europe Experts, Société de législation comparée, 2012, p. 574.

[22] V. *infra*, §40.

[23] L. van Vliet, p. 149.

tandis que d'autres la font remonter jusqu'à la ligue hanséatique[24], voir même aux "*charges foncières*" de la coutume parisienne du XV^{ème} siècle. Or, ces dernières étaient considérées par la doctrine du temps comme placées à mi-chemin entre les servitudes et les garanties réelles[25]. Il convient quand même de noter, dès à présent, que le B.G.B. considère la dette foncière comme une variété hypothécaire proprement dite, non pas comme une figure juridique différente, le cas échéant plus proche des servitudes[26]. À défaut de ce constat, le raisonnement comparatif se trouverait malmené, dès le début, pour incompatibilité de nature. La dette foncière partage en effet comme règles de droit commun le régime juridique de l'*Hypothek*, forme hypothécaire locale qui demeure fidèle à sa nature accessoire. Les recherches historiques démontrent justement qu'il était également possible pour les rédacteurs du B.G.B. de faire, inversement, consacrer la dette foncière comme technique de droit commun pour toutes les variétés hypothécaires, avec seulement quelques dispositions spécifiques pour les formes accessoires[27]. Il est intéressant, par ailleurs, de noter que les applications pratiques de la dette foncière correspondent à celles actuellement envisagées pour le concept générique des hypothèques indépendantes[28]. Or, les arguments d'opportunité tirés de ces applications pratiques se transposent aisément dans les raisonnements qui peuvent être tentés au titre des libertés économiques européennes. En effet, motivées par la perspective de cet impératif déduit des Traités, depuis les années soixante, certaines initiatives abritent les réflexions de droit comparé sur ce concept derrière

[24] Stephan Buchholz, «Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht. Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld», Ius Commune Sonderhefte 8, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1978, pp. 35-38.

[25] A. Egger, p. 176 et p. 181, avec un renvoi à Loyseau, selon lequel "*les charges foncières diffèrent des simples hypothèques, en ce que l'hypothèque est une obligation accessoire ou subsidiaire de la chose, pour confirmer et assurer la promesse et obligation de la personne qui est débitrice: mais la charge foncière est une redeuance deuë proprement et directement par l'héritage, et non par la personne et ce que la personne la paye, c'est à cause de la chose, non pour y estre obligée de son chef, pource que la chose qui est inanimée, ne la peut payer sans le ministère de la personne*". Se confondent ainsi déjà les négations proprement dites de la logique accessoire avec l'autonomie des poursuites au titre de la garantie, laquelle n'empiète pas sur sa fidélité accessoire. V. *infra*, §147.

[26] F. et J. Baur/R. Stürner, §36.60. V. aussi, E. van den Haute, §131.

[27] F. et J. Baur/R. Stürner, §36.61, selon lesquels le statut de droit commun pour l'*Hypothek* accessoire résulte uniquement des choix politiques durant l'adoption du B.G.B. V. aussi, L. van Vliet, p. 155.

[28] V. *infra*, §41.

l'idée d'une "*eurohypothèque*"[29]. Cette dernière servira dès lors comme point de départ concret pour situer le modèle théorique des hypothèques indépendantes[30]. Surtout que, même si ces projets n'ont pas abouti jusqu'à présent en projet de règlement ou directive, la Commission s'y est intéressée à plusieurs reprises. Il convient de présenter les documents pertinents dans le contexte de ces projets pour en faciliter les renvois ultérieurs.

5. ***Projets sur l'eurohypothèque***. Les réflexions sur un rapprochement législatif en matière hypothécaire au niveau européen se rattachèrent dès le début au principe de la libre circulation des capitaux. Les exigences de celle-ci apparaissent, en effet, comme fondement des mesures proposées dans un rapport commandé par la Commission en 1966 sur le sens et les défis de la libéralisation dans ce domaine[31]. Dénommé le "*rapport Segré*" d'après son coordinateur, ce document considère que "*l'adoption généralisée de sûretés immobilières d'un type uniforme et d'un emploi souple comme la «dette foncière» allemande*" serait devenue nécessaire au titre des impératifs économiques en matière de crédits hypothécaires[32]. La dette foncière elle-même s'y trouve caractérisée comme un "*engagement abstrait, basé sur un bien immobilier, qui prend naissance ou s'éteint indépendamment de la créance pour laquelle il sert de sûreté*"[33]. Cette prise originaire de position a stimulé des recherches qui se sont, depuis lors, efforcées de clarifier le rapprochement règlementaire souhaité et de localiser ses interférences avec les droits internes[34]. Mais l'initiative des règlementations

---

[29] V. par ex. Commission européenne, *Feedback on the consultation on the Green Paper on mortgage credit*, p. 46.

[30] Les projets relatifs à une eurohypothèque ont connu une évolution parallèle aux travaux sur un portail électronique commun pour les registres immobiliers. Sur ces travaux, v. not. Hendrik Ploeger/Bastiaan Van Loenen, *EULIS – At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe*, ERPL, Volume 12 (2004), pp. 379-387; Jaap Zevenbergen, *Registration of property rights. A systems approach: similar tasks, but different roles*, NI nº 1-2/2003, p. 125-137.

[31] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, pp. 1-401. Sur ce document, v. not., S. Kircher, pp. 418-450; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 216.

[32] Cela réaliserait un "*élément supplémentaire de cohésion entre les marchés des capitaux des Etats Membres*" qui "*contribuerait à l'intégration des marchés financiers*": Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, pp. 159-165.

[33] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, p. 159.

[34] V. par ex. B. Maubru, §5: "*le système qui fonctionne depuis 1804 a passé l'épreuve du temps. Il faut donc chercher à découvrir ce particularisme, car une meilleure connaissance du droit positif est nécessaire pour envisager des reformes et notamment une uniformisation des législations des pays membres de la Communauté Economique Européenne*". V. aussi, Astrid Städler, «Gestaltungsfreiheit

communes en ce sens s'est vue abandonnée pour quelques années. En effet, certains professionnels espéraient que l'harmonisation allait plus rapidement s'imposer par le principe de reconnaissance mutuelle, fondé sur les évolutions jurisprudentielles de la Cour de Luxembourg[35]. Cependant, les juges et les autorités des Etats-Membres n'ont jusqu'à présent pas tenté une application de ces impératifs en matière hypothécaire. Il a fallu, dès lors, attendre une vingtaine d'années pour que l'idée de règlementations communes proprement dites soit ressaisie. Elle refait surface dans un projet soumis en 1987 par l'Union Internationale du Notariat Latin au Conseil des Ministres des Communautés Européennes. Ce document se réfère, pour la première fois, au concept d'une "*eurohypothèque*", une garantie immobilière indépendante, comme envisagée par le rapport Segré[36]. La réponse mesurée reçue par cette initiative n'a cependant pas découragé les banques allemandes, promotrices du projet. Celles-ci ont, en effet, tenté par la suite des propositions de rapprochement vers la dette foncière sur une base plus volontaire, qu'il convient de présenter, vu la complexité du travail comparatif accompli.

6. ***Lignes directrices de base***. La *Verband Deutscher Pfandbriefbanken* (association des banques allemandes émettrices d'obligations sécurisées) vient en

---

und Verkehrsschutz durch Abstraktion – Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts», Mohr, Tübingen 1995, pp. 516-617; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», pp. 1-320; Ch. Albiges (cité *supra*, n. 8), pp. 74-81 ; Esther Espada-Muńiz, *L'eurohypothèque*, D., 2007, p. 1712; E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, pp. 417-436; Christof Kiesgen, «Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit – Der Vorschlag zur Einführung einer Eurohypothek unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrages», Reihe: Rechtswissenschaft, Band 8, EUL Verlag, 2004; Héctor Simón-Moreno, *The Eurohypothec*, EPLJ, December 2012, pp. 191-231; Esther Espada-Muńiz, *La flexibilité atténuée des systèmes hypothécaires et l'eurohypothèque*, dans Yves Picod/Pierre Crocq (coord.), «Le droit des sûretés à l'épreuve des reformes», Editions juridiques et techniques, 2006, p. 1; Bénédict Foëx, *L'eurohypothèque: une cantatrice chauve au registre foncier?*, dans Margareta Baddeley/Bénédict Foëx/Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux Van Delden (coord.), «Le droit civil dans le contexte international: journée de droit civil 2011», Schulthess Editions Romandes, Genève, 2012, consulté le 3 septembre 2019 sur http://archive-ouverte.unige.ch/unige:23507, pp. 169-182.

[35] O. Stöcker/R. Stürner, p. 143. V. *infra*, §199.

[36] Commission des Affaires Européennes de l'Union Internationale du Notariat Latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande – Étude comparative, base d'une future Eurohypothèque*, Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, Amsterdam, 1988. Sur ce document, v. par ex. H. G. Wehrens, p. 551; S. Kircher, pp. 481-506; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 228; Thomas Wachter, *Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt*, WM IV, 1999, p. 49.

effet de financer dans les années quatre-vingt-dix des recherches censées aboutir sur des règles uniformes, calquées sur la dette foncière, pour orienter les reformes en matière hypothécaire dans les pays de l'Europe Centrale et Orientale[37]. En même temps, resurgit aussi l'idée de rattacher ces évolutions aux impératifs économiques déduits des libertés européennes de circulation. Un rapport exigé par la Commission en 2003 stigmatise ainsi les éventuelles interdictions internes des hypothèques indépendantes comme obstacles au marché financier[38]. Mais la technique des eurohypothèques elle-même, proposée par ce document comme solution pour venir à bout du problème, ne se trouve pas davantage développée. Surtout, les applications pratiques attendues de celle-ci cumulent pas mal de doléances constantes de la pratique bancaire dans ce domaine, telles que, par exemple, la limitation des charges cachées en matière immobilière[39]. Le concept devenait ainsi en quelque sorte une panacée pour toutes les difficultés du crédit hypothécaire. En revanche, beaucoup plus de détails ressortent des *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, rédigées en 2005, toujours avec le soutien des banques allemandes. Ces *Lignes directrices* représentent à leur tour un document programmatique sans force obligatoire, mais comptent quand même désormais en tant que modèle communément utilisé dans les recherches sur le concept des eurohypothèques. Séduite par sa technique, la Commission Européenne est même allée jusqu'à ouvrir une consultation publique à son sujet, annoncée dans son livre vert sur *Le crédit hypothécaire dans l'Union Européenne*[40].

---

[37] O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?* p. 40; Hans Wolfsteiner/Otmar Stöcker, *A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe*, NI, 2003, pp. 116-124; G. Wunsch, p. 365; S. Kircher, p. 530.

[38] Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, points nos 103-118, recommandations nos 30-39 et Annexe VI: Marie-Élodie Ancel, *Crédit hypothécaire transfrontalier, ou comment dessiner l'empire des lois*, dans RLDC 2005/5, no 16, pp. 28-30.

[39] Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point no 117: "*un tel instrument hypothécaire* (…) *permettrait de faire l'économie de vérifications complexes et coûteuses dans les autres États membres au sujet de la législation locale et de la qualité des instruments hypothécaires nationaux, de réduire les formalités supplémentaires, différentes selon les pays, en matière d'authentification notamment, d'adosser plusieurs crédits hypothécaires à une même sûreté, d'assurer une transférabilité accrue, de la sûreté comme du bien, de remplir les conditions requises pour affecter plusieurs sûretés à un même prêt (cross-collateralisation) sur une base transfrontalière, de remplir les conditions requises pour la titrisation et la gestion de portefeuilles hypothécaires et de permettre la constitution de syndicats de banques de financement hypothécaire*".

[40] Commission européenne, *Le crédit hypothécaire dans l'Union Européenne*, COM (2005) 327 final, considérants nos 66-67: "*l'idée d'une Eurohypothèque n'est pas nouvelle. L'objectif est de créer un*

Les réponses apportées relèvent néanmoins une certaine prudence des usagers, en contraste avec l'enthousiasme des acteurs bancaires[41]. L'idée n'a jamais été reprise ultérieurement dans les projets réglementaires ou les documents préparatoires des actes normatifs européens. Mais cela ne signifie pas que la technique, telle qu'imaginée par ces différents documents, a définitivement perdu tout intérêt. Loin s'en faut, car le concept des hypothèques indépendantes intervient de manière récurrente comme référence théorique dans les raisonnements en matière de sûretés immobilières.

7. ***Reconnaissance mutuelle des hypothèques***. Force est déjà de constater que les impératifs économiques parfois invoqués au soutien des projets relatifs à une eurohypothèque se manifestent non seulement par le biais des règlements ou des directives, mais parfois aussi par une "*harmonisation négative*" des droits internes au titre des libertés européennes[42]. Dans ce contexte, les appréciations sur la rentabilité commerciale des différentes règlementations nationales en matière de sûretés réelles interviennent comme argument juridique pour écarter les dispositions internes qui se révèleraient néfastes pour le développement du marché intérieur. À cet égard, les recherches en marge des projets relatifs à une eurohypothèque sont allés jusqu'à invoquer la transposition dans le domaine immobilier du devoir de reconnaissance mutuelle, tel que déduit par la Cour de Luxembourg dans sa décision C.J.C.E., 120/78, *Cassis de Dijon*[43]. Cela se légitimerait aussi par des analogies avec des conclusions similaires atteintes dans des recherches beaucoup plus complexes au même titre dans le domaine des

---

instrument paneuropéen, qui pourrait être utilisé de manière souple, pour ce qui concerne la garantie des prêts immobiliers, c'est-à-dire les sûretés hypothécaires" : Cyril Nourissat, *Livre vert du crédit hypothécaire*, D. 2006, p. 1264; Delphine Chemin-Bomben, *Demain, le crédit hypothécaire européen?*, RLDA 2006/4, n° 4, pp. 27-30, pp. 27-30.

[41] Commission européenne, *Feedback on the consultation on the Green Paper on mortgage credit*, MARKT/H3/JR D(2006), p. 45.

[42] B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*. p. 202: "*besides positive harmonisation, that receives more than enough attention, there is an equally important dimension* (…) *named negative harmonisation, mainly because the basis on which the Court of Justice of the European Union (CJEU) renders its case law is a series of prohibitions in the Treaty on the Functioning of the European Union* (…) *aimed to guarantee the free movement of goods, persons, services and capital*"; H. Spamann, p. 24: "*negative integration means limitations on what the states can do* (…) *no state may erect artificial barriers to intra-union commerce such as tariffs and quantitative restrictions*".

[43] V. *infra*, §188.

garanties mobilières[44]. En bref, ces impératifs imposeraient aux pays de situation la reconnaissance des hypothèques indépendantes valablement soumises à un droit étranger. Est également mis en avant le principe si omniprésent du pays d'origine, censé garantir aux différents opérateurs économiques le droit de pratiquer leurs activités spécifiques selon leur environnement règlementaire habituel. Pour les entreprises bancaires, ce principe couvrirait ainsi également les techniques de sûreté proposées par les lois de leur siège, vu leur importance pour le crédit. Dans cette optique, une interdiction ponctuelle des hypothèques indépendantes au titre du caractère accessoire deviendrait illicite comme entrave aux libertés européennes, sauf justification légitime[45]. Cela permettrait de faire valider une technique structurellement identique à celle proposée dans les projets relatifs à une eurohypothèque, au moins dans les rapports internationaux. Seulement que par la suite, les acteurs locaux du crédit se trouveraient poussés à faire pression sur leurs législateurs internes, afin de bénéficier des mêmes possibilités[46]. Sinon, il y aurait une discrimination à rebours. Ce dénouement si radical provoque toutefois instinctivement une analyse critique du raisonnement fondé sur les libertés économiques en cette matière.

8. ***L'accessoire comme restriction***. Certaines recherches quant à l'eurohypothèque se sont déjà concentrées sur les applications de la technique et les intérêts du rapprochement règlementaire[47]. Mais il demeure tout aussi nécessaire de clarifier le fondement juridique des impératifs juridiques invoqués au soutien de la démarche. En effet, rien ne laisse présumer que son domaine couvrirait aussi la matière des garanties réelles, solidement établie dans les traditions nationales. Surtout que certains des arguments employés à cet égard se limitent souvent à marquer les inconvénients habituels de la différence législative

[44] V. déjà E.-M. Kieninger, pp. 1-271; Eva-Maria Kieninger, *European Regulation of Security Rights*, dans Ulrich Drobnig/Henk J. Snijders/Erik-Jan Zippro (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, pp. 165-171; Harry C. Sigman/Eva-Maria Kieninger (coord.), «Cross-Border Security over Tangibles», Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht, Sellier, 2007, pp. 1-256.

[45] S. Nasarre-Aznar, p. 92; M. Wolf, p. 1942; S. Kircher, p. 481; Ch. Kiesgen (cité *supra*, n. 34), p. 40; O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), p. 72; B. Akkermans, pp. 536-537; G. Wunsch, pp. 351-352; Ch. Schmid, pp. 61-63.

[46] S. Nasarre-Aznar, p. 92; Ch. Schmid, pp. 61-62. V. *infra*, §218.

[47] V. not. E. van den Haute; Ch. Schmid; S. Nasarre-Aznar; G. Wunsch; O. Stöcker (cité *supra*, n. 15).

entre les pays. Il en va par exemple des coûts nécessaires pour connaitre la teneur des droits hypothécaires étrangers, ou pour en adapter la structure des opérations bancaires[48]. Or, pour justifier de manière spécifique une action européenne favorable aux hypothèques indépendantes, seules devraient compter les difficultés directement imputables à la nature accessoire de la garantie[49]. Pour ce qui est de la forme de cette intervention, les recherches sur ce point proposent de manière alternative un instrument optionnel, qui validerait une technique complémentaire à celles prévues par les législations internes, et une modification proprement dite des législations nationales, imposée par voie de règlement ou de directive[50]. Il conviendra néanmoins de démontrer, au long de ce développement, que ces procédés se trouvent tous conditionnés par leur efficacité économique au titre des besoins du marché intérieur. Ils présupposent en effet de certifier la rentabilité des eurohypothèques au-delà des bénéfices génériques inhérents à l'uniformité juridique. Cette démonstration clarifiera également les devoirs mis à la charge des juges et des législateurs nationaux au titre de la reconnaissance mutuelle dans ce domaine. Toutefois, une telle prise de position suppose, au préalable, de précisément situer les conditions et les effets de la technique dans le cadre plus large de la règlementation spécifique des sûretés réelles.

9. ***Tendance à l'abstraction en droit national***. Les clarifications sur le concept des hypothèques indépendantes trouvent, en effet, déjà un certain intérêt de droit positif. Ainsi, malgré le blocage que connaissent actuellement les projets relatifs à une eurohypothèque, les professeurs Sagaert et Haute observent quand même une tendance volontaire des pays à progressivement limiter les effets de la logique accessoire[51]. Or, cela semblerait confirmer un alignement volontaire des droits

[48] V. par ex. Ch. Schmid, pp. 61-63; S. Nasarre-Aznar, pp. 79-122; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, pp. 6-9; E.-M. Kieninger, pp. 122-152; M. Wolf, pp. 1941-1943. V. surtout *infra*, §245.

[49] Ch. Schmid, p. 64; G. Wunsch, p. 355; J. W. Rutgers, p. 1. V. *infra*, §288.

[50] G. Wunsch, p. 355; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 44; J. W. Rutgers, p. 17. V. *infra*, §292.

[51] V. Sagaert, pp. 1046-1051: "*there is in different Member States an ongoing 'natural' and 'implicit' development towards more autonomous and flexible security rights on immoveables, which makes these security rights more performing and cost-friendly than before* (…) *the hypothec is getting gradually more autonomy due to some major developments in both Germanic and Roman legal systems*"; E. van den Haute, §166: "*la plupart des systèmes juridiques contiennent déjà certaines prémisses d'une modernisation du droit d'hypothèque dans le sens d'un assouplissement du lien d'accessoiriste* (…) *qu'il s'agisse de la novation* (…) *de la possibilité pour le propriétaire de constituer une hypothèque au profit*

internes sur le modèle des hypothèques indépendantes. Ces observations devront donc être vérifiées par rapport aux évolutions législatives plus ou moins récentes en droit positif. Les vérifications se limiteront aux régimes hypothécaires en vigueur en France et en Roumanie, car les défis soulevés dans ces deux systèmes sont similaires et les réflexions doctrinales à leur égard reposent sur les mêmes principes. Le concept des hypothèques indépendantes est employé en effet assez souvent par les auteurs de ces deux pays. Autonome par rapport au principal, "*sur première demande*"[52] ou abstraite[53], cette technique si allogène intervient surtout comme référence négative de pure théorie par rapport à laquelle les effets des hypothèques au titre des diverses évolutions législatives se voient constamment délimités [54] . Mais ces délimitations risquent de rester obsolètes, avec la consécration de solutions qui contredisent de plus en plus la logique accessoire[55]. Cela vient concrétiser une tendance constatée y compris en d'autres systèmes

de soi-même (…) *ou encore de la possibilité de consentir une hypothèque pour toutes sommes moyennant possibilité de résiliation avec délai de préavis*". V. aussi, Eric Dirix, *Effects of Security Rights vis-à-vis Third Persons*, dans Ulrich Drobnig/Henk J. Snijders/Erik-Jan Zippro (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, pp. 69-94.

[52] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §326.

[53] V. par ex. J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060; M. Dagot, §83; Christian Mouly, JurisClasseur Civil Code, Art. 2393 à 2396 - fasc. unique: «Hypothèques. Définition. Caractères. Effets», 11 décembre 2013, LexisNexis, actualisé par François Jacob, §103. *Comp.*, les effets de commerce comme actes abstraits: Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §321 et §331.

[54] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060: "*l'hypothèque abstraite n'existe pas en droit français* (…) *le caractère accessoire parait être de l'essence de l'hypothèque dans notre droit, une renonciation par le débiteur à ce caractère est difficilement concevable et l'on verrait mal un notaire accepter la rédaction d'un contrat d'hypothèque dans ces conditions*" ; B. Maubru, §96: "*c'est l'idée même d'une hypothèque indépendante, à quelque titre que ce soit, qui est repoussée de notre système juridique*". V. aussi, C. Dauchez, §219. Dans le système roumain, A.-A. Moise, pp. 212-213 (nous traduisons): "*le fait que l'hypothèque se trouve uniquement accessoire «par sa nature» selon l'art. 2.344 thèse I du Code civil pose problème* (…) *est-ce que les parties peuvent déroger du caractère accessoire?* (…) *en droit roumain, l'hypothèque reste seulement une cause de préférence dans l'exécution des obligations. Cela signifie que son existence ne se justifie que rattachée à l'exécution d'une créance. Ainsi, une dérogation à l'art. 2.344 thèse I du Code civil ne pourrait être acceptée dans l'absolu, mais uniquement de manière ponctuelle*".

[55] V. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §400: "*cette conception traditionnelle des sûretés réelles est cependant obsolète* (…) *la consécration de sûretés dites «rechargeables» (c'est-à-dire survivant à l'extinction de la créance qu'elles garantissent de telle sorte qu'elles puissent ultérieurement garantir d'autres créances) a montré que la sûreté réelle pouvait ne pas être accessoire ou, à tout le moins, ne l'être que partiellement*"; B. Maubru, §5: "*dans les relations qui l'unissent à la créance et à l'immeuble, l'hypothèque de notre droit apparait dégagée de toute idée de garantie* (…) *la fonction de garantie à laquelle notre droit limite cette utilisation est une simple modalité, elle n'est pas inhérente*".

inspirés du Code Napoléon [56]. Surtout que certaines de ces incohérences accessoires étaient initialement considérées comme étant des manifestations spécifiques aux hypothèques indépendantes, avant de se voir plus largement consacrées ou admises en doctrine et en jurisprudence. Par exemple, les impératifs accessoires étaient jadis censés interdire les dissociations entre le montant de l'hypothèque et celui de la créance[57]. Or, en France comme en Roumanie, la doctrine ne retient désormais plus cette interdépendance. Des conclusions fréquentes confirment actuellement la possibilité de consentir l'hypothèque pour une somme supérieure à la créance garantie[58]. Cela suggère déjà une certaine émancipation de régime qui prépare, dès la constitution de la sûreté, un affranchissement assez visible de son régime par rapport au principal. De plus, il est possible depuis longtemps de réaliser une affectation hypothécaire avant même que la créance principale prenne régulièrement naissance, ou alors même que son avènement est encore incertain[59]. Aussi, la dépendance juridique de la sûreté

[56] Ch. Schmid/Ch. Hertel, pp. 90-91: "*the national reports clearly show that the traditional distinction between accessory and non-accessory mortgages tells only half of the story: There is an ample middle ground or grey area in between. Accessoriness may be more or less strict*"; H. G. Wehrens, p. 771: "*the principle of accessoriness of mortgage and debt as derived from older codifications influenced by Napoleonic legislation has nevertheless been abandoned in practice by several auxiliary arrangements*"; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 45: "*in none of the legal systems in Europe, however, is this absolutely the case with regard to the hypothec; exceptions to the accessoriness principle and deviations from it can be found everywhere*"; E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 423: "*de nombreux pays, dont le régime juridique des sûretés immobilières se caractérise traditionnellement par un modèle accessoire, ont admis et mis en œuvre des tempéraments qui permettent d'assouplir le lien accessoire de manière satisfaisante*". V. aussi, S. van Erp (cité *supra*, n. 7), pp. 70-86. En droit roumain, A.-A. Moise, p. 461 (nous traduisons): "*avec les évolutions dans la pratique du crédit, la tendance européenne se montre favorable à une interprétation flexible de l'accessoire, ce qui justifie sans doute les normes du nouveau Code civil qui érodent le principe de spécialité hypothécaire ainsi que son caractère accessoire*".

[57] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1319; C. Aubry/C.-F. Rau, p. 386; A. Colin/H. Capitant, §1272; Louis Josserand, «Cours de droit civil positif français. Tome 2. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés», 3e édition, Sirey, 1939, §1684; J. Viatte, p. 513. V. *infra*, §25.

[58] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 70; Odile Salvat, *De quelques singularités de l'hypothèque rechargeable*, JCP N, 2012, p. 1299, §3; M. Grimaldi, §4; L. Aynès/P. Crocq, §662; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 44; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §406; Yves Picod, «Droit des sûretés», 3e édition, Coll. Thémis, P.U.F., Paris, 2016, §308; Georges Daublon/Eliane Frémeaux, *La réforme du droit des sûretés*, Defrénois 2006, art. 38420, p. 1096; Eliane Frémeaux, *L'hypothèque rechargeable*, JCP N 2006, p. 1196, §2; D. Houtcieff, §§38-44. En droit roumain, A.-A. Moise, p. 428. V. *infra*, §91.

[59] Civ., 21 nov. 1849: S. 1850, 1, 91; D.P. 1849, I, 275 - Cass. req., 26 janv. 1814: RGL 4ème vol., I, 521 - Civ., 10 août 1831: S. 1831, 1, 371 - Cass. req., 8 mars 1853: S. 1855, 1, 214; D.P. 1854, I, 341. V. aussi, G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, §§902-1 et 1280-1; Louis-Vincent Guillouard, «Traité des privilèges et hypothèques», tome 2, 2ème édition, Editions A. Pedone, Paris, 1898, §1031; M. Planiol/G.

n'empêche pas son rattachement ultérieur à des obligations subséquentes, par exemple suite à la transmission à titre principal de la garantie[60]. Mais les évolutions restent certainement plus spectaculaires pour ce qui concerne les limites apportées à la disparition accessoire de la sûreté.

10. ***Survie à la disparition du principal***. En termes formels, le principe du suivi accessoire devrait pousser l'hypothèque à suivre servilement la créance garantie, quelle que soient les causes de sa disparition. Selon le "*bon sens*" intuitif de la logique accessoire, tel que déduit par le professeur Goubeaux, "*de la manière la plus complète et la plus brutale, l'accessoire suit le sort du principal qui l'entraine dans sa chute* (…) *l'extinction de la créance, par paiement, compensation … fait disparaitre la sûreté, de même que l'annulation de la créance. En effet, dès lors que la créance n'est plus susceptible d'exécution, la sûreté ne peut survivre, puisqu'elle n'avait d'autre raison d'être que de garantir cette exécution*"[61]. Or, l'hypothèque rechargeable, introduite par la réforme de 2006 en droit français, puis abrogée mais ressuscitée en 2014[62], contredit toutes ces déductions logiques. Elle persiste à la disparition du principal, de manière totalement déconnectée des éventuels remboursements[63]. Ceci la prépare pour des potentielles réaffectations en garantie

---

Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §336; C. Mouly, §132; L. Aynès/P. Crocq, §§663 et 679; Ph. Dupichot, §661. V. *infra*, §95.

[60] Art. 2.424 al. 1 C.civ. V. aussi, Cass. req., 31 janv. 1883: D. 1883, 1, 316; S. 1884, 1, 321; Journ. not. et av. 1883, p. 202; J. Viatte, pp. 513-514; A. Colin/H. Capitant, pp. 900-906; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §1366; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §533; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, §217. En droit roumain, Radu Rizoiu, *Ce este ipoteca mobiliară? (I). Despre dreptul real de garanţie*, RRDP nr. 5/2011, p. 237; Liviu Pop, «Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor», Editura Lumina Lex, Cluj Napoca, 1998, pp. 436-441; Vasile Pătulea, *Despre posibilitatea translației garanției prin contractul de ipotecă de la un credit la altul*, RD nr. 2/1998, pp. 66-67; A.-A. Moise, p. 461. V. *infra*, §112.

[61] G. Goubeaux, §§41-42. V. par ex. aussi, pour ces affirmations de principe, B. Maubru, §5; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1057; M. Fervers, p. 8.

[62] Pierre-François Cuif, *L'hypothèque conventionnelle*, dans Laurent Aynès/Pierre Crocq/Philippe Delebecque (coord.), «Le Lamy. Droit des sûretés», Coll. Lamy Droit Civil, Lamy, Paris, 2018, §202-109; D. Houtcieff, §1. Supprimée par la loi nº 2014-344 du 17 mars 2014, l'hypothèque rechargeable se rétablit aussitôt par la loi nº 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, mais uniquement à des fins professionnelles. L'art. 2.422 C.civ., sa source textuelle, se voit ainsi modifié pour en interdire le recours dans les opérations de consommation.

[63] M. Grimaldi, §1: "*l'affectation hypothécaire d'un immeuble à la garantie de crédits successifs tempère sérieusement des principes aussi traditionnels que la spécialité de la sûreté* (…) *et son accessoriété*"; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 46: "*par sa nature, il s'agit d'une hypothèque qui n'est pas accessoire*". L'auteur observe ainsi constamment "*l'abandon de son caractère accessoire*": *idem*, p. 47; O. Salvat (cité *supra*, n. 58), §6: "*l'originalité de l'hypothèque rechargeable tient au fait qu'elle introduise dans notre droit une indépendance inaccoutumée entre la sûreté et la créance qu'elle conserve. Dès lors, les événements affectant l'existence de la créance sont, en principe, sans incidence sur la vie de*

de créances ultérieures indiquées par le propriétaire, a priori indéterminées. Il en résulte que la survie de la sûreté à la chute du principal ne représente plus une atteinte insurmontable à la logique accessoire[64]. Le droit roumain, pour sa part, propose un mécanisme identique de réaffectation. Désigné comme "*maintien*" de l'hypothèque en garantie de nouvelles créances, il ne présuppose pas même une stipulation préalable quant à la perspective de réaffectation dans la convention constitutive de la garantie[65]. Ainsi, l'hypothèque rechargeable, "*troublante figure d'un «droit réel principal» de garantie*" selon la qualification du professeur Dupichot[66], se trouve couramment visée dans les études comparatives comme exemple de tendance législative vers l'eurohypothèque[67]. La mesure des équivalences structurelles entre la garantie rechargeable et la dette foncière a justement déjà fait l'objet de recherches assez poussées, surtout en Allemagne[68]. Le problème reste néanmoins que ces analyses n'avaient pas assumé le défi de précisément situer le niveau du rapprochement entre les deux techniques. Leurs conclusions représentent en conséquence plutôt des synthèses comparatives sur le régime juridique respectif de ces deux instruments. Par ailleurs, même le rapport des Inspections générales des Finances et des Services Judiciaires, celui ayant proposé la technique des garanties rechargeables, souligne à quel point celle-ci devrait renier la nature accessoire des hypothèques[69]. C'est toutefois oublier que la

l'hypothèque"; Michel Dagot, *Caractère accessoire de l'hypothèque*, dans Université Toulouse 1 Sciences Sociales, «Mélanges offerts à Pierre Spiteri», Presses Université Toulouse 1, 2008, p. 444: "*l'hypothèque rechargeable est accessoire lors de sa constitution; elle ne l'est plus par la suite, au moins à l'extinction de la créance originaire*".

[64] Explicitement en ce sens, C. Dauchez, §219.

[65] R. Rizoiu, p. 451. V. *infra*, §123.

[66] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 74.

[67] V. par ex. Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 69: "*ces sûretés rechargeables aux techniques très différentes dessinent une heureuse synthèse entre des traditions latines, d'une part, et révolutionnaires ou germaniques, d'autre part, réputées inconciliables* (…) *la faculté de recharge pourrait connaitre une fortune européenne lorsque sonnera l'heure de l'«euro-hypothèque»*".

[68] V. not. M. Fervers; Alexander Baumann, «Die "hypothèque rechargeable" – eine wiederaufladbare Hypothek als Grundschuld "à la française"?», Schriften zum internationalen Privat- und Verfahrensrecht 14, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012. V. aussi, C. Dauchez, §219; E. van den Haute, §127.

[69] Inspection générale des Finances/Inspection générale des Services Judiciaires, «Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire», 2004, consulté le 3 septembre 2019 sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000625.pdf, p. 22: "*prévoir que le crédit hypothécaire puisse être alors reconstitué sur la même hypothèque, conduit à reconnaître*

garantie semblait survivre au principal y compris dans la situation plus classique de la novation avec maintien des sûretés antérieures[70]. Par ailleurs, elle n'est désormais plus affectée par la prescription ou l'inefficacité de la créance de base[71]. Dès lors, même si la sûreté hypothécaire continue d'être formellement considérée comme étant un accessoire de l'obligation initiale, cette qualification devrait au moins se nuancer selon les circonstances ponctuelles de chaque situation[72]. Or, cela relativise tout raisonnement sur la teneur des impératifs accessoires.

11. ***Dérogations à la logique accessoire***. La question intéresse très concrètement la pratique bancaire. En Roumanie déjà, certaines conventions hypothécaires proposées par les entreprises de crédit écartent les expressions de la nature accessoire à tel point qu'elles semblent plutôt renvoyer aux effets des garanties indépendantes. Cela les rapproche plutôt des "*cautionnements à première demande*", tels que repérés dans le paysage français par les professeurs Crocq et Aynès en matière de sûretés personnelles[73]. Il demeure sans doute également possible de limiter les effets de ces stipulations aux consequences ponctuelles des dérogations déjà consacrées à la logique accessoire, ci-dessus recensées. Mais la difficulté serait alors simplement reportée. Il resterait en effet de vérifier si ces limites, particulièrement la possibilité de rechargement, ne viennent-elles pas éroder les impératifs accessoires à ce point de relativiser tout argument contre la légitimité des hypothèques indépendantes, le cas échéant consenties par des particuliers. Au moins, cette vérification justifiera les enjeux plus pragmatiques de ce développement. Elle identifiera en effet les critères nécessaires afin de séparer les simples exceptions à l'*accessorium sequitur principale* des incohérences accessoires qui empièteraient à ce point sur la dépendance juridique de la sûreté, qu'elles peuvent uniquement s'expliquer en tant que manifestations spécifiques des hypothèques indépendantes. Cela suppose de préalablement cerner le concept de

---

l'existence d'une garantie indépendante de celle d'une créance, ce qui porte atteinte à la cohérence actuelle du droit des sûretés".

[70] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060: "*ceci souligne à quel point la réserve des sûretés est dérogatoire à la règle de l'accessoire; elle se justifie moins par des raisons logiques que par la faveur faite au créancier*". V. *infra*, §137.

[71] V. *infra*, §101 et s.

[72] A.-A. Moise, pp. 212-213.

[73] L. Aynès/P. Crocq, §123. V. *infra*, §53.

celles-ci, au-delà de leurs expressions plus ponctuelles. Surtout que ses particularités ne se réduisent pas à l'autonomie des poursuites entamées contre son assiette, comme parfois affirmé[74].

12. ***Hypothèque indépendante et autonomie des poursuites***. La prérogative de saisie déduite de la sûreté hypothécaire résume en effet ce qui est considéré comme un accès directement accordé par celle-ci sur la valeur économique de son assiette[75]. Or, les controverses sur la place de cet accès direct aux côtés du droit de gage général, désormais reconnu à tout créancier, doivent à leur tour être délimitées des problèmes spécifiquement liés à la nature accessoire de la garantie. Sinon, la légitimité des hypothèques indépendantes se déduirait incorrectement au seul titre de ce droit autonome de poursuite. Or, celui-ci caractérise également le cautionnement[76]. Il convient aussi de particulariser cette distinction pour clarifier certaines des incohérences critiquées dans les limites apportées à la nature accessoire. Par exemple, la possibilité de saisir les biens affectés, malgré la prescription de la dette ne confirme pas un rapprochement aux hypothèques indépendantes, justement parce qu'elle intervient au titre de ce droit autonome de saisie[77]. Dès lors, il est utile de correctement situer les implications de cet accès direct sur la chose pour les besoins du fonctionnement des hypothèques indépendantes[78].

13. ***Inopposabilité des exceptions et réaffectations progressives***. Il ne semble toutefois pas opportun de trop développer les intérêts pratiques des hypothèques

---

[74] V. par ex. B. Maubru, §5: "*dans la conception de l'hypothèque autonome, l'hypothèque confère à la personne qui en est titulaire, par le simple fait qu'elle en est titulaire, le droit de réclamer le paiement d'une certaine somme au propriétaire de l'immeuble grevé, et à défaut de paiement de saisir l'immeuble*"; C. Dauchez, §219: "*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, l'hypothèque rechargeable n'en est pas l'équivalent*"; Loyseau, cité *supra*, §4 n. 25, par A. Egger, pp. 175-195. Or, la plupart des auteurs confirment désormais que la sûreté légitime par elle-même la saisie de l'assiette, sans par cela renier sa nature accessoire. V. *infra*, §152.

[75] Comme moyen alternatif pour mettre en œuvre la sûreté, le pacte commissoire est désormais autorisé par le droit français en matière hypothécaire: L. Aynès/P. Crocq, §687. Il reste nul en droit roumain: Alin-Adrian Moise, *Discuții referitoare la interdicția contractului pignorativ înscrisă în noul Cod civil*, RD nr. 3/2014.

[76] L. Aynès/P. Crocq, §121; Ph. Dupichot, §799. V. la délimitation dualiste des obligations reprise *infra*, §50.

[77] V. *infra*, §104.

[78] V. *infra*, §65.

indépendantes. Ceux-ci ressortent de toute façon des recherches déjà réalisées au fil du temps pour justifier les projets relatifs à une eurohypothèque. Ainsi, les applications de la technique résident prévisiblement dans l'inopposabilité des exceptions déduites de la créance garantie, très utile dans les relations triangulaires qui impliquent des tierces parties prenantes[79]. Cela signifie que le remboursement, la nullité ainsi que, plus généralement, la disparition du principal ne sont pas invocables contre les titulaires ultérieurs de bonne foi. Cette dérogation visible "*au principe de droit civil selon lequel on ne peut transmettre plus de droits que l'on en a soi-même*"[80] se justifie surtout dans les opérations rattachées au refinancement du créancier initial, car les tiers cessionnaires des crédits hypothécaires se trouvent ainsi rassurés de pouvoir toucher la valeur déclarée des créances acquises. Mais cela ne mérite pas un développement détaillé. Premièrement, le concept si théorique des hypothèques indépendantes ne représente certainement pas le seul moyen pour sécuriser la mobilisation des créances. Certaines autres techniques reposent sur cette même inopposabilité des exceptions relatives au principal. Elles s'en différencient cependant par leur structure. Par exemple, les cédules hypothécaires de la règlementation suisse, tout comme celles du droit intermédiaire français[81], réalisent en fait une affectation de l'immeuble qui reste entièrement fidèle à sa nature accessoire[82]. Seule la dette personnelle qui forme son principal de

[79] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §327; S. Kircher, p. 499; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. I., p. 8, point nº 1.11; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, Annexe nº VI (uniquement disponible en anglais); Ch. Schmid/Ch. Hertel, p. 101; O. Stöcker/R. Stürner, p. 142; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 51; L. van Vliet, p. 156; E. Espada-Muńiz, p. 394; P.-A. Girard, p. 55. V. *infra*, §60.

[80] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §§401-402.

[81] Raymond-Théodore Troplong, «Le droit civil expliqué. Des privilèges et des hypothèques ou Commentaire du titre XVIII du Livre III du Code Napoléon», Tome II, Charles Hingray, Paris, 1833, §564; A. Colin/H. Capitant", p. 879; Louis-Vincent Guillouard, «Traité des privilèges et hypothèques», tome 1, 2ème édition, Editions A. Pedone, Paris, 1898, pp. 51-52; Emmanuel Besson, «Les livres fonciers et la réforme hypothécaire: étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours», J. Delamotte, Paris, 1891, p. 90; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1054 et 1089; Jean-Philippe Lévy, *Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles*, RHD 1987, nº 3, p. 265; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 68.

[82] Explicitement en ce sens, P.-A. Girard, p. 55: "*la cédule hypothécaire est un gage immobilier de nature personnelle, et non réelle*"; E. van den Haute, §202: "*l'hypothèque elle-même* (…) *n'est pas détachée de la créance garantie. Au contraire, la cédule hypothécaire réunit l'hypothèque et la créance garantie dans un seul titre"*. V. aussi, W. Brehm/C. Berger, §16.10; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1089; M. J. Chérest (cité *supra*, n. 2), p. 31; B. Maubru, §94. V. *infra*, §43.

référence prétend à une certaine indépendance de régime, comme engagement autonome parallèle au rapport fondamental[83]. Ensuite, la règlementation actuelle de la dette foncière allemande en fait désormais une hypothèque indépendante privée, par certaines réformes récentes, de son inopposabilité spécifique des exceptions relatives à la créance. Or, elle conserve alors malgré tout un certain intérêt, car le propriétaire peut quand même réaffecter l'instrument au service de ses nouveaux crédits, une fois ses obligations antérieures intégralement remboursées[84]. Cette possibilité correspond apparemment à celle accordée par l'hypothèque rechargeable, ce qui relève davantage le besoin de correctement délimiter les deux techniques. Mais il se déduit aussi que l'inopposabilité des exceptions ne représente pas l'enjeu principal du concept. Par ailleurs, les implications de cette inopposabilité sont également analysées dans pas mal de recherches dédiées au concept même des hypothèques indépendantes, avant que celui-ci ne se concrétise de manière plus spécifique dans les projets relatifs à une eurohypothèque[85]. Celles-ci traitent, en effet, exhaustivement des raisons pour transformer ainsi la sûreté réelle en effet négociable[86]. Cela signifie qu'il s'agit plutôt de vérifier la légitimité de la technique,

---

[83] Sur la notion de "*rapport fondamental*", v. par ex. Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §313, comme relation en considération de laquelle intervient l'engagement autonome.

[84] V. *infra*, §40.

[85] V. par ex. Georges Stoïcesco, «De l'hypothèque sur soi-même considérée comme un instrument de crédit», thèse, Université de Paris, 1909; Jules Challamel, «De la cession des créances hypothécaires, étude sur les cédules hypothécaires (Handfesten, bons fonciers)», thèse, Université de Paris, 1879; M. J. Chérest (cité *supra*, n. 2); A. Egger et, plus récemment, Hannes Westendorf, «Le transfert des sûretés», Defrénois, Coll. Doctorat & Notariat, Paris, 2015. V. aussi la Séance du 8 décembre 1870 de la Société de Législation Comparée (cité *supra*, n. 7), pp. 35-36: "*y a-t-il quelque principe de droit qui s'oppose à ce que l'hypothèque, en prenant naissance par une inscription sur registre, exactement comme une servitude, vive indépendante de l'obligation pour laquelle elle est établie, que son existence ne soit pas indissolublement liée à la validité ou à la nullité de cette obligation? Le même résultat ne se produit-il pas depuis des siècles sans blesser aucun principe – dans la lettre de change, qui n'est cependant, comme la constitution de l'hypothèque, qu'une opération accessoire, supposant nécessairement l'existence d'une obligation antérieure? Cette lettre, pour circuler librement et rapidement, ne vit-elle pas de sa vie propre, en ce sens qu'au jour de l'échéance, le tiré ne pourra pas opposer au porteur les moyens de défense, les exceptions qu'il aurait pu opposer au tireur ?* (…) *pourquoi la constitution de l'hypothèque ne réaliserait-elle pas le même effet juridique que la création d'une lettre de change?*".

[86] Raymond-Théodore Troplong, «Le droit civil expliqué. Des privilèges et des hypothèques ou Commentaire du titre XVIII du Livre III du Code Napoléon», Tome I[er], 5[e] édition, Charles Hingray, Paris, 1854, pp. V-VI: "*je reconnaitrai, tant qu'on voudra, que notre régime hypothécaire est susceptible de grandes améliorations. Mais espérer que l'on pourra jamais y introduire cette simplicité de combinaison qui séduit dans la pratique, et que l'on envie au coupon des rentes sur l'Etat ou au billet de banque, me parait à la fois un désir irréfléchi et une utopie impossible à réaliser*".

comme expression des tendances à l'abstraction dans les droits internes des systèmes analysés.

14. ***Plan***. Les tendances vers le modèle proposé dans les projets relatifs à une eurohypothèque, accusées dans le système des pays de référence, la France et la Roumanie, paraissent sans doute purement spéculatives, à défaut de fondement textuel explicite dans leurs législations respectives. Cependant, les évolutions présentées ci-dessus, qui semblent éroder jusqu'à dénaturation la logique accessoire de la sûreté, justifient quand même les interrogations envisagées quant à la licéité actuelle des hypothèques indépendantes en droit positif. Cette problématique se légitime également par les développements similaires en matière de sûretés personnelles. Les formes non accessoires de ces dernières ont été validées en droit français comme garanties à première demande directement au titre de la liberté contractuelle, avant de se voir consacrées par une règlementation explicite[87]. Même plus, cette évolution trouverait certainement une parallèle avec les courants artistiques contemporains. Le XIX^{ème} siècle vit en effet une tendance tout-à-fait similaire à l'abstraction dans les créations artistiques, voulant retirer des œuvres culturelles les "*apparences visibles du monde extérieur*" et contredire la réalité concrète[88]. Or, certains auteurs comme Theodor W. Adorno[89] ou Frederic Jameson[90] identifient les raisons sociales derrière ces transformations dans le rôle grandissant de la monnaie, censée matérialiser une commune mesure des choses selon leur valeur commerciale. Celle-ci remplacerait de manière progressive une valeur concrète plus personnalisée des biens et des services, déduite de leurs utilités respectives. Elle refléterait ainsi sur le plan financier une "*abstractisation*" des relations humaines, dépersonnalisées par leur mobilité croissante. Or, cela correspond sur un plan tout aussi métaphorique à la mobilisation des créances sur les marchés secondaires du crédit, comme technique courante, mais également

---

[87] V. *infra*, §41.

[88] Léon Degand, «Langage et signification de la peinture en figuration et en abstraction», Éditions de l'Architecture d'aujourd'hui, 1956, pp. 28-29.

[89] Theodor Ludwig Wiesengrund Adorno, «Aesthetic Theory», traduit par Robert Hullot-Kentor, Continuum Impacts, Continuum, p. 27: "*if in monopoly capitalism it is primarily exchange value, not use value that is consumed, in the modern artwork it is its abstractness, that irritating indeterminateness of what it is and to what purpose it is, that becomes a cipher of what the work is*". Adorno applique ainsi la distinction relevée par Aristote entre ces deux valeurs respectives des choses. V. *infra*, §141 n. 675.

[90] Michael Hardt/Kathi Weeks, «The Jameson Reader», Wiley-Blackwell, Oxford, 2000, p. 272.

impersonnelle, de refinancement par les créanciers initiaux. Ainsi réconforté par ses expressions sociales et artistiques, le défi de mesurer la validité des hypothèques indépendantes en droit positif permettra une vision unitaire et cohérente sur leur technique. Pour épuiser les plans abordés par la problématique, son traitement devra se départager selon les réponses qui lui sont apportées par le droit privé interne (***première partie***) et par les impératifs du marché intérieur européen (***deuxième partie***). Mais toute appréciation en ce sens implique de précisément caractériser les conditions spécifiques et les effets des hypothèques indépendantes, comme concept-cadre que viennent concrétiser les projets relatifs à une eurohypothèque. Cela permettra, par ailleurs, une conclusion éclairée sur la désuétude proclamée de la nature accessoire dans les systèmes de référence[91].

Première partie. Hypothèque indépendante et droit interne

Deuxième partie. Hypothèque indépendante et droit européen

[91] La doctrine des Etats-Unis retenait jadis une image très criante sur le caractère impératif de la fidélité accessoire. Selon celle-ci (nous traduisons), "*la créance garantie ressemble à une vache qui voit la garantie hypothécaire s'y rattacher comme une queue. Mais si la vache survit sans la queue, cette dernière ne devrait pouvoir résister sans l'animal*". V. opinion du Juge Hathaway dans l'affaire *Best Fertilizers of Arizona Inc. v. L. Burns*, Ariz. Ct. App. 1977, qui cite le professeur Chester Smith, Université d'Arizona: "*among the «gems» and «free» offerings of the late Professor Chester Smith of the University of Arizona College of Law was the following analogy. The note is the cow and the mortgage the tail. The cow can survive without a tail, but the tail cannot survive without the cow*".

Première partie.
Hypothèque indépendante et droit interne

15. ***Autonomie de volonté en matière hypothécaire***. Le défi que se propose de relever cette première partie vise à vérifier la teneur des tendances internes à l'abstraction en matière de garanties réelles, telles que suggérées par les recherches de droit comparé signalées dans l'introduction. Cela suppose certainement, en préalable, de caractériser la technique des hypothèques indépendantes à partir des repères proposés en droit comparé et dans les développements sur l'eurohypothèque. Avant de prendre position sur cette tendance, se pose toutefois une question relative à l'utilité de la démarche. En effet, la nature accessoire ainsi que, de manière plus générale, le régime des sûretés réelles relève, en droit des biens, du *numerus clausus*[92]. Mais dans ce domaine, le *numerus clausus* ne semble pas érigé en interdiction absolue contre l'autonomie de volonté. En France, la Cour de cassation reconnait ainsi aux particuliers une certaine marge de manœuvre pour s'écarter des conditions établies par la loi. Cette position se déduit de l'arrêt *Caquelard* de 1834[93]. La doctrine en déduit qu'il serait loisible aux particuliers "*de «construire» par modification ou décomposition des droits donnés dans la loi*"[94]. Cela vaut également dans le système roumain. Même si le *numerus clausus* signifie que (nous traduisons) "*en principe, les parties ne sauraient ajouter de leur gré aux droits réels des prérogatives autres que celles*

[92] L. Aynès/P. Crocq, §406; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §11; C. Aubry/C.-F. Rau, §256, nº 79; Ph. Dupichot, §774; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §5.

[93] Cass. req., 13 fév. 1834: S. 1834, 1, 205; D.P. 1834, I, 118; H. Capitant/F. Terré/Y. Lequette, «Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 1», §65: "*les articles 544, 546 et 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs* (…) *ni ces articles, ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible*". V. aussi, Cass. req., 25 oct. 1886: S. 1887, 1, 373.

[94] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §238. V. également F. Grua, §48: "*l'hypothèque, le gage, le cautionnement apparaissent ainsi comme des branches parties du tronc du droit des obligations. Des lors, grâce à la liberté des conventions, n'est-il pas aisé de faire pousser d'autres branches?*". V. aussi Ph. Dupichot, §779. Selon cet auteur, "*le numerus clausus des sûretés réelles assorties d'un droit de préférence n'emporte précisément aucun numerus clausus des garanties réelles, contrairement à ce qui a pu être prétendu*". Or, l'hypothèque indépendante ne devrait justement pas être considérée une sûreté, à défaut de caractère accessoire, ce qui achèverait rapidement la démonstration nécessaire pour considérer sa validité acquise. V. *supra*, §2 n. 20.

prévues par la loi"[95], cette définition suggère justement que les dérogations conventionnelles qui n'iraient pas jusqu'à modifier le contenu des prérogatives consacrées par la loi demeurent, a priori, valables. Or, ce principe de liberté suffirait alors par lui-même pour légitimer les hypothèques indépendantes. En droit roumain, par ailleurs, l'art. 2.344 C.civ.roum. dispose justement que la fidélité accessoire de l'hypothèque tient seulement à "*la nature*" de celle-ci, tout comme son caractère indivisible. Or, cela laisse entendre, par analogie avec les limites au caractère indivisible validées au titre de la liberté contractuelle, que les parties pourraient convenir certaines dérogations au caractère accessoire, dont il resterait seulement à déterminer de manière précise la dimension[96].

16. ***Pas de nouvelle cause de préférence***. Surtout, le mécanisme des hypothèques indépendantes ne présuppose pas une priorité au paiement qui viendrait déroger aux causes de préférence reconnues par la loi. Ce serait sinon un argument sérieux de nullité, car le *numerus clausus* interdit aux parties de stipuler des droits de préférence autres que ceux qui résultent déjà des textes législatifs applicables[97]. C'est vrai que la réaffectation de la garantie pour les nouveaux crédits du propriétaire empiète sur les intérêts des créanciers subséquents, car ces derniers se retrouvent primés par le rang initial de préférence acquis par la technique lors de sa création[98]. Mais les créanciers subséquents ne sauraient en tout cas pas affirmer avoir cru de bonne foi en la disparition accessoire de

---

[95] Valeriu Stoica, «Drept civil. Drepturile reale principale. Vol. I», Humanitas, București, 2004, p. 104. V. aussi, sur une position similaire dans le domaine spécifique des sûretés réelles, M. Nicolae, *Contractul de ipotecă (I)*, p. 108.

[96] A.-A. Moise, p. 212. L'auteur propose néanmoins une interprétation contraire, fidèle au caractère essentiel de la nature accessoire. Pour une solution similaire sous l'ancien Code civil roumain, qui restait muet sur l'importance du caractère accessoire de la sûreté: Constantin Hamangiu/Ion Rosetti Bălănescu/Alexandru Băicoianu, «Tratat de drept civil român. Restitutio. Vol. II», 2e édition, All, București, 1998, p. 702.

[97] Christian Larroumet, «Droit civil. Les biens. Droits réels principaux», 5e édition, Economica, Paris, 2006, tome 2, §54; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §5; Ph. Théry, §269; Dominique Legeais, «Droit des sûretés et garanties du crédit», 12e édition, L.G.D.J. (Lextenso), Paris, 2017, §347; P. Crocq (cité *supra*, n. 20), §235; Ph. Dupichot, §776; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §520. V. par ex. Com., 19 avril 1985, 83-15.258: Bull. civ. IV nº 120, p. 103; D. 1986.9, obs. M. Vasseur; Defrénois 1986, p. 940, n. F. Derrida. Ce principe se justifie par la protection du crédit général contre les causes inconnues de préférence: Michel Vasseur, «Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite», thèse, Université de Paris, 1949. L'égalité par principe des créanciers dans les procédures collectives intervient même comme règle d'ordre public international: Civ. 1re, 4 fév. 1992, 90-12.569: Bull. Civ. I, nº 38, p. 28; D. 1992.181, n. G. Cas.

[98] V. *supra*, §3.

l'hypothèque, au fur et à mesure des remboursements. Leurs espoirs se trouvent en effet déjà contredits non seulement par l'hypothèque rechargeable de droit français[99], mais aussi, plus classiquement, par le risque de voir les parties consentir une novation de la créance initiale avec maintien des sûretés antérieures[100]. De toute façon, il est assez difficile de considérer que ce résultat concrétiserait une nouvelle cause de préférence, puisqu'il résulte simplement de la priorité originaire obtenue par inscription au registre immobilier, telle que reconnue à toute affectation hypothécaire[101]. Sans doute que le régime de cette priorité se modifie quelque peu, vu son maintien après la réaffectation de la garantie, mais à suivre les conclusions des professeurs Mestre, Putman et Billiau, "*il est tout à fait possible d'aménager et d'améliorer un droit de préférence légal pour en augmenter le rendement*"[102]. En bref, la technique des hypothèques indépendantes ne méconnait pas l'interdiction des nouveaux privilèges conventionnels sans fondement textuel. La difficulté reste plutôt que la liberté contractuelle des parties en matière de sûretés réelles ne semble pas absolue, alors même qu'elle ne viserait pas à créer de nouvelles causes de préférence.

17. ***Limites à l'autonomie de volonté***. Sans doute que, selon la formule retenue par la doctrine, "*rien n'empêche a priori d'exploiter la liberté contractuelle et d'aménager un droit réel*"[103]. Toutefois, il est également observé que "*les parties ne peuvent modifier une sûreté existante en lui enlevant un élément considéré comme*

---

[99] V. par ex. O. Salvat (cité *supra*, n. 58), §14: "*la situation devient spécialement délicate, si est envisagée une hypothèque ordinaire «non prioritaire» après l'inscription d'une hypothèque rechargeable. Il est alors indispensable d'alerter le client contre le danger d'une convention de rechargement postérieure qui prévaudrait sur celle-là*"; Inspection générale des Finances/Inspection générale des Services Judiciaires (cité *supra*, n. 69), p. 23: "*les autres créanciers doivent présumer que l'immeuble reste hypothéqué durant toute la durée de l'inscription, à hauteur du plein montant de la créance inscrite outre les intérêts de celle-ci*". V. aussi, M. Grimaldi, §6; M. Dagot, §382. Le législateur roumain n'a pas suivi le modèle de l'hypothèque rechargeable sur ce point. La garantie perd son rang initial de préférence en cas de réaffectation. En effet, l'art. 165 de la loi nº 71/2011 pour l'application de la loi nº 287/2009 sur le Code civil prévoit que (nous traduisons) "*l'hypothèque maintenue prend rang à l'inscription du maintien*". V. *infra*, §125.

[100] V. *infra*, §137.

[101] V. par ex. Ph. Dupichot, §783: "*l'interdiction de créer des droits de préférence nouveaux n'emporte donc pas nécessairement l'interdiction de créer de nouveaux contrats, constitutifs de sûretés réelles innommées, des lors que le droit de préférence employé sera connu et opposé aux tiers dans les conditions du droit commun*".

[102] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §238.

[103] M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §505.

fondamental" [104] . Une condition similaire limite la marge de manœuvre des particuliers lorsque les garanties en question auraient un rattachement international. Ainsi, la "*naturalisation*" des sûretés étrangères intervient uniquement en tant que ces techniques "*ne sont pas en contradiction avec les principes fondamentaux de notre système juridique*" [105] . Dès lors, les interrogations sur la validité de l'hypothèque indépendante ne pourraient aucunement se réduire au simple constat qu'il existe une certaine marge de manœuvre pour la liberté contractuelle dans cette matière. Par ailleurs, les dispositions de l'actuel art. 2.394 C.civ. confirment en termes formels le principe que toute hypothèque "*n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi*". Or, ce texte pose visiblement des limites assez étroites pour l'autonomie de volonté dans le domaine des affectations hypothécaires[106]. Ce constat implique, donc, une reformulation de la problématique envisagée pour cette partie. Il convient en effet surtout d'apprécier si le mécanisme des hypothèques indépendantes contredit ou non les principes fondamentaux du régime hypothécaire. Seulement, cette interrogation ne devrait pas se réduire à la question de savoir si la logique accessoire, que vient précisément renier le concept des hypothèques indépendantes, est ou non essentielle pour le droit des sûretés[107]. Dans cette approche plutôt simpliste en effet, la légitimité des hypothèques indépendantes serait aisément défendable.

18. ***Relativité de la logique accessoire***. À elle seule et selon ses expressions traditionnelles, la logique accessoire comme impératif de suivi et disparition de la sûreté concomitantes avec le principal de référence saurait en effet désormais assez difficilement se prétendre indispensable à l'hypothèque [108] . Les propos introductifs ont en effet déjà présenté ses limites. A priori, elle ne devrait, dès lors,

---

[104] M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §505. V. aussi, Ph. Simler/Ph. Delebecque, §346: "*la liste des droits réels n'est pas limitative et rien ne s'oppose dans un système de liberté contractuelle, à ce que l'on constitue de nouvelles garanties et défende, par voie de conséquence, une conception large de la notion de sûreté réelle, conception large que le droit positif fait sienne. Toutefois, même si l'on peut plaider en faveur d'une telle conception, on ne saurait s'évader totalement des modelés légaux*".

[105] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §238.

[106] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1056. V. néanmoins aussi, Ph. Simler/Ph. Delebecque, §295, selon lesquels cette disposition représenterait seulement un «*texte annonce*» qui précède le détail du régime hypothécaire.

[107] V., en droit roumain, A.-A. Moise, pp. 212-214, sur le point de savoir si le caractère accessoire tient à l'essence ou seulement à la nature de l'hypothèque.

[108] V. *supra*, §§9-10.

pas être considérée comme un élément fondamental pour son régime. Cela résulte également au titre des potentielles analogies avec les garanties autonomes de nature personnelle[109]. Ces dernières se trouvent en effet entièrement soustraites à leur dépendance de régime envers le rapport fondamental, sans heurter une objection quelconque fondée sur le caractère prétendument essentiel de la logique accessoire. Cette analogie avec les garanties personnelles conduit déjà les professeurs Mestre, Putman et Billiau à considérer, pour identité de raisons, qu'une "*sûreté réelle «à première demande» ne semblerait pas inconcevable*"[110], même si pour le moment, elle "*relève de la fiction*"[111]. En effet, le seul obstacle identifié par ces auteurs réside dans le fait que ce concept risque de s'analyser "*comme un pacte commissoire, autorisant le créancier à s'approprier le gage sans formalités*"[112]. Or, le droit français valide depuis quelque temps déjà le pacte commissoire dans les affectations hypothécaires[113]. Mais cet argument ne semble de toute façon pas approprié. Le sacrifice de la logique accessoire dans les hypothèques indépendantes ne présuppose certainement pas un transfert de la propriété ou de la possession entre les mains du créancier. Inversement, le pacte commissoire ne se trouve pas comme tel incompatible avec la fidélité accessoire de l'hypothèque, car il ne vise pas à ignorer les remboursements successifs au titre de la dette[114]. La conclusion des professeurs Mestre, Putman et Billiau implique dès lors de tolérer, au moins en théorie, "*une conception plus large de l'accessoire*", dont le contenu se trouve réduit à "*l'affectation d'une garantie au service exclusif de la créance*"[115]. Or, cela confirmerait précisément l'évolution présumée des traditions internes vers

[109] Sur les garanties personnelles sur premiere demande, v. déjà Ph. Simler, §857; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §53-1; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §396. V. plus largement *infra*, §42.

[110] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §326.

[111] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060.

[112] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §327.

[113] V. *supra*, §12 n. 75.

[114] *Comp.*, sur la garantie personnelle sur première demande, laquelle ne représente pas l'équivalent parfait d'un dépôt en garantie: Ph. Dupichot, §343.

[115] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §326.

l'admission des hypothèques indépendantes [116]. Il conviendra cependant de démontrer que tel n'est pas le cas, en réalité.

19. ***Au-delà des incohérences accessoires***. Au vu des dérogations déjà consacrées en droit positif, un développement qui partirait en quelque sorte des expressions traditionnelles de la logique accessoire ne répondrait que de manière superficielle à la problématique envisagée. Il se bornerait en effet à constater la relativité actuelle de ces expressions. Pour éviter ce résultat, il convient de caractériser les particularités des hypothèques indépendantes, le cas échéant déduites des projets relatifs à une eurohypothèque, au-delà de leurs manifestations plus visibles qui viennent contredire la logique accessoire. Cela suppose un développement aussi complet que possible sur les implications juridiques et rationnelles de cet instrument, lequel permettra une appréciation rigoureuse de ses éventuels conflits avec les "*principes fondamentaux*" en matière de sûretés réelles (***titre 1***) ainsi qu'une délimitation cohérente par rapport aux simples inflexions plus anodines que connait le principe de l'accessoire actuellement (***titre 2***).

Titre 1. Caractérisation

Titre 2. Délimitation

[116] V. *supra*, §9. Il résultera que cette "*conception plus large de l'accessoire*" décrit plutôt le rattachement extrinsèque de la dette qui caractérise les engagements autonomes. De même dans le système italien: Francesca Fiorentini, «Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato», Stämpfli Editore, Edizioni Scientifiche Italiane, Berna, 2009, p. 558 ainsi qu'en droit allemand: F. et J. Baur/R. Stürner, §64.85 et W. Brehm/C. Berger, §16.39, sur un caractère accessoire soi-disant "*plus flexible*", régi non pas par le droit des biens, mais par la règlementation des obligations. En réalité cette (nous traduisons) *"nature accessoire de fondement contractuel*" désigne simplement le régime du rapport fondamental dans les engagements autonomes, dont ces derniers ne doivent eux-mêmes pas faire abstraction. Elle concrétise ainsi plutôt leur spécialité quant aux créances de rattachement. V. *infra*, §29.

Titre 1. Caractérisation

20. ***Délimitation***. Pour isoler les particularités des hypothèques indépendantes, il convient de délimiter, parmi les observations en ce qui concerne son régime, déduites des lignes directrices relatives à une eurohypothèque, celles qui relèvent de leurs conditions spécifiques, comme source de leur autonomie de régime. Seulement ces dernières sont en effet pertinentes pour apprécier si le concept contredit ou non les principes essentiels en matière de sûretés (***chapitre 1***). Les autres observations potentielles, relatives par exemple aux applications pratiques de la technique ainsi qu'aux risques entrainés par celle-ci à la charge des différentes parties prenantes, relèvent plutôt des éléments utiles de son régime, qui comptent uniquement à supposer sa légitimité définitivement acquise (***chapitre 2***).

Chapitre 1. Conditions

Chapitre 2. Effets

Chapitre 1. Conditions

21. ***Abstraction réelle***. La méthode la plus appropriée afin de remonter aux sources des hypothèques indépendantes comme garantie autonome et de ses expressions dans le projet relatifs à une eurohypothèque semblerait à nouveau pouvoir emprunter un renvoi aux métaphores artistiques. Ainsi, tout comme les abstractions dans le domaine de l'art reposent obligatoirement selon Picasso sur la réalité concrète, dont elles se détachent au fur et à mesure[117], ce développement devra lui-même partir des conséquences les plus perceptibles entrainées par la négation de la logique accessoire dans ce domaine (***section 1***). Cette négation générique de la logique accessoire par rapport à la dette de référence ressort justement aussi des projets relatifs à une eurohypothèque[118]. Cela pose déjà le problème de préciser le rôle de la créance garantie dans le régime de la technique, vu que toutes ses expressions d'autonomie juridique se déclinent nécessairement par rapport à elle. Les questions liées à la déterminabilité du principal dans ce contexte isoleront justement les exigences de la nature accessoire par rapport à celles strictement déduites du principe de spécialité hypothécaire[119]. Le renvoi aux formes personnelles de garanties indépendantes, étudiées de manière plus exhaustive par la doctrine, deviendra incontournable ainsi pour correctement situer le fondement de cette autonomie de régime parmi les conditions des affectations hypothécaires (***section 2***).

---

[117] Herschel Browning Chipp/Peter Howard Selz, «Theories of modern art: a source book by artists and critics», University of California Press, 1968, p. 270, qui citent Picasso en ce sens que "*there is no abstract art. You always start with something. Afterward you can remove all traces of reality*".

[118] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 12, point nº 3.4: "*la constitution, le transfert et l'existence de l'Eurohypothèque ainsi que l'exercice des droits conférés par l'Eurohypothèque sont indépendants des créances garanties*".

[119] Sur la déterminabilité des créances comme condition de la spécialité hypothécaire, v. déjà Civ., 6 fév. 1939: D.P. 1939, I, 53, n. J. Plassard; S. 1941, 1, 145 n. R. Rodière. V. aussi, D. Legeais (cité *supra*, n. 97), §543; L. Aynès/P. Crocq, §662; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §904; Félix Roy, «De la spécialité du gage hypothécaire en droit français», thèse, Université de Bordeaux, 1895, p. 14; A. Colin/H. Capitant, §1272; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §406; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §376; M. Bourassin/V. Brémond, §2066; Y. Picod (cité *supra*, n. 58), §316. Mais les recherches contemporaines écartent désormais cette condition des exigences requises par la spécialité hypothécaire. V. *infra*, §29 n. 172.

Section 1. Expressions

22. ***«Bon sens» des impératifs accessoires***. Les expressions visibles de la logique accessoire que les hypothèques indépendantes entendent supprimer se départagent, à suivre la méthode enseignée par le professeur Medicus en droit allemand, selon qu'elles visent la constitution de la garantie, son montant, sa transmissibilité, ou sa survie à la disparition du principal[120] (***A***). S'y ajoute la possibilité de poursuivre directement les biens affectés au titre des prérogatives hypothécaires. Mais celle-ci doit être traitée séparément, vu les délimitations requises sur le plan procédural par rapport au droit autonome de saisie qui caractérise y compris le cautionnement, pourtant sûreté accessoire[121]. Cette démarche permettra de clarifier le rôle de la créance principale dans le régime de ces instruments, à défaut de quoi, la négation de la logique accessoire semblerait aboutir sur un concept assez irrationnel de garantie. Comme le soulignait le professeur Goubeaux dans sa thèse justement, "*si elle n'est pas que cela, la règle de l'accessoire est, effectivement, au premier chef, une «règle de bon sens»*". Sans doute, "*il y a dans l'idée de «bon sens» un certain refus de l'effort intellectuel*". Mais indiscutablement, "*si le «bon sens est du monde la chose la mieux partagée», c'est qu'il dépend de la raison*"[122]. En termes psychologiques ainsi, le défi serait de raisonner sur les ressorts pour lesquels une personne consentirait à une affectation hypothécaire si franchement contraire au *«bon sens»* de sa nature accessoire (***B***).

A. Rejet de la dépendance accessoire

23. ***Constitution autonome***. Premièrement, à la rigueur, il pourrait se considérer que la logique accessoire implique de qualifier comme caduques ou, plus

---

[120] Dieter Medicus, *Die Akzessorietät im Zivilrecht*, Ju S, 1971, C.H. Beck, p. 497. V. aussi, Mathias Habersack, *Die Akzessorietät - Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts*, dans JuristenZeitung 1997, p. 862; M. Fervers, p. 8.

[121] O. Stöcker/R. Stürner, p. 49. Philippe Simler, *Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ?*, dans «Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux. Liber Amicorum», L.G.D.J. Lextenso éditions/Dalloz, Paris, 2009, p. 497. V. plus largement *infra*, §147.

[122] G. Goubeaux, §§39-40.

généralement, inefficaces les hypothèques consenties avant que la créance de base ne prenne valablement naissance[123]. Cela devrait couvrir aussi, pour identité de raisons, les hypothèses en lesquelles le principal serait nul ou inefficace à cause de la résolution du contrat qui en représente la source, de sa caducité ainsi que de tout autre motif[124]. Le professeur Goubeaux déduit à cet égard une observation de principe, solennelle au vu de ses termes, suivant laquelle, "*privé soudainement de but ou de substance, l'accessoire est gravement frappé. Le même résultat serait atteint, dès l'origine, si le principal fournissait à l'accessoire une base insuffisante. C'est toujours la même idée: l'accessoire n'existe que si et dans la mesure où le principal lui fournit un support*"[125]. Sans doute que le droit positif admet déjà la validité des hypothèques consenties avant la naissance de la créance[126]. Il suffit, en effet, que la dette soit au moins en germe pour légitimer une affectation précoce de la garantie[127]. La mesure en laquelle cette dérogation au principe de l'accessoire pose problème dans le contexte plus général de la dépendance de régime que les hypothèques doivent au principal sera plus largement envisagée dans le titre suivant[128]. De même pour ce qui est des solutions règlementaires actuelles sur la persistance des hypothèques affectées en garantie de créances nulles ou autrement inefficaces[129]. Pour le moment, il suffit de constater, inversement, que la constitution d'une hypothèque indépendante ne devrait pas même présupposer

[123] V. par ex. A. Colin/H. Capitant, p. 881; A.-A. Moise, p. 529 n. 2.

[124] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060: "*le caractère accessoire de l'hypothèque ou du privilège immobilier entraine l'opposabilité de l'exception de nullité affectant la créance garantie: l'hypothèque abstraite n'existe pas en droit français*". V. aussi, G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §381.

[125] G. Goubeaux, §§41-42; B. Maubru, §6: "*dans la conception qui est celle de notre droit, l'hypothèque n'a d'existence que par rapport à une créance dont elle garantit le paiement* (…) *l'hypothèque ne peut précéder la naissance de la créance et ne survit pas à son extinction*". V. aussi, O. Stöcker/R. Stürner, pp. 50-53; L. Aynès/P. Crocq, §679; Christophe Juillet, «Les accessoires de la créance», Defrénois, Coll. Doctorat & Notariat, Paris, 2009, §388.

[126] V. *infra*, §95. Cela donne une image similaire à celle des hypothèques sur soi-même: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1068. Pour les conflits entre la garantie du crédit revolving et les exigences de la spécialité hypothécaire, v. not. Guillaume Ansaloni, *Crédit revolving et spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles*, dans JCP E 2008, p. 2124, p. 11.

[127] G. Goubeaux, §42; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §522 V. *infra*, §96.

[128] V. *infra*, §97.

[129] V. *infra*, §101.

l'existence germinative du principal [130]. Encore moins devrait-elle subir une quelconque forme de caducité par contrecoup pour nullité ou inefficacité de la dette.

24. ***Survie au principal.*** Surtout, la disparition de l'hypothèque par remboursement de la créance ou pour toute autre cause qui viendrait éteindre la dette représente sans aucun doute une conséquence incontestable du principe de suivi accessoire[131]. Là encore, selon la formule rigoureuse retenue par le professeur Goubeaux dans sa thèse, "*de la manière la plus complète et la plus brutale, l'accessoire suit le sort du principal qui l'entraine dans sa chute* (…) *l'extinction de la créance, par paiement, compensation … fait disparaitre la sûreté, de même que l'annulation de la créance. En effet, dès lors que la créance n'est plus susceptible d'exécution, la sûreté ne peut survivre, puisqu'elle n'avait d'autre raison d'être que de garantir cette exécution*" [132]. En renversant le raisonnement, il se déduit intuitivement que les hypothèques indépendantes ne devraient subir aucune des causes extinctives qui affecteraient une quelconque créance dont elles ne souhaitent par hypothèse aucunement partager le destin[133].

25. ***Montant de l'hypothèque***. La notion d'un montant monétaire propre à la sûreté hypothécaire n'était souvent pas même retenue comme telle jusqu'à peu[134]. En droit français, celle-ci se trouve désormais explicitement consacré par l'art. 2.423 C.civ., selon lequel "*l'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée, que l'acte notarié mentionne à peine de nullité*" et par l'art. 2.426 C.civ., en ce sens que "*l'inscription* (…) *ne peut avoir lieu que pour une somme et sur des immeubles déterminés*". Mais ces textes étaient souvent interprétés uniquement en ce sens qu'est nécessaire une évaluation prospective de

---

[130] V. par ex. *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 7, B. I., point n° 1.3; H. G. Wehrens, p. 776. De même dans le système allemand, pour la dette foncière: W. Brehm/C. Berger, §18.3; M. Fervers, p. 73.

[131] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1057 et 1099.

[132] G. Goubeaux, §§41-42. V. aussi, M. Fervers, p. 8.

[133] V. par ex. *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 16, B. II., point n° 6.1: "*l'eurohypothèque ne s'éteint pas par le paiement des créances garanties*". De même dans le système allemand, pour la dette foncière: W. Brehm/C. Berger, §18.3.

[134] V. par ex. J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1319, qui identifient ce montant à la valeur de la créance garantie. V. aussi, J. Viatte, p. 513; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §614. Ce montant reste inconnu dans la *common law* ou en droit écossais pour leurs équivalents de l'hypothèque: A. J. M. Stevens, p. 407.

la créance garantie elle-même, non pas de la sûreté proprement dite[135]. Or, la doctrine reconnait actuellement une identité distincte, au moins en tant que concept autonome, à la somme indiquée par les parties pour caractériser la valeur de la garantie hypothécaire[136]. Sa publication au registre immobilier intéresse, par exemple, les créanciers subséquents, car elle fixe la dimension patrimoniale du rang de préférence qui leur devient opposable au titre de la sûreté inscrite[137]. Le droit roumain retient lui aussi depuis quelque temps une solution similaire quant au montant spécifique de la garantie hypothécaire[138]. Cette solution se déduit de l'art. 2.372 al. 1 C.civ.roum. selon lequel "*l'hypothèque conventionnelle n'est valable que si la somme pour laquelle elle est consentie peut être déterminée en raison même de l'acte d'hypothèque*"[139]. Mais à revenir aux observations logiques, la nature accessoire de la garantie devrait là, au moins, imposer la diminution progressive du montant hypothécaire, malgré son autonomie conceptuelle, au fur et à mesure des remboursements[140]. Les obligations mises à la charge des parties par les premières propositions de l'art. 2.423 al. 3 C.civ., en ce sens de réaliser une évaluation prospective des créances incertaines, semblent justement confirmer ce

---

[135] V. par ex. C. Aubry/C.-F. Rau, p. 386; A. Colin/H. Capitant, §1272; M. Bourassin/V. Brémond, §2061; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §274; L. Josserand (cité *supra*, n. 57), §1684; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 44.

[136] L. Aynès/P. Crocq, §662: "*l'attention se porte sur la détermination de la charge hypothécaire et sur la durée de celle-ci, plutôt que sur la créance garantie* (…) *ce n'est pas tant le montant de la créance garantie qu'il faut indiquer, que celui de la charge hypothécaire* (…) *l'acte notarié doit indiquer à peine de nullité une «somme déterminée» représentant le capital garanti par l'affectation hypothécaire*". V. aussi, Inspection générale des Finances/Inspection générale des Services Judiciaires (cité *supra*, n. 69), p. 19, sur le montant des garanties hypothécaires au profit des ouvertures de crédit.

[137] Ch. Albiges (cité *supra*, n. 8), p. 79; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §873.

[138] A.-A. Moise, p. 424 (nous traduisons): "*la raison derrière cette solution est simple: le débiteur qui constitue la garantie ou la caution réelle doivent connaitre en quelle mesure le bien affecté se trouve asservi, et les tiers doivent apprendre la solvabilité du constituant, y compris afin de pouvoir correctement apprécier l'opportunité des garanties en rang subséquent, par rapport à la valeur potentielle du bien*". V. aussi, R. Rizoiu, p. 383.

[139] «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.372.

[140] B. Maubru, §§6, 244 et 245: "*la créance est essentielle pour déterminer le montant de l'hypothèque* (…) *la valeur de l'hypothèque n'est pas fixée définitivement, mais au contraire va varier en fonction des variations de la créance garantie* (…) *on conçoit qu'il soit possible de fixer directement la valeur de l'hypothèque* (…) *notre droit procède différemment, et la détermination de la valeur de l'hypothèque se fait par rapport à une créance parce que l'hypothèque est une sûreté* (…) *les variations de son montant se répercutent sur le montant de la garantie*". V. aussi, O. Stöcker/R. Stürner, pp. 54-55; Jacques Auger, *La spécialité de l'hypothèque*, dans «Mélanges Jean Pineau» Thémis, Montréal, 2003, p. 610.

raisonnement[141]. En effet, de telles obligations seraient inutiles si les individus pouvaient de toute façon déconnecter, dès le début, les montants respectifs de la créance garantie et de la sûreté[142]. Quelques arguments textuels supplémentaires à cet égard ont été identifiés dans le contexte spécifique des hypothèques rechargeables[143]. De même, la doctrine défendait jadis la possibilité de demander une réduction judiciaire de la somme inscrite au registre immobilier, en cas de remboursement partiel de la dette. Or, cette action sous-entend justement une adaptation automatique du montant de l'hypotheque aux évolutions de la créance garantie. Seulement, les arguments employés pour aboutir à cette conclusion ignorent parfois la délimitation conceptuelle entre les valeurs respectives du principal et de son accessoire, ce qui suggère plutôt qu'ils visent à faire inscrire la diminution de la créance proprement dite[144]. En opportunité par ailleurs, le créancier hypothécaire n'aurait certainement rien à voir de prérogatives sur l'assiette qui excèdent, en termes monétaires, la valeur actuelle de la dette, tant qu'il peut uniquement espérer toucher au montant de cette dernière[145]. Cela vaut même si la dimension réelle de la créance serait encore incertaine au moment de l'affectation, consentie, par exemple, en couverture du solde final d'un compte courant ou si la sûreté devait couvrir également les pénalités de retard, les frais de recouvrement forcé ou des autres créances futures[146]. Ces hypothèses commandent, en effet, une certaine autonomie conceptuelle du montant hypothécaire stipulé dans la convention constitutive. Mais il ne semble pas nécessaire de considérer que la somme indiquée par les parties correspond toujours obligatoirement au montant

---

[141] Ce texte prévoit que "*l'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels*". V. par ex. Ph. Simler/Ph. Delebecque, §406; L. Aynès/P. Crocq, §662.

[142] Explicitement en ce sens, C. Dauchez, §208: "*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*".

[143] D. Houtcieff, §41.

[144] V. par ex. Paul Frémont, JurisClasseur Civil Code, Art. 2161 à 2165 - fasc. unique: «Privilèges et hypothèques. Réduction des inscriptions», 23 juin 2001, LexisNexis.

[145] M. Fervers, p. 5; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §522; B. Maubru, §245.

[146] Sur l'hypothèque consentie pour garantir des créances futures, v. déjà L. Aynès/P. Crocq, §679. V. *infra*, §95.

réel de l'hypothèque. Cette somme peut également s'analyser en simple valeur plafond, qui ne viendrait aucunement chiffrer l'étendue concrète des prérogatives conférées par la garantie[147]. Mais alors, toute action en réduction pour cause de remboursement partiel devient inutile, car le montant inscrit ne délimite pas les pouvoirs réels du créancier. Il ne fait que limiter la couverture hypothécaire des créances garanties, dans la mesure où leur valeur dépasserait à un moment donné son seuil maximal. Les hypothèques indépendantes se caractérisent en revanche par une autonomie réelle du montant inscrit au registre de publicité foncière.

26. ***Montant déconnecté de la créance***. La négation de la nature accessoire suppose, à suivre une logique en tous points similaire à celle ci-dessus, que le montant convenu des hypothèques indépendantes équivaut comme tel à un paramètre quantitatif réel des prérogatives accordées sur l'assiette. Celui-ci relève certainement de la liberté contractuelle, sans varier selon une quelconque créance de base, envers laquelle la garantie autonome envisage par hypothèse de se délimiter[148]. En ce sens justement, les observations sur les eurohypothèques traitent même une potentielle décomposition du montant de la garantie entre le capital et les intérêts de la somme stipulée par les parties[149]. La détermination de ces montants respectifs dépendrait, selon ces projets, exclusivement du choix des individus, sans référence nécessaire au taux actuel de la créance[150]. Cette décomposition s'inspire des pratiques développées autour de la dette foncière allemande. Le capital et les intérêts pour lesquels est consentie celle-ci dépassent

---

[147] V. par ex., sur les pénalités et les frais de recouvrement forcé, Nathalie Pierre, JurisClasseur Notarial Répertoire, Art. 2426 à 2439 - fasc. 50: «Privilèges et hypothèques. Mode de l'inscription. Organisation générale de la publicité», 11 février 2011, LexisNexis, §§231-232: "*si les accessoires sont déterminés au jour de l'inscription, leur nature et leur montant exact doivent être indiqués. S'ils sont éventuels, ils doivent faire l'objet d'une évaluation, qui peut être globale et qui constitue le plafond de la garantie*". Pour la même idée en droit roumain, v. A.-A. Moise, p. 428. Plus largement sur la qualification de montant plafond, v. *infra*, §92.

[148] B. Maubru, §6: "*dans la conception de l'hypothèque-sûreté, la créance est essentielle pour déterminer le montant de l'hypothèque. Au contraire dans la conception de l'hypothèque autonome, cette valeur est fixée directement*". De même pour les garanties personnelles à première demande: Nicolas Borga, «La qualification de garantie autonome», Mémoire D.E.A Droit Privé Fondamental, Université Jean Moulin Lyon 3, 2000/2001, consulté le 3 septembre 2019 sur http://www.glose.org/mem001.htm, p. 44.

[149] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, pp. 13-14, B. II., point n° 3.2.

[150] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, pp. 11-12, B. II., point n° 3.4.

en effet, souvent, ceux de la créance garantie, lesquels varient, par ailleurs, au fur et à mesure des remboursements[151].

27. ***Changement du support initial.*** Le changement de support désigne le résultat de certaines opérations assez hétérogènes, par lesquelles une hypothèque parvient en quelque sorte au service de créances différentes de celles initialement indiquées dans l'acte constitutif[152]. En droit français, tout comme dans le système juridique roumain, c'est le cas des réaffectations réalisées par voie de rechargement ou par novation des obligations originaires[153]. Cela résulte aussi, plus classiquement, par transmission à titre principal des garanties hypothécaires, désormais explicitement consacrée par le législateur français dans l'art. 2.424 al. 1 C.civ. Or, les recherches en droit comparé retiennent parfois la nullité de telles opérations, précisément pour incohérence accessoire, en tant qu'elles dissocient la garantie hypothécaire de son principal de référence[154]. Cela se confirme notamment par le régime de l'*Hypothek* en droit positif, forme traditionnelle de garantie immobilière accessoire en droit allemand[155]. En effet, les transmissions autonomes de celle-ci, comme sûreté accessoire, effectuées de manière à ce que la créance garantie reste entre les mains du premier créancier, sont explicitement interdites par les dispositions de l'art. 1.153 B.G.B.[156] Il est même affirmé qu'un tel changement de support ne serait rationnellement concevable que pour les hypothèques à proprement parler indépendantes[157]. Le titre suivant se chargera de vérifier cette affirmation[158]. À ce moment, il est plutôt intéressant de noter la réciproque. En effet, une eurohypothèque comme garantie autonome ne devrait certainement pas voir son

---

[151] F. et J. Baur/R. Stürner, §44.12: "*auch die Verzinsung der Grundschuld ist vom Zinssatz einer schuldrechtlichen Forderung unabhängig. Es kann also z. B. sein, dass für Darlehen 6% Zinsen vereinbart sind, für die Grundschuld 12%*". V. aussi, M. Fervers, p. 73.

[152] G. Goubeaux, §109.

[153] V. plus largement *infra*, §112.

[154] O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 45; B. Maubru, §§13-20 sur un "*principe de permanence du support*" au titre de la spécialité hypothécaire; J. Viatte, p. 513.

[155] W. Brehm/C. Berger, §16.29.

[156] F. et J. Baur/R. Stürner, §§37.11-38.3: "*die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, diese nicht ohne jene abgetreten werden*" en application de l'art. 1.153 al. 2 B.G.B.; B. Maubru, §20; O. Stöcker/R. Stürner, p. 55, sur les règlementations similaires des autres pays; A. J. M. Steven, p. 415, sur cette interdiction en droit écossais.

[157] O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 45.

[158] V. *infra*, §115.

aliénation conditionnée de quelque manière que ce soit par celle de la créance garantie, dont elle renie par hypothèse toute influence[159].

28. ***Exigibilité autonome.*** Si le principal disparaît des raisonnements sur l'existence ou l'étendue des hypothèques indépendantes, la mise en œuvre des prérogatives conférées par celles-ci en dépendra, intuitivement, encore moins[160]. Justement, les effets les plus sensibles des eurohypothèques sur l'opinion publique sont rattachés au fait que ces instruments devraient permettre la saisie des immeubles affectés selon leurs propres modalités et conditions d'exigibilité, même distinctes, le cas échéant, de celles convenues pour la créance garantie[161]. Cette observation implique visiblement une prérogative directe de saisie, au titre même de la sûreté hypothécaire. Ce problème, comme tel, sera néanmoins plus largement développé dans le chapitre suivant[162]. Cela se confirme de manière empirique, là encore, par les conditions de la dette foncière habituellement stipulées dans la pratique bancaire allemande. En effet, les échéances de la dette foncière, telles que convenues par les parties, précèdent souvent celles établies pour les obligations garanties[163]. Or, cela contredit à nouveau le "*bon sens*" traditionnel de la logique accessoire[164]. La caution personnelle par exemple, vu justement la nature accessoire de son engagement, ne risque pas en principe de se voir poursuivie tant que la dette ne devient pas exigible à son tour[165]. Pour les hypothèques aussi, tant

---

[159] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 16, B. II., point nº 5.5: "*le transfert de l'Eurohypothèque ne peut pas dépendre de la cession de la créance garantie*". La détermination des conditions de forme, de fonds et d'opposabilité de ces opérations sont entièrement confiées à la loi de situation: *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 15, B. II., point nº 5.3.

[160] De même pour les garanties personnelles à première demande: N. Borga (cité *supra*, n. 148), pp. 44-45.

[161] O. Stöcker/R. Stürner, p. 66. *Comp.*, sur la dette foncière allemande: F. et J. Baur/R. Stürner, §36.66a: "*diese Abstraktheit der Grundschuld im Sinne einer Nichtakzessorietät klingt zunächst gefährlich. Denn sie beinhaltet für sich besehen die dingliche Rechtsmacht, das Grundstück unabhängig vom Bestehen einer gesicherten Forderung zu verwerten*".

[162] V. *infra*, §65.

[163] F. et J. Baur/R. Stürner, §45.80: "*Fälligkeit der gesicherten Forderung und Fälligkeit der Grundschuld streng zu trennen sind; der fälligen Grundschuld steht die Sicherungsvereinbarung entgegen, wenn die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist*".

[164] Ph. Simler/Ph. Delebecque, §522.

[165] L. Aynès/P. Crocq, §134. Cela ne contredit pas la nature inversement autonome des prérogatives de poursuite déduites du cautionnement: *idem*, §140: "*le créancier acquiert contre la caution un droit de gage général* (…) *qui s'ajoute à celui dont il dispose contre le débiteur principal. S'agissant d'un droit de poursuite autonome, il n'est pas affecté par les causes qui rendnt impossible la poursuite du débiteur principal*". V. plus largement, *infra*, §147.

qu'elles ne renient pas leur dépendance de régime, il ne fait aucun doute que le garant pour autrui ou le tiers acquéreur devraient, en règle générale, pouvoir se prévaloir des délais consentis au débiteur initial[166]. À cet égard, il convient déjà de noter une décision récente des juges français, qui retient la survie de l'hypothèque malgré la prescription du principal[167]. Mais la question si les incohérences accessoires qui en découlent se justifient uniquement comme manifestations nécessaires des hypothèques indépendantes se traitera dans le titre suivant. Pour cette caractérisation initiale des hypothèques indépendantes, il vaut mieux observer que les conséquences entrainées par la négation de la logique accessoire semblent dévoiler une liberté assez inconditionnée du créancier. Or, cela caractérise aussi un autre concept de sûreté immobilière, celui des garanties "*flottantes*"[168].

29. ***Rapprochement aux garanties flottantes***. Censées couvrir une sphère plus ou moins déterminée de créances, les sûretés flottantes accordent apparemment à leur titulaire une liberté tout aussi étendue que les hypothèques indépendantes dans la mise en œuvre de la garantie[169]. La technique supposerait même, selon certains, de passer sous silence les références aux obligations garanties dans l'acte constitutif de la sûreté[170]. Cela semblerait, dès lors, matérialiser un abandon conceptuel de tous les renvois au principal de référence, similaire à celui requis par les expressions ci-dessus recensées des hypothèques indépendantes. Or, l'identité de ces deux concepts de garantie rendrait inutile toute interrogation sur les tendances à l'abstraction en matière hypothécaire. La plupart des auteurs se

---

[166] Art. 2.462 C.civ.: "*si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire*". V. aussi, F. Grua, §36; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1588.

[167] L. Aynès/P. Crocq, §690. V. plus largement, *infra*, §104.

[168] V. par ex. E. van den Haute, §126: *"une hypothèque 'pour toutes sommes' qui couvrirait toutes les créances pouvant naitre dans une même relation d'affaires* (…) *constitue une atténuation certaine de l'accessoriété du droit d'hypothèque*". En droit espagnol, la nouvelle «*hipoteca de máximo*» représenterait elle-même une affectation flottante: E. Espada-Muńiz, p. 389. De même pour la technique similaire validée au Québec par l'art. 2.797 du Code civil: J. Auger (cité *supra*, n. 140), p. 618, ainsi que pour les mécanismes de même nature de la *common law*, du système chinois et du droit suisse: C. Dauchez, §§269-272. En droit belge, v. par ex. Irma Moreau-Margreve, *L'hypothèque pour toutes sommes*, J. T., 1996, p. 182. Il ne s'agit pas ici de la technique de garantie dont l'assiette pourrait couvrir une universalité de fait. Sur cette technique, v. *infra*, §198.

[169] D. Houtcieff, §5: "*un pas n'a pas été franchi: celui de «l'hypothèque volante» que le créancier pourrait attacher à la créance de son choix*" afin de délimiter celles-ci des hypothèques rechargeables.

[170] V. par ex. B. Maubru, §15; C. Dauchez, §210.

montrent en effet optimistes sur la perspective de naturaliser les affectations hypothécaires flottantes en droit français [171] . Certains considèrent même la technique déjà valable, au motif que la règle de spécialité ne prétendrait pas de déclarer la créance de base directement dans la convention de garantie, mais seulement lors de son inscription au registre immobilier[172]. Surtout, l'art. 2.423 al. 3 C.civ. vise textuellement les hypothèques consenties "*pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée*". Or, cette disposition "*laisse entendre qu'une hypothèque partiellement flottante ou volante serait valable*"[173]. En plus, une interdiction des garanties immobilières flottantes resterait certainement anachronique au vu des évolutions similaires en matière de sûretés personnelles[174]. La jurisprudence française admet précisément, depuis le siècle précèdent déjà, la validité du cautionnement "*omnibus*", consenti en garantie pour toutes les dettes futures du débiteur principal envers son créancier[175]. Cependant, malgré les hésitations parfois manifestées en doctrine[176], il convient de démontrer que les exigences de la spécialité hypothécaire se différencient nettement de la logique accessoire. À défaut, le sacrifice de la logique accessoire par les

[171] V. par ex. M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §417; C. Aubry/C.-F. Rau, p. 386; Pierre Crocq, *Le principe de spécialité des sûretés réelles: chronique d'un déclin annoncé*, Dr. et patri., 2001, nº 92, p. 58: "*cette exigence a été justifiée par le fait qu'elle permettrait d'éviter la fraude consistant pour un créancier à utiliser l'hypothèque pour une créance autre que celle qui a été initialement garantie, créant ainsi une hypothèque «volante» ou «flottante». Mais pour qu'il y ait fraude, encore faudrait-il que l'exigence de spécialité quant à la créance, lors de la constitution de la sûreté, ait une finalité propre qui la distingue de l'exigence de spécialité lors de l'inscription. Or, il a été établi qu'il n'en est rien et, dès lors, à défaut de finalité susceptible d'être éludée, il ne peut pas y avoir de risque de fraude*".

[172] V. Mazeaud, §349. V. aussi, Michel Grimaldi, *L'hypothèque*, Dossier «Rapport Grimaldi: pour une réforme globale des sûretés», Dr. et patri., 2005, nº 140, p. 74; C. Dauchez, §212. *Contra*, v. par ex. M. Bourassin/V. Brémond, §2030; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §873; B. Maubru, §15; Pierre Crocq, *La future réforme du droit français des sûretés réelles*, RLDC, octobre 2005, p. 31; L. Aynès/P. Crocq, §663: "*la règle de spécialité (…) interdit l'hypothèque totalement «flottante», qui permettrait d'affecter l'immeuble à n'importe quelle créance future et pour n'importe quel montant…*".

[173] V. Mazeaud, §348.

[174] En ce sens, v. not. V. Mazeaud, §348.

[175] Civ., 10 janv. 1870: D.P. 1870, I, 160 - Com., 11 mai 1993, 90-19.932: Bull. civ. IV nº 178, p. 125; JCP G 1994, II, 22188, n. Ph. Delebecque - Com., 22 fév. 1994, 91-22.364: Bull. civ. IV nº 68, p. 51. V. aussi, L. Aynès/P. Crocq, §239.

[176] V. par ex. Ph. Théry, §3; Jean-Pierre Sénéchal, *Les prêts «substitutifs»*, dans JCP N, 1987, p. 100048, §6; B. Maubru, §13; Jacques Auger, *Problèmes actuels des sûretés réelles*, dans RJT, 1997, p. 640; C. Dauchez, §282, qui justifient la nature accessoire de l'hypothèque par les impératifs de la spécialité quant à la créance de rattachement.

hypothèques indépendantes resterait une complication théorique inutile pour atteindre les mêmes résultats que les garanties flottantes.

B. Spécialité de la garantie

30. ***Garanties flottantes et logique accessoire***. L'hypothèque volante, flottante ou omnibus, également dénommée "*sûreté-cadre*"[177] en matière immobilière, est censée couvrir un ensemble de créances, habituellement toutes les obligations futures d'une personne à l'égard de son créancier. Un tel instrument de garantie économise ainsi, tout comme les applications pratiques envisagées pour l'eurohypothèque[178], les frais requis pour consentir une nouvelle hypothèque au profit de chaque obligation subséquente[179]. Cela suppose déjà pour la garantie de déconnecter son montant publié de celui des multiples obligations couvertes, qui demeurent indéterminées lors de l'affectation initiale. Ce montant déconnecté devrait sans doute pouvoir être considéré seulement comme un plafond maximal, sans chiffrer la dimension réelle des prérogatives hypothécaires[180]. Mais de toute façon, une garantie tellement flottante semble contredire la logique accessoire à bien d'autres égards[181]. En effet, sa naissance et son extinction ne sauraient, par exemple, certainement pas dépendre de la naissance ou de la disparition de chaque dette qui s'y trouve couverte, prise de manière individuelle[182]. Par ailleurs, il est parfois dit que les seuls obstacles contre la technique résident dans les exigences imposées aux parties en ce sens de correctement indiquer dans la convention constitutive de la garantie sa cause, comme source concrète des créances

[177] V. Mazeaud, §353.

[178] V. *supra*, §3.

[179] V. par ex. Ph. Dupichot, §655; P. Crocq (cité *supra*, n. 171), p. 59; D. Legeais (cité *supra*, n. 97), §556; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §7.

[180] V. plus largement, *infra*, §92.

[181] E. Espada-Muńiz, pp. 391-392.

[182] V. Mazeaud, §353: "*la validité et l'efficacité de la sûreté-cadre ne sont pas subordonnées à l'existence d'une dette à garantir* (…) *l'extinction de la sûreté cadre n'est pas liée à celle des créances garanties*".

visées[183]. Or, cela suggère que les sûretés flottantes présupposent inversement de supprimer, parmi les éléments de leur régime, tout renvoi aux obligations couvertes, comme principal de référence, comme s'il s'agissait d'une hypothèque indépendante. Mais il est intéressant de constater que, malgré ces apparences, les deux techniques poursuivent en fait des objectifs radicalement différents. Seules leurs expressions concrètes se rencontrent sur certains points.

31. ***Un ensemble comme principal couvert***. Le but des affectations flottantes ne vise quand même pas de laisser planer un doute sur l'identité des créances garanties, ou de ne pas correctement délimiter la sphère de celles-ci. Les exigences déduites de la spécialité hypothécaire, en particulier celle de mentionner la cause des obligations garanties dans la convention constitutive de la sûreté, ne sauraient, dès lors, en termes rationnels, véritablement empiéter sur la reconnaissance des garanties flottantes. Mais la sûreté ne devrait certainement pas ignorer son principal de référence. Celui-ci résulte de manière assez claire. Il devrait en effet couvrir toutes les obligations futures du débiteur. Seulement, la définition du principal ainsi déterminé se formule nécessairement en termes très génériques. Du reste, rien n'empêche la technique à se tenir totalement fidèle à sa nature accessoire. Selon les observations du professeur Crocq en effet, "*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* (…) *le cautionnement «omnibus» comme les privilèges généraux sont à la fois des droits accessoires et des sûretés*" [184] . Dès lors, afin de pouvoir écarter toute ressemblance avec les hypothèques indépendantes il suffit de concéder que le principal envers lequel se vérifiera la logique accessoire des garanties flottantes vient désormais couvrir un ensemble de créances actuelles, futures, voire éventuelles. En effet, à défaut de critères précis pour délimiter la sphère des obligations visées, celle-ci se trouvera ultérieurement encadrée au moins par la faculté de résiliation offerte au propriétaire par l'art. 2.423 al. 3 C.civ.[185] La survie de la garantie au remboursement de chaque

[183] P. Crocq (cité *supra*, n. 171), p. 61: "*une réforme législative supprimant la mention de la cause au sein de l'article 2148 du Code civil, pourrait parfaitement aboutir, en France, à la consécration d'une hypothèque «omnibus» consentie pour un montant plafonné*".

[184] P. Crocq (cité *supra*, n. 171), pp. 59-60.

[185] Selon ce texte, si l'hypothèque "*est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un*

créance en passage dans l'ensemble couvert ne trahit dès lors aucune autonomie de régime qui serait revendiquée par la sûreté. Elle témoigne seulement du fait que la technique ne se prétendait jamais un accessoire proprement dit de chaque obligation couverte, prise de manière individuelle, mais plutôt de leur ensemble, comme principal de référence. La saisie de la chose affectée interviendra justement pour le compte de toutes les obligations visées qui parviendraient à l'échéance jusqu'à ce moment[186]. Dans cette lecture, les affectations flottantes ne représentent donc pas un équivalent nécessaire des hypothèques indépendantes. La réciproque se confirme aussi. Mais afin de vérifier, inversement, que les hypothèques indépendantes ne sont pas obligatoirement des garanties flottantes, il convient de précisément identifier les objectifs poursuivis par le propriétaire qui consentirait à la technique.

32. ***Rôle de la créance***. Le problème reste en effet qu'à défaut de pouvoir assimiler les hypothèques indépendantes aux garanties flottantes, la liberté du créancier dans la mise en œuvre des prérogatives accordées par les premières semblerait inconditionnée. Dès lors, sauf à évacuer les hypothèques indépendantes de tous les raisonnements juridiques comme opération insensée pour le propriétaire, il convient de déterminer les ressorts rationnels qui pousseraient celui-ci à consentir une si large garantie au profit de son créancier[187]. À cet égard, les observations de la doctrine allemande sur la dette foncière, expression typique des hypothèques indépendantes en droit comparé, lui assignent un rôle assez multifonctionnel. La dette foncière pourrait venir, selon le cas, même concrétiser une libéralité, dans la situation par exemple, du parent qui la souscrit en tant que dot pour le mariage de sa fille[188]. Mais les applications du concept ne se cantonnent intuitivement pas sur le plan des libéralités, sinon il ferait double emploi avec les techniques plus transparentes aux mêmes effets. La dette foncière assume en effet surtout le rôle

---

préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement". V. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §679.

[186] E. Espada-Muńiz, p. 390. *Comp.* la distinction en matière de cautionnement omnibus entre l'obligation de couvrir l'ensemble et celle de régler les dettes exigibles: C. Mouly, §261.

[187] Philippe Malaurie/Laurent Aynès/Philippe Stoffel-Munck, «Les obligations», 8e édition, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Droit Civil, 2016, Paris, §604: "*à moins d'être l'œuvre d'un fou, l'obligation implique, en la personne du débiteur, la considération d'un but: l'engagement du débiteur est un moyen de l'atteindre*".

[188] F. et J. Baur/R. Stürner, §44.6.

de garantie pour l'exécution d'une ou plusieurs créances, au titre d'une certaine normalité déduite des "*règles de la vie*"[189]. Il devrait donc y aller de même en théorie pour le concept des hypothèques indépendantes. Les analyses de droit comparé confirment justement sans surprise que les particuliers hypothèquent toujours leurs biens non pas à titre de libéralité, mais en perspective de contracter un crédit ou obtenir des financements[190]. La fonction de garantie est donc pratiquement inhérente à la technique, malgré son autonomie de régime[191]. Les projets relatifs à une eurohypothèque assument eux-mêmes cette réalité. Ils envisagent en effet une "*convention de garantie*"[192], comme opération différente par rapport à la convention proprement dite constitutive du droit réel. Celle-ci mentionne les créances en considération desquelles intervient l'affectation[193]. Or, à revenir aux exigences de la spécialité, ce rôle naturel de garantie assumé par les hypothèques indépendantes ne présuppose pas que le rattachement intervient pour un ensemble composé de plusieurs obligations futures, actuelles ou éventuelles. Sans doute qu'une telle couverture générale n'est pas impossible, comme le témoignent à titre d'exemple les lignes directrices relatifs à une eurohypothèque[194], ainsi que les applications

---

[189] F. et J. Baur/R. Stürner, §§36.59, 36.77 et 45.9: "*auch der Grundschuld dient nach der Regel des Lebens der Sicherung einer Forderung, aber deren Bestand ist nach der gesetzlichen Regelung für die Grundschuld nicht «begriffs», «lebens-» notwendig* (…) *wie dies der Regel des Lebens entspricht – auch die Grundschuld faktisch eine Sicherungsfunktion hat* (…) *dennoch ist es ganz klar, dass auch die Grundschuld einem bestimmten «Zweck», in fast allen Fällen einem «Sicherungszweck» dient. In der Praxis ist sie in aller Regel als Sicherheit im Zusammenhang mit einem Kreditvertrag bestellt*". V. aussi, Hermann Faßbender/Walter Grauel/Werner Ohmen/Wolfgang Peter/Heiner Roemer/Ralf Wittkowski, «Notariatskunde», 7. Auflage, Deutscher Notar Verlag, Bonn, 2011, p. 387.

[190] Ch. Schmid/Ch. Hertel, p. 91: "*the abstract mortgage systems* (…) *are less abstract in practice: in practice, all mortgages are given for security purposes. There is an underlying claim which the mortgage is supposed to secure*".

[191] V. déjà la Séance du 8 décembre 1870 de la Société de Législation Comparée (cité *supra*, n. 7), pp. 35-36: "*sans doute, envisagée dans son but final, l'hypothèque ne sera jamais* (…) *qu'une sûreté destinée à garantir le payement d'une créance*". V. aussi, B. Maubru, §6. *Comp.*, la cédule hypothécaire suisse, censée jusqu'à peu remplacer par novation la dette initiale: C. Dauchez, §282. Mais la pratique y dérogeait presque toujours, en limitant son rôle à celui de garantie pour l'exécution de la créance couverte: P.-A. Girard, p. 68. Cela vient de conduire le législateur suisse à écarter la présomption légale de novation: *idem*, p. 72.

[192] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 13, B. II., point n° 4.2.

[193] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., pp. 10 et 13-14, points n^{os} 2.2 et 4.2, expliquées par H. G. Wehrens, p. 778: "*normally, the content of the security contract will contain provisions regarding the creation of the Euro-Mortgage, the determination of its purpose*". Sur ce concept, v. not. O. Stöcker, «Die Eurohypothek», pp. 218-222; O. Stöcker/R. Stürner, p. 59 n. 65.

[194] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., pp. 13-14, points n^{os} 4.1 et 4.2: "*ces obligations peuvent inclure ou représenter des obligations futures, actuelles, conditionnelles ou éventuelles*".

pratiques données à la dette foncière[195]. Mais il devrait certainement être possible aussi de ne couvrir qu'une créance individuellement déterminée, ce que confirme, là encore, le régime envisagé pour l'eurohypothèque[196]. Ce n'est donc pas l'équivalent d'une garantie flottante. Il demeure toutefois nécessaire de correctement articuler ce rôle de garantie des hypothèques indépendantes avec les expressions concrètes de leur autonomie de régime.

33. ***Opposabilité du rôle de garantie***. Il convient de rappeler que la négation de la logique accessoire, telles que présentée dans les projets relatifs à une eurohypothèque, entend précisément faire abstraction des obligations couvertes[197], au mépris des objectifs de garantie le cas échéant poursuivis par le propriétaire. Revient ainsi cette image de liberté absolue dont bénéficierait le créancier hypothécaire. Cependant, le créancier ne saurait légitimement croire en l'inexistence d'un quelconque objectif rationnel derrière cette opération. Il avouerait, sinon, avoir profité de la faiblesse d'esprit du propriétaire. Même plus, il ne pourrait que très péniblement affirmer avoir ignoré le rôle de garantie, inhérent en pratique à l'affectation[198]. S'y opposeraient à tout le moins certaines considérations intuitives de bonne foi. Une solution contraire rendrait par ailleurs à nouveau cette opération complètement irrationnelle pour le propriétaire, tant qu'il n'envisageait pas de gratifier son créancier[199]. Les lignes directrices relatives à une eurohypothèque n'ont elles-mêmes pas su ignorer ces réalités. Seulement, elles présument un fondement contractuel pour les considérations de bonne foi ainsi mises à la charge du créancier. Ce fondement trouve inspiration dans les techniques conventionnelles employées par la pratique allemande pour encadrer au même effet la volonté du

---

[195] F. et J. Baur/R. Stürner, §45.14, sur la dette foncière pour garantir une ouverture de crédit, ainsi que *idem*, §45.10, de manière générale, au profit de créances incertaines. Mais il y a une limite, car les tiers ne peuvent consentir une dette foncière pour autrui flottante, censée garantir absolument toutes les obligations assumées par une autre personne auprès de son créancier.

[196] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 14, point n° 4.2.

[197] V. *infra*, §23.

[198] O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 49: "*in practice, it would not be very realistic for a bank to be arguing in court that it did not know that the land charge (Grundschuld) was a land charge for security purpose* (…) *it is also necessary to assume that there is a security agreement that ties the land charge to the claims to be secured*".

[199] En ce sens pour la dette foncière allemande, v. not. F. et J. Baur/R. Stürner, §36.66a.

propriétaire dans le régime de la dette foncière[200]. Ainsi, la source des obligations à la charge du créancier au titre de l'eurohypothèque devrait se localiser au niveau de la "*convention de garantie*", ci-dessus mentionnée[201]. En tant qu'elle abrite le fondement rationnel du consentement donné par le propriétaire, le créancier ne saurait faire abstraction de cette convention[202]. Les deux parties ont dès lors tout intérêt d'en recevoir une preuve écrite[203]. En effet, il s'agit de constater que le propriétaire devrait pouvoir s'opposer à ce que la technique soit employée à d'autres fins que ceux initialement envisagées par lui[204].

34. ***Obligations abdicatives du créancier***. C'est clair qu'une fois les obligations de référence remboursées de manière adéquate, la garantie indépendante a entièrement satisfait ses objectifs. La mise entre parenthèses du caractère

---

[200] F. et J. Baur/R. Stürner, §§45.9-45.10: "*der Sicherungsvertrag bestimmt, wann der Gläubiger von seiner dinglichen Rechtsmacht Gebrauch machen darf, also aus der Grundschuld vorgehen kann. Dazu ist es notwendig, den Kreis der gesicherten Forderungen festzulegen* (…) *der Sicherungsvertrag regelt das Schicksal der Grundschuld, falls eine zu sichernde Forderung nicht entsteht oder fortfallt*, (…) *und er ist der Rechtsgrund dafür, dass der Gläubiger die Grundschuld behalten darf* (…) *dadurch wird die Grundschuld zwar nicht zu einem akzessorischen Grundpfandrecht, aber die Geltendmachung des dinglichen Rechts wird doch der Willkür des Gläubigers entzogen, weil er als eigennütziger Treuhänder einer schuldrechtlichen Bindung seiner weitergehenden dinglichen Rechtsmacht unterliegt, wie sich dies ganz ähnlich bei Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung gestaltet*". V. aussi Brehm/C. Berger, «Sachenrecht», §18.18. De même en droit suisse, pour la cédule hypothécaire locale: P.-A. Girard, p. 55.

[201] V. *supra*, §32.

[202] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 14, points nº 4.3; H. G. Wehrens, p. 778: "*the security contract* (…) *contains the obligatory relations between creditor and borrower* (…) *these are especially the obligation of the borrower to create the Euro-mortgage and* (…) *that the rights arising out of the Euro-mortgage may not be enforced before the maturity (or the paying out) of the credit*"; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 45: "*a fiduciary relationship is created: the creditor undertakes in the security agreement to enforce its entitlement to the security only in certain circumstances*"; S. Kircher, pp. 58 et s.

[203] H. G. Wehrens, p. 779.

[204] En ce sens par rapport à l'eurohypothèque, v. par ex. O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 48: "*it is relatively easy to legislate for a balance of interests where the debtor and owner and one and the same and the creditor does not change. The debtor/owner can raise the defence under the security agreement against the creditor – e.g. the argument that the security right should not be enforced because the claim does not exist (any longer)*"; H. G. Wehrens, p. 778. *Comp.*, dans les garanties personnelles à première demande, le droit du donneur d'ordre, débiteur principal du rapport fondamental en quelque sorte, de toujours réclamer au bénéficiaire de la garantie les sommes perçues malgré une exécution correcte du rapport fondamental: Com., 7 juin 1994, 93-11.340: Bull. civ. IV nº 202, p. 162: "*le donneur d'ordre d'une garantie à première demande est recevable à demander la restitution de son montant au bénéficiaire, à charge pour lui d'établir que le bénéficiaire en a reçu indûment le paiement, par la preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles, ou par celle de l'imputabilité de l'inexécution du contrat à la faute du cocontractant bénéficiaire de la garantie ou par la nullité du contrat de base, et ce sans avoir à justifier d'une fraude ou d'un abus manifeste, comme en cas d'opposition préventive à l'exécution de la garantie par le garant*". V. *infra*, §42.

accessoire empêche alors sans doute une extinction formelle de la garantie, laquelle demeure logiquement entre les mains de son titulaire. Mais son devoir de ne pas ignorer les créances que cet instrument était précisément censé garantir devrait, dans cette hypothèse, imposer au créancier de tout faire en sorte pour s'en débarrasser. Surtout que sinon, il semblerait logiquement difficile de repérer une autre cause extinctive spécifique, nécessaire quand même pour faire disparaitre en quelque sorte la garantie abstraite. Ainsi, le régime de la dette foncière allemande met à la charge du créancier certaines obligations abdicatives une fois remboursées les dettes garanties. Elles lui imposent en effet à se désister par certains actes de disposition de la garantie hypothécaire indépendante[205]. Ces actes ne sont pas l'équivalent des mainlevées, lesquelles viennent seulement confirmer l'extinction de la sûreté pour les besoins de la publicité immobilière[206]. Ils représentent plutôt une renonciation de caractère onéreux à la garantie, pour cause de remboursement de la dette[207]. Dans les textes relatifs à une eurohypothèque, par ailleurs, ces obligations abdicatives se déduisent de la "*convention de garantie*" originaire conclue lors de l'affectation initiale par le créancier avec son débiteur[208]. Seulement, tout cela semble réaligner le régime des hypothèques indépendantes sur les expressions traditionnelles de la nature accessoire.

35. ***Conclusion de section. Apparence accessoire***. Les expressions perceptibles de l'autonomie juridique requise par l'hypothèque indépendante débouchent en définitive sur un certain paradoxe. Ainsi, cet instrument semble vouloir supprimer toute référence aux créances garanties de son régime, sans pour autant réellement permettre au créancier d'en faire abstraction. Si tel était le cas en effet, la garantie aurait concrétisé une opération assez irrationnelle du point de vue du propriétaire. Cela confirme au moins que les hypothèques indépendantes ne représentent pas

---

[205] F. et J. Baur/R. Stürner, §§44.26-44.28.

[206] Sur la mainlevée, v. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §699.

[207] Sur la renonciation aux sûretés réelles immobilières comme opérations abdicatives, v. par ex. J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1111.

[208] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, pp. 15-16, B. II., points n[os] 5.1 et 6.3: "*les créances garanties étant payées entièrement, le propriétaire peut demander la radiation de l'Eurohypothèque ou son transfert à lui-même ou à une autre personne de son choix*". De même pour le régime de la dette foncière, car une fois les dettes remboursées, le propriétaire a le droit de demander la retransmission de la garantie entre ses mains ("*Rückübertragungsanspruch*"): L. van Vliet, p. 164; E. van den Haute, §164; F. et J. Baur/R. Stürner, §45.28.

une sûreté sans créance ou consentie en quelque sorte pour garantir un ensemble absolument indéterminé de créances, en méconnaissance de la spécialité hypothécaire. Leur concept ne suppose donc pas qu'il soit "*impossible de dire à quels prêts sont affectées les garanties hypothécaires*"[209], comme si les parties ne les avaient nullement déterminés. En fin de compte, leurs effets ne sont donc pas complètement abandonnés au gré du créancier. Quel que soit la nature de leur fondement, des devoirs de bonne foi l'empêchent de s'en servir de la manière inconditionnée suggérée par la négation de la logique accessoire. Le propriétaire devrait dès lors par principe pouvoir s'opposer à chaque fois que l'instrument serait détourné de sa finalité. Sinon, un si large transfert de pouvoirs entre les mains du créancier serait entièrement insensé pour le constituant. Une fois les objectifs de la garantie intégralement atteints ou irrémédiablement compromis, les mêmes exigences imposent au créancier de s'en débarrasser. Or, il s'ensuit qu'en définitive, celui-ci se trouve apparemment obligé de faire en sorte que se produisent toutes les conséquences fondées sur la nature accessoire de la garantie, pourtant écartée du raisonnement. Cela soulève la question de savoir en quoi est-ce qu'une telle dénaturation de la logique accessoire profiterait-elle au créancier. La réponse permettra de clairement localiser les effets spécifiques des hypothèques indépendantes ainsi que leur fondement juridique.

[209] Une telle impossibilité caractériserait en revanche les affectations hypothécaires flottantes selon Trib. civ. Lille, 17 nov. 1937: D.H. 1938, p. 95. Cependant, les garanties flottantes ne supposent pas une impossibilité vraiment absolue de localiser les créances visées. En effet, ces dernières garantissent habituellement un ensemble de prestations composé de toutes les obligations assumées par un débiteur auprès de son créancier. V. *infra*, §31.

Section 2. Fondement

36. ***Analogie avec les garanties personnelles***. La solution intuitive pour concilier la liberté que le créancier tire des prérogatives accordées par une hypothèque indépendante avec son devoir de ne pas ignorer les créances garanties réside dans une limitation de cette autonomie de régime au seul profit des tiers. Cela concrétiserait en ce qui les concerne une inopposabilité des exceptions relatives à la dette[210], similaire à celle qui découle de tous les autres engagements autonomes imaginés par la pratique[211]. Pour achever la caractérisation des hypothèques indépendantes, il convient néanmoins de vérifier le caractère nécessaire de cette déduction et de déterminer la mesure en laquelle ce modèle de garantie ne se conçoit rationnellement à défaut de cette inopposabilité (***A***). Cette vérification clarifiera les effets nécessaires des hypothèques indépendantes, indices incontournables pour identifier le fondement juridique de leur autonomie de régime. Les analogies avec les garanties personnelles à première demande achèveront, par la suite la détermination de ce fondement. Cela permettra de correctement mesurer la compatibilité des hypothèques indépendantes avec les principes essentiels en matière de sûretés réelles dans les pays de référence, afin de prendre une position éclairée sur leur éventuelle légitimité en droit positif au seul titre de la liberté contractuelle (***B***).

A. Inopposabilité des exceptions

37. ***Acquisition par un tiers de bonne foi***. Comme précédemment établi, le créancier qui a exigé du propriétaire une hypothèque indépendante en tant que garantie ne saurait prétendre lui-même aux bénéfices de son autonomie de régime. Mais tout cela change intuitivement si l'instrument parvient pour quelque raison que ce soit entre les mains d'une autre personne. Cette dernière n'ignore elle-même

[210] V. déjà E. van den Haute, §127.

[211] V. par ex. Ph. Simler, §883, en matière de garanties personnelles à première demande, en ce sens que cette inopposabilité des exceptions représente leur traduction de régime.

sans doute pas le rôle inhérent de garantie de la technique. Les exigences de bonne foi pourraient alors même, le cas échéant, lui imposer une curiosité similaire à celle du titulaire initial sur l'identité et l'étendue actuelle de l'obligation principale[212]. Il est néanmoins possible que des évènements qui affectent l'existence ou l'étendue des créances garanties ne parviennent pas à sa connaissance. Les dettes peuvent s'avérer susceptibles d'annulation, voir éteintes par remboursement ou compensation légale[213]. Le titulaire actuel de cet instrument n'est alors pas de mauvaise foi. Il peut donc exercer les prérogatives tirées de la garantie hypothécaire indépendante, comme si ces évènements ne s'étaient jamais produits[214]. La dimension de son erreur par rapport à l'étendue réelle des dettes couvertes délimite alors la mesure en laquelle il peut prétendre aux expressions de l'autonomie de régime et, en particulier, exercer la saisie de la chose pour obtenir une somme supérieure à la valeur actuelle des créances garanties[215]. Toutefois, cette impossibilité du propriétaire de se prévaloir des vices ou des remboursements au titre du principal contre les tiers n'est pas spécifique aux hypothèques indépendantes. Elle vient en effet concrétiser une inopposabilité des exceptions relatives à la créance qui caractérise toute une série de différents engagements, comme les garanties à première demande ou les lettre de change par exemple, censés, eux aussi, revendiquer une autonomie similaire de régime[216]. En particulier

---

[212] *Comp.*, les tiers acquéreurs de la dette foncière allemande ne sont pas tenus de présumer l'existence des exceptions opposables ou de faire des vérifications en ce sens: F. et J. Baur/R. Stürner, §45.64: "*keine Informationspflicht des Zessionars* (…) *es reicht nicht, dass der Erwerber, 'mit Einreden aus dem Sicherungsvertrag hatte rechnen müssen'*".

[213] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1102. *Comp.*, dans les transmissions de créances hypothécaires organisées par la loi du 15 juin 1976, le débiteur ne peut opposer aux cessionnaires les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le créancier antérieur: F. Grua, §43.

[214] Commission des Affaires Européennes de l'Union Internationale du Notariat Latin (cité *supra*, n. 36), p. 18. *Comp.*, sur la mauvaise foi du porteur dans le domaine voisin des effets de commerce, Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §406: "*le porteur doit avoir eu connaissance de l'exception dont il allait priver le débiteur cambiaire* (…) *il en résulte que la simple négligence du porteur au moment où il a acquis la lettre de change n'est pas constitutive de mauvaise foi*".

[215] François T'Kint, «Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers», 4e édition, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 2004, §546: "*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*". V. aussi, L. van Vliet, p. 154.

[216] V. par ex. la définition de la garantie sur première demande en droit français, selon l'art. 2.321 C.civ.: "*la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* (…) *le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie*". *Comp.*, en

pour la dette foncière de droit allemand, tout comme pour l'eurohypothèque, telle qu'envisagée, cela se traduit concrètement par une inopposabilité de principe aux tiers acquéreurs de la "*convention de garantie*", qui mentionne les créances couvertes par la technique[217]. Curieusement, pour que les tiers puissent se prévaloir de l'inopposabilité des exceptions dans le contexte de la dette foncière, celle-ci doit avoir fait l'objet d'une transmission isolée, car si le cessionnaire acquiert également la créance principale, toutes les exceptions relatives à celle-ci lui restent opposables[218]. Se pose néanmoins le problème si cette inopposabilité des exceptions déduites des obligations couvertes est ou non rationnellement intrinsèque au concept théorique des hypothèques indépendantes. Il paraît, en effet, également concevable de ne pas la déduire comme conséquence nécessaire de son autonomie de régime. C'est justement l'une des alternatives proposées dans les projets sur l'eurohypothèque. Selon ceux-ci, les règlementations étatiques pourraient, par exemple, prévoir que "*la convention de garantie dans sa version actuelle lie tout futur titulaire de l'Eurohypothèque et tout tiers*"[219]. Or, cela revient de manière visible à inversement imposer *erga omnes* l'opposabilité totale des exceptions relatives au principal, même inconnues par les potentiels cessionnaires de cet instrument. Il convient donc de vérifier si ce régime suppose une telle répudiation règlementaire explicite pour écarter l'inopposabilité des exceptions.

38. ***Réaffectation par le propriétaire***. *A priori*, une hypothèque indépendante privée de l'inopposabilité caractéristique des exceptions relatives au principal de référence semblerait spectaculairement inutile. Si personne ne devait pouvoir faire abstraction des obligations garanties, c'est presque comme si la sûreté en était restée un accessoire parfait selon sa nature traditionnelle. Mais il existe quand même une application pratique capable de justifier cette idée. Ainsi, formellement maintenue, la négation de la logique accessoire assure au moins la survie de la technique au remboursement intégral des obligations initiales, car son extinction ne

matière de cautionnement inversement, la règle de l'accessoire se traduit justement par la faculté pour la caution poursuivie par le créancier de lui opposer toutes les exceptions inhérentes à l'obligation principale: L. Aynès/P. Crocq, §126.

[217] F. et J. Baur/R. Stürner, §36.59.

[218] F. et J. Baur/R. Stürner, §45.56 et §45.58.

[219] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 16, point nº 5.6.

résulte plus comme conséquence automatique du paiement. Or, le propriétaire pourrait escompter de réutiliser la même garantie au service de ses crédits subséquents. Il suffit alors pour lui de ne pas exiger de son ancien créancier les opérations abdicatives nécessaires pour se débarrasser de cet instrument. Si besoin, les parties conviendront par la suite celles des obligations ultérieurement assumées par le propriétaire auxquelles se rattachera la garantie hypothécaire indépendante[220]. Ces obligations deviendront ainsi le nouveau fondement rationnel de l'affectation et conditionneront à leur tour en cette qualité les rapports entre les parties[221]. Cela facilite le refinancement du propriétaire, qui parvient ainsi à réaffecter la garantie sans engager les coûts requis par une nouvelle affectation hypothécaire, comme dans les considérations poursuivies par la création de l'hypothèque rechargeable en droit français[222]. Ce concept de garantie hypothécaire indépendante censée inversement conserver l'opposabilité de toutes les exceptions relatives à la créance garantie pose néanmoins un problème de légitimité.

39. ***Frais pour une nouvelle hypothèque***. Sans doute qu'il n'y a aucune difficulté si c'est le législateur lui-même qui fait en sorte pour permettre la réaffectation de la garantie afin d'économiser aux particuliers les frais des affectations hypothécaires subséquentes. En fin de compte, il pourrait tout aussi bien directement réduire le montant des coûts afférents[223]. Mais à défaut de dispositions règlementaires explicites en ce sens, la création des hypothèques indépendantes exclusivement destinées à de telles réaffectations potentielles par la seule volonté des parties semble dévoiler un but illicite. Il pourrait en effet se considérer que les particuliers envisagent ainsi uniquement de contourner les frais et les exigences impliquées par la constitution et la publication au registre immobilier d'une garantie hypothécaire subséquente au service des obligations ultérieures du propriétaire. Les éventuelles interrogations sur la légitimité de la technique à défaut d'une règlementation

[220] En ce sens pour la cédule hypothécaire suisse: Charles 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 2005, p. 213.

[221] En ce sens sur la dette foncière: M. Fervers, p. 123.

[222] V. *infra*, §124.

[223] Inspection générale des Finances/Inspection générale des Services Judiciaires (cité *supra*, n. 69), p. IV, sur une "*réduction substantielle du coût de l'inscription hypothécaire*", juste après avoir proposé la création des hypothèques rechargeables.

explicite qui viendrait la consacrer se réduiraient alors tout simplement à constater sa nullité pour but illicite, tant que les parties visent ainsi seulement à écarter les contraintes procédurales de la nouvelle affectation. Cela ne signifie quand même pas qu'une forme d'hypothèque indépendante ne saurait exister, précisément en raison de son opportunité dans le refinancement du propriétaire. Mais pour éviter les accusations de fraude, son mécanisme devrait obligatoirement reposer sur des dispositions explicites, comme le proposent d'ailleurs justement les lignes directrices relatives à une eurohypothèque, ci-dessus citées. Surtout, cela correspond précisément au régime actuel de la dette foncière allemande, en conséquence de certaines réformes récentes.

40. ***Dette foncière sans inopposabilité des exceptions***. Référence typique en droit comparé pour le fonctionnement de la technique des hypothèques indépendantes, la dette foncière allemande renie actuellement de manière générale l'inopposabilité des exceptions qui la caractérisait intrinsèquement jusqu'à peu. En 2008 en effet, la presse de ce pays avait accusé certaines saisies des immeubles affectés en garantie par les mécanismes de la dette foncière, qui étaient intervenues malgré le remboursement régulier des obligations couvertes[224]. Ces rumeurs ont immédiatement entrainé une intervention du législateur allemand. Désormais, le B.G.B. présume tous les tiers acquéreurs de la dette foncière comme étant en pleine connaissance de cause quant aux remboursements au titre de la dette, ainsi qu'aux autres vices potentiels qui affecteraient le principal [225]. La modification a prévisiblement attiré les foudres de la doctrine du pays, pour laquelle le législateur s'est inexplicablement précipité[226]. En tout cas, cela signifie que le recours à la dette

[224] Article intitulé "*Zwangsversteigerung trotz pünktlicher Tilgung*", dans Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland du 17.01.2008, www.faz.net/themenarchiv/2.1235/immobilien-zwangsversteigerung-trotz-puenktlicher-tilgung-1281812.html, consulté le 3 septembre 2019.

[225] L'actuel §1.192 al. 1a du B.G.B. prévoit en effet que (nous traduisons): "*si la dette foncière est constituée en garantie d'une créance, les exceptions que le débiteur tire de la convention de garantie convenue avec le créancier antérieur contre la dette foncière, ou qui résultent de cette convention de garantie peuvent être opposées à tout acquéreur de la dette foncière*". V. par ex. F. et J. Baur/R. Stürner, §45.34; Raphael Koch, *Zulässigkeit und Auswirkungen der Übertragung von Darlehensforderung und Grundschuld – Die Rechtslage nach den Änderungen im Schuld-, Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht*, Jura nº 3/2010, p. 179; L. van Vliet, p. 167; M. Fervers, p. 59.

[226] V. par ex. F. et J. Baur/R. Stürner, §§44.21 et 45.67l: "*eine andere Frage ist, ob der Gesetzgeber gut beraten ist* (…) *nachdem durch Verbraucherschutzorganisationen und missverständliche Veröffentlichungen in der Öffentlichkeit der Eindruck entstanden war, die Grundschuld führe wegen ihre Abstraktheit bei Weiterübertragung zur Gefahr einer Doppelleistung, sah sich der nicht immer sehr sachverständige Gesetzgeber unter Handlungsdruck im Recht der Grundschuld* (…) *ohne gründliche*

foncière allemande ne se justifie actuellement que pour éviter au propriétaire les frais requis par la constitution des hypothèques subséquentes, en garantie de ses obligations ultérieures. Il doit quand-même être noté que, pour atteindre ce résultat, le législateur allemand a lui-même textuellement supprimé l'inopposabilité des exceptions spécifique à la dette foncière. Cela confirme ainsi par un argument empirique supplémentaire que l'inopposabilité des exceptions se trouve rationnellement inhérente au concept, à défaut de répudiation explicite. Les hésitations de la doctrine française sur la licéité des hypothèques indépendantes deviennent alors néanmoins plus faciles à comprendre[227]. L'inopposabilité des exceptions déduites du principal suppose en effet clairement le risque de voir le propriétaire contraint de payer à nouveau certains montants qu'il aurait déjà préalablement remboursés au titre des créances garanties. Mais ce risque intervient déjà dans bien d'autres engagements autonomes. Il convient de brièvement passer en revue quelques-uns ces derniers, vu que leur légitimité ne suscite plus aucun débat. Leur régime est intéressant pour ce développement, car les études beaucoup plus consacrées à leur égard confirment par analogie les déductions logiques ci-dessus quant au régime des hypothèques indépendantes.

41. ***Analogies avec les autres engagements autonomes***. L'inopposabilité aux tiers des exceptions relatives à la créance garantie résume toujours le propre des engagements autonomes, censées prétendre à une indépendance formelle de régime envers ce principal de référence. Il en va traditionnellement ainsi pour les effets de commerce, tels que la lettre de change et le billet à ordre[228], mais aussi pour la délégation imparfaite[229], les garanties sur première demande et l'accréditif,

---

Vorarbeiten durch eine sachverständige Kommission sollte man im BGB und vor allem im Sachenrecht nichts ändern"; Julius von Staudinger/Wolfgang Wiegand/Hans Wolfsteiner, «Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger B.G.B. Buch 3: Sachenrecht: §§1113-1203 (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld)», 15e Auflage, Selier - De Gruyter, 2015, §119: "*die Grundschuld nun (…) doch wieder auf die archaische Rechtsform der Hypothek reduziert, wenn nicht sogar unter deren Niveau gedrückt worden ist*".

[227] V. *supra*, §9 n. 54.

[228] V. par ex., Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §332: "*toute personne actionnée en vertu d'une lettre de change perd le droit d'opposer au porteur de bonne foi les exceptions fondées sur leurs rapports personnels qu'elle pourrait faire valoir à l'égard du tireur ou des porteurs antérieurs*", qui donnent également d'autres exemples d'effets de commerce, tels que les warrants ou les bons de caisse: *idem*, §313.

[229] L. Aynès/P. Crocq, §324: "*si le délégué* (…) *s'oblige à payer ou à fournir une autre prestation déterminée par les seuls termes de la convention de délégation conclue avec le délégataire (délégation certaine), rien ne lui permet d'invoquer les circonstances affectant la dette du délégant; l'inopposabilité*

les reconnaissances fictives de dettes lorsqu'elles sont utilisées comme engagements autonomes [230] ou, plus récemment, pour les dettes parallèles ("*parallel debts*") inspirées de la pratique américaine[231]. Ces techniques sont elles-mêmes employées pour garantir l'exécution régulière des créances couvertes[232]. Par ailleurs, la sphère des obligations qui peuvent y être garanties ne se limite pas aux crédits, mais vise de manière générale tous les rapports que présupposent les activités économiques[233]. Le principe reste toujours le même. Contrairement à une sûreté accessoire, les effets et surtout la dimension monétaire de ces engagements autonomes n'est aucunement affectée par le remboursement ou la disparition pour quelle raison que ce soit des obligations de référence[234]. Par exemple, le débiteur qui a signé un billet à ordre en garantie de ses financements doit en acquitter le montant nominal aux tiers bénéficiaires de l'escompte, comme technique de transmission, alors même qu'il aurait en fait intégralement remboursé son crédit[235]. De même, la banque émettrice d'une garantie autonome est obligée d'acquitter la valeur stipulée dans le support textuel de celle-ci au bénéficiaire, y compris si les

---

des exceptions étant désormais de principe (art. 1336, al. 2). Cette inopposabilité rend l'engagement du délégué autonome"; Laurent Aynès, «La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes», Coll. Droit Civil, série : Études et Recherches, Economica, 1984, §63: "*la délégation comme la reprise de dette sont dominées par le principe de l'inopposabilité des exceptions: les rapports de l'ancien et du nouveau débiteur sont étrangers au créancier*". V. aussi, Marc Billiau, «La délégation de créance», Coll. Thèses, L.G.D.J., 1989, §406.

[230] F. et J. Baur/R. Stürner, §36.79.

[231] F. et J. Baur/R. Stürner, §36.76.

[232] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §305, selon lesquels les effets de commerce intervenaient historiquement aussi par voie de novation, pour remplacer le rapport fondamental en considération duquel ils ont été souscrits. Les auteurs présentent ainsi l'évolution dialectique des effets de commerce, qui alternat entre le rôle d'instrument de crédit et celui de moyens de paiement pour les obligations couvertes.

[233] V. pour des exemples, Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §342.

[234] Une certaine inopposabilité des exceptions caractérise aussi le cautionnement. Certains auteurs le considèrent pour cette raison un acte abstrait: Christian Larroumet/Sarah Bros, «Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat», 8e édition, Economica, Paris, 2016, §480. Mais l'inopposabilité des exceptions ne concerne alors pas l'extinction ou l'inefficacité de l'obligation principale, que la caution peut naturellement invoquer à son profit. Il s'agit cette fois-ci des exceptions qui découlent de sa propre relation avec le débiteur principal: L. Aynès/P. Crocq, §§335-336: "*on peut avancer une autre explication: ce qui conduit la caution à s'obliger, ce sont ses relations avec le débiteur: affection, amitié, intérêt, rémunération… Mais ces relations sont étrangères au créancier; il est un tiers, protégé par le principe de l'inopposabilité des exceptions, sauf si leur maintien est la condition ou le terme de l'engagement*".

[235] "*La règle déroge, en effet, au principe de droit civil selon lequel on ne peut transmettre plus de droits que l'on en a soi-même et trouve sa justification pratique dans la volonté de faciliter la circulation de la lettre de change*": Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §§401-402.

obligations de référence étaient exécutées de manière irréprochable[236]. Les effets de commerce confirment ainsi par leur exemple qu'en matière d'engagements autonomes, l'inopposabilité des exceptions relatives au principal ne devrait profiter en rien à celui qui avait exigé la souscription du titre, habituellement le créancier initial[237]. Celui-ci peut en effet aisément se tenir au courant des éventuels remboursements au titre des créances garanties. Leur autonomie de régime se manifeste nécessairement à l'égard des tiers. Même parmi ces derniers, en matière d'effets de commerce aussi, les personnes qui se trouvaient préalablement en connaissance des exceptions invocables ne sont pas admis par la suite à prétendre leur inopposabilité. Ainsi, pour les lettres de change, la mauvaise foi des porteurs subséquents s'apprécie au plus tard, lorsqu'ils entrent en possession du titre[238]. Pour les besoins de ce développement, comptent cependant moins les analogies potentielles avec les effets de commerce, que celles avec les garanties personnelles à première demande[239]. Les garanties à première demande se définissent en effet elles aussi comme des engagements de payer une certaine somme, en considération du rapport fondamental qu'elles visent à garantir, mais sans que les exceptions déduites de ce dernier soient opposables au bénéficiaire de l'instrument[240]. Elles se rapprochent le plus des hypothèques indépendantes parmi tous les autres engagements autonomes puisqu'elles-mêmes ont vu leur validité acquise, en jurisprudence comme en doctrine, alors même qu'il n'y avait pas encore un fondement textuel explicite[241]. Il convient néanmoins de revérifier la

---

[236] N. Borga (cité *supra*, n. 148), p. 49.

[237] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §§332-334: "*lorsque l'effet de commerce n'a pas circulé, en d'autres termes, lorsque celui qui en demande le paiement n'est autre que celui qui l'a créé, le principe de l'inopposabilité des exceptions ne jouera pas*".

[238] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §§333 et 406: "*lorsque le porteur est de mauvaise foi, il perd le droit d'invoquer le principe de l'inopposabilité des exceptions* (…) *encore faut-il relever que seule la mauvaise foi existant au moment où le porteur signait l'effet produit cette conséquence*".

[239] "*L'hypothèque conventionnelle indépendante de la créance* (…) *est un peu à l'hypothèque classique qu'on connaît en France et en Belgique ce que la garantie indépendante est au cautionnement*": F. T'Kint (cité *supra*, n. 215), §546.

[240] Ph. Simler, §857. V. pour la définition règlementaire, *supra*, §37 n. 216.

[241] Com., 20 déc. 1982, 81-12.579: Bull. civ. IV nº 417; JCP G 1983, IV, 79; JCP CI 1983, II, 14001, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet; D. 1983.365, obs. M. Vasseur; RTD com. 1983, p. 446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié. V. aussi, A. Prüm, §§26 et 90; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §53-7; Ph. Simler, §920; L. Aynès/P. Crocq, §319; Pascal Ancel, «Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé», thèse, Université de Dijon, §135 bis; Ph. Dupichot, §§309-310.

pertinence de cette analogie, car l'inopposabilité des exceptions dans les garanties personnelles sur première demande semble plutôt approximative. Pour cette raison, quelques auteurs avaient même tenté de les requalifier en simples arrangements probatoires[242].

42. ***Spécificité des garanties à première demande***. Il est vrai que l'inopposabilité des exceptions interdit au garant à première demande de refuser le paiement pour cause de nullité, résolution ou, inversement, pour exécution régulière du contrat de base par le contractant du bénéficiaire[243]. Mais une solution radicalement différente intervient si la nullité ou la résolution se trouveraient préalablement constatées par décision judiciaire[244]. Même plus, le paiement de la garantie peut légitimement être refusé au bénéficiaire qui appelle la garantie "*dans le cadre*" d'un autre contrat[245]. Or, ces solutions semblent renier l'inopposabilité des exceptions relatives au contrat de base. Elles conditionnent inversement la garantie à première demande par la validité du rapport fondamental, tant que la nullité ou la résolution de celui-ci seraient déjà établies par le juge. Toutefois, il s'agit d'observer que dans les affaires qui ont donné lieu à ces solutions, l'instrument "*n'a pas circulé*" selon le jargon cambiaire[246]. Son bénéficiaire était la même personne que celle ayant initialement exigé la constitution de la garantie autonome[247]. En effet, le caractère *intuitu personae* de la garantie à première demande interdit sa transmission séparée,

---

[242] V. par ex., P. Ancel (cité *supra*, n. 241), §143; Ph. Dupichot, §321, qui cite le professeur Stoufflet: "*la clause de paiement à première demande peut parfaitement être respectée, et elle doit l'être: il suffit d'admettre que, par un arrangement d'ordre probatoire, le bénéficiaire est dispensé d'établir que les conditions de mise en œuvre de cette garantie sont réunies, par exemple, que l'exportateur n'a pas livré ou a mal exécuté. Le banquier garant doit payer dès lors qu'il n'est pas démontré de manière indiscutable que l'obligation principale n'existe pas ou est éteinte*".

[243] Com., 20 déc. 1982, 81-12.579: Bull. civ. IV nº 417; JCP G 1983, IV, 79; JCP CI 1983, II, 14001, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet; D. 1983.365, obs. M. Vasseur; RTD com. 1983, p. 446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié - Com., 17 oct. 1984, 83-12.125: Bull. civ. IV nº 265 – Com., 5 fév. 1985, 82-15.297: Bull. civ. IV nº 45, p. 38; D. 1985.269, n. M. Vasseur – Com., 21 mai 1985, 83-16.925: Bull. civ. IV nº 160, p. 136 – Com., 27 fév. 1990, 88-14.859: D. 1990.213, obs. M. Vasseur. V. aussi, L. Aynès/P. Crocq, §334. *Comp.*, dans le domaine des effets de commerce, Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §402.

[244] V. en ce sens, L. Aynès/P. Crocq, §§334-344.

[245] CA Paris, 18 mars 1986: D. 1987.173, obs. M. Vasseur. V. aussi, Ph. Simler, §917.

[246] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §§332-334.

[247] C'est sans doute l'absence de circulation qui justifie également l'assimilation de régime dans les procédures collectives entre cautionnement et garantie autonome. V. pour le détail de cette assimilation, L. Aynès/P. Crocq, §339.

détachée de la créance fondamentale[248]. Le bénéficiaire de celle-ci se trouve, dès lors, dans une situation similaire au tireur d'une lettre de change qui poursuit l'avaliste du tiré[249]. Or, ce tireur ne saurait aucunement prétendre à la protection offerte par l'inopposabilité des exceptions relatives au rapport fondamental. Les solutions jurisprudentielles qui semblent faire dépendre la garantie à première de la validité du contrat de base peuvent donc aisément se justifier ainsi, de manière à ne pas contredire l'inopposabilité des exceptions très générique prévue en ce qui la concerne dans l'art. 2.321 al. 3 C.civ.[250] Les renvois au régime de ces instruments se justifient alors quand même pour les besoins de ce développement. Il est uniquement intéressant de noter que le régime des garanties à première demande semble protéger même ce premier porteur, quoique placé dans une situation similaire au tireur des lettres de change, contre la plupart des exceptions tirées du rapport fondamental. En effet, il est affirmé que "*seuls la fraude, l'abus manifeste du bénéficiaire dans l'appel de la garantie à première demande ou la collusion frauduleuse permet au juge d'interdire le paiement par le garant ou le contre-garant*"[251]. Or, ces exigences semblent singulièrement superflues, tant que le titre "*n'a pas circulé*", selon la théorie cambiaire. Des exigences similaires, censées prétendre une fraude ou un abus manifeste de la part du bénéficiaire ne se retrouvent justement pas afin de réconforter l'inopposabilité des exceptions qui caractérise le domaine voisin de la délégation imparfaite. Ici, en effet, la simple mauvaise foi du créancier suffit pour lui rendre opposables les exceptions relatives

[248] L. Aynès/P. Crocq, §347.

[249] Justement en ce sens, v. par ex. Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §332 n. 5: "*l'aval se rapproche du statut des garanties à première demande qui constituent des actes abstraits*"; Joseph Issa-Sayegh, JurisClasseur Commercial, fasc. 430: «Lettre de change. Aval», 17 septembre 2015, LexisNexis, refonte par Nicolas Mathey, §76. V. aussi, sur le recours contre le donneur d'aval, comentaire de T. Bonneau sous Com., 30 juin 1998, 96-15.825: JCP E 1998, p. 1452.

[250] La disposition similaire de droit roumain se trouve codifiée sous le même numéro, l'art. 2.321 al. 3 C.civ.roum. V. «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.321: "*l'émetteur ne peut opposer au bénéficiaire les exceptions fondées sur le rapport d'obligation préexistant à l'engagement pris par la lettre de garantie et ne peut être tenu de payer en cas d'abus, ni de fraude manifeste*".

[251] L. Aynès/P. Crocq, §344. V. aussi, Ph. Simler, §950; Jean-Louis Rives-Lange, *Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier?*, Revue Banque 1985, p. 902, §23; Christian Gavalda/Jean Stoufflet, *La lettre de garantie internationale*, RTD com. 1980, §17; A. Prüm, §427; Ph. Simler, §980. V. aussi, Com., 10 juin 1986, 84-17.769: Bull. civ. IV n° 117, p. 99; D. 1987.17, n. M. Vasseur - Com., 7 juin 1994, 92-16.358: JCP E 1995, p. 602, n. J. Stoufflet.

à la créance de référence[252]. Mais il n'y a pas de raisons pour considérer que le régime des garanties à première demande déroge aux exigences de bonne foi, qui devraient peser sur toute personne et spécifiquement sur le bénéficiaire des engagements autonomes qui exigent eux-mêmes la constitution de la garantie[253]. Les conditions de son abus ou de son comportement frauduleux ne sauraient alors rationnellement pas limiter le droit du garant de refuser le paiement y compris en cas de simple mauvaise foi du bénéficiaire. Elles indiquent plutôt les hypothèses en lesquelles ce même garant a non seulement le droit, mais aussi l'obligation de refuser le paiement, sous peine de perdre son recours, lui-même relativement autonome par rapport au contrat de base, contre le donneur d'ordre, habituellement le debiteur du rapport fondamental[254]. Ces rapports entre garant et donneur d'ordre sont, toutefois, extrinsèques au contenu spécifique de la garantie elle-même. Ils n'influencent donc en rien l'inopposabilité des exceptions relative à la créance qui traduit l'autonomie de régime de cet instrument. Les conclusions en matière de garanties à première demande peuvent, dès lors, sans difficulté servir comme référence pour les raisonnements sur les hypothèques indépendantes. Mais la nature spécifique de ces dernières pourrait elle aussi remettre en cause la pertinence des éventuelles analogies. Il convient en effet de constater que, contrairement à tous les autres garanties autonomes employées sur le marché du crédit immobilier, qui reposent sur un engagement personnel du constituant, les hypothèques indépendantes prétendent se greffer exclusivement sur la structure d'un droit réel.

43. ***Cédules hypothécaires et autres techniques de mobilisation***. Il y a précisément pas mal de techniques employées dans la mobilisation des créances

---

[252] Ph. Simler, §897.

[253] L. Aynès/P. Crocq, §344: "*on ne voit pas pourquoi la garantie autonome échapperait à la théorie de l'abus de droit et a l'obligation faite à tout créancier d'exécuter le contrat de bonne foi*". Par ailleurs, les relations entre garant et bénéficiaire se différencient du recours que le donneur d'ordre, débiteur principal du rapport fondamental en quelque sorte, devrait toujours pouvoir introduire contre son contractant qui appelle la garantie alors que le rapport fondamental était correctement exécuté: Com., 7 juin 1994, 93-11.340: Bull. civ. IV nº 202, p. 162. Il reste seulement de clarifier le fondement de cette responsabilité, que les textes sur l'eurohypothèque localisent par exemple sur le terrain contractuel. V. *infra*, §33.

[254] Sur le caractère autonome du recours contre le donneur d'ordre, v. par ex. P. Ancel (cité *supra*, n. 241), §238: "*le donneur d'ordre ne peut pas plus opposer au garant les exceptions tirées de l'opération commerciale de base, que le garant ne pourrait lui-même les opposer au bénéficiaire de la garantie. On peut dire que le contrat passé entre le débiteur et le banquier est lui aussi un contrat abstrait*".

hypothécaires qui reposent sur une inopposabilité des exceptions relatives aux obligations de base tout-à-fait similaire à celle censée caractériser les hypothèques indépendantes. Elles confèrent justement aussi un droit sur le ou les immeubles visés ou affectés en garantie du financement[255]. C'est le cas, par exemple, des cédules hypothécaires suisses[256], des cédules introduites en droit français par la loi du 9 Messidor de l'an III, quoique jamais appliquées en pratique[257], ainsi que des "*copies exécutoires à ordre*" règlementées, toujours dans le système français, par la loi du 15 juin 1976[258]. Mais une protection similaire des éventuels tiers acquéreurs contre les exceptions tirées du principal résulte aussi, beaucoup plus classiquement, en rattachant une hypothèque classiquement accessoire aux effets de commerce[259], ou aux dettes parallèles[260] comme engagements autonomes complémentaires au rapport fondamental. Cette construction juridique poserait problème uniquement si au niveau des effets juridiques, l'endossement, comme moyen pour disposer des effets de commerce, n'était pas considéré l'équivalent de leur transmission proprement dite. En effet, la doctrine qualifie parfois cet endossement comme une novation[261], ou encore comme une délégation du

[255] Ces techniques témoignent de "*la «cambiarisation» et la «bancarisation» de la transmission des sûretés réelles immobilières*": J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1083.

[256] La cédule hypothécaire représente désormais la forme habituelle de garantie immobilière dans la grande majorité des cantons: P.-A. Girard, p. 55. V. sur cette technique, W. Brehm/C. Berger, §16.10; Hans Michael Riemer, «Die beschränkten dinglichen Rechte. Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten», 2. Überarbeitete Auflage, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Stämpfli Verlag, Bern, 2000, p. 129; Hans G. Wehrens, *Der Schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschuld*, NZ 1988, p. 180. V. également des autres exemples en droit comparé, tels que les "*promissory notes*" aux Etats-Unis, le "*gjort pantobligasjon*" en droit norvégien, le "*pantbrev*" en droit suédois, le "*ejerpantbrev*" en droit danois et la "*letra hipotecaria*" en droit argentin: O. Stöcker/R. Stürner, pp. 52-53.

[257] L.-V. Guillouard (cité *supra*, n. 81), pp. 51-52; E. Besson (cité *supra*, n. 81), p. 90; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1054 et 1089; J.-Ph. Lévy (cité *supra*, n. 81), p. 265; R.-T. Troplong (cité *supra*, n. 81), §564.

[258] L. Aynès/P. Crocq, §697; Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §310; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1080-1083; Michel Dagot, *La transmission des créances hypothécaires*, JCP 1976, I, 2820; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §608; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §374.

[259] O. Stöcker/R. Stürner, pp. 52-53; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1069.

[260] F. et J. Baur/R. Stürner, §36.76-79.

[261] En droit roumain: Radu Economu, «Manual de drept cambial», Lumina Lex, București, 1996, pp. 73-74. Mais en droit français la remise des effets de commerce ne réalise certainement pas une novation des engagements cambiaires originaires: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1100 note 166.

transmetteur au profit du bénéficiaire, censées toutes créer une nouvelle obligation cambiaire[262]. Or, dans cette perspective, le rattachement des sûretés au service de ce nouvel engagement cambiaire se trouverait à chaque fois conditionné par l'accord exprès de leur constituant. La jurisprudence considère toutefois de longue date que le propriétaire du bien affecté en sûreté réelle ne doit pas consentir à ce que la garantie se transmet par endossement et à titre accessoire entre les mains du bénéficiaire[263]. Tout cela remet sans doute en question l'opportunité de compliquer le paysage juridique avec une hypothèque indépendante fonctionnellement similaire à ces autres techniques censées atteindre les mêmes résultats. Pour les besoins de ce développement, il est néanmoins plutôt intéressant de noter que, dans tous ces autres mécanismes, les engagements qui prétendent une autonomie de régime traduite par l'inopposabilité des exceptions sont toutes de nature personnelle. Leur structure correspond indiscutablement à celle des obligations civiles proprement dites, tout aussi parallèles et complémentaires au rapport fondamental que les autres engagements autonomes, mais sans que les hypothèques le cas échéant rattachées abjurent leur fidélité accessoire[264]. La pratique bancaire allemande confirme justement cette différence de nature par son comportement. Elle exige en effet souvent de ses débiteurs non seulement une dette foncière en tant que garantie, mais aussi une reconnaissance fictive et autonome de dette pour le même montant au profit du créancier[265]. Cela vise à ce que l'inopposabilité des exceptions relatives au principal caractérise aussi bien la responsabilité hypothécaire du propriétaire au titre de l'immeuble affecté, que celle de nature personnelle sur l'ensemble du patrimoine du debiteur. Un tel dédoublement de deux abstractions, l'une réelle et l'autre personnelle, pourrait aussi accompagner les applications pratiques des eurohypothèques, selon les

[262] En droit français: Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §345.

[263] Civ., 20 juin 1854: S. 1854, 1, 593; D.P. 1849, I, 305; Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §400.

[264] W. Brehm/C. Berger, §16.10; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1089; P.-A. Girard, p. 55: "*la cédule hypothécaire est un gage immobilier de nature personnelle, et non réelle*"; M. J. Chérest (cité *supra*, n. 2), p. 31; E. van den Haute, §202: "*l'hypothèque elle-même* (…) *n'est pas détachée de la créance garantie. Au contraire, la cédule hypothécaire réunit l'hypothèque et la créance garantie dans un seul titre*".

[265] F. et J. Baur/R. Stürner, §45.16. Il en va de même si le propriétaire consent seulement une *Hypothek*, forme locale de sûreté immobilière traditionnellement fidèle à sa dépendance accessoire, à laquelle se joint une reconnaissance fictive et autonome de dette pour le même montant: F. et J. Baur/R. Stürner, §36.76 et §45.15; Brehm/C. Berger, «Sachenrecht», §16.40; L. van Vliet, p. 165.

lignes directrices pertinentes[266]. Mais tout cela vient uniquement confirmer la nature spécifiquement réelle de la technique des hypothèques indépendantes analysée par ce développement et concrétisée dans les projets relatifs à une eurohypothèque. Il reste, dès lors, de vérifier si cette nature strictement réelle ne pose-t-elle pas des difficultés qui contrediraient de manière insurmontable la pertinence des analogies avec les garanties personnelles.

44. ***Numerus clausus***. La nature réelle des hypothèques indépendantes pourrait poser problème dans ce contexte surtout à deux égards. D'un côté, elle impose visiblement une clarification sur le contenu même des prérogatives hypothécaires, afin d'estimer correctement par la suite les conséquences de leur autonomie. Cela touche en particulier les controverses doctrinales sur l'existence potentielle du droit de saisie distinct, les cas échéant directement accordé par la garantie hypothécaire sur les biens affectés, en parallèle à celui que le créancier tire déjà de la force exécutoire de la créance principale. Mais cela influence surtout les applications concrètes de la technique analysée, lesquelles seront développées dans le chapitre suivant[267]. Pour ce qui intéresse la légitimité comme telle du concept, il mérite plutôt d'être constaté que les engagements autonomes de nature personnelle, ci-dessus recensés, n'ont intuitivement pas dû vérifier leur conformité avec les impératifs du *numerus clausus* applicable en droit des biens. Cela signifie que les analogies avec les garanties à première demande ne suffisent pas à elles seules pour valider la technique des hypothèques indépendantes. Concrètement, il demeure nécessaire aussi de clarifier si l'inopposabilité des exceptions qui représenterait son principal effet contredit ou non "*les principes fondamentaux de notre système juridique*", surtout ceux qui relèvent du domaine des sûretés[268]. Or, cette impossibilité pour le garant de se prévaloir contre les tiers des exceptions déduites du principal implique par définition à sa charge un risque de double paiement. Il pourrait effectivement au pire se retrouver contraint à exécuter son dû malgré le remboursement ou en dépit des vices qui affecteraient la dette couverte. Il court donc également le risque d'un

[266] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. III., p. 20, point n° 8.5: "*le droit interne devrait permettre au propriétaire de constituer, outre l'Eurohypothèque, une garantie exécutoire contre lui personnellement*".

[267] V. *infra*, §65.

[268] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §238.

paiement inutile, s'il intervient alors que l'obligation de référence était en fait nulle ou inefficace pour quelque raison que ce soit. Les projets relatifs à une eurohypothèque confirment eux-mêmes ces déductions et assument les risques ainsi identifiés[269]. Mais ils trouvent quand même à justifier ces risques par cela qu'ils concrétiseraient un arbitrage juridique favorable au dynamisme commercial du circuit civil[270]. Or, cet arbitrage se trouve parfois accusé de violer certaines exigences essentielles pour la protection des consommateurs[271]. Il s'agit, dès lors, de vérifier avant tout la teneur de cette accusation, laquelle, dans l'affirmative, éclaircirait à elle seule le conflit entre les hypothèques indépendantes et la protection des consommateurs, comme principe fondamental du droit positif.

45. ***Conflit avec la protection des consommateurs***. La deuxième partie de la thèse analysera la pertinence de la protection des consommateurs comme argument contre la reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes ou la création d'une eurohypothèque au titre des principes européens de libre circulation[272]. Pour ce qui intéresse cette partie, afin de mesurer le potentiel conflit entre les principes essentiels en matière de sûretés et le risque de double paiement qui caractérise les garanties autonomes, il vaut mieux rappeler que ce risque n'est aucunement spécifique aux hypothèques indépendantes. Comme vu ci-dessus justement, l'inopposabilité des exceptions représente l'effet principal de tous les autres engagements autonomes[273]. Or, il n'a jamais été question de refuser leur reconnaissance en droit positif pour cette seule raison. Il existe sans doute une

---

[269] V. en ce sens, *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 16, point nº 5.6, avec l'explication quelque peu sibylline de H. G. Wehrens, p. 778: "*the security contract makes it possible that the creditor enjoys the unlimited position of a Euro-mortgage in his external relations whereas he is bound by the particular of this legal shaping*".

[270] O. Stöcker/R. Stürner, p. 57; C. Dauchez, §282; Commission des Affaires Européennes de l'Union Internationale du Notariat Latin (cité *supra*, n. 36), p. 18.

[271] S. Van Erp (cite *supra*, n. 3), p. 9: "*it seems that in certain cases the borrower cannot invoke the terms of this loan agreement with the original holder of the mortgage against the new holder, thus leaving him at the mercy of the new mortgagee. This clearly violates even the most basic notions of consumer protection, a key value in European law*"; A. J. M. Stevens, p. 423; L. van Vliet, p. 169: "*claims are assigned on a large scale between commercial parties or between a bank and a public entity such as a central bank. In such cases the assignee can and should bear the risk of being confronted with defences unknown to him.There is no need to subordinate the debtor's interests to the assignee's interests*". Cet auteur se contredit néanmoins par la suite, lorsqu'il se montre favorable aux reconnaissances fictives de dette comme engagements autonomes eux-mêmes garantis par affectation hypothécaire. En fait, le propriétaire risque alors davantage le double paiement, car il en répond sur tout son patrimoine.

[272] V. *infra*, §269.

[273] V. *supra*, §41.

tendance contemporaine d'interdire leur utilisation dans les opérations en lesquelles des consommateurs interviennent. Cela concerne par exemple les garanties personnelles à première demande ou les effets de commerce souscrits "*en vue de mobiliser*"[274], ou "***à l'occasion***"[275] des crédits à la consommation[276]. Mais le fait que cette interdiction a dû se voir consacrée par voie de règlementation explicite confirme que sinon la protection des consommateurs ne suffit pas en elle-même pour invalider par principe leur technique. Par ailleurs, cela ne vise aucunement la situation des personnes qui ne consentent pas ces instruments dans le contexte des crédits à la consommation. Au moins en ce qui concerne tous ces autres garants potentiels, la protection des consommateurs ne saurait dès lors certainement pas plaider contre la validité des hypothèques indépendantes.

46. ***Principes fondamentaux et risque de double paiement***. Il semblerait en fin de compte plutôt difficile de retenir un conflit entre le risque de double paiement lié aux hypothèques indépendantes et les principes fondamentaux en matière de sûretés. En effet, les garanties personnelles à première demande, pour se limiter à leur exemple, fonctionnent selon la même logique, vu qu'elles reposent sur une inopposabilité similaire des exceptions relatives au rapport fondamental[277]. Celles-ci exposent même davantage leur constituant, qui assume par leur biais un risque de double paiement sur tout son patrimoine, non pas uniquement sur un bien individuel, affecté en garantie réelle. Or, cela n'a précisément pas empêché la reconnaissance juridique des garanties à première demande, par la doctrine comme par la pratique, avant même que leur principe ne se trouva codifié par la loi[278]. À

---

[274] Interdiction en matière d'effets de commerce: Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §§344 et 379-381.

[275] Interdiction à l'égard des garanties autonomes: Ph. Simler, §957.

[276] La protection des consommateurs devient ainsi une exception opposable *erga omnes*, alors même qu'elle procède directement du rapport fondamental: Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §381.

[277] V. par ex. C. Gavalda/J. Stoufflet (cité *supra*, n. 251), §11: "*le principe de l'accessoire est un élément essentiel du cautionnement, mais il ne répond à aucune norme de portée générale qui imposerait d'en étendre l'autorité à d'autres figures juridiques*"; Ph. Simler, §47. V. néanmoins aussi, Christian Mouly, «L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français», dans «Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida», Dalloz, 1991, p. 267, qui estimait il y a quelque temps que la garantie sur première demande devait être tolérée en droit interne français exclusivement comme substitut pour le dépôt de garantie, donc sans cette inopposabilité des exceptions déduites du rapport fondamental.

[278] Ph. Dupichot, §308. V. aussi, *infra*, §41 n. 241. V. cependant, en ce sens que seule la loi devrait pouvoir autoriser les engagements autonomes: Ph. Simler, §941. Pourtant, pas mal de techniques similaires demeurent valables même sans reconnaissance législative: J.-L. Rives-Lange (cité *supra*, n. 251), §20.

elle seule, toutefois, une prise de position similaire sur la validité des hypothèques indépendantes en droit positif serait sans doute assez divinatoire. Une telle prise de position viendrait en effet à l'encontre des opinions communément partagées en doctrine, laquelle refuse actuellement aux particuliers toute possibilité de consentir en garantie de leurs crédits un mécanisme a priori si exotique[279]. Dès lors, pour éviter des affirmations totalement aléatoires sur la licéité de la technique, il convient de traiter les arguments qui se trouvent derrière ce refus. Ils reposent en effet à chaque fois sur un certain défaut de fondement juridique, voir même textuel, qui viendrait valider une hypothèque indépendante[280]. Contre cette observation, combien limitée en pertinence au vu des analogies avec les garanties à première demande, pourraient uniquement s'opposer comme bases textuelles établies les dérogations plus ou moins ponctuelles à la logique accessoire déjà retenues en droit positif. Le deuxième titre vérifiera dès lors précisément en quelle mesure ces dérogations représenteraient des manifestations nécessaires des hypothèques indépendantes, qui verraient ainsi leur fondement validé, ou bien sauraient-elles se justifier aussi sans remettre en question la dépendance de la sûreté envers son principal de référence. Mais il est clair qu'aucune de ces dérogations ne vise pas de manière explicite à valider l'inopposabilité des exceptions relatives à la créance garantie en matière hypothécaire. Cependant, il sera démontré par la suite, toujours par analogie avec les garanties personnelles, que cette inopposabilité n'a pas à être consacrée en tant que telle, car elle intervient seulement comme effet spécifique, non pas en tant que fondement proprement dit de l'autonomie de régime qui caractérise les engagements autonomes. Cela suppose de correctement localiser la source potentielle de l'inopposabilité des exceptions parmi les conditions de validité structurelle des affectations hypothécaires.

[279] V. *supra*, §9 n. 54.

[280] V. par ex., J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060: "*l'hypothèque abstraite n'existe pas en droit français* (…) *le caractère accessoire parait être de l'essence de l'hypothèque dans notre droit, une renonciation par le débiteur à ce caractère est difficilement concevable et l'on verrait mal un notaire accepter la rédaction d'un contrat d'hypothèque dans ces conditions*"; B. Maubru, §96: "*c'est l'idée même d'une hypothèque indépendante, à quelque titre que ce soit, qui est repoussée de notre système juridique*".

B. Absence de références au principal

47. ***Transaction sur la cause***. Les tentatives en doctrine de précisément situer les éléments structurels qui délimitent les engagements autonomes en général des garanties accessoires ont abouti sur plusieurs solutions. Celles plus intuitives considéraient ces techniques comme étant des actes abstraits, c'est-à-dire détachés de leur cause par la volonté des parties[281]. Concrètement, cela signifie qu'en ce qui les concerne, les vices qui affectent, le cas échéant, leur cause n'empiètent jamais sur l'efficacité des prérogatives qui en découlent. Cette explication justifie apparemment l'inopposabilité des exceptions, comme possibilité pour leur titulaire de prétendre au garant leur montant nominal, malgré le remboursement ou l'exécution régulière, en tout ou en partie, du rapport fondamental [282] . L'impossibilité pour le constituant de se prévaloir de ces évènements contre les poursuites entamées par les acquéreurs successifs de ces instruments transmet l'image d'un engagement dont l'inexistence ou la disparition de la cause, entendue comme raison d'être pour leur création, seraient inopposables aux tiers[283]. Or, ce raisonnement légitimerait aisément la validité des hypothèques indépendantes. Il se réduit à confirmer la possibilité pour les parties de limiter par contrat le droit du garant d'opposer aux tiers les vices de la cause juridique[284]. Cette possibilité devrait valoir en effet y compris pour les conventions qui donnent naissance à des droits réels, en particulier des garanties hypothécaires.

---

[281] C. Mouly (cité *supra*, n. 277), p. 272; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §427; Nicolas Monachon Duchêne, *La garantie à première demande en matière de crédit à la consommation*, GP 1994, 2, 1410; Jacques Mestre, *Des engagements nécessairement causés à ceux relativement abstraits*, RTD civ. 1991, p. 325. En droit roumain, sur le principal comme cause de la garantie, v. par ex. A.-A. Moise, p. 339-340; R. Rizoiu, p. 116. Sur cette théorie de l'abstraction, v. not. Henri Capitant, «De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)», thèse, Université de Paris, 1923, §§31 et 184. *Comp.*, sur la dette foncière comme garantie abstraite: F. et J. Baur/R. Stürner, §36.77.

[282] J.-L. Rives-Lange (cité *supra*, n. 251), §2: "*la promesse abstraite est celle dont la cause n'est pas prise en considération par le droit et le juge pour déterminer sa validité; elle doit s'exécuter même s'il est prouvé qu'elle est sans cause* (...) *cette abstraction élude le contrôle du juge; elle empêche toute contestation et par là affaiblit, voire supprime, la protection du débiteur*". V. par ex. aussi Michel Vivant, *Le fondement juridique des obligations abstraites*, D. 1978, p. 39.

[283] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §332; H. Capitant (cité *supra*, n. 281), §175.

[284] C. Gavalda/J. Stoufflet (cité *supra*, n. 251), §12; J.-L. Rives-Lange (cité *supra*, n. 251), pp. 902-911; N. Borga (cité *supra*, n. 148), pp. 49-50; P. Ancel (cité *supra*, n. 241), §176. Contre la possibilité de transiger sur la cause, v. par ex. Ph. Théry, §111; Ph. Dupichot, §333.

De plus, en droit français, la réforme de 2016 écarte par principe la cause comme condition générale de validité des contrats[285]. Dès lors, si l'opposabilité des exceptions en matière de sûretés découlait d'un raisonnement sur l'invocabilité de la défunte cause des engagements, toutes les sûretés, réelles comme personnelles, seraient en fait devenues aussi indépendantes que les engagements typiquement autonomes. De toute façon, le remboursement des créances garanties ne signifie pas qu'elles n'avaient jamais existé, mais reflète plutôt leur disparition progressive. Il ne saurait donc y avoir, dans cette perspective, inexistence initiale de la cause pour cause de paiement des créances couvertes. Or, la caducité des actes juridiques pour disparition de leur cause n'est quasiment jamais retenue[286]. Délier une partie de son engagement au motif qu'elle en a perdu tout intérêt affecterait sensiblement sa force obligatoire. Toutefois, ce raisonnement supprime visiblement, lui aussi, le fondement de l'opposabilité des exceptions qui traduit la nature accessoire des garanties. Il convient néanmoins de démontrer à quel point cette perspective est erronée. En réalité, la cause des sûretés ne correspond certainement pas aux obligations de référence ou à la perspective de sécuriser leur recouvrement.

48. ***Confusion sur la cause.*** L'idée de lier l'opposabilité des exceptions à l'invocabilité de la cause procède d'une confusion sur le concept de la cause, qui

---

[285] V. par ex. Mustapha Mekki, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire*, D. 2016.494; Guillaume Wicker, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?*, D. 2015.1557.

[286] V. néanmoins, Civ. 1re, 30 oct. 2008, 07-17.646: Bull. Civ. I, nº 241; D. 2008.2937 et 2009.747, chron. C. Creton; RTD civ. 2009, p. 111, obs. J. Hauser et p. 118, obs. B. Fages; Defrénois 2009, art. 38916, obs. R. Libchaber; JCP G 2009.II.10000, obs. D. Houtcieff, sur la disparition de la cause dans une libéralité à exécution successive. Mais v. aussi les observations de B. Fages sous ce même arrêt, Civ. 1re, 30 oct. 2008, 07-17.646: RTD civ. 2009, p. 118: "*mais de là à considérer qu'il devrait en aller de même en présence d'un contrat synallagmatique isolé, fût-il à exécution successive, il y a un pas que le présent arrêt n'autorise pas à franchir. Car de deux choses l'une. Ou l'on parle de la cause objective et, dans ce cas, ce sont d'autres mécanismes que la caducité qui sont appelés à jouer pour faire face à la perte de cause de l'obligation et ainsi éviter que celle-ci ne soit exécutée à vide: on vise ici l'exception d'inexécution, la résolution et la théorie des risques qui obéissent chacune à un régime juridique propre. Ou l'on s'attache à la cause subjective, au but, commun ou pas, poursuivi par les parties, et force est alors de convenir que la disparition de la cause est un concept beaucoup trop flou pour justifier une mesure aussi définitive que la caducité du contrat*". V. surtout, plus récemment, Com., 18 mars 2014, 12-29.453; D. 2014.1915, n. D. Mazeaud et 2015.529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki; AJCA 2014, p. 78, obs. J. Dubarry; RTD civ. 2014, p. 884, obs. H. Barbier: "*attendu* (…) *selon le moyen, que la disparition de la cause d'un engagement à exécution successive en cours d'exécution du contrat entraîne sa caducité* (…) *mais attendu que la cause de l'obligation constituant une condition de la formation du contrat* (…) *que le moyen n'est pas fondé*".

l'identifie en matière de sûretés à la créance garantie ou à la sécurité apportée par ces instruments au créancier. Cette confusion est sans doute entretenue par les règles sur la constitution de l'hypothèque, lesquelles imposent l'indication de la "*cause*" dans l'acte d'affectation. Or cette dernière est entendue dans ce contexte, non pas dans son acception traditionnelle, mais en tant que source concrète, fait ou acte juridique, des créances garanties[287]. Même la jurisprudence identifie parfois la cause qui anime la volonté du garant dans les contrats de cautionnement à la perspective de sécuriser ainsi l'exécution du principal[288]. Mais cela ne correspond pas au concept de la cause communément employé pour contrôler la validité des engagements civils en général. Cette délimitation se trouve actuellement très développée, en particulier pour ce qui concerne les garanties personnelles à première demande. Ainsi, le constituant de ces instruments souscrit-il sans aucun doute son engagement en considération du rapport fondamental. Cela en fait tout au plus la cause efficiente de son engagement[289]. Néanmoins, cette obligation de référence, tout comme les perspectives de son recouvrement ne représentent certainement pas pour le garant "*le but qu'il se donne en s'obligeant*"[290], selon la définition classique de la cause comme condition des contrats. En effet, la sécurité apportée au créancier ne matérialise pas ce que le garant compte obtenir pour soi-

---

[287] P. Crocq (cité *supra*, n. 171), sur l'actuel art. 2.428 C.civ.; B. Maubru, §16; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §905. De même dans le système roumain: A.-A. Moise, pp. 429-430; Bogdan Vișinoiu, *Comentariile art. 2.323-2.479 C.civ.*, dans Flavius Antoniu Baias/Eugen Chelaru/Rodica Constantinovici/Ioan Macovei (coord.), «Noul Cod civil. Comentariu pe articole», C.H. Beck, București, 2012, §5 sous l'art. 2.372, en application de l'art. 2.372 al. 2 C.civ.roum., selon lequel "*sous peine de nullité, le contrat d'hypothèque doit identifier le constituant et le créancier hypothécaire, mentionner la cause de l'obligation garantie et donner une description suffisamment précise du bien hypothéqué*": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.372. *Comp.*, sur les effets de commerce, Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §308, §332 et §346, en ce sens que la "*cause*" pour l'émission des effets de commerce se localiserait dans le rapport fondamental, une opération commerciale ou fiduciaire, dont inopposabilité contre les porteurs de bonne foi confirmerait leur caractère abstrait.

[288] V. par ex. les arrêts sur la reconnaissance des garanties à première demande: Com., 20 déc. 1982, 81-12.579: Bull. civ. IV nº 417; JCP G 1983, IV, 79; JCP CI 1983, II, 14001, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet; D. 1983.365, obs. M. Vasseur; RTD com. 1983, p. 446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié - Com., 17 oct. 1984, 83-12.125: Bull. civ. IV nº 265 et 5 fév. 1985, 82-15.297: Bull. civ. IV nº 45, p. 38; D. 1985.269, n. M. Vasseur - Com., 20 fév. 1985, 83-16.922: Bull. civ. IV nº 74, p. 64 - Com., 29 avril 1986, 84-14.262: Bull. civ. IV nº 73, p. 64.

[289] L. Aynès/P. Crocq, §337: "*la cause de l'engagement du garant se trouve dans ses relations avec le débiteur, mais ces rapports, comme dans le cautionnement, sont étrangers au créancier, protégé par l'inopposabilité des exceptions* (…) *la cause de l'engagement de la banque (comme celle de la dette d'une caution) se trouve dans ses relations avec le débiteur, et consiste notamment dans la rémunération versée par celui-ci*".

[290] L. Aynès/P. Crocq, §337, note nº 25.

même en fournissant la couverture des créances visées[291]. Surtout, cette observation vaut quelle que soit la nature accessoire ou autonome de l'instrument. Le but poursuivi par la caution elle-même ne saurait s'identifier à la considération du rapport fondamental, ou à l'objectif de sécuriser le paiement du principal[292]. Cela signifie que l'inopposabilité des exceptions dans les engagements autonomes ne se traduit pas comme une impossibilité convenue pour le garant d'invoquer contre les tiers de bonne foi la disparition ou l'inexistence de leur cause. Ce raisonnement conserve certainement toute sa pertinence en matière hypothécaire[293]. Il en découle simplement que la nature accessoire ne saurait, ni dans ce domaine, se résumer en raisonnement sur la cause qui anime les propriétaires lorsqu'ils consentent les sûretés respectives. Mais alors, il reste quand même de correctement situer la source de l'opposabilité des exceptions qui caractérise les hypothèques traditionnellement accessoires.

49. ***Objet déterminé de manière directe***. Loin de procurer une satisfaction personnelle au garant, la perspective de sécuriser le recouvrement du principal par la constitution des sûretés décrit plutôt le service qu'il fournit lui-même au créancier. Or, cela correspond non pas au but, mais inversement à l'objet de son engagement[294]. L'inopposabilité des exceptions repose, dès lors, plutôt sur les termes en lesquels est conçu le contenu de ces instruments, tel que convenu par les parties. Cette conclusion semble désormais entièrement acquise en doctrine dans le domaine voisin des garanties à première demande. Ainsi, il est dit que la différence entre les garanties autonomes et le cautionnement réside dans le fait que l'objet de ce dernier comprend au moins implicitement une référence au principal,

---

[291] C. Gavalda/J. Stoufflet (cité *supra*, n. 251), §8; Ph. Simler, §938.

[292] L. Aynès/P. Crocq, §222: "*il est irréaliste d'affirmer que le but poursuivi par la caution lorsqu'elle s'oblige est l'existence de l'obligation principale* (…) *Peut-on affirmer que le but poursuivi par un organisme financier lorsqu'il se porte caution est le crédit accordé à son client, et non la rémunération versée par celui-ci?*". Ce développement ne vise cependant pas à clarifier la cause des engagements autonomes ou des sûretés en général. Il lui suffit de constater que pour le garant au moins, celle-ci ne réside certainement pas dans la sécurité apportée au créancier. Sur la cause des engagements autonomes, v. par ex. Ph. Simler/Ph. Delebecque, §219; Ph. Simler, §939; C. Gavalda/J. Stoufflet (cité *supra*, n. 251), §19. V. néanmoins aussi, Com., 8 nov. 1972, 71-11.879: Bull. civ. IV n° 278, p. 263; D. 1973.753, n. Ph. Malaurie. Cet arrêt considère la cause du cautionnement dans la considération du financement à verser.

[293] M. Fervers, p. 9.

[294] V. déjà, M. Billiau (cité *supra*, n. 229), §§316-321 dans le domaine voisin de la délégation.

en ce sens que la caution est spécifiquement tenue à exécuter la créance de base, ou ce qu'il en reste après les éventuels remboursements[295]. La disparition des obligations garanties devient ainsi une exception opposable, justement parce qu'elle conditionne de manière structurelle la dimension et la consistance du cautionnement. En revanche, la garantie sur première demande s'en démarque par l'absence de cette référence implicite au rapport fondamental dans la structure de son objet. Il s'agit nécessairement pour le constituant d'exécuter une prestation dont le contenu se veut juridiquement diffèrent de l'obligation principale, si ce n'est même, le cas échéant, mathématiquement aussi. "*L'objet de son obligation est, non pas 'ce que doit le débiteur au créancier', mais telle somme d'argent, déterminée de manière directe* (…) *l'autonomie de la volonté, mieux qu'un raisonnement par la cause, justifie l'autonomie de la garantie*"[296]. "*Le montant et les modalités (durée, formalités d'appel de la garantie) de l'obligation sont déterminés par la lettre de garantie*"[297]. Les accords par lesquels les parties rattacheraient cet instrument à une ou plusieurs créances pour en assurer l'exécution restent dès lors extrinsèques à l'objet même de la garantie autonome. Ces observations se traduisent aisément par l'autonomie du *debitum* de ces instruments selon l'analyse dualiste des obligations.

50. ***Debitum spécifique***. Selon la théorie dualiste, toute obligation civile se décompose en deux éléments. Le *debitum* correspond au contenu même de la prestation que doit recevoir le créancier. L'*obligatio,* en revanche, désigne la possibilité d'obtenir l'exécution forcée de ce *debitum* par force de contrainte étatique. Dans cette lecture, les garanties accessoires de nature personnelle n'apportent à leur bénéficiaire aucune prestation additionnelle, mais seulement la

---

[295] Ph. Dupichot, §312; Stéphane Piedelièvre, «Les garanties personnelles dans les opérations bancaires internationales», thèse, Université Paris XII, 1989, *passim.*

[296] L. Aynès/P. Crocq, §§123, 319 et 337: "*la caution s'oblige à payer la dette du débiteur principal* (…) *le garant à première demande, telle somme d'argent. L'objet du cautionnement est la dette principale, d'où l'opposabilité des exceptions tenant à cette dette*". V. aussi les arrêts qui valident les garanties sur première demande par la liberté contractuelle: - Com., 20 déc. 1982, 81-12.579: Bull. civ. IV nº 417; JCP G 1983, IV, 79; JCP CI 1983, II, 14001, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet; D. 1983.365, obs. M. Vasseur; RTD com. 1983, p. 446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié - Com., 17 oct. 1984, 83-12.125: Bull. civ. IV nº 265 et 5 fév. 1985, 82-15.297: Bull. civ. IV nº 45, p. 38; D. 1985.269, n. M. Vasseur - Com., 20 fév. 1985, 83-16.922: Bull. civ. IV nº 74, p. 64 - Com., 29 avril 1986, 84-14.262: Bull. civ. IV nº 73, p. 64. V. néanmoins P. Ancel (cité *supra*, n. 241), §141: "*les garanties bancaires ne sont, au fond, malgré leur caractère non accessoire, que des variantes du cautionnement de droit commun*". Selon cet auteur, les garanties autonomes et le cautionnement partagent le même objet: *idem*, §165.

[297] L. Aynès/P. Crocq, §338. V. aussi G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §628; Ph. Dupichot, §309.

possibilité de saisir le patrimoine de la caution, au moyen de l'*obligatio*, pour obtenir le recouvrement du *debitum* spécifique de la créance couverte[298]. Ainsi, la référence juridique au principal, ci-dessus localisée dans la structure accessoire du cautionnement, signifie dans cette perspective que celui-ci partage avec la créance de référence le même *debitum*. Ce partage traduit fidèlement la raison pour laquelle l'existence et l'étendue de la garantie se trouvent conditionnées par celles du principal[299]. Il justifie par ailleurs aussi, inversement, la réduction de la dette principale, à due concurrence de ce que la caution a du exécuter. La solution ne saurait résulter de la seule logique accessoire, précisément renversée dans cette hypothèse. Cela concrétise, dès lors, plutôt une certaine interdépendance entre la créance principale et son accessoire[300]. En revanche, les garanties à première demande renferment nécessairement un *debitum* différent de celui de la créance couverte et qui leur est spécifique. Elles impliquent en effet l'engagement du constituant d'exécuter une prestation distincte de l'obligation garantie. Dans ce cas, pas même une équivalence mathématique entre ces deux prestations ne saurait contredire leur identité conceptuelle respective[301]. Le défi pour ce développement sera, bien entendu, de pouvoir extrapoler ces observations en matière hypothécaire. L'inopposabilité des exceptions impliquerait, dans ce domaine aussi, une inexistence similaire des références au principal dans la structure juridique des hypothèques indépendantes. Il convient premièrement de vérifier si cette absence s'entend uniquement en sens intellectuel, ou bien suppose-t-elle aussi une expression matérielle, en ce sens qu'il ne devrait logiquement exister aucune mention du rapport fondamental dans les documents constitutifs d'un tel instrument.

---

[298] L. Aynès/P. Crocq, §121: "*le créancier obtient ainsi de la caution un droit supplémentaire de poursuite qui s'ajoute à celui qu'il avait contre le débiteur principal, mais l'objet de la dette, le debitum de la caution, est l'obligation du débiteur principal. La caution s'engage à se substituer à celui-ci. Le créancier ne peut rien exiger de la caution qu'il ne puisse exiger du débiteur principal*". V. aussi, Ph. Dupichot, §799.

[299] Jean Carbonnier, «Droit civil. Tome 4. Les obligations», 22e Edition, Thémis. Droit privé, PUF, Paris, 2000, §122.

[300] V. sur le principe de cette interdépendance ainsi que ses exceptions consacrées, L. Aynès/P. Crocq, §262. De même dans le système allemand pour l'*Hypothek*, vu sa nature accessoire: W. Brehm/C. Berger, pp. 245-250. En droit roumain, pour cette interdépendance, v. R. Rizoiu, p. 454 (nous traduisons): "*si certaines conditions sont réunies, la saisie peut conduire à une diminution de la valeur de la créance garantie* (…) *de manière corrélative, l'hypothèque s'éteindra elle aussi, suite à l'extinction de l'obligation principale*".

[301] N. Borga (cité *supra*, n. 148), p. 58.

51. ***Renvois textuels à la dette***. Concrètement, en ce qui concerne ces références potentielles à la créance couverte, les textes sur l'eurohypothèque suggèrent, par exemple, que la "*convention de garantie*", censée indiquer le rapport fondamental, soit signée dans un document matériellement différent de l'acte constitutif. Cela pose le défi de contrôler la nécessite de cette séparation, autrement dit, de vérifier si un éventuel renvoi à la créance dans la convention constitutive du droit réel, qui réduirait à néant cette séparation, écarterait, inversement, l'inopposabilité des exceptions déduites de la créance. Ainsi, il n'existe a priori aucune raison d'élever cette séparation au rang de principe et affirmer que l'autonomie de régime de cet instrument suppose pour les parties de fictivement nier, dans le support matériel de la technique, le rôle de garantie ou les créances de rattachement[302]. Un contre-argument semblerait, néanmoins, résulter de la manière en laquelle sont actuellement traités les renvois aux obligations de référence dans les effets de commerce[303]. Ces renvois se concrétisent dans la "*clause de valeur fournie*", censée indiquer la nature du rapport fondamental[304]. Or, "*cette clause traduit la volonté du tireur de s'engager cambiairement dans les mêmes termes et conditions que ceux dans lesquels il était précédemment tenu*"[305], faisant ainsi visiblement référence au rapport fondamental, qui revient en force afin de conditionner la dimension de l'engagement autonome. Concrètement, l'inopposabilité des exceptions sera considérée comme mise à l'écart par une telle stipulation[306]. Mais il ne saurait, inversement, s'en déduire que le principe de cette inopposabilité présuppose toujours de cultiver une certaine ignorance des tiers sur l'identité du

---

[302] Cependant, sur le besoin de renforcer une certaine "*apparence*" de l'autonomie envers le principal: M. Vivant (cité *supra*, n. 282), p. 41: "*le tiers est protégé dans la mesure de son ignorance légitime de la situation réelle ou, plus exactement, dans la mesure où l'apparence crée par l'opération a pu légitimement l'induire en erreur sur la réalité*". De même, en matière cambiaire: Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §331 et §347.

[303] De même pour la cédule hypothécaire suisse. Les références à la créance garantie sont interdites et conduiraient le cas échéant au rejet des inscriptions requises au registre foncier. Cela sert justement afin de réconforter la bonne foi invoquée par les tiers qui prétendent à l'inopposabilité des exceptions: P.-A. Girard, p. 55.

[304] Cette clause "*renseigne les porteurs de la lettre de change sur la cause de l'engagement cambiaire*", en ce sens de cause efficiente que représente le rapport fondamental: Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §375.

[305] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §375.

[306] En présence de cette clause, la nullité du rapport fondamental pour cause illicite atteint y compris la lettre de change, le cas échéant souscrite: Com., 5 fév. 1958: RTD com. 1958, p. 792, note H. Cabrillac et E. Becqué. V. aussi, Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §375.

rapport fondamental, comme raison efficiente des engagements autonomes. D'abord, parce que l'indication des créances garanties ne devrait pas les édifier davantage, dans une phase ultérieure du raisonnement, quant aux éventuels remboursements au titre de ces obligations. Ensuite, les tiers ne sauraient de toute façon légitimement prétendre avoir ignoré l'existence même d'un quelconque rapport fondamental sous-jacent. Tout le monde devrait en effet savoir que le constituant poursuit un certain objectif rationnel, même par le biais d'un engagement autonome [307]. Bien plus, le professeur Simler considère même, inversement, obligatoire une telle référence matérielle aux créances visées dans le contenu textuel des garanties personnelles sur première demande[308]. Les préambules de ces garanties, surtout lorsque rédigées par les banques, réalisent d'ailleurs très souvent de tels renvois au rapport fondamental[309]. Cette mention des créances garanties pourrait uniquement contredire l'indépendance de régime de ces instruments, dans la mesure où elle exprimerait une volonté par les parties de juridiquement conditionner la garantie autonome par la dimension des obligations couvertes [310]. Mais sinon, les références textuelles au principal demeurent pleinement compatibles avec l'inopposabilité des exceptions. Celle-ci présuppose, donc, seulement une absence intellectuelle des renvois au rapport fondamental, au niveau de la structure juridique de ces engagements. Cette conclusion se transpose facilement en matière hypothécaire.

52. ***Hypothèque pour le compte du principal***. Les problemes impliquées par une potentielle application de l'analyse dualiste en matière hypothécaire seront plus

[307] V. *supra*, §32.

[308] Ph. Simler, §917, qui cite la CA de Besançon, en ce sens que "*la référence à un contrat principal est de l'essence de la garantie, qu'elle soit autonome ou accessoire*".

[309] A. Prüm, §106.

[310] V. par ex. Com., 13 déc. 1994, 92-12.626: Bull. civ. IV nº 375, p. 309; D. 1995.209, n. L. Aynès; JCP G 1995, I, 3851, obs Ph. Simler; Defrénois 1995, p. 421, n. L. Aynès; RTD com. 1995, p. 458 obs. M. Cabrillac; RD bancaire et bourse 1995, p. 150 obs. M. Contamine-Raynaud – Com., 9 déc. 1997, 96-10.686; D. aff. 1998, p. 199; RD bancaire et bourse 1998, p. 66, n. M. Contamine-Raynaud – Civ. 1re, 23 fév. 1999, 97-10.008: Bull. civ. I nº 64, p. 42; JCP G 1999, I, 156, obs. Ph. Simler – Com., 30 janv. 2001, 98-22.060: Bull. civ. IV nº 25, p. 22; Defrénois 2001, p. 1319, n. S. Piedelièvre – Com., 27 juin 2000, 96-20.045: RD bancaire et fin. 2000, p. 355, obs. J.-P. Mattout – Com., 18 mai 1999, 95-21.539: Bull. civ. IV nº 102, p. 83; JCP G 1999, II, 10199 n. J. Stoufflet; Contrats, conc., consom. 1999, §155, obs. L. Leveneur. Pour cette idée, v. aussi N. Borga (cité *supra*, n. 148), p. 54; Ph. Dupichot, §312; Ph. Simler, §923.

largement débattues dans le titre suivant[311]. La difficulté reste surtout que cette application toucherait aux controverses sur la nature réelle ou personnelle des obligations mises par l'hypothèque à la charge des différents propriétaires[312]. Mais il ne devrait pas être nécessaire d'y avoir directement recours pour les besoins de ce chapitre, c'est-à-dire afin de localiser ce dont dépend l'opposabilité des exceptions qui traduit la nature accessoire dans cette matière. Il suffit en effet de constater, par renvoi aux observations similaires sur les garanties à première demande, que la dépendance accessoire de l'hypothèque présuppose pour le propriétaire de répondre seulement pour le compte du principal identifié comme tel dans l'acte constitutif[313]. Cela résume facilement ce qu'il convient de considérer le caractère accessoire proprement dit des sûretés[314]. Mais les déductions ci-dessus démontrent qu'une simple indication matérielle du rapport fondamental dans la convention constitutive de la garantie ne suffit pas afin de confirmer son caractère accessoire proprement dit, car les engagements autonomes présupposent eux aussi une obligation préexistante, parfois même mentionnée dans leur titre constitutif. Pour maintenir la fidélité accessoire de la sûreté hypothécaire, celle-ci devrait dès lors, avant tout, maintenir une référence au principal au niveau de sa structure même, c'est-à-dire tenir son assiette uniquement responsable pour le compte des obligations visées. Le régime autonome que prétend en théorie le concept des hypothèques indépendantes supposerait alors, inversement, que leur assiette ne réponde pas de la créance initiale, mais d'une autre prestation spécifiquement déterminée. Cependant, à raisonner la encore par analogie, en matière de cautionnement, une telle renonciation au caractère accessoire, ainsi qu'à

311 V. *infra*, §148. Mais v. aussi A. Egger, p. XVIII. Selon cet auteur, les concepts de "*Schuld*" et de "*Haftung*" qui matérialisent la théorie dualiste selon la terminologie allemande se retrouvent aussi dans la doctrine française du Moyen Age pour caractériser la responsabilité au titre des garanties hypothécaires. V. aussi, H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, p. 12, sur cette délimitation dans le contexte des garanties archaïques employées en droit romain.

312 F. Grua, §27

313 A. Aynès, §16: "*le constituant d'une sûreté réelle pour autrui prend un engagement qui a pour objet la garantie de la dette d'autrui. C'est là un point commun avec d'éventuelles cautions personnelles de la même dette*".

314 V. Mazeaud, §284 réalise justement cette transposition de la théorie dualiste en matière de sûretés réelles pour autrui. Mais son raisonnement considère que la responsabilité du propriétaire intervient au titre des "*obligations réelles*". Or, le titre suivant critiquera cette position *infra*, §151.

l'opposabilité des exceptions relatives au principal qui en découle, se considère parfois comme nulle de droit.

53. ***«Monstre juridique» en matière hypothécaire***. Le "*cautionnement à première demande*", consenti par les parties de manière à écarter son caractère accessoire, est tenu par la doctrine comme nul pour différence irréconciliable de nature avec les garanties personnelles véritablement autonomes[315]. Il méconnaitrait en effet un certain ordre public de protection, qui ne se manifeste mystérieusement pas contre les autres engagements autonomes, et contredirait aussi l'essence du cautionnement comme sûreté accessoire[316]. En résulterait un '*monstre juridique*' et toute stipulation en ce sens sera réputée comme non écrite[317]. Le problème réside dans le fait que cela semble rendre inutiles toutes les vérifications envisageables afin de prendre position sur la validité des hypothèques indépendantes en droit positif. Un raisonnement par analogie interdirait en effet aux particuliers également de tels '*monstres juridiques*' en matière de garanties réelles, là encore, pour différence de nature[318]. Mais en fait, cet argument se limite à transposer dans le domaine des sûretés le paradoxe sur l'identité du bateau de Thésée. Ce paradoxe philosophique pose le défi conceptuellement insurmontable de vérifier si un objet reste le même, malgré avoir vu tous ses composants progressivement remplacés par des autres. Dès lors, pour les besoins de ce développement, il est moins important de vérifier si les garanties à première demande "*sont des cautionnements avec renonciation aux exceptions tirées du rapport fondamental*", ou non, afin d'en déduire une appréciation sur leur licéité ou sur celle des hypothèques

---

[315] Ph. Dupichot, §326.

[316] Muriel Mignot, *La nature du cautionnement réel à la lumière de la pratique contractuelle bancaire*, Dr. et patri., 2002, nº 110, p. 36.

[317] L. Aynès/P. Crocq, §123: "*cautionnement et renonciation aux exceptions: un monstre juridique* (…) *certains contrats se présentent comme un cautionnement, mais comportent l'engagement pris par la caution de payer le créancier «à première demande», sans pouvoir lui opposer quelque exception relative à l'obligation principale que ce soit. Les parties espèrent ainsi obtenir une garantie plus efficace, plus automatique que le cautionnement ordinaire*".

[318] M. J. Chérest (cité *supra*, n. 2), p. 34. *Contra*, v. déjà B. Maubru, §6: "*certains auteurs, qui considèrent que l'hypothèque est par nature un droit accessoire estiment que l'idée d'une hypothèque autonome et indépendante doit se traduite par des notions différentes* (…) *ce n'est pas cette opinion que l'étude* (…) *va nous faire partager. En effet, dans sa structure organique, c'est-à-dire dans les relations qui l'unissent à la créance et à l'immeuble, l'hypothèque de notre droit apparait dégagée de toute idée de garantie* (…) *la fonction de garantie à laquelle notre droit limite cette utilisation est une simple modalité, elle n'est pas inhérente à l'hypothèque*".

indépendantes, par analogie[319]. Ce détour viendrait seulement compliquer le constat intuitif qu'aucun "*principe fondamental*"[320] n'a pu invalider les garanties autonomes de nature personnelle, validées au titre de la liberté contractuelle, qu'elles aient ou non une racine commune avec les cautionnements[321]. La monstruosité du "*cautionnement à première demande*" découle, dès lors, sans doute non pas d'une différence insurmontable de nature, mais plutôt de la contradiction oxymorique, visible au niveau de sa désignation même. Pour les besoins de ce développement, il vaut dès lors surtout constater que toute discussion sur le point de savoir en quelle mesure la négation du caractère accessoire est inconciliable avec la nature même des sûretés hypothécaires aboutirait sur un paradoxe tout aussi insurmontable que celui du bateau de Thésée. Surtout que certaines recherches entreprises en marge des projets relatifs à une eurohypothèque tentent même de démontrer que la volonté des particuliers n'est en fait pas le fondement exclusif de l'autonomie de régime qui caractérise le concept. En matière de sûretés réelles, celle-ci viendrait, selon ces analyses, plutôt en conséquence de certaines règles censées protéger la bonne foi dans l'acquisition des droits réels[322]. Ces arguments appellent une prise de position, car la plupart des pays connaissent déjà, plus ou moins, un système ayant comme but de protéger la bonne foi dans ce domaine.

54. ***Apparence du registre immobilier***. Il convient premièrement de constater qu'à elles seules, les quelques différences entre les systèmes constitutifs et déclaratifs de publicité foncière ne devraient pas empiéter sur la nature accessoire de l'hypothèque. C'est vrai que dans les premiers, le remboursement n'entraîne pas la disparition automatique de la sûreté. Mais cette extinction est alors simplement reportée car de toute façon, tôt ou tard, le titulaire de l'hypothèque devra consentir à la radiation[323]. C'est vrai que, dans les analyses qui accompagnent les projets

[319] P. Ancel (cité *supra*, n. 241), §141.

[320] V. *supra*, §17.

[321] V. *supra*, §41 n. 241.

[322] O. Stöcker/R. Stürner, p. 58; S. Kircher, p. 295; O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), p. 73; M. Fervers, p. 59.

[323] F. et J. Baur/R. Stürner, §38.29, qui renvoient aux articles §§894-898 du B.G.B.; A.-A. Moise, pp. 530-531, en application de l'art. 1.505 C.civ.roum.

relatifs à une eurohypothèque, les régimes déclaratifs subissent certaines critiques[324]. Mais celles-ci visent surtout le problème des garanties immobilières consenties par un *non dominus*, non pas des questions liées à la nature accessoire[325]. En droit français, si dans cette situation, le constituant ne remplit pas les conditions de l'usucapion ou de la propriété apparente, la garantie sera nulle pour interdiction d'hypothéquer les choses futures[326]. Les systèmes constitutifs favorisent, en revanche, le créancier hypothécaire de bonne foi dans ses éventuels conflits contre le véritable propriétaire de la chose[327]. La garantie réelle, même consentie par un *non dominus* est effectivement opposable à ce dernier. Mais cela ne contredit pas la nature accessoire de la sûreté, qui reste sous la dépendance du principal. Certains affirment néanmoins que cette protection de l'apparence en matière immobilière justifierait par elle-même aussi l'inopposabilité des exceptions relatives au principal qui intervient comme effet spécifique des hypothèques indépendantes. L'argument c'est que, malgré la nature accessoire de la garantie, ses cessionnaires devraient toujours pouvoir saisir son assiette pour le montant publié au registre immobilier, déduction faite des remboursements préalablement portés à leur connaissance[328]. Mais la confiance investie pas les tiers dans les

---

[324] E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire : retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 433: "*sur ce point, les systèmes déclaratifs nécessitent en tout état de cause un correctif qui doit principalement servir à protéger le tiers de bonne foi qui s'est fait consentir des droits (hypothécaires notamment) sur le bien de son cocontractant en se basant sur les inscriptions du registre*"; B. Akkermans, p. 508: "*a document proving the existence of a property right can only be issued in systems adhering to a positive registration system*"; H. G. Wehrens, p. 771-772; O. Stöcker/R. Stürner, pp. 45-48. V. aussi, E. Besson (cité *supra*, n. 81), pp. 98-107.

[325] M. Fervers, p. 53.

[326] Civ., 24 mai 1892: S. 1892, 1, 289; D.P. 1892, I, 327 - Civ., 13 nov. 1912: D.P. 1913, I, 433, n. P. de Loynes; S. 1914, 1, 150. V. aussi, Ph. Simler/Ph. Delebecque, §399; Ph. Théry, §153; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §313. De même dans le système roumain: M. Nicolae, *Contractul de ipotecă (I)*, p. 107, ainsi que plus récemment, A.-A. Moise, pp. 417-418, en application de l'art. 2.365 C.civ.roum. En sens contraire, Radu Rizoiu, «Ipoteci mobiliare. Vol. III. Conținutul contractului de ipotecă», Universul Juridic, București, 2013, p. 217. Pour une position critique sur cette interprétation des textes applicables, v. par ex. Pierre Guiho, *Les actes de disposition sur la chose d'autrui*, RTD civ. 1954, p. 1, §19; C. Dauchez, §125.

[327] C'est le cas par ex. en Allemagne, Pologne et en Autriche: O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?* p. 50. En Roumaine, le créancier hypothécaire de bonne foi risque uniquement de se voir opposée la nullité du titre de son contractant, à condition que le véritable propriétaire agit dans les trois ans après l'inscription du titre contesté: Ana Boar, *Unele aspecte ale noii reglementări a uzucapiunii în codul civil*, dans Mircea Dan Bob (coord.) «In memoriam Mircea Mureșan», Editura Universul Juridic, București, 2014, §4.3.

[328] O. Stöcker/R. Stürner, pp. 67-68; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?* p. 50.

apparences du registre immobilier ne saurait à elle seule justifier une telle conséquence. En effet, les titulaires des sûretés accessoires publiées n'ignorent certainement pas que celles-ci restent, par nature, conditionnées par la dimension réelle du principal. La bonne foi qu'ils invoqueraient serait alors tout au plus une hypocrisie. Cela signifie que les remboursements, même inconnus par les éventuels cessionnaires, continuent nécessairement de diminuer la couverture de la sûreté de manière automatique, même si les inscriptions des registres immobiliers demeurent inchangées. Les arguments en ce sens que les règles en matière de publicité foncière sauraient par elles-mêmes rendre de telles exceptions inopposables aux tiers de bonne foi se justifient en effet seulement par certaines dispositions expresses, spécifiques au droit allemand, ce qui sera démontré par la suite.

55. ***Fiction de la créance ressuscitée***. En droit allemand, les tiers acquéreurs d'une *Hypothek* traditionnellement accessoire bénéficient paradoxalement eux aussi d'une certaine protection contre les remboursements au titre du principal qu'ils ignorent de bonne foi[329]. Mais ce régime n'a justement pas su faire sans une fiction législative en ce sens que la valeur actuelle de l'obligation garantie, même si intégralement remboursée en réalité, correspond toujours au montant publié de l'*Hypothek*. Prévue par l'article §1.138 du B.G.B., cette fiction vaut seulement pour la mise en œuvre de l'hypothèque. Autrement dit, les actions personnelles fondées sur la créance ne renaissent pas et ne bénéficient elles-mêmes pas de l'inopposabilité des exceptions à due concurrence[330]. Par ailleurs, cela confirme aussi le caractère autonome du droit de saisie exercé directement au titre de la sûreté hypothécaire, sans pour autant empiéter sur la dépendance accessoire de

[329] F. et J. Baur/R. Stürner, §36.80 et §38.22.

[330] F. et J. Baur/R. Stürner, §38.59: "*daher wird die Gutglaubenswirkung auch auf die Forderung ausgedehnt, aber eben nur insoweit als ihr Bestand erforderlich ist, um die Hypothek zu tragen. Der Zessionar erwirbt also zwar ein Hypothek, aber nicht die persönliche Forderung schlechthin. Dies wirkt sich praktisch dahin aus, dass der redliche Erwerber gegen den Eigentümer (= Schuldner) zwar die Hypothekenklage, nicht aber die persönliche Schuldklage mit dem Ziele der Zwangsvollstreckung in das ganze Vermögen mit Erfolg erheben kann*". V. aussi, Brehm/C. Berger, «Sachenrecht», §17.106; M. Fervers, p. 58. Qui plus est, au vu des reformes qui éliminent l'inopposabilité des exceptions déduites du principal pour la dette foncière (*supra*, §40 n. 225), cette fiction signifie que l'*Hypothek* accessoire devrait actuellement circuler beaucoup mieux que la *Grundschuld*: L. van Vliet, p. 149. Selon cet auteur, l'*Hypothek* habituelle, la *Verkehrshypothek* devient par ce motif "*largement non-accessoire*". Cependant, sa conclusion mérite quelques corrections. Dans le cas de la *Verkehrshypothek*, cette négation du caractère accessoire ne découle pas de ses particularités structurelles, mais de cette fiction extrinsèque basée sur l'apparence crée par le registre foncier.

cette dernière[331]. Or, il résulte qu'à défaut d'une telle fiction qui ressusciterait, pour les besoins de la saisie, la créance totalement ou partiellement éteinte, la garantie hypothécaire demeure rationnellement conditionnée dans son étendue par la valeur actuelle du principal[332]. Sur ce point, il convient uniquement de constater que les règles de la publicité foncière devraient quand même intervenir afin de protéger les tiers de bonne foi, qui ignoreraient les vices ou les causes extinctives propres à l'hypothèque indépendante elle-même, comme garantie autonome. À défaut de cette protection en effet, la technique ne saurait qu'imparfaitement répondre à ses applications pratiques dans la mobilisation des créances. Mais cela ne conditionne visiblement pas le fondement même de l'autonomie de régime en cette matière. Dans ce cas, en effet, il en va plutôt des exceptions relatives à la garantie elle-même, non pas inversement des vices qui affecteraient la créance principale. Cela vise surtout sa capacité de circuler. Les implications utiles qui en découlent pour son régime seront dès lors traitées dans le chapitre suivant[333]. Pour la question du fondement même de l'inopposabilité des exceptions, il est plus intéressant de clarifier une autre idée parfois mise en avant, en ce sens que dans le domaine des garanties réelles, celle-ci reposerait plutôt sur le principe de l'abstraction, spécifique au droit allemand des biens[334].

56. ***Abstraction et séparation en droit des biens***. Une lecture attentive de la doctrine allemande confirme toutefois que le régime spécifique de la dette foncière ne résulte pas des principes de l'abstraction et de la séparation, extrinsèques à sa structure, mais censés eux aussi protéger les apparences en droit des biens. Dégagés par Savigny, ces principes sont censés à leur tour réconforter la bonne foi

---

[331] V. *infra*, §146.

[332] Même dans le système allemand, les parties peuvent conventionnellement écarter cette fiction. La garantie se dénomme alors une *Sicherungshypothek* (hypothèque de garantie, paradoxalement), ce qui renseigne les tiers que les exceptions déduites du principal leur seront nécessairement opposables: Brehm/C. Berger, «Sachenrecht», §17.141; L. van Vliet, p. 161; E. van den Haute, §127; F. et J. Baur/R. Stürner, §36.83 et §36.84, explicitement en ce sens que les parties écartent par stipulation les dispositions qui protègent la bonne foi du tiers acquéreur.

[333] V. *infra*, §85.

[334] J. von Staudinger/W. Wiegand/H. Wolfsteiner (cité *supra*, n. 226), §119: "*die Verwirklichung des in der deutschen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts entwickelten Abstraktionsprinzips, die Trennung des Sachenrechts vom Schuldrecht, ist eine – für den Grundschuld nunmehr leider verspielte – rechtstechnische Glanzleistung des B.G.B., die seine Überlegenheit über alle ältere Systeme begründet und einen der seltenen echten Fortschritte im Rechtswesen markiert hat*".

des tiers contre les vices qui compromettraient les titres de leurs auteurs[335]. Mais ils n'empêchent certainement pas à eux seuls le propriétaire d'opposer ses remboursements au créancier qui exercerait la saisie au titre d'une *Hypothek* accessoire[336]. D'autant moins saurait-il inversement se déduire que l'hypothèque indépendante, comme notion théorique, présuppose nécessairement pour son fonctionnement ces principes de l'abstraction et de la séparation[337]. En effet, ceux-ci n'empiètent pas en eux-mêmes sur la fidélité accessoire de la garantie[338]. Donc, à défaut de fictions législatives qui feraient persister l'obligation de référence strictement pour la saisie au titre de l'hypothèque, comme dans l'article §1.138 B.G.B., la dépendance structurelle de la garantie interdit là encore aux tiers de prétendre un émolument supérieur à la valeur de la dette[339]. Comme vu ci-dessus, il n'en irait autrement que si les parties parviendraient à supprimer par leur volonté toute référence au principal dans la structure sinon rigoureusement accessoire de l'hypothèque.

57. ***Conclusion de chapitre. Rôle de la volonté individuelle***. Le but de ce chapitre était de localiser les particularités des hypothèques indépendantes au-delà des exceptions ponctuelles à la logique accessoire déjà consacrées en droit positif.

---

335 Annie Bottiau/Michael Martinek, *La célèbre Abstraktionsprinzip du droit allemand ou le trait de génie de Savigny entre passé et avenir*, dans «Liber Amicorum Christian Larroumet», Economica, Paris, 2010, pp. 31-33.

336 F. et J. Baur/R. Stürner, §36.76a; W. Brehm/C. Berger, «Sachenrecht», §17.32.

337 Şerban Mircioiu, «Transferul dreptului de proprietate prin vânzare. Studiu de drept comparat», Biblioteca de Drept Privat, Tomul 24, Universul Juridic, București, 2014, p. 484; S. Kircher, pp. 418-450; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 295; O. Stöcker/R. Stürner, p. 57; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 44: "*the question of causality/abstraction is ultimately a technical legal detail that does not prevent the introduction of a non-accessory security right in each of the individual EU States. Even a country that abides by the causality principle can accept non-accessory security rights*". *Comp.*, sur la justification des effets de commerce par la même théorie de l'abstraction en droit allemand des biens, Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §346.

338 F. et J. Baur/R. Stürner, §36.76: "*mit der Akzessorietät eines Sicherungsrechts und damit der Hypothek nicht verwechseln sollte man das sachenrechtliche Trennungs- und Abstraktionsprinzip,* (...) *das auch für akzessorische dingliche Sicherheiten und damit für die Hypothek gilt. Während die Akzessorietät das konstruktive Verhältnis zwischen Sicherheit und gesicherten Forderung beschreibt, geht es beim sachenrechtlichen Trennungs- und Abstraktionsprinzip um die Zuordnung des dinglichen Bestellungsaktes* (…) *zum Rechtsgrund der Bestellung*". V. aussi, S. Kircher, pp. 418-450, O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 295, O. Stöcker/R. Stürner, p. 57; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 44: "*the question of causality/abstraction is ultimately a technical legal detail that does not prevent the introduction of a non-accessory security right in each of the individual EU States. Even a country that abides by the causality principle can accept non-accessory security rights*".

339 V. *supra*, §55.

Cette vérification était nécessaire afin de prendre position sur la réalité des tendances accusées en droit interne vers une autonomie de régime dans le domaine hypothécaire similaire à celle proposée dans les projets relatifs à une eurohypothèque. À cet égard, les raisonnements ci-dessus confirment que les hypothèques indépendantes devraient entrainer comme effet spécifique une certaine inopposabilité des exceptions relatives à la créance garantie, similaire à celle qui caractérise tous les autres engagements autonomes. Cela interdit au propriétaire de se prévaloir des paiements partiels ou de la disparition du principal dans les saisies entamées par les tiers de bonne foi, dans la mesure en laquelle ceux-ci ignorent ces évènements. Il est seulement intéressant de noter que la technique reste utile même à défaut de cette inopposabilité. Le propriétaire pourrait alors, au moins, réaffecter l'instrument au service de ses nouveaux crédits et faire ainsi l'économie des garanties subséquentes. Mais à défaut de règles explicites en ce sens, comme dans le régime actuel de la dette foncière allemande, la liberté contractuelle semblerait à elle seule insuffisante pour valider un tel concept, car elle semblerait uniquement viser à contourner les exigences de procédure requises pour les affectations hypothécaires ultérieures. Le défi de ce chapitre était cependant surtout de prendre position sur la mesure en laquelle la technique des hypothèques indépendantes dégagée des projets relatifs à une eurohypothèque méconnaitrait ou non certains principes essentiels du droit positif. À défaut d'un tel conflit en effet, le droit français et le système roumain seraient déjà pleinement réceptifs à la reconnaissance de cet instrument, au seul titre de la liberté contractuelle. Or, les analogies avec les garanties à première demande rendent l'appréciation de cette conformité soit paradoxalement aisée, car l'inopposabilité des exceptions n'a posé aucun problème insurmontable en ce qui concerne les sûretés personnelles, soit purement divinatoire, en raison de la nature différente, en tant que droit réel, des instruments impliqués. Le seul moyen pour vérifier la tendance vers l'abstraction en cette matière sera donc pour le titre suivant de reprendre les dérogations au caractère accessoire déjà consacrées par le droit positif afin de rechercher parmi celles-ci les traces d'une hypothèque indépendante. Les renvois aux garanties autonomes de nature personnelle réalisées dans ce chapitre confirment que cette recherche suppose de vérifier si ces dérogations consacrées renient ou non de manière obligatoire toute référence au principal dans la structure de l'affectation

hypothécaire. Autrement dit, il est important de raisonner sur la mesure en laquelle ces dérogations impliquent ou non pour la sûreté de ne plus intervenir strictement pour le compte d'une créance ou d'un ensemble de créances envers lesquelles sa dépendance de régime continuerait alors de s'exprimer. À cet effet, il convient néanmoins, en préalable, d'isoler les éléments de régime de l'hypothèque indépendante qui ne relèvent pas du fondement proprement dit de la technique, mais pourraient, le cas échéant, utilement intervenir pour assurer l'efficacité de ses applications pratiques.

Chapitre 2. Effets

58. ***Environnement juridique de la garantie***. Un examen des applications pratiques envisageables pour les hypothèques indépendantes, selon les exemples qui ressortent des textes relatifs à une eurohypothèque, demeure nécessaire alors même qu'il ne vise pas de manière frontale la problématique de légitimité ou le fondement de la technique. Cela permet de délimiter parmi les impératifs habituellement rattachées à son régime ceux qui ne conditionnent pas directement la structure de celle-ci, mais interviennent plutôt en tant qu'éléments utiles pour son fonctionnement. La plus visible des clarifications requises à cet effet concerne le contenu des prérogatives hypothécaires, plus précisément la mesure en laquelle celles-ci devraient accorder à leur titulaire un droit supplémentaire de saisie permettant de toucher la valeur de la chose, complémentaire à celui qui repose sur le droit de gage général. C'est qu'à raisonner, là encore, par analogie avec les engagements autonomes de nature personnelle, ces derniers n'ont su profiter de l'inopposabilité des exceptions relatives au principal que par le biais de leur force exécutoire spécifique, justement distincte de celle tirée du rapport fondamental (***section 1***). Mais le risque de double paiement qui en découlerait pour le propriétaire relativise à nouveau la légitimité rationnelle de la technique en ce qui le concerne. Ce constat présuppose, dès lors, un certain corps de règles, explicitement consacrées ou implicitement déduites à partir de la convention des parties, qui permettraient soit de répercuter, soit de prévenir la concrétisation de ce risque (***section 2***).

Section 1. Utilités

59. ***Intérêts divergents des parties.*** Afin de justifier les intérêts pratiques des projets relatifs à une eurohypothèque, la plupart des arguments avancés mentionnent les économies en termes de frais et de procédure réalisées par le propriétaire, lequel pourra indéfiniment réaffecter cet instrument en garantie de ses obligations subséquentes (***B***). Toutefois, les engagements autonomes employés en tant que garantie des crédits visent avant tout à faciliter le refinancement du créancier. L'inopposabilité des exceptions relatives aux obligations couvertes intervient en effet seulement au profit de ses intérêts, lors des opérations triangulaires qui réalisent la mobilisation des créances. Cela rassure ses éventuels contractants, car le risque des informations erronées sur les créances acquises est provisoirement mis à la charge du garant. Comme cessionnaires de ces instruments, ils peuvent en conséquence toujours exiger le montant de la dette qu'ils ont cru de bonne foi acquérir (***A***). Mais le but de ce chapitre est surtout de mesurer l'utilité respective des éléments de régime qui devraient caractériser le fonctionnement des hypothèques indépendantes. Il vérifiera dès lors principalement combien ces applications se trouvent conditionnées par le contenu spécifique des prérogatives hypothécaires.

A. Transmission dans la mobilisation des créances

60. ***Opposabilité traditionnelle des exceptions.*** Les créanciers, surtout ceux qui interviennent en qualité de professionnels, se retrouvent désormais souvent eux-mêmes en besoin de financements supplémentaires pour leur activité. Il est alors intuitivement séduisant pour eux de proposer à leurs prêteurs, comme collatéral, précisément les créances contre leur propres débiteurs, accompagnées, le cas échéant, des garanties qui s'y rattachent. Il s'agit de leur plus importante ressource, si ce n'est même parfois la seule. Les créances hypothécaires sont très intéressantes à cet égard[340], sans doute en raison de leur traitement favorable dans

[340] F. et J. Baur/R. Stürner, §38.2: "*der Anwendungsbereich der Hypothekenabtretung war ursprünglich in der Praxis freilich nicht sehr groß* (…) *diese Situation hat sich in den letzten beiden Jahrzehnten dramatisch verändert. Banken treten inzwischen hypothekarisch gesicherte Darlehensforderungen in großer Menge und aus unterschiedlichen Motiven ab*"; J. Challamel (cité *supra*, n. 85).

les contrôles prudentiels au titre de la surveillance bancaire[341]. Les opérations employées pour disposer de ces créances au service du refinancement peuvent ainsi prendre aussi bien une forme à proprement parler pignorative, par exemple celle du nantissement[342], que translative, comme dans le cadre de la cession à titre de garantie[343]. Leur régime est, d'ailleurs, souvent explicité par la loi. Mais, en règle générale, ces techniques entrainent l'opposabilité aux tiers intervenants, classique en droit privé, des exceptions déduites du principal[344]. Ainsi, le cessionnaire ou l'acquéreur dans ces procédures de refinancement court le risque de voir les créances acquises diminuées, éteintes ou autrement anéanties en raison du remboursement ou de certains vices préalables à la transmission[345]. De plus, les débiteurs peuvent encore valablement s'acquitter entre les mains du créancier initial jusqu'à ce que les cessions leur deviennent opposables, normalement par voie de notification[346].

61. ***Alternatives à l'inopposabilité***. Le créancier initial pourrait sans doute trouver un autre moyen pour garantir le bénéficiaire de la cession, comme partenaire contractuel dans ses opérations de refinancement, contre les exceptions qui affecteraient les droits acquis par ce dernier. Une telle garantie, purement contractuelle, est d'ailleurs souvent mise à la charge de l'aliénateur par les règles

---

341 V. en ce sens, O. Stöcker/R. Stürner, pp. 133-136.

342 Sur le nantissement des créances en droit français: L. Aynès/P. Crocq, §§525-536. La technique correspond à l'hypothèque mobilière sur les créances du droit roumain. V. not. l'art. 2.398 C.civ.roum., selon lequel "*l'hypothèque peut avoir pour objet soit une ou plusieurs créances, soit une universalité de créances*": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.398.

343 La cession de créances à titre de garantie est un acte juridique valable et n'est pas l'équivalent du nantissement ou d'une fiducie-sûreté: L. Aynès/P. Crocq, §767.

344 J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1560 ; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §304; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §1129 ; Loïc Cadiet/François Leborgne, JurisClasseur Civil Code, Art. 1689 à 1695 – fasc. 30 : «Vente. Transport des créances et autres droits incorporels. Cession de créance. Effets», 23 mars 2016, LexisNexis, §72.

345 Par exemple, la cession "*Dailly*" n'empêche pas le débiteur d'opposer au cessionnaire les exceptions nées jusqu'à la notification: L. Aynès/P. Crocq, §§772-773.

346 L. Cadiet/F. Leborgne (cité *supra*, n. 344), §59. Parfois, l'acceptation expresse de la cession par le débiteur lui interdit d'opposer les exceptions antérieures inconnues par le cessionnaire. C'est le cas dans la cession "*Dailly*" en droit français: L. Aynès/P. Crocq, §§772-773. En droit roumain, si la cession des créances hypothécaires prend la forme notariée et fait objet de notation au registre foncier, le debiteur dispose de très brefs délais pour y noter les exceptions qu'il se réserve le droit d'invoquer contre le cessionnaire: Art. 37 al. 19 de la Loi nº 7/1996 sur le cadastre et la publicité immobilière.

applicables à la cession[347]. Le créancier initial répond ainsi à l'égard du cessionnaire pour l'existence et le montant déclaré des créances transmises[348]. D'autre part, il reste naturellement tenu de reverser à ce dernier tout ce qu'il reçoit de ses anciens débiteurs au titre de celles-ci. Le cessionnaire risque alors, néanmoins, l'insolvabilité du cédant. L'inopposabilité des exceptions relève précisément des moyens imaginés pour prémunir les acquéreurs contre tous ces risques[349]. Son principe garantit, en effet, la valeur actuelle des créances mobilisées autrement que par un simple droit de recours contre le créancier initial. Certaines autres techniques sont également envisageables. Les vérifications individuelles de chaque dossier de crédit par exemple, permettent elles aussi de repérer les éventuelles difficultés ou problemes en ce qui les concerne. Cependant, leur principe semble plutôt couteux, au moins dans les opérations de masse[350]. Surtout, elles ne garantissent pas formellement la valeur actuelle des créances acquises. Une autre possibilité serait alors d'avoir recours à une assurance-crédit qui couvrirait le montant déclaré des créances en question. C'est souvent le cas en pratique. Cela entraîne toutefois là encore des frais supplémentaires, en contrepartie du risque couvert. Or, ces frais seront tôt ou tard répercutés sur les débiteurs. Mais les engagements autonomes employés dans la mobilisation des créances rendent précisément inutiles tous ces coûts[351]. C'est vrai qu'ils ne visent pas à directement écarter le risque d'informations erronées fournies aux cessionnaires, mais ils quand même celui-ci sur les garants qui les ont souscrits. L'inefficacité ou l'exécution régulière du rapport fondamental n'empêche alors pas les tiers de bonne foi d'exiger aux garants de payer le montant nominal de l'instrument, déduction faite des vices ou remboursements portés à leur

[347] Art. 1.326 al. 1 C.civ.: "*celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance*".

[348] L. Cadiet/F. Leborgne (cité *supra*, n. 344), §26: "*c'est sur l'existence du droit cédé au moment de la cession que porte cette garantie* (...) *de même, le cédant est responsable de l'extinction de la créance lorsqu'elle s'est produite avant la cession, par prescription par exemple, ou par compensation* (...) *le cessionnaire peut agir en garantie lorsque le montant de la créance se révèle inférieur à celui indiqué dans l'acte de transport*".

[349] *Comp.*, sur les effets de commerce, Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §307, en ce sens que les effets de commerce affranchissent les parties des formalités considérées plutôt encombrantes de la cession de créance.

[350] O. Stöcker/R. Stürner, p. 66.

[351] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §300.

connaissance. C'est en effet le sens de l'opportunité pratique attendue de l'eurohypothèque[352], similaire à celle jadis envisagée pour de la dette foncière allemande dans les discussions préparatoires au B.G.B.[353]

62. ***Titrisation des créances***. L'idée même d'une hypothèque indépendante est justement considérée inutile dans le contexte des comportements bancaires plus traditionnels, en lesquels la créance garantie ne change aucunement de mains au cours de son existence[354]. La technique devient intéressante seulement dans la perspective d'une mobilisation individuelle ou collective des créances garanties[355]. Dans ce contexte, sacrifier la fidélité accessoire des garanties immobilières renforcerait, finalement, la "*liquidité*" des crédits hypothécaires[356]. Or, ce concept, visiblement emprunté aux domaines économiques, ne vise certainement pas la simple aliénabilité, comme vocation abstraite de la créance à changer de mains. Il en va visiblement de l'intérêt que les créances hypothécaires devraient attirer sur le marché secondaire du crédit[357]. La constitution par le propriétaire des hypothèques

---

[352] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. I., p. 8, point nº 1.11; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, Annexe nº VI (uniquement disponible en anglais): "*any Euromortgage should* (…) *enjoy a secured position in the event of the insolvency of the mortgage holder*"; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 51: "*the antithesis of the question of protection for the owner is the question of the degree of security-right marketability. The higher the degree, the more flexible the financing and refinancing process can be structured for the security right. The greater the need for banks to carry out investigations (e.g. if there is no possibility of acquisition in good faith), the higher the bank's administrative costs and therefore ultimately the cost of credit to the client*".

[353] L. van Vliet, p. 156.

[354] O. Stöcker/R. Stürner, p. 142.

[355] Sur le transfert des cédules hypothécaires suisses lors des cessions globales de portefeuilles pour le refinancement des créanciers initiaux: P.-A. Girard, p. 55.

[356] E. Espada-Muńiz, p. 394; O. Stöcker/R. Stürner, p. 117; S. Kircher, p. 499; Ch. Schmid/Ch. Hertel, p. 101; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. I., p. 8, point nº 1.11; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, pp. 40-52: "*lending institutions and borrowers within the EC would thereby be offered a more marketable and versatile security right over real property as an alternative to the existing security rights over real property in each Member State, and in this way any legal, economic and practical disadvantages of conventional strictly accessory mortgage would be avoided* (…) *there is, on the one hand, a strong political will to strengthen the marketability of loans secured on real estate*".

[357] Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point nº 109 et Annexe nº VI (uniquement disponible en anglais): "*there is an increased need for flexible security instruments due to the development of a secondary market including MBS (Mortgage Backed Securities)* (…) *it is considered that any Euromortgage should have the following characteristics : be decoupled from the loan agreement completely, to avoid disadvantages of accessoriness* (…) *be easy to transfer, be secure – that is, enjoy a secured position in the event of the insolvency of the mortgage holder*", Commission européenne, *Le crédit hypothécaire dans l'Union Européenne*, COM (2005) 327 final, considérant nº

indépendantes, telles que les eurohypothèques, comme point commun de référence, est censée accélérer et réduire les coûts des "*titrisations*" employés pour refinancer le créancier initial[358]. Les opérations de titrisation supposent la cession à titre onéreux des créances hypothécaires aux entités spécialement créées à cet effet, qui financent l'acquisition par des émissions obligataires auprès du public[359]. L'inopposabilité des exceptions qui caractérise l'hypothèque indépendante viendrait alors effectivement simplifier l'architecture juridique et technique de ces opérations. Au vu de ce qui précède, le bénéficiaire pourra toujours saisir les immeubles affectés pour le montant déclaré de la créance acquise, sans avoir besoin des assurances crédits ou de garanties supplémentaires. Cela n'écarterait sans doute pas les vérifications individuelles de chaque dossier de crédit, le cas échéant requises au titre de la *due dilligence*. Mais, au moins, les cessionnaires ne redouteraient plus les causes d'extinction ou d'inefficacité dont ils n'auraient pas été informés avant la transmission. Il en va de même s'agissant des applications attendues des eurohypothèques dans les opérations de syndication bancaire.

63. ***Syndication bancaire***. Les eurohypothèques devraient selon leurs promoteurs rentabiliser l'entrée de nouvelles banques dans les opérations consortiales étalées dans le temps[360]. Celles-ci participeront en tant que membres subséquents du

---

47; H. G. Wehrens, pp. 773 et 776-777: "*in this way a negotiable and versatile type of mortgage would be offered to banks and borrowers as an alternative to the types of mortgage already existing within the various Member States* (…) *for the practice of credit operations, the Euro-mortgage* (…) *is safe in its creation (independent of the initial debt), secured in its continued existence (in case of an alteration of the initial debt), and finally secured in its transferability and thus easy to re-finance*".

358 E. Espada-Muńiz, p. 395; P.-A. Girard, p. 55; L. van Vliet, p. 169. En droit roumain, v. R. Rizoiu, pp. 41-42.

359 *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. I., p. 8, point nº 1.10: "*le transfert simplifié permet aux institutions de crédit de transférer des crédits garantis par l'Eurohypothèque à d'autres institutions de crédit. Il est également plus facile pour les banques d'acquérir d'autres créances garanties par des Eurohypothèques - sans que ce soit trop coûteux en temps et en argent - pour réduire leurs risques* (…) *cela constitue un grand avantage pour l'élargissement des marchés aux obligations sécurisées et aux parts de fonds communs des créances*". Sur la titrisation des créances hypothécaires comme technique de refinancement, v. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §697; Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §§594-892; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1085-1086; Thierry Bonneau, *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil*, RTD civ. 1991, p. 1; R. Rizoiu, pp. 331-332.

360 O. Stöcker/R. Stürner, p. 117; S. Kircher, p. 499; Ch. Schmid/Ch. Hertel, p. 101; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. I., p. 8, point nº 1.11: "*les possibilités de transfert permettent également le transfert rapide et économique de crédits hypothécaires partiels entre les institutions financières* (…) *les parties de crédits syndiqués ont la possibilité de répartir les risques et de mettre à disposition des prêts à grand volume*"; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne, Annexe nº VI (uniquement disponible en anglais):* "*there is an increased need for flexible security*

syndicat au crédit accordé, en caisse ou par un simple partage des risques[361]. Or, ces nouveaux entrants sont naturellement intéressés de recevoir pour sécuriser leur participation une quelconque prérogative sur les garanties réelles ou personnelles initialement consenties par le débiteur, de manière proportionnelle à leur participation au financement accordé[362]. Il s'agit d'une difficulté classique dans ce contexte, car la mise progressive des garanties à la disposition des créanciers nouveaux entrants par le biais des techniques juridiques plus traditionnelles risque de s'avérer procédurier. Auparavant, il était proposé d'éviter les procédures afférentes par des stipulations pour autrui, préalablement convenues avec le garant ou le débiteur initial. Par exemple, les hypothèques devraient explicitement se consentir aussi bien au service du premier créancier, que "*de tous ceux qui concourent à la réalisation du crédit*"[363]. Actuellement, la technique communément employée à cet effet repose sur une structure fiduciaire entre les mains desquelles se placent, dès l'origine, toutes les garanties consenties pour sécuriser le recouvrement du crédit[364]. Cette structure agit pour le compte de tous les créanciers concernés ou progressivement intervenus, sans qu'il y ait confusion des patrimoines. En France comme en Roumanie, il est désormais possible de consentir les garanties du syndicat bancaire au profit d'un "*agent des sûretés*"[365]. Dans ce cas justement, plus "*aucune formalité de publicité n'est nécessaire en cas de*

instruments due (…) *syndication, and also to facilitate effective risk management generally*". V. aussi, M. Fervers, p. 201, plus spécifiquement sur la dette foncière.

[361] Convention "*sui-generis*" selon Emanuelle Bouretz, JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse, fasc. 506: «Crédits syndiqués. Sous-participation», 27 novembre 2016, LexisNexis, §113.

[362] E. Bouretz (cité *supra*, n. 361), §47.

[363] G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §366; Note de J. Ghestin sous TGI Bordeaux, 13 fév. 1969: D. 1969.334; B. Maubru, §32: "*l'économie de l'opération consiste, pour un premier créancier, à consentir une ouverture de crédit réalisable tant par lui-même que par toute personne se substituant à lui*".

[364] O. Stöcker/R. Stürner, p. 128.

[365] Sur le concept v. par ex., L. Aynès/P. Crocq, §776: "*l'objectif poursuivi ici est de permettre à une banque, chef de file d'un pool bancaire, de constituer, de gérer et, éventuellement, de réaliser des sûretés réelles en son nom mais pour le compte de l'ensemble des établissements de crédit membres d'un syndicat bancaire. L'avantage de ce système tient au fait que si les sûretés sont prises au nom du chef de file, aucune formalité de publicité n'est nécessaire en cas de modification de la composition du syndicat*". En droit roumain, l'art. 164 de la loi nº 71/2011 pour l'application de la loi nº 287/2009 sur le Code civil codifie désormais une technique similaire, mais exclusivement pour les garanties mobilières et au profit des parties initiales à l'opération consortiale: R. Rizoiu, p. 449. V. aussi, les articles 24-28[1] de la loi nº 190/1999 sur le crédit hypothécaire pour les investissements immobiliers. Ces textes prévoient que le cédant des créances hypothécaires continue de percevoir les sommes dues comme représentant du cessionnaire, sans pouvoir renoncer au mandat

modification de la composition du syndicat"[366]. En pratique, il s'agirait également de séparer en quelque sorte les garanties parmi les autres éléments compris dans le patrimoine de l'agent, afin que les potentiels créanciers de celui-ci ne puissent y toucher. Mais ces problèmes ne concernent visiblement pas l'inopposabilité des exceptions qui résume l'autonomie des hypothèques indépendantes. Les avantages de ces dernières dans les opérations consortiales sont ainsi les mêmes que dans la transmission des créances en général.

64. ***Hypothèque indépendante et dette parallèle***. La séparation des garanties dans le patrimoine de l'agent n'écarte justement pas le risque d'informations erronées transmises aux nouveaux entrants sur la valeur actuelle du crédit syndiqué. Ceux-ci risquent toujours de se confronter au remboursement préalable ou à l'annulation des droits acquis, évènements intuitivement pas couverts par la solution des structures fiduciaires impliquées dans la gestion des sûretés. L'hypothèse n'a même rien de spécifique aux crédits consortiaux. En l'absence d'un engagement autonome en garantie du crédit syndiqué, les nouveaux entrants ne peuvent alors que se retourner contre le créancier initial ou exiger en préalable une assurance-crédit. Or, là encore, l'inopposabilité des exceptions déduite d'une hypothèque indépendante répercuterait ces risques sur les propriétaires. Elles permettraient en effet de faire en sorte que les prérogatives des nouveaux entrants dans le pool bancaire sur les immeubles initialement affectés ne dépendent ni du financement proprement dit, accordé par syndication, ni de la solvabilité du créancier initial ou du chef de file. Cela résume justement les applications de l'inopposabilité des exceptions dans ces opérations[367]. En pratique, d'ailleurs, les banques allemandes exigent parfois également une "*dette parallèle*" du débiteur, en plus de la dette foncière consentie par le propriétaire[368]. Cette "*dette parallèle*" représente en effet elle aussi un engagement autonome calqué sur la reconnaissance d'une obligation fictive. Sans doute alors que le double emploi avec

---

[366] L. Aynès/P. Crocq, §776 : "*la loi du 19 février 2007 a également voulu faciliter la constitution de n'importe quelle sûreté réelle (et pas seulement d'une fiducie-sûreté) en matière de crédit syndiqué en instaurant, au sein de l'article 2328-1 Cu Code civil la notion d'agent des sûretés, qui est l'équivalent français du «security trustee»*". En droit roumain, v. sur ce point, Radu Rizoiu, *Reprezentarea creditorilor garantați printr-un agent specializat*, Pandectele Române nr. 8/2008, pp. 29-66.

[367] M. Fervers, p. 209.

[368] Commission des Affaires Européennes de l'Union Internationale du Notariat Latin (cité *supra*, n. 36), p. 10.

ces autres engagements autonomes remet visiblement en cause l'opportunité de l'eurohypothèque, en tant que projet, ainsi que de la technique des hypothèques indépendantes en général comme concept juridique. Mais pour ce chapitre, il demeure beaucoup plus intéressant de noter combien les applications pratiques ci-dessus présentées sont conditionnées par le contenu des prérogatives hypothécaires.

65. ***Exigence d'un accès direct sur la valeur de l'assiette***. Dans les hypothèses exposées plus haut, les tiers sont protégés par l'espoir qu'au pire, ils pourront exercer les prérogatives hypothécaires pour le montant déclaré des créances obtenues, même si cela dépasse la valeur réelle de ces dernières, pour cause de remboursements préalables ou pour toute autre raison. Mais cela signifie aussi qu'il ne suffit pas de leur rendre inopposables les paiements antérieurs ou les causes d'inefficacité qui affecteraient les obligations garanties. Il s'agirait aussi de faire en sorte qu'ils puissent toucher, d'une manière ou d'une autre, la somme attendue. Or, cela suppose intuitivement que les hypothèques acquises avec ou sans les obligations couvertes permettent par elles-mêmes de toucher la valeur dégagée par voie de saisie des immeubles affectés, sans l'entremise de la créance, qui précisément est partiellement ou totalement éteinte par hypothèse. Mais cette question ne concerne visiblement pas la validité comme telle de la technique, justement présupposée acquise. Elle vise plutôt à en délimiter les conséquences. Sa réponse implique, néanmoins, une prise de position sur un problème adjacent, mais assez controversé, du moins dans la doctrine française. Il est, en effet, quelquefois affirmé que l'hypothèque n'y serait en elle-même pour rien dans la saisie de son assiette, au motif que les poursuites se légitimeraient nécessairement au titre et dans la mesure des créances garanties[369]. S'y oppose l'affirmation de l'accès qu'elle accorderait directement sur la valeur économique de l'assiette[370].

---

[369] V. par ex. Victor-Napoléon Marcadé, «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», 7e édition, tome 2, Delamotte et fils, Paris, 1873, consulté le 3 septembre 2019 sur http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5461043p, p. 360: "*l'hypothèque n'est point un démembrement de la propriété de l'immeuble, un vrai jus in re sur cet immeuble* (…) *car ce n'est rien autre chose que cette créance elle-même, en tant qu'elle s'exerce sur l'immeuble*"; Ch. Gijsbers, §65: "*la dette, seule «responsable» de la saisie du bien grevé*". V. plus largement *infra*, §142.

[370] Jean Derruppé, «La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance», thèse, Université de Toulouse, 1952, §280; Jean Carbonnier, «Droit civil. Les biens. Les obligations», Volume II, Quadrige/PUF, Paris, 2004, §700; William Dross, «Droit civil. Les choses», L.G.D.J. (Lextenso éditions), Paris, 2012, p. 233; B. Maubru, §467; L. Aynès/P. Crocq, §353; Ph.

Dans ce contexte se manifesterait justement la différence de nature entre l'hypothèque indépendante et les cédules hypothécaires. Ces dernières ne reposent précisément pas sur la structure d'un droit réel, mais sur celle d'un engagement personnel autonome pris par le garant, qui s'ajoute au rapport fondamental. La garantie hypothécaire rattachée par la suite à cet engagement personnel conserve de ce fait son caractère traditionnellement accessoire[371]. La mise en œuvre des cédules hypothécaires évite ainsi justement toutes les controverses sur le contenu des prérogatives accordées par la sûreté. Le titre suivant traitera plus spécifiquement de ces controverses[372]. Pour le moment, il s'agit de finaliser la clarification de leur enjeu pour les applications pratiques de l'hypothèque indépendante, par une analyse du fonctionnement de la technique à défaut de cet accès direct sur la chose.

66. ***Hypothèque indépendante sans accès direct***. Privées de cet accès direct sur la somme dégagée par une éventuelle saisie, qui refléterait une prérogative de poursuite parallèle à celle accordée par la créance garantie, les hypothèques indépendantes ne rassureraient certainement plus leurs tiers acquéreurs. Le produit qu'ils toucheraient, par la vente forcée des immeubles affectés sera toujours conditionné par la valeur réelle des créances hypothécaires dont ils deviennent titulaires. Du reste, l'inopposabilité des exceptions interviendrait seulement en perspective et dans la mesure des nouveaux crédits éventuellement garantis ensuite par le biais du même instrument. Mais cela supposerait un financement supplémentaire contracté par le propriétaire. Cela signifie que le risque des informations erronées sur la dimension ou la validité des créances acquises n'y est plus couvert, mais reste à leur charge, voire à celle du créancier initial, en sa qualité de cédant. Sans doute que l'autonomie de régime des hypothèques indépendantes semblerait permettre leur utilisation par le cessionnaire y compris en garantie de ce recours contre le créancier initial, responsable des éventuelles différences de

---

Simler/Ph. Delebecque, §381; Ph. Théry, §117; D. Legeais (cité *supra*, n. 97), §543; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1167; M. Bourassin/V. Brémond, §1205; Y. Picod (cité *supra*, n. 58), «Droit des sûretés», §170; P. Crocq (cité *supra*, n. 20), §232; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, p. 236; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §899. V. plus largement *infra*, §152.

[371] V. *supra*, §43.

[372] V. *infra*, §145.

valeur. Toutefois, le cessionnaire ne saurait de bonne foi affirmé avoir cru que le propriétaire a dès le début affecté son immeuble en ce sens, plus précisément pour servir le refinancement de son créancier. Il convient, pourtant, de noter qu'en certaines hypothèses extrêmes, cette version d'hypothèque indépendante sans accès direct sur son assiette permettrait quand même de toucher un émolument supérieur à la valeur actuelle de la créance rattachée. Cela relativise d'autant plus l'opportunité d'un tel concept, vu le risque de double paiement que le propriétaire continue de courir.

67. ***Risque résiduel de double paiement***. Le risque résiduel de double paiement se manifesterait en cas de déclarations erronées, mais vraisemblables sur l'identité du rapport fondamental lors des transmissions à titre accessoire ou principal de cet instrument. La mention des créances couvertes dans l'acte initial d'affectation réduit sans doute cette possibilité. Cependant, des erreurs techniques ou des fraudes par le créancier initial, en sa qualité de cédant, demeurent quand même envisageables en théorie. Tout ce qui compte, en définitive, c'est si cessionnaire y croit sincèrement. En effet, si ce dernier devenait par la suite également titulaire de la créance différente, maladroitement indiquée comme rapport fondamental lors de la cession, il pourrait légitimement saisir, au titre et pour le compte de celle-ci, l'immeuble affecté. Dans ce cas précisément, l'autonomie de régime des hypothèques indépendantes empêcherait le propriétaire de se prévaloir de l'identité réelle de la créance garantie. Or, tout cela revient à faire des hypothèques indépendantes une technique spectaculairement inutile. Les insécurités des tiers qui redoutent les remboursements préalables ou les vices du rapport fondamental dans la mobilisation des créances se trouveraient alors effectivement juxtaposées au risque infime, mais quand même perceptible de double paiement à la charge du propriétaire, en cas de conduite abusive par le créancier initial. Cela rendrait la technique des hypothèques indépendantes extrêmement aléatoire comme garantie autonome. Elle conserverait alors un quelconque intérêt seulement pour les refinancements du propriétaire lui-même, par le biais de sa réaffectation ultérieure au service de nouveaux crédits. Mais il sera démontré que cette application pratique ne présuppose pas même l'inopposabilité des exceptions relatives à la créance initiale.

B. Réaffectation pour le refinancement du propriétaire

68. ***Créances incertaines ou éventuelles***. Il convient en préalable d'isoler celles des applications pratiques des eurohypothèques qui pourraient se considérer dans l'intérêt commun des parties, en tant qu'elles élargissent, de manière générale, la couverture de la garantie. Par exemple, la possibilité de les consentir en préalable à la naissance des créances qui s'y trouveront par la suite rattachées permet de réconforter le créancier, avant même que le financement promis ne quitte ses caisses[373]. Cela concerne toutes les hypothèses en lesquelles il y a intérêt de parfaire rapidement la garantie, qui sera affectée d'ores et déjà au service de certaines obligations éventuelles[374]. En particulier, le caractère autonome de la somme pour laquelle seraient consentis ces instruments leur permet aussi de réaliser une couverture précoce des créances à étendue incertaine. Il en va ainsi tout spécifiquement des comptes courants, avec ou sans autorisation de découvert, dès avant la potentielle création de passifs à la charge du client[375]. Mais comme vu ci-dessus, ces résultats se réalisent déjà au titre de dérogations accessoires plus ponctuelles en matière hypothécaire déjà consacrées en droit positif[376]. Le chapitre suivant vérifiera dès lors si ces dérogations se légitiment de manière dogmatique seulement en tant qu'expressions des hypothèques indépendantes. Mais les eurohypothèques voient leur opportunité pratique habituellement justifiée non pas dans le commun intérêt des parties, mais plutôt par les économies qu'elles apporteraient au propriétaire[377]. Il est en effet fréquemment affirmé que la persistance des hypothèques indépendantes, comm technique déduite de ces

[373] H. Wolfsteiner/O. Stöcker (cité *supra*, n. 37), p. 119; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 7, B. I., point nº 1.3: "*l'Eurohypothèque peut exister avant la conclusion du contrat de crédit ou le décaissement du crédit. Le déblocage du crédit est ainsi facilité: la banque ne se voit pas confrontée au risque de décaisser le crédit en l'absence d'une garantie* (…) *le déblocage du crédit, suite à la conclusion du contrat, peut être considérablement accéléré*".

[374] V. plus largment *infra*, §95.

[375] H. G. Wehrens, p. 776: "*the Euro-mortgage can already be created before the granting of the credit or to a higher amount than that of the actual debt* (…) *it could be created as security for an overdraft or for a credit ceiling*".

[376] V. *supra*, §9.

[377] O. Stöcker (cité *supra*, n. 954), pp. 15-16; H. G. Wehrens, p. 777; Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque, p. 1, B. I., point nº 1.4: "*when the obligation to be secured has been partially or wholly repaid, a new obligation between the same parties can be secured by the same Eurohypothec without a new one having to be created. This is a major advantage for consumers*".

projets, après la chute du principal, rend possible sa réaffectation subséquente au profit de toute sorte de nouveaux crédits ultérieurement contractés par le propriétaire[378].

69. ***Economie de frais en cas de réaffectation***. La réaffectation des hypothèques indépendantes aux fins de rentabiliser les refinancements du propriétaire évite à celui-ci les démarches pour consentir une nouvelle garantie, stigmatisées comme lourdes et couteuses[379]. Il convient, néanmoins, de constater que la réaffectation reste intéressante pour le propriétaire seulement si la garantie hypothécaire ne couvrait pas déjà dès sa constitution également les obligations ultérieures en question, comme affectation flottante pour un ensemble de créances. En effet, contrairement aux techniques de garantie omnibus ou flottante, les hypothèques indépendantes permettent aussi, en raison de leur autonomie de régime, une réaffectation au service des obligations autre que celles indiquées dans leur acte constitutif[380]. La perspective de ces réaffectations représente, selon les promoteurs des eurohypothèques, "*un grand avantage pour les consommateurs*"[381]. Il demeure que les hypothèques rechargeables de droit français, tout comme leur équivalent roumain, permettent de parvenir au même résultat en termes de réaffectation de la garantie. Ceux-ci seront plus largement analysés dans le titre suivant. Pour le moment, il est intéressant surtout de noter que ces opérations de réaffectation ne présupposent pas un droit autonome de saisie directement déduit de la sûreté hypothécaire censé matérialiser l'accès direct sur les immeubles affectés.

70. ***Inopposabilité des exceptions***. Il a été confirmé ci-dessus que la réaffectation des hypothèques indépendantes en garantie de nouvelles créances choisies par le

---

[378] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, §16; V. Sagaert, pp. 1051-1053.

[379] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, §16; O. Stöcker/R. Stürner, pp. 58 et 121. V. *infra*, §38.

[380] La dette foncière se prête intuitivement aussi à cette application pratique: F. et J. Baur/R. Stürner, §36.79a: "*die Grundschuld kann beliebig viele und austauschbare Forderungen des Gläubigers gegen seinen Schuldner sichern; bei Wechsel der gesicherten Forderung(en) genügt eine schriftliche oder sogar mündliche Vereinbarung, d.h, eine Änderung der Sicherungsvertrags, es bedarf nicht – wie bei der Hypothek – einer Änderung der Grundbucheintragung*". De même pour la cédule hypothécaire suisse: P.-A. Girard, p. 55.

[381] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 7, B. I., point nº 1.4: "*lorsque la créance garantie a été entièrement ou substantiellement repayée, l'Eurohypothèque peut servir de garantie à une nouvelle créance entre les mêmes parties. Il n'est alors plus besoin de constituer une nouvelle hypothèque. Il s'agit d'un grand avantage pour les consommateurs*".

propriétaire ne devrait pas intrinsèquement supposer l'inopposabilité des exceptions relatives à la première obligation[382]. Cette réaffectation implique en effet seulement de reconnaître une certaine évolution dans la raison d'être originaire de la garantie autonome, qui comprend les créances initialement couvertes, désormais complétée avec les nouvelles obligations indiquées par le propriétaire. Les opérations matérielles requises en ce sens, tels que la signature des avenants afférents, interviennent donc surtout afin que les parties se préconstituent les preuves nécessaires quant au nouveau contenu du rapport fondamental. Fidèles au modèle allemand, les textes relatifs à l'eurohypothèque suggèrent, là encore, que ces opérations reposent sur un fondement contractuel. C'est effectivement considéré que la réaffectation de devrait intervenir par une modification, non pas de l'acte constitutif de la sûreté, mais de la "*convention de garantie*", censée dès le début mentionner le rapport fondamental[383]. Il reste néanmoins que cela semble insuffisant dans les hypothèses en lesquelles le propriétaire chercherait crédit auprès de personnes autres que son créancier initial.

71. ***Réaffectation par transmission***. En tant que telle, la réaffectation d'une hypothèque indépendante par simple modification de la "*convention de garantie*" initiale censée inclure les nouvelles créances couvertes saurait uniquement profiter à son titulaire actuel. En effet, une fois reniée la logique de disparition accessoire, l'hypothèque se trouve toujours dans son patrimoine, même après le remboursement des dettes initiales. Cela, sauf à considérer que le propriétaire parviendrait à exproprier progressivement par ses paiements son créancier de la garantie hypothécaire. Mais une telle expropriation automatique contredirait précisément l'autonomie de l'instrument, car sa persistance entre les mains du créancier se trouverait alors à nouveau conditionnée par la valeur du principal[384]. Il s'ensuit que si le propriétaire envisage de se financer ailleurs, il doit d'abord convaincre le titulaire actuel de transmettre par sa volonté la garantie autonome entre les mains de la personne de son choix. C'est également la solution retenue

[382] V. *supra*, §38.

[383] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 18, B. II., point nº 6.3.

[384] En droit allemand, l'*Hypothek* accessoire parvient entre les mains du propriétaire pour nullité de la dette, ainsi que de manière progressive, après le remboursement de celle-ci, selon l'art. 1.163 al. 1 B.G.B. Mais elle ne devient ainsi pas une garantie autonome, car elle se voit automatiquement transformée par la loi en dette foncière sur soi-même. V. plus largement *infra*, §109 n. 539.

dans les lignes directrices relatives à une eurohypothèque[385]. Or, rien ne semblerait obliger l'ancien créancier de permettre au propriétaire le recours à des financements proposés par ses concurrents. En effet, les obligations abdicatives mises à la charge du créancier, une fois remboursées les obligations couvertes peuvent tout aussi bien être exécutées par une renonciation pure et simple de sa part à la garantie, qui ne saurait alors plus jamais se voir réaffectée[386]. Il n'en irait autrement que si l'ancien créancier s'était engagé par convention avec le propriétaire de consentir à ces réaffectations pour autrui, une fois la dette initiale remboursée. Mais une obligation en ce sens, contractuellement assumée par le créancier, suppose une certaine capacité de négociation pour le propriétaire. Une telle obligation ne saurait en effet pas se présumer, car son absence ne semble pas rendre la technique irrationnelle. Même à défaut en effet, le propriétaire pourrait toujours se servir de ces réaffectations pour de nouveaux financements auprès de son ancien créancier. Rien n'empêche, bien sûr, de consacrer cette obligation à la charge du titulaire actuel de l'hypothèque indépendante par voie de règle impérative au niveau législatif. C'est vrai que le régime allemand de la dette foncière ne connaît actuellement pas de disposition en ce sens, mais le projet relatif à une eurohypothèque en propose quand même un modèle[387].

72. ***Inutilité de la créance initiale***. Pour ce chapitre, il est surtout important de prendre position sur les éléments de régime requis pour les principales applications pratiques attendues des hypothèques indépendantes. Or, à cet égard, il convient de constater que, dans le cadre de la réaffectation au service des nouveaux crédits contractés par le propriétaire, le créancier subséquent n'a visiblement aucun intérêt à se voir certifiée la dimension ou la réalité de la dette initiale. Les parties à la

---

[385] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, pp. 15-16, B. II., point n° 5.1; H. G. Wehrens, p. 776: "*after the total redemption of the credit, it can be used for the securing of a new credit granted by the same creditor, even if many years have passed in between, since an automatic discharge of the Euro-mortgage as a result of time expiry does not exist according to the system suggested. If in the case just mentioned another creditor grants the new credit, the old creditor has to assign the mortgage to a new creditor*". De même pour la cédule hypothécaire suisse: P.-A. Girard, p. 55; Ch. Jaques, *La réutilisation des cédules hypothécaires et le remploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée*, p. 209.

[386] V. *supra*, §24.

[387] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, pp. 15-16, B. II., point n° 6.3: "*les créances garanties étant payées entièrement, le propriétaire peut demander la radiation de l'Eurohypothèque ou son transfert* (…) *à une autre personne de son choix*".

réaffectation s'accordent d'ailleurs à la considérer éteinte, justement afin de réaffecter la garantie. Cela se confirme y compris lorsque le refinancement du propriétaire intervenait précisément pour rembourser cette première créance. Même si celle-ci n'était en réalité pas intégralement acquittée, cela ne saurait que lui profiter. Mais de toute façon, il devrait n'y voir aucun intérêt. Le créancier subséquent compte justement employer la garantie réaffectée seulement pour sécuriser le nouveau crédit, qu'il a lui-même octroyé, non pas au service de la créance initiale. En bref, la garantie du montant déclaré de la première obligation n'intéresse pas les parties prenantes au refinancement du propriétaire, mais uniquement celles impliquées dans une mobilisation des créances pour les besoins du créancier initial. Or, cette garantie représente tout l'attrait de l'inopposabilité des exceptions relatives à la dette couverte, comme principal effet des hypothèques indépendantes et de leur autonomie de régime. Cette inopposabilité ne conditionne donc en rien la réaffectation de ces dernières pour sécuriser le refinancement du propriétaire. Il en va de même, en conséquence, pour ce qui est des controverses relatives au contenu des prérogatives hypothécaires. Le nouveau créancier du propriétaire, qu'il soit ou non identique à l'ancien, devrait n'avoir aucun intérêt spécifique à bénéficier d'un droit de saisie déduit de la sûreté, qui s'ajouterait celui tiré de sa créance, tant qu'il envisage de s'en servir dans la stricte mesure de cette dernière. L'utilité de cet accès direct pour le fonctionnement des hypothèques indépendantes demeure donc relative.

73. ***Conclusion de section. Utilité relative de l'accès direct***. Pour caractériser la mesure en laquelle les applications des hypothèques indépendantes dépendent du droit direct de saisie accordé par les prérogatives de celles-ci, cette section a dû initialement passer en revue l'opportunité pratique du concept. Il en va prévisiblement de réconforter les tiers impliqués dans la mobilisation des créances pour les besoins du créancier initial, ainsi rassurés qu'ils pourront toujours toucher la valeur déclarée de la dette. Or, cela suppose en pratique de faire en sorte que l'hypothèque indépendante puisse légitimer par elle-même la poursuite des immeubles affectés, notamment si la saisie devrait intervenir pour un montant supérieur à la valeur actuelle de la dette couverte. Inversement toutefois, rien de tout cela n'est requis pour que le propriétaire puisse à son tour réaffecter ce même instrument en garantie de ses nouveaux crédits, après avoir remboursé la dette

initialement couverte. Seulement, ses créanciers ultérieurs ne devraient avoir aucun besoin particulier de se voir rassurés quant à la valeur ou à la consistance réelle de l'obligation initialement couverte. Ils envisagent par hypothèse d'utiliser la garantie strictement afin de récupérer l'équivalent de leur propre créance. L'inopposabilité des exceptions relatives à cette dernière ne saurait, dès lors, aucunement les intéresser et encore moins, en tant que tel, un droit direct de saisir les immeubles affectés pour une somme supérieure au crédit subséquent octroyé, lequel concrétiserait l'autonomie procédurale des prérogatives hypothécaires. Cela signifie que la réaffectation des hypothèques indépendantes dans le refinancement du propriétaire, telle qu'envisagée dans les projets relatifs à une eurohypothèque, ne suppose pas de trancher les controverses sur le nature des poursuites exercées au titre des prérogatives hypothécaires[388]. Dans ce contexte, il reste seulement de rappeler que le chapitre précèdent avait pris position en ce sens qu'une hypothèque indépendante privée de l'inopposabilité caractéristique des exceptions devrait obligatoirement se voir consacrée par des règlementations explicites, car elle ne se justifierait pas au seul titre de la liberté contractuelle[389].

[388] V. *infra*, §156.

[389] V. *infra*, §39.

Section 2. Précautions

74. ***Protections contre le double paiement***. La section précédente démontré que l'inopposabilité des exceptions qui caractérise les hypothèques indépendantes ne répond en fin de compte aucunement aux intérêts du constituant, mais plutôt à ceux de son créancier initial, lors des opérations triangulaires impliquées par la mobilisation des créances. Le problème toutefois, c'est qu'alors, le risque de double paiement que le propriétaire assume par la négation du caractère accessoire proprement dit de la sûreté ne lui profite en rien. À défaut de déductions supplémentaires quant au régime de la technique, il se trouverait ainsi abandonné à la merci du titulaire initial de la garantie et des informations que ce dernier transmettrait à ses cessionnaires quant à la dimension réelle des créances couvertes. Or, le constituant n'a certainement pas envisagé de supporter la charge définitive du risque de double paiement. Sinon son engagement devrait se requalifier soit en libéralité au profit du créancier, soit en opération profondément irrationnelle en ce qui le concerne. Des mécanismes doivent dès lors être prévus par la loi ou résulter au moins implicitement de la convention des parties pour que le propriétaire puisse répercuter sur autrui les éventuels doubles paiements (***A***), si ce n'est même les prévenir par des moyens adéquats pour rendre publics ses remboursements (***B***). Cette section se tachera justement de délimiter ceux de ces mécanismes qui sont nécessaires afin de ne pas compromettre la rationalité de la technique pour le constituant par rapport aux autres, strictement utiles afin d'assurer à ce dernier une certaine sécurité.

A. Dédommagement par recours en aval

75. ***Recours contre le débiteur principal***. Un simple recours subrogatoire serait certainement comme tel insuffisant pour le propriétaire ayant été contraint d'exécuter la garantie pour une somme supérieure à la valeur actuelle du rapport

fondamental[390]. D'abord, parce que ce recours se dirige nécessairement contre le débiteur principal, ce qui limite son application aux hypothèses de garantie consentie pour autrui[391]. Or, en matière de sûretés réelles, spécifiquement hypothécaires, les garanties peuvent intervenir non seulement pour autrui, mais aussi pour les propres obligations du constituant. Il n'y a donc pas d'autre debiteur principal contre lequel se dirigerait un recours subrogatoire. Ensuite, la subrogation, qu'elle soit légale ou conventionnelle, vient par définition uniquement couvrir ce que le créancier pouvait lui-même prétendre de son débiteur. Or, en tant que tiers par rapport à la garantie indépendante, le débiteur principal se trouve a priori tenu seulement par les termes du rapport fondamental. Pour qu'il réponde aussi des éventuels doubles paiements, le debiteur principal devrait avoir consenti lui-même en quelque sorte à la souscription des engagements autonomes par leur constituant. Dans les garanties personnelles sur première demande, par exemple, la banque peut également se retourner contre le débiteur principal. Mais ce recours, lui-même autonome, repose justement sur une convention passée entre ces parties, en préalable à la constitution du titre[392]. Cet accord matérialise en effet ce qui est désigné comme le "*rapport d'ordre*" entre les parties impliquées[393]. Ensuite, en matière cambiaire, un recours de même nature se déduit de l'acceptation de la traite par le débiteur principal, qui intervient alors en qualité de tiré[394]. Le tireur, les avalistes et les endosseurs successifs bénéficient ainsi des recours cambiaires contre les signataires antérieurs, caractérisés par une inopposabilité similaire des

[390] En droit français, l'autonomie de la garantie à première demande semblait rendre problématique la subrogation légale. L'absence de références au principal dans la structure de l'engagement signifie précisément que le garant n'est pas tenu "*pour d'autres*": N. Borga (cité *supra*, n. 148), p. 72. Mais la doctrine considère majoritairement que l'art. 1.346 C.civ. sur la subrogation légale lui est applicable: L. Aynès/P. Crocq, §345; A. Prüm, §56; Ph. Simler, §1001; C. Gavalda/J. Stoufflet (cité *supra*, n. 251), §29; P. Ancel (cité *supra*, n. 241), §229; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §§632-634. Or, ce fondement devrait sans difficultés pouvoir viser par analogie y compris la situation des hypothèques indépendantes.

[391] A. Aynès, §6: "*c'est d'abord et naturellement sur le débiteur que doit peser le poids économique de la dette*".

[392] L. Aynès/P. Crocq, §345. L'autonomie du recours contre le débiteur principal, isolé des exceptions tirées du rapport fondamental, disparait néanmoins si le garant avait négligé d'invoquer l'*abus manifeste* commis par le bénéficiaire. V. *supra*, §42.

[393] Sur le "*rapport d'ordre*", comme notion pour qualifier les relations entre le débiteur principal et le garant autonome, v. not. A. Prüm, p. 9.

[394] René Roblot, JurisClasseur Commercial, fasc. 425: «Lettre de change. Acceptation», 2 juin 2014, LexisNexis, refonte par Nicolas Mathey, §§1-113.

exceptions déduites du rapport fondamental[395]. Pour leur part, les projets relatifs à une eurohypothèque n'explicitent pas le mécanisme d'un tel recours autonome contre le débiteur principal pour l'instrument qu'ils envisagent, lorsqu'il serait consenti pour autrui. C'est sans doute parce qu'en fin de compte, son existence pourrait aisément reposer sur la convention des parties.

76. ***Ordre donné par le débiteur principal***. La seule question serait de savoir si le recours autonome du propriétaire contre le débiteur principal, pour double paiement à cause de l'hypothèque indépendante qu'il a consenti, pourrait se déduire non pas d'un accord explicite, mais aussi directement, de la simple commande donnée au constituant de fournir un tel engagement autonome pour autrui[396]. C'est, d'ailleurs, le mécanisme habituel pour faire émettre une garantie personnelle à première demande en matière bancaire, avec le débiteur principal qui intervient comme donneur d'ordre. De cette commande en effet, le droit français par exemple présume justement un recours autonome subséquent au bénéfice du garant, qui peut ainsi répercuter sur son donneur d'ordre tout ce qu'il a dû acquitter, selon le nouvel art. 313-22-1 C.mon.fin.[397] Mais ce texte ne vise explicitement que les garanties fournies par les établissements de crédit et les sociétés de financement. Cependant, il ne devrait y avoir aucun motif pour différencier la solution retenue selon la personne du garant. C'est, en effet, le seul moyen rationnellement disponible pour faire supporter à tout débiteur principal les risques de double paiement induits par l'autonomie de l'engagement qu'il a lui-même exigé en sa qualité de donneur d'ordre. Il n'y a dès lors aucune raison pour ne pas appliquer par analogie cette solution également dans les recours en cas de double paiement au

[395] Joseph Issa-Sayegh, JurisClasseur Commercial, fasc. 460: «Lettre de change. Recours et garanties de paiement. Rechange», 21 septembre 2000, LexisNexis, §§1-171; Comentaire de T. Bonneau sous Com., 30 juin 1998, 96-15.825: JCP E 1998, p. 1452.

[396] V. par ex. CA Versailles, 16 sept. 1992: D. 1993.102, obs. M. Vasseur: "*il est de jurisprudence constante que le garant qui a payé a, pour la somme qu'il a décaissée, un recours contre le donneur d'ordre*". Mais un recours autonome, sans considération des exceptions que le donneur d'ordre pouvait déduire du rapport fondamental devrait rationnellement présupposer son engagement préalable.

[397] Selon cette disposition, "*les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue à l'article 1346 du code civil*". En ce sens que le texte vise également les garanties sur première demande, v. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §345.

titre des hypothèques indépendantes le cas échéant consenties en garantie pour autrui. Si le débiteur principal a lui-même activement sollicité la constitution de cet instrument, le propriétaire devrait nécessairement, par la suite, pouvoir répercuter sur lui tout ce qu'il a dû acquitter pour éviter la saisie. Mais cela pose le problème de savoir si le débiteur principal peut lui-même ensuite faire supporter par autrui la charge de ces éventuels doubles paiements. À défaut justement, son engagement, tel que déduit ou présumé au titre de son intervention, semble tout aussi irrationnel. Par ailleurs, dans le domaine des hypothèques, comme déjà mentionné, il est également possible que le propriétaire ait originairement affecté ses biens non pas pour autrui, mais au service de sa propre dette. Il cumule alors les qualités de garant et, respectivement, de débiteur principal. La seule limite qu'il convient déjà de retenir à cet égard c'est que le propriétaire ne saurait alors certainement pas se retourner contre les personnes qui bénéficient justement de l'inopposabilité des exceptions, en particulier les tiers acquéreurs de bonne foi. En ce qui les concerne, la nature autonome de la garantie fournit précisément la juste cause de leur enrichissement[398].

77. ***Responsabilité pour faute***. Premièrement, si c'est le créancier initial lui-même qui a bénéficié, par quel moyen que ce soit, du double paiement, en raison par exemple du fait que le garant a négligé de lui opposer certaines exceptions invocables, il sera toujours tenu de rembourser le trop-perçu. En matière de garanties personnelles à première demande par exemple, c'est justement le cas des éventuels recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire, lorsque ce dernier avait appelé l'instrument en dépit de l'exécution régulière du rapport fondamental. Il en découle que ce risque de double paiement pour inopposabilité des exceptions saurait uniquement poser problème si la garantie parvient entre les mains des tiers de bonne foi. À défaut, tant que le titre "*n'a pas circulé*" en termes cambiaires, le créancier initial ne saurait, sauf mauvaise foi, prétendre à plus que la valeur réelle des obligations couvertes. Ensuite, même en cas de circulation, les principes de responsabilité pour faute pourraient sans doute obliger le créancier initial à répondre auprès du garant pour les exceptions dont il n'a fautivement pas relevé l'existence à ses cessionnaires. Toutefois, cela ne couvre pas toutes les hypothèses

[398] S. Nasarre-Aznar, p. 94.

susceptibles d'entrainer un risque de double paiement. D'un côté, il est possible que le créancier initial ignore lui-même de manière légitime certains vices du rapport fondamental ou des remboursements le cas échéant intervenus au titre de celui-ci. Sa déloyauté ne devrait aucunement se présumer, par exemple dans l'hypothèse des paiements ou des compensations légales intervenues seulement quelques instants avant la transmission des instruments aux cessionnaires intéressés. Il serait davantage inconcevable d'imputer par principe au créancier initial toutes les causes d'inefficacité qui affecteraient l'obligation principale. Et surtout, les règles de bonne foi à elles seules ne le rendent certainement pas responsable pour les agissements des tiers qui n'informeraient pas à leur tour leurs propres cessionnaires des exceptions invocables. Il n'en irait autrement que si le créancier initial avait préalablement assumé des engagements contractuels auprès du garant, en ce sens de répondre y compris pour les fautes le cas échéant commises par ses propres cessionnaires. Les lignes directrices relatives à une eurohypothèque vont même plus loin et présument une telle responsabilité du créancier initial au titre de la "*convention de garantie*" passée avec le constituant. Cela résume là encore certaines solutions développées en droit allemand pour le régime de la dette foncière locale [399] . Le constituant bénéficie ainsi d'une véritable garantie contractuelle de la part du créancier initial contre le double paiement. Une telle garantie conduit intuitivement ce dernier à veiller à ce que les tiers soient adéquatement informés des exceptions invocables et à ce qu'ils communiquent eux-mêmes par la suite leur existence aux acquéreurs subséquents. Le créancier initial pourrait même s'engager à lier tous les éventuels cessionnaires intervenants à la "*convention de garantie*" initialement passée avec le constituant, afin qu'ils en deviennent tous parties à leur tour[400]. Le problème qui pourrait se poser vise là

[399] F. et J. Baur/R. Stürner, §§36.77, 44.21 et 45.67l: "*in der Lebenswirklichkeit ist die Gefahr gutgläubigen Erwerbs eines forderungslosen Grundpfandrecht gering, weil die abtretende Bank sowohl dem Darlehensschuldner* (…) *als auch der erwerbenden Bank haftet, wenn sie ihre Pflichten aus dem Sicherungsvertrag sowie ihre Aufklarungspflichten aus dem Abtretung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag verletzt* (…) *dient die Sicherungsvereinbarung bei der Grundschuld weitergehend als bei der Hypothek dazu, Nichtbestehen, Nichtmehrbestehen oder Einredebehaftetheit der gesicherten Forderung zur schuldvertraglichen Einrede gegen die Grundschuld zu erheben; die Sicherungsabrede ersetzt also bei der Grundschuld insoweit zusätzlich die gesetzlichen Akzessorietätsregeln der Hypothek*".

[400] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 16, point nº 5.6. Cette obligation du creancier initial semble meme devenir habituelle dans la pratique de la dette fonciere: L. van Vliet, p. 163.

encore le rôle de la volonté individuelle en tant que fondement potentiel de la garantie.

78. ***Recours intrinsèque***. Il s'agit de vérifier si la garantie du créancier initial contre les doubles paiements saurait se déduire implicitement du simple fait que celui-ci a prétendu au propriétaire de consentir une hypothèque indépendante. Les projets relatifs à une eurohypothèque hésitent, en effet, sur ce point entre un fondement contractuel, règlementaire ou purement rationnel pour caractériser la garantie du créancier initial contre le double paiement[401]. Sans doute, rien n'empêche de consacrer cette garantie par une réglementation explicite. À la différence de l'art. 313-22-1 C.mon.fin. précité, il s'agira alors de ne pas arrêter la mise en œuvre de la responsabilité au niveau du débiteur principal, mais de remonter jusqu'au créancier du rapport fondamental. Mais le recours pour double paiement contre le créancier initial lorsqu'il intervient en tant que donneur d'ordre devrait être admis même à défaut de telles règles expresses. C'est vrai que la responsabilité pour faute du créancier initial, qui néglige de relever à ses cessionnaires les exceptions invocables au titre du rapport fondamental, suffit pour soustraire la technique à son arbitraire. Le risque de fraudes demeure néanmoins très élevé. Il serait alors préférable de présumer une garantie générale du créancier initial contre les doubles paiements comme intrinsèquement rattachée à l'instrument. Le législateur ou les parties pourraient, le cas échéant, intervenir par la suite pour en préciser les modalités[402]. Il n'en demeure pas moins vrai que le constituant court ainsi toujours le risque de l'insolvabilité de son créancier initial. C'est sans doute la raison pour laquelle, selon certains de ses promoteurs, l'eurohypothèque devrait uniquement pouvoir être consentie au profit des banques, des sociétés d'assurances et des créanciers publics, entités considérées comme dignes de confiance[403]. Ce n'est là,

---

[401] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 16, point n° 5.6.

[402] Les textes sur l'eurohypothèque suggèrent par exemple des stipulations particulières dans la "*convention de garantie*", telles que l'inaliénabilité de l'instrument jusqu'au remboursement du crédit. V. par ex. H. G. Wehrens, p. 778: "*normally, the content of the security contract will contain provisions regarding* (…) *that the Euro-mortgage* (…) *must not be assigned, or that the rights arising out of the Euro-mortgage may not be enforced before the maturity (or the paying out) of the credit*". V. aussi, Commission des Affaires Européennes de l'Union Internationale du Notariat Latin (cité *supra*, n. 36), p. 18. De même dans le système allemand, pour la dette foncière: W. Brehm/C. Berger, §18.41.

[403] V. par ex. H. G. Wehrens, p. 778: "*the Euro-mortgage should as far be possible be limited to the securing of credits granted by institutional creditors (banks, savings banks, building societies, insurances and state creditors*". Cela démontre la confiance variable selon les systèmes dans la

toutefois, qu'une potentielle réparation *a posteriori* pour indemniser le propriétaire ayant dû s'exécuter malgré l'inefficacité ou l'exécution fidèle du principal. Or, des moyens pour prévenir le double paiement avant qu'il n'intervienne semblent également concevables.

B. Prévention par publicité en amont

79. ***Hypothèque sur soi-même***. En principe, la règle de consolidation interdit au propriétaire de devenir en même temps titulaire d'autres droits réels sur ses propres biens[404]. «*L'hypothèque sur soi-même*», comme droit se trouvant à la disposition du propriétaire lui-même, se trouve néanmoins souvent rattachée par les législateurs aux différentes formes de garanties autonomes en matière immobilière[405]. Elle vient, par exemple, utilement compléter le régime de la dette foncière de droit allemand[406]. Aussi, une «*hypothèque sur soi-même*» avait également accompagné les cédules hypothécaires introduites en droit français par la loi du 9 Messidor de l'an III[407]. C'est, d'ailleurs, toujours le cas en droit suisse, pour le système local de cédules hypothécaires[408]. Il est ici surtout intéressant de vérifier la mesure en laquelle en dépendent les applications des hypothèques indépendantes. Apparemment, les conséquences entrainées par la négation du caractère accessoire des

solvabilité des développeurs immobiliers. V. aussi, O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 51, n. 48 et H. Wolfsteiner/O. Stöcker (cité *supra*, n. 37), pp. 123-124.

[404] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1065.

[405] Séance du 8 décembre 1870 de la Société de Législation Comparée (cité *supra*, n. 7), p. 36 : "*une législation qui autorise les propriétaires à prendre hypothèque sur eux-mêmes facilite la constitution des banques foncières* (…) *cette seconde idée est une conséquence naturelle et logique de l'indépendance de l'hypothèques*". La compatibilité d'une «*hypothèque sur soi-même*» avec la fidélité accessoire de la garantie sera envisagée plus concrètement dans le titre suivant. V. *infra*, §109.

[406] W. Brehm/C. Berger, §18.56 et §16.42.

[407] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1064. V. en effet l'art. 36 de la loi du 9 Messidor an III: "*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* (…) *par la voie de cédules hypothécaires*".

[408] P.-A. Girard, p. 55. En ce sens, ainsi que pour les solutions similaires actuellement prévues en droit finlandais, suédois et danois, v. aussi E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 425, n. 28. Cet auteur voit des hypothèques sur soi-même y compris dans les hypothèques rechargeables durant les périodes transitoires sans créances de rattachement. *Contra*, D. Houtcieff, §4, qui les considère seulement des "*quasi-hypothèques sur soi-même*".

hypothèques, telles qu'énumérées par le chapitre précèdent, ne supposent pas que le propriétaire devienne lui-même titulaire de la garantie[409]. Les particuliers devraient, par ailleurs, intuitivement attendre la perspective des financements pour engager les frais requis par une affectation de leurs biens[410]. La constitution d'une sûreté réelle interviendra, dès lors, presque toujours directement au profit des créanciers. Même les projets relatifs à une eurohypothèque abandonnent par ailleurs la licéité des «*hypothèques sur soi-même*» aux choix des législateurs internes[411]. Néanmoins, combien inutile lors de l'affectation initiale, une «*hypothèque sur soi-même*» pourrait quand même utilement rassurer le propriétaire qui envisage la réaffectation de la technique au profit de ses obligations ultérieures après avoir intégralement remboursé son dû[412].

80. ***Renonciations par le créancier***. La réaffectation des hypothèques indépendantes, telle qu'envisagée par la section précédente, ne suppose rationnellement pas qu'elle transite par le patrimoine du propriétaire. Même si le nouveau financement est accordé par une personne autre que le créancier initial, il suffit en effet pour ce dernier de transmettre la garantie entre les mains du nouveau préteur[413]. Seulement, rien ne semblerait obliger le créancier initial de respecter les instructions du propriétaire de retransmettre la garantie[414]. Il n'en irait autrement qu'en présence de règlementations explicites ou d'engagements contractuels assumés par le créancier initial en ce sens. Sinon, ce dernier est uniquement tenu de faire en sorte pour éteindre la garantie, une fois le débit couvert remboursé[415]. Pour écarter ce résultat, une possibilité serait de considérer comme nuls de tels actes abdicatifs accomplis contre le gré du propriétaire. En opportunité néanmoins, cela implique de trouver moyen pour rendre la nullité des actes abdicatifs, par la suite, opposable aux créanciers subséquents qui avaient cru de bonne foi à la disparition de l'hypothèque. À cet effet, le droit allemand considère par voie de

---

409 V. *supra*, §23 et s.

410 F. et J. Baur/R. Stürner, §36.95. De même dans le système suisse: P.-A. Girard, p. 55.

411 *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 12, point n° 3.6.

412 O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 48.

413 V. *supra*, §70.

414 V. *supra*, §71.

415 V. *supra*, §34.

règlementation explicite ces actes addictifs comme inefficaces tant que le propriétaire n'y consent pas à son tour[416]. Concrètement, les renonciations unilatérales sans l'acquiescement du propriétaire à la dette foncière ou à l'*Hypothek* accessoire ne valent que transmission de ces instruments entre les mains du propriétaire, ainsi devenu titulaire de garanties hypothécaires sur soi-même[417]. Cela permet de concilier la liberté du créancier qui souhaiterait y renoncer avec les perspectives de réaffectation, le cas échéant envisagées par le propriétaire. Mais cette solution, véritable réparation en nature au profit du propriétaire, ne saurait efficacement le protéger si, au lieu de s'y défaire loyalement, le créancier initial aliénerait la garantie autonome, en méconnaissance de la volonté ou des intérêts du propriétaire. En effet, la bonne foi des tiers impliqués les protègerait alors contre les remboursements éventuellement invoqués par le constituant[418]. Pour ne pas abandonner ce dernier aux abus du créancier initial et sécuriser ses perspectives de réaffectation, le propriétaire devrait pouvoir exiger, après avoir exécuté son dû, une retransmission de cet instrument entre ses mains comme hypothèque sur soi-même.

81. ***Abus du créancier***. La perspective pour le propriétaire de conserver lui-même la garantie entre ses mains afin de la réaffecter devrait certainement le rassurer. Non seulement la fraude, mais aussi des simples erreurs techniques dans la gestion du dossier par le créancier initial sont en effet de nature à lui faire courir un risque de double paiement. Les projets relatifs à une eurohypothèque retiennent d'ailleurs elles aussi la possibilité pour le propriétaire de prétendre à cette retransmission de la garantie à son profit, une fois le crédit remboursé[419]. Cela confirme que l'opportunité de l'hypothèque sur soi-même se trouve dans ce contexte surtout liée à la perspective des réaffectations au service des nouvelles obligations du propriétaire. Pour les besoins de ce chapitre, censé délimiter les éléments de

---

[416] F. et J. Baur/R. Stürner, §44.28 sur l'art. 1.183 B.G.B.

[417] F. et J. Baur/R. Stürner, §38.91 et §44.27, en application de l'art. 1.168 B.G.B.

[418] Les lignes directrices pour une eurohypothèque par exemple se limitent dans ce cas à une réparation par équivalent. *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 15, point n° 4.3: "*si le titulaire de l'Eurohypothèque ne respecte pas la convention de garantie, le propriétaire du bien foncier peut demander des dommages et intérêts pour les dommages survenus*".

[419] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, pp. 15-16, B. II., points n^{os} 5.1 et 6.3: "*les créances garanties étant payées entièrement, le propriétaire peut demander la radiation de l'Eurohypothèque ou son transfert à lui-même ou à une autre personne de son choix*".

régime nécessaires de celles simplement utiles pour le fonctionnement des hypothèques indépendantes, il reste alors de vérifier, si le principe des hypothèques sur soi-même, en tant que dérogation à la règle de consolidation est ou non rationnellement intrinsèque au concept des hypothèques indépendantes. Cela compte car à défaut, la reconnaissance des hypothèques sur soi-même comme accompagnant les sûretés autonomes en matière immobilière présupposerait une règlementation explicite. Or, les recours pour double paiement traités dans la sous-section précédente devraient suffire comme tels pour légitimer la cohérence rationnelle de l'affectation. Par ailleurs, en pratique, une hypothèque sur soi-même ne semble pas le moyen technique le plus approprié, ne serait-ce qu'au niveau des coûts, pour rassurer le propriétaire qui envisage la réaffectation de la garantie au service de ses obligations subséquentes.

82. ***Fractionnement des hypothèques sur soi-même***. C'est clair que les observations ci-dessus sur la retransmission d'une hypothèque indépendante entre les mains du propriétaire comme hypothèque sur soi-même valent seulement après le paiement intégral de la créance initiale, voire peut-être aussi dans le cas de son inefficacité. Sans doute que rien n'empêche les législateurs d'en permettre le recours également dans les hypothèses de remboursement partiel. Cette perspective se trouve, là encore, explicitement envisagée dans les projets relatifs à une eurohypothèque, ainsi qu'en droit allemand, pour la dette foncière [420]. Concrètement, le propriétaire pourrait exiger à chaque remboursement de son créancier une *eurohypothèque sur soi-même*, dont le montant patrimonial correspondrait à la fraction acquittée du principal. Mais la difficulté serait surtout qu'un tel mécanisme impliquerait alors, à chaque fois, les frais de procédure et de publicité immobilière requis par une transmission proprement dite de la garantie. Ceux-ci se multiplieraient en effet à mesure de chaque remboursement successif. Le propriétaire pourrait de ce fait n'y voir aucun intérêt, si ces coûts s'avèrent finalement supérieurs à ceux requis par une reconstitution en bonne et due forme des hypothèques fidèles à leur dépendance accessoire. Par ailleurs, si le

[420] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 14, point nº 4.3: "*dans le cas d'un surdimensionnement, le débiteur qui a constitué la garantie peut, à ses propres frais, demander* (…) *le remboursement d'une partie de l'Eurohypothèque* (…) *à défaut de convention de garantie valable et dans le cas où toutes les créances garanties ont été payées, le débiteur a le droit de demander le remboursement de l'Eurohypothèque ou des parties de celle-ci*".

propriétaire cherche uniquement à rendre opposables aux tiers les paiements intervenus, des mécanismes alternatifs semblent plus appropriés. Il pourrait, par exemple, tout simplement faire inscrire les paiements partiels intervenus au registre immobilier ou sur le titre censé incorporer l'hypothèque indépendante. De cette manière, les tiers acquéreurs ne sauraient certainement plus prétendre avoir ignoré ces exceptions ainsi rendues publiques. Il convient là encore de vérifier si ces mécanismes se rattachent ou non de manière nécessaire au régime des hypothèques indépendantes.

83. ***"Lettres" hypothécaires***. En matière cambiaire, par exemple, l'endosseur qui vient d'acquitter le montant de la traite peut biffer son endossement, ainsi que ceux des endosseurs subséquents. Son engagement au titre de l'effet se trouve ainsi définitivement éteint[421]. De même, les paiements partiels anticipés intervenus au titre des «copies exécutoires à ordre», selon la loi du 15 juin 1976 ne sont pas efficaces à défaut d'être mentionnés sur le titre[422]. Or, un système similaire de publicité semble concevable, y compris pour les hypothèques indépendantes. Les textes relatifs à une eurohypothèque suggèrent, par exemple, une incorporation de cet instrument dans un titre censé matérialiser l'affectation[423]. Cette idée trouve sa source d'inspiration dans les "*lettres*" de garantie immobilière règlementées en droit allemand. Ces lettres peuvent, en effet, incorporer aussi bien une dette foncière qu'une hypothèque traditionnellement accessoire ("*Briefgrundschuld*" et "*Briefhypothek*")[424]. La nature réelle de celles-ci les différencie, là encore, des engagements autonomes personnels, tels que les cédules hypothécaires suisses[425], qui se matérialisent elles-mêmes soit par inscription au registre immobilier, soit dans un papier-valeur censé incorporer tant la créance que la sûreté[426]. Ainsi, en cas de "*Briefgrundschuld*", les remboursements successifs deviennent opposables *erga omnes* par des techniques inspirées de la théorie

[421] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §477: "*l'endosseur qui a remboursé la lettre de change pourra, pour éviter toute fraude ultérieure, biffer son endossement et celui des endosseurs subséquents*".

[422] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1250.

[423] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 15, point nº 5.2.

[424] W. Brehm/C. Berger, §16.18.

[425] V. *supra*, §43.

[426] P.-A. Girard, p. 55.

cambiaire. Ces instruments en forme matérielle, directement sur support papier, sont employés par la pratique allemande lorsque leur valeur justifie une gestion individualisée des documents concernés[427]. Mais, hormis le fait qu'il suppose un cadre règlementaire spécifique pour détailler ces techniques d'opposabilité, un tel instrument reste moins intéressant dans les opérations de masse. Or, en ce qui concerne la plupart des créances hypothécaires, le siège naturel de publicité se trouve justement déjà au registre immobilier.

84. ***Réduction du montant publié***. Comme alternative à cette incorporation dans une "*lettre*" de garantie en forme matérialisée, le projet relatif à une eurohypothèque envisage en effet de conditionner l'opposabilité des remboursements successifs au titre de la créance couverte par la prise des inscriptions spécifiques au registre immobilier[428]. Concrètement, en cas de paiement partiel, le propriétaire serait en droit par exemple de prétendre à la réduction du montant hypothécaire publié au registre immobilier ou, au moins, de faire en sorte pour inscrire les paiements effectués[429]. Mais le problème c'est qu'une telle réduction du montant publié apparaît comme intuitivement nuisible pour les réaffectations ultérieures de la même hypothèque au service des nouveaux crédits[430]. Il serait sans doute techniquement possible de concevoir une forme de publicité pour rendre opposables ces remboursements sans compromettre la perspective des réaffectations. Néanmoins, les coûts et les efforts impliqués risquent alors là encore de correspondre à ceux requis par une hypothèque sur soi-même ou par la constitution d'une nouvelle garantie. Mais il convient de constater que la possibilité de prendre ces inscriptions censées diminuer le montant publié de la garantie hypothécaire au fur et à mesure des remboursements devrait quand même naturellement accompagner le mécanisme des hypothèques indépendantes[431]. Cette diminution vient en effet simplement concrétiser les obligations abdicatives

---

[427] W. Brehm/C. Berger, §18.55.

[428] O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 49-50.

[429] F. et J. Baur/R. Stürner, §38.73 et §45.61; W. Brehm/C. Berger, §17.107; M. Fervers, p. 57; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., pp. 14 et 16, point n^{os} 4.3 et 6.3. V. aussi, L. van Vliet, p. 155. Le droit suisse prévoit lui-même les conditions techniques de ces inscriptions pour la cédule hypothécaire: P.-A. Girard, p. 55.

[430] De manière similaire pour la cédule hypothécaire suisse: P.-A. Girard, p. 55.

[431] Sur la réduction de l'hypothèque comme radiation partielle, v. déjà L. Aynès/P. Crocq, §677.

assumées par le titulaire actuel de l'instrument et il n'y a aucune raison pour limiter ces devoirs au seul moment du remboursement intégral. Le cadre réglementaire applicable devrait dès lors mettre à la disposition du propriétaire les instruments requis pour contraindre son créancier à réaliser ces inscriptions[432]. Par ailleurs, le propriétaire devrait pouvoir ériger ces formalités en conditions concomitantes à ses remboursements, quand bien même elles diminueraient à due concurrence sa possibilité de réutiliser la garantie[433]. Avec les effets de commerce, par exemple, le tiré peut toujours conditionner le paiement par la remise du titre entre ses mains[434]. Une possibilité similaire de conditionner le paiement est également présupposée par les textes relatifs à une eurohypothèque[435]. Cette possibilité s'inspire elle aussi des solutions retenues par la doctrine allemande par rapport à la dette foncière[436], ainsi que celles relatives aux lettres de garantie hypothécaire[437]. C'est un argument empirique pour la considérer comme inhérente au fonctionnement des hypothèques

[432] Le droit français permet déjà au débiteur, aux acquéreurs ou aux créanciers subséquents de demander, en cas de remboursement partiel, la réduction judiciaire du montant publié de la garantie, même sans le consentement de son titulaire inscrit: Civ., 5 janv. 1943: JCP N 1944, II, 2562. V. aussi, J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1659 et 1687; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §§417-419; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §738; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §903; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §550.

[433] V. par ex. B. Maubru, §6 : "*dans la conception de l'hypothèque autonome* (…) *c'est au débiteur de s'assurer qu'il ne devra pas payer, sur présentation de la cédule, plus que ce qui lui a été prêté*"; O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 50.

[434] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §402 et §477 : "*dans tous les cas où un obligé est poursuivi en paiement de la lettre de change* (…) *il lui est possible d'exiger en contrepartie de son remboursement, la remise de la lettre de change, accompagnée du protêt et d'un compte acquitté*".

[435] V. par ex., O. Stöcker, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, p. 49: "*if* (…) *the creditors of claim and of the security right will be different, the debtor can refuse to pay the claim if the security right is not also returned to him when he does so*".

[436] F. et J. Baur/R. Stürner, §§44.13-45.34: "*die darin für den Schuldner-Eigentümer liegende Gefahr ist allerdings entgegen dem ersten Eindruck denkbar gering. Dem Zessionar der Forderung kann er entgegenhalten, er brauche nur gegen Aushändigung der Löschungspapiere zu zahlen* (…) *bei der Buchgrundschuld kann sich der Grundschuldinhaber auf die Eintragung im Grundbuch* (...) *bei der Briefgrundschuld auf den Brief im Zusammenhang mit der Eintragung im Grundbuch bzw. Einer Kette öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen berufen* (…) *nach bisherigem Recht war gemäß §1157 Satz 2 einredefreier gutgläubiger Erwerb eines Zessionars denkbar, wenn sich diese Einreden nicht aus Grundbuch oder Brief ergaben und dem Zessionar nicht bekannt waren* (…) *dies führte dazu, dass solche Einreden auch im Grundbuch eingetragen oder auf dem Brief vermerkt werden konnten*". V. aussi, W. Brehm/C. Berger, §18.40 ainsi que pour les mêmes solutions au XVII[ème] siècle, sous la loi de Mecklenburg: L. van Vliet, p. 154.

[437] F. et J. Baur/R. Stürner, §38.50: "*Art. 1161 B.G.B.* (…) *besagt, dass der Gläubiger einer Briefhypothek auf Verlangen des Schuldners den Brief auch dann vorlegen muss, wenn er die persönliche Forderung geltend macht. Der Sinn dieser Vorschrift wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Schuldner-Eigentümer vor der Gefahr der Doppelleistung bewahrt werden muss, daher muss sich der Gläubiger, auch wenn er nicht die Hypothek, sondern die Forderung geltend macht, «hypothekarisch ausweisen»*".

indépendantes[438]. Mais la difficulté reste que dans les systèmes déclaratifs de publicité foncière, de telles opérations par lesquelles le créancier hypothécaire se défait progressivement de la garantie sont opposables aux tiers même avoir été inscrites[439]. Or, cette solution semble assez défavorable pour la circulation de ces instruments.

85. ***Opposabilité des opérations.*** Les conditions requises par les différents systèmes de publicité immobilière afin de rendre opposables les transmissions, les réductions ou les renonciations aux hypothèques intéressent tant le propriétaire que les éventuels tiers cessionnaires de la garantie. Tous ceux-ci visent à avoir la certitude qu'ils traitent avec le titulaire actuel de la garantie[440]. Cette certitude se trouve donc nécessaire aussi bien afin de sécuriser la réaffectation des hypothèques indépendantes au profit des nouveaux créanciers du propriétaire, que pour les applications de la technique dans les opérations triangulaires impliquées par la mobilisation des créances. En effet, l'inopposabilité des exceptions qui caractérise les engagements autonomes protègera les potentiels cessionnaires des hypothèques indépendantes seulement contre l'extinction ou l'inefficacité du principal, en tant que rapport fondamental, et non pas contre les vices propres à la garantie. Cette dernière survit-elle sans doute à la chute du principal, mais ne saurait résister à ses causes extinctives inhérentes, telles que, justement, le désistement par le propriétaire. À emprunter de nouveau la piste des analogies, les réponses apportées par la matière cambiaire au même défi reposent sur la théorie de l'incorporation. Cette théorie rassure les tirés, les avalistes et les endosseurs successifs, car le porteur de la traite se présume toujours correspondre à son titulaire réel[441]. La même solution vaut pour les dettes foncières matérialisées dans

---

[438] La pratique allemande relève toutefois que les particuliers exigent rarement la diminution progressive de la dette foncière, vu les efforts et les frais impliqués: F. et J. Baur/R. Stürner, §44.13.

[439] L. Aynès/P. Crocq, §634: "*en France, la publicité foncière est déclarative* (…) *celle-ci ne protège que contre un tiers ayant acquis du même aliénateur des droits concurrents*". Même dans les systèmes déclaratifs, il demeure possible de conditionner par dérogation explicite la constitution ou la persistance de l'hypothèque par la prise des inscriptions nécessaires au registre immobilier. En droit espagnol: Miguel Pasquau Liaño, *Le système de publicité des droits réels immobiliers. L'opposabilité erga omnes de la propriété versus la sécurité du marché immobilier*, dans «Liber Amicorum Christian Larroumet», Economica, Paris, 2010, p. 413; E. van den Haute, §99.

[440] M. Fervers, p. 53.

[441] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §344.

un "*Briefgrundschuld*" de droit allemand, comme titre représentatif de la garantie[442]. Or, tant que l'hypothèque indépendante ne se trouverait pas elle-même incorporée de manière similaire dans un titre, l'opposabilité des opérations relatives à celle-ci dépend certainement du régime national applicable de la publicité immobilière.

86. ***Insécurité du régime déclaratif***. En droit français, par exemple, l'extinction des hypothèques est opposable aux tiers sans qu'il soit besoin de faire inscrire les mentions spécifiques au registre immobilier[443]. Comme successeurs à titre particulier, les éventuels tiers cessionnaires risquent ainsi par la suite la surprise de se voir opposée une extinction ou une réduction préalable de la garantie, intervenues par simple volonté abdicative du créancier initial. La garantie d'éviction offerte par le créancier cédant, qu'ils invoqueraient, le cas échéant, en tant que cessionnaires ne saurait, en effet, les protéger contre les créanciers subséquents du propriétaire[444]. Dans le système roumain, inversement, une règle expresse conditionne la disparition de l'hypothèque par sa radiation du registre immobilier[445]. Cette disposition devrait en effet rassurer les parties prenantes impliquées dans les refinancements du créancier. Mais ces dernières sont, de toute façon, également intéressées à ce que le titulaire apparent de la sûreté ne l'ait préalablement pas aliénée à autrui. Sur ce problème, la doctrine française ne traite que les conditions requises pour assurer la publicité des transmissions hypothécaires par voie d'accessoire, comme accompagnant le principal couvert. Leur opposabilité dépend ainsi des mêmes formalités que celles requises pour la cession de la créance garantie, concrètement la notification ou l'acceptation par le débiteur, sans qu'il soit

---

[442] V. *supra*, §83.

[443] L'extinction de l'hypothèque ainsi que des autres droits réels n'est pas mentionnée dans l'art. 28 al. 1 du Décret nº 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière parmi les opérations inopposables aux tiers à défaut de publication. Sur ce texte, v. par ex. René Savatier, *Usage et avenir de la publicité foncière reformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955*, D. 1959.221. V. aussi, L. Aynès/P. Crocq, §647: "*les seuls tiers admis à se prévaloir du défaut de publicité sont ceux qui présentent cumulativement quatre qualités: ils doivent être ayants cause a titre particulier, du même auteur, titulaires d'un droit concurrent, effectivement publié*". Sur la publicité foncière dans le système roumain, v. not. A.-A. Moise, pp. 221-227; M. Nicolae, pp. 288-353.

[444] L. Cadiet/F. Leborgne (cité *supra*, n. 344), §27.

[445] Selon l'art. 2.428 al. 1 C.civ.roum., "*l'hypothèque immobilière s'éteint par sa radiation du livre foncier ou par la perte totale du bien*": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.428. Pour l'effet constitutif de la renonciation en droit roumain, v. not. M. Nicolae, p. 288. *Contra*, A.-A. Moise, p.524, en ce sens que les effets de la renonciation ne devraient pas dépendre des inscriptions spécifiques au registre de publicité foncière.

nécessaire à cet effet de faire inscrire la transmission au registre de publicité immobilière[446]. Mais ce raisonnement ne semble pas transposable aux aliénations à titre principal de la sûreté, désormais validées en droit français et roumain[447]. Les tiers intéressés par la garantie ne peuvent dès lors pas obtenir une preuve absolue sur l'inexistence d'éventuelles transmissions antérieures par le titulaire apparent de l'hypothèque[448]. Ils doivent, le cas échéant, se fier aux déclarations du créancier initial ou du débiteur[449]. Les solutions de remplacement proposées, y compris dans les textes sur l'eurohypothèque, renvoient aux éléments spécifiques des régimes constitutifs de publicité immobilière.

87. ***Risques identiques pour une hypothèque accessoire***. Le système déclaratif pourrait très probablement être modifié dans le sens des observations ci-dessus, par exemple, afin de rendre inopposables aux cessionnaires subséquents de l'hypothèque les droits d'un cessionnaire antérieur qui n'a pas fait inscrire la transmission dont il se prévaut. Mais au sens des principes du système déclaratif, le propriétaire lui-même n'est pas l'un des tiers envers lesquels l'opposabilité de la transmission dépendrait de sa publication, car il n'est pas titulaire d'un droit concurrent acquis du même auteur. Afin de sécuriser les intérêts de toutes les parties prenantes dans ce contexte, le projet relatif à une eurohypothèque propose la solution du régime constitutif, plus précisément, celle de considérer inopposables *erga omnes* toutes les opérations relatives à la garantie qui n'ont pas été

---

[446] Civ. 3ème, 16 juil. 1987, 85-10.541: Bull. Civ. III, nº 145, p. 85; Defrénois 1987, art. 34120 nº 111, obs. L. Aynès; Rev. dr. imm. 1988, p. 331, obs. Ph. Simler - Civ. 3ème, 20 déc. 1989, 88-11.904: Bull. Civ. III, nº 246, p. 134; RTD civ. 1990, p. 314, obs. M. Bandrac; Rev. dr. imm. 1990, p. 234, obs. Ph. Delebecque et p. 238, obs. Ph. Simler; Defrénois 1990, p. 447, obs. L. Aynès; D. 1990.389, obs. L. Aynès - Civ. 3ème, 19 déc. 1990, 89-14.338: Bull. Civ. III, nº 269, p. 152. V. aussi, F. Grua, §16; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 48. Rendues en matière de subrogation, ces solutions valent aussi pour la transmission accessoire de la garantie suite à la cession de la créance principale: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1078, selon lesquels néanmoins, ce principe ne seraient pas applicables dans "*un transfert de créance qui échapperait à la règle nemo plus juris, c'est-à-dire une transmission de la créance assortie d'une inopposabilité des exceptions*". Les auteurs visent certainement les hypothèques indépendantes, car si la garantie était restée le simple accessoire d'un engagement personnel qui prétend lui seul à l'autonomie juridique, le propriétaire ne serait aucunement affecté par la logique accessoire des conditions d'opposabilité.

[447] V. *infra*, §112.

[448] M. Fervers, p. 53.

[449] Dans le système roumain aussi, la transmission accessoire de la garantie devient opposable au propriétaire par les formalités requises pour la cession du principal, sans qu'il doive lui-même recevoir une quelconque notification spécifique: A.-A. Moise, p. 231.

régulièrement inscrites au registre immobilier[450]. Cela concilierait sans doute, en cas de transmission de la garantie, l'ensemble des intérêts en conflit[451]. Mais les difficultés impliquées par l'opposabilité automatique de certaines opérations relatives à la sûreté dans les systèmes déclaratifs ne sont visiblement pas spécifiques aux hypothèques indépendantes. Les solutions envisageables, telles que les renvois aux systèmes constitutifs, sont, donc, tout aussi nécessaires afin de réconforter les parties prenantes aux transmissions des hypothèques, même lorsque la sûreté reste entièrement fidèle à sa dépendance accessoire de nature. En fin de compte, les potentiels cessionnaires à titre principal ou accessoire de celle-ci sont eux-mêmes tout aussi intéressés d'avoir la garantie qu'ils traitent avec son titulaire actuel, que lorsqu'il s'agissait d'une hypothèque indépendante. Cela signifie, dès lors, qu'il n'y a aucune interdépendance entre le cadre règlementaire requis par les hypothèques indépendantes et les particularités du système de publicité immobilière. En effet, les problèmes qui en découlent ne différencient pas selon la nature accessoire ou autonome de la garantie. Les difficultés semblent seulement plus visibles dans le cas des hypothèques indépendantes, qui justifient leur existence précisément par leur vocation de circuler.

88. ***Conclusion de chapitre. Hypothèque indépendante et prérogatives de saisie***. Ce chapitre s'est taché de localiser les principales applications pratiques des hypothèques indépendantes. Celles-ci visent prévisiblement surtout les opérations liées au refinancement du créancier initial. Le créancier initial réalise ainsi une économie de frais et de moyens dans la mobilisation des créances. Le constituant court toutefois un risque de double paiement, en conséquence de ces opérations, puisque les tiers de bonne foi peuvent se prévaloir de l'inopposabilité des exceptions relatives au rapport fondamental et prétendre, le cas échéant, à plus que la valeur actuelle des créances couvertes. Ce risque de double paiement donne, dès lors, également la mesure en laquelle le constituant devrait bénéficier de moyens préventifs ou curatifs afin de se prémunir contre ses conséquences ou de les répercuter sur autrui. Plus concrètement, le propriétaire a certainement droit

[450] V. par ex., *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 15, point nº 5.1: "*la cession* (…) *n'est opposable aux tiers que si elle est inscrite en livre foncier*".

[451] Le droit roumain tend lui-même progressivement vers un régime constitutif en matière de publicité immobilière: A. Boar (cité *supra*, n. 327), §1.

à des recours pour faire en sorte qu'il n'en supporte pas la charge définitive. Ainsi, en cas de garantie pour autrui, le debiteur principal l'indemnisera de tout ce qui a été acquitté, pour autant que ce dernier ait préalablement consenti en quelque sorte à l'affectation. Par ailleurs, le constituant devrait, dans toutes les hypothèses, être admis à se retourner contre le créancier initial, en la qualité de ce dernier de donneur d'ordre originaire pour la souscription de la garantie. Du reste, il devrait pouvoir à chaque fois conditionner ses remboursements au titre de la dette par une diminution de l'hypothèque indépendante consentie par le titulaire de celle-ci, voire par une réduction de son montant. En revanche, une appropriation progressive de la garantie par le proprietaire, comme hypothèque sur soi-même au fur et à mesure de ses remboursements, reste certainement facultative. Elle servirait en effet strictement afin de rassurer le propriétaire qui entend réaffecter l'instrument au service de ses nouveaux crédits, une finalité similaire à celle des hypothèques rechargeables et de leurs équivalents en droit roumain. Le propriétaire épargne ainsi les efforts et les coûts de procédure requis par la constitution des garanties subséquentes au service de ses obligations ultérieures. Pour les besoins de ce chapitre, les développements ci-dessus confirment aussi que la réaffectation de la garantie pour les besoins du propriétaire ne dépend aucunement du problème souvent controversé, de savoir si la sûreté hypothécaire confère par ses prérogatives mêmes un droit de saisie, distinct et parallèle à celui déduit de la force exécutoire du principal. Ce droit de saisie qui traduit un certain accès direct sur la chose reste toutefois nécessaire afin que l'inopposabilité des exceptions relatives à la dette puisse utilement se concrétiser dans la mobilisation des créances garanties par une hypothèque indépendante, censée répondre aux intérêts du créancier. À défaut de cet accès direct en effet, il en résulterait une forme paradoxalement inutile de garantie autonome, incapable de rassurer les tiers intervenants dans le refinancement de son titulaire, mais sans complètement écarter le risque de double paiement à la charge du constituant. Tout cela achève la caractérisation des hypothèques indépendantes, notion de pure théorie dans les traditions françaises et roumaines, actuellement mise en avant en droit comparé sous la désignation générique de l'eurohypothèque.

89. ***Conclusion de titre. Sûretés réelles et inopposabilité des exceptions***. Plus qu'un examen des conditions ou des effets spécifiques au concept des hypothèques

indépendantes, ce titre avait entendu localiser les particularités de son fondement au-delà du constat évident qu'elles renient une logique accessoire dont les impératifs voient déjà leur dimension de plus en plus limitée dans les systèmes analysés. Cette démarche semblait la plus appropriée afin de correctement mesurer les tendances à l'abstraction dans les reglementations hypothécaires internes, telles qu'accusées dans certaines recherches de droit comparé. Ainsi, les observations ci-dessus vérifient les intuitions prospectives des professeurs Mestre, Putman et Billiau. Ces auteurs anticipaient en effet que le concept implique nécessairement une inopposabilité des exceptions relatives au principal, qui "*s'épanouit dans les relations triangulaires*"[452]. Cela signifie que les prérogatives conférées par cet instrument devraient pouvoir être mises en œuvre pour leur valeur nominale, quel que soit l'état des remboursements au titre de la créance couverte, ou des vices qui affecteraient son efficacité. En dépendent ses applications pratiques dans la mobilisation des créances. Le propriétaire lui-même ne tire profit de la disparition du caractère accessoire que par la possibilité de réaffecter la sûreté au service de ses nouveaux crédits, après le remboursement de la première obligation. Mais cela ne suppose visiblement pas l'inopposabilité des exceptions relatives à cette dernière. Or, l'inopposabilité des exceptions comme principal effet de l'autonomie de régime qui caractérise le concept complique les interrogations sur la légitimité des hypothèques indépendantes en droit interne. Il est en effet sans doute possible de spéculer sur le point de savoir si une telle inopposabilité méconnaît ou non les principes fondamentaux du régime hypothécaire traditionnel. C'est la limite communément reconnue à la liberté contractuelle dans cette matière. La réponse semble alors soit évidemment affirmative, au vu des nombreuses autres techniques d'engagements autonomes déjà validées en droit positif, soit complètement divinatoire, car toute affirmation tranchante sur ce point affronterait le rejet constant des hypothèques indépendantes en doctrine. Le seul moyen pour éviter une conclusion aléatoire sur la question de leur légitimité suppose dès lors d'en rechercher les traces parmi les négations plus ponctuelles de la nature accessoire déjà consacrées en matière hypothécaire, ce dont se chargera le titre suivant. Aucune de ces limites consacrées ne va cependant jusqu'à textuellement

[452] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §327.

valider par principe l'inopposabilité des exceptions. L'analogie avec les garanties personnelles à première demande permet, quand même, de localiser le fondement concret de cette dernière parmi les conditions typiques de l'affectation hypothécaire. Il se situe sur un plan assez intellectuel, en ce sens que l'hypothèque indépendante renie nécessairement toute référence conceptuelle au principal au niveau de la structure théorique de l'affectation. Cette dernière n'intervient en effet aucunement pour le compte de la créance garantie, mais pour celui d'une prestation distincte, aussi bien au niveau de son montant, que de ses modalités. Par ailleurs, les applications des hypothèques indépendantes dans la mobilisation des créances démontrent que les controverses sur le droit direct de saisie le cas échéant déduit des prérogatives qu'elles accordent à leur titulaire n'empiètent pas sur le fondement ou sur la validité du concept, mais conditionnent uniquement ses effets pratiques. La sécurité apportée aux tiers acquéreurs par le principe d'inopposabilité des exceptions dans la mobilisation des créances dépend, plus spécifiquement, de la question de savoir si la garantie confère par elle-même un accès sur la valeur économique de l'assiette, en parallèle à celui qui repose sur la force exécutoire de la créance garantie. Les hypothèques indépendantes devraient à cet effet habiliter par elles-mêmes leur titulaire à toucher la somme dégagée par une éventuelle saisie. À défaut, les éventuels cessionnaires n'auraient pas l'assurance de toucher au montant déclaré des créances acquises. Or, la doctrine française débat depuis quelque temps déjà la cohérence de cet accès direct, prétendument accordé par les hypothèques sur leurs assiettes. Le problème mérite donc, à son tour, une prise de position dans le titre suivant.

Titre 2. Délimitation

90. ***Atteintes à l'accessoire et accès direct sur l'assiette***. A priori, le droit positif, en France comme en Roumanie, semble supprimer la plupart des conséquences normalement rattachées à la nature accessoire des hypothèques. Les solutions en ce sens, retenues au fil du temps par la doctrine et dans la loi, reprennent en effet à chaque fois de manière visible les manifestations propres au concept des hypothèques indépendantes, telles que déduites en début de ce développement. Cela concerne tant les remises en causes de plus en plus larges de la logique accessoire proprement dite (***chapitre 1***), qu'une certaine autonomie procédurale des prérogatives hypothécaires, en vertu de laquelle la saisie des immeubles affectés pourrait le cas échéant intervenir au seul titre de la sûreté (***chapitre 2***). Cette autonomie procédurale, résumée en tant qu'accès direct sur l'assiette, a justement été confirmée ci-dessus comme inéluctable pour les applications de la technique au niveau de la mobilisation des créances[453]. Il convient d'apprécier aussi, inversement, son impact potentiel sur la dépendance accessoire de la garantie. Autrement dit, vu que la conclusion du titre précèdent était que la liberté contractuelle ne pourrait à elle seule légitimer une hypothèque indépendante, il resta de vérifier si cette légitimité ne saurait se déduire des évolutions mentionnées, qui viennent limiter la nature accessoire de la sûreté. Il s'agit de savoir si ces évolutions pourraient ou non être considérées comme venant consacrer ou, au moins, réaliser un rapprochement en direction des hypothèques indépendantes. Or, cette vérification ne saurait avoir lieu au seul titre de la logique accessoire, par hypothèse mise à l'écart. Elle présuppose une appréciation plus intellectuelle de la mesure en laquelle ces évolutions, apparemment équivalentes aux expressions concrètes des hypothèques indépendantes, renient toute référence au principal dans la structure de l'affectation, laquelle ne saurait de ce fait plus être considérée comme réalisée pour le compte d'une ou plusieurs créances identifiables[454].

[453] V. *supra*, §62.

[454] V. *supra*, §57.

Chapitre 1. Dérogations à la logique accessoire

Chapitre 2. Autonomie procédurale des poursuites

Chapitre 1. Dérogations à la logique accessoire

91. ***Autonomie du montant publié***. Il convient premièrement de noter que, selon les conclusions du titre précèdent, la condition de l'autonomie de régime proprement dite des hypothèques indépendantes serait que l'immeuble affecté réponde pour une prestation monétaire à part, dont le montant se trouverait exclusivement déterminé par ses propres modalités, sans dépendre de celles de la créance garantie. Ce critère doit néanmoins se voir précisé davantage. C'est que désormais, la doctrine considère déjà pleinement acquise la possibilité pour les particuliers de convenir une affectation hypothécaire pour une somme librement déterminée par les parties, même supérieure ou inférieure au montant réel du principal de référence[455]. Mais alors, il semblerait impossible de prétendre à une adaptation automatique de ce montant, dès le début librement déterminé, aux évolutions en valeur de la créance couverte. Cela contredirait sinon la volonté des parties, car la somme convenue par celles-ci devrait se corréler aux évolutions respectives dans la dimension du principal, dès le moment qui suit la constitution de la garantie. Il se déduit alors, néanmoins, que le montant de l'hypothèque, tel que défini par les parties, ne dépendrait en réalité plus du tout de la créance visée. Or, cette affectation immobilière pour un montant librement convenu, invariable et sans référence au principal, représente, comme démontré ci-dessus, l'expression même des garanties indépendantes et de leur *debitum* spécifique[456]. Effectivement, la dépendance accessoire était jadis censée interdire toute dissociation entre le montant de l'hypothèque et celui de la créance garantie[457]. Toutefois, il convient de

---

[455] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 70; O. Salvat (cité *supra*, n. 58), §3; M. Grimaldi, §4; L. Aynès/P. Crocq, §662; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 44; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §406; Y. Picod (cité *supra*, n. 58), §308; G. Daublon/E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), p. 1096; E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), §2; D. Houtcieff, §§38-44. Dans le système roumain, v. not. A.-A. Moise, p. 428 (nous traduisons): "*lors de la détermination de la somme garantie dans la convention hypothécaire, il demeure possible de prévoir une somme supérieure à celle prévisible au stade du contrat, justement pour anticiper les évolutions de la créance garantie* (…) *si les parties déterminent la somme garantie, il n'y a aucune raison de nullité au motif que la créance garantie se trouvera finalement inferieure selon sa valeur*".

[456] V. *supra*, §49. V. aussi, B. Maubru, §5; M. Dagot, §83, en ce sens que l'hypothèque convenue pour une somme supérieure au principal devient abstraite pour la partie qui dépasse le montant de la créance garantie.

[457] B. Maubru, §5: "*dans la conception de l'hypothèque sûreté, la créance est essentielle pour déterminer le montant de l'hypothèque. Au contraire dans la conception de l'hypothèque autonome cette valeur est fixée directement* (…) *ce qui simplement distingue notre système c'est que d'une part, la*

rappeler que les garanties autonomes personnelles se caractérisent, au niveau de leur objet convenu, par une absence des références au principal qui vaut surtout sur un plan intellectuel, quelles qu'en soient les expressions concrètes au niveau de la dimension patrimoniale des engagements en question[458]. C'est l'idée que le garant n'est pas tenu pour le compte de la créance couverte comme dans les sûretés accessoires, mais répond pour l'exécution d'une prestation distincte. Sans doute alors que pour ce qui est des hypothèques indépendantes proprement dites, l'autonomie du montant qui les caractérise par rapport à celui de la dette concrétise justement cette absence structurelle des références au principal. Mais elle n'en représente pas la cause pour autant.

92. ***Somme-plafond et montant réel de l'hypothèque***. Il suffit en effet de considérer que la somme en question, librement déterminée dans l'acte constitutif de la garantie, ne représente qu'un montant plafond[459]. Celui-ci viendrait en fait strictement fixer l'étendue maximale pour laquelle peuvent s'exercer les prérogatives hypothécaires. Dans cette perspective, rien n'empêche de fixer ce montant plafond, dès le début, pour une valeur supérieure ou inférieure à celle de la dette[460]. De fait, la stipulation d'un montant propre à la sûreté hypothécaire répond surtout aux exigences de la spécialité dans cette matière[461]. Mais ce montant ne doit pas nécessairement correspondre à l'émolument qui sera dégagé par une éventuelle saisie et donc à la mesure réelle des prérogatives hypothécaires. Celles-ci peuvent, de cette manière, aisément se tenir conditionnées par la valeur actuelle du principal, qui délimitera, par la suite, y compris le produit dégagé des poursuites, le cas échéant exercées au titre de la garantie. Ce raisonnement se vérifie facilement afin de justifier la somme spécifique pour laquelle sont consenties les hypothèques rattachées au service des obligations incertaines, telles que le

---

valeur de l'hypothèque n'est pas fixée définitivement, mais au contraire va varier en fonction des variations de la créance garantie".

[458] V. *supra*, §51.

[459] P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 62), §202-113, sur la notion du "*montant plafond*", utilisée afin de caractériser la somme pour laquelle les parties consentent une hypothèque rechargeable.

[460] Note de L. Aynès sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: D. 2006.734, §11, pour l'idée que "*la sûreté réelle peut avoir été prise pour garantir une créance dont le montant est limité dans l'inscription*". V. aussi, C. Dauchez, §208, en ce sens que la garantie "*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*".

[461] Civ., 6 fév. 1939: D.P. 1939, I, 53, n. J. Plassard; S. 1941, 1, 145 n. R. Rodière.

solde du compte courant ou l'ensemble des obligations présentes et futures entre deux personnes[462]. Mais cela peut également valoir pour efficacement couvrir, au titre de l'hypothèque, toutes les accessoires de la créance couverte, tels que les intérêts conventionnels ou les éventuels frais de recouvrement forcé[463]. Dans toutes ces situations, par ailleurs, l'indication du montant de l'hypothèque répond aussi aux exigences mises à la charge des parties par l'art. 2423 al. 1 C.civ., en ce sens d'évaluer "*les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels* " garantis par la sûreté. En effet, le texte vise certainement l'évaluation prospective des créances indéterminées, non pas la possibilité, sinon assez étonnante, de consentir une garantie réellement plus étendue que le principal[464]. Il s'agit donc uniquement d'un montant-plafond, jusqu'à la limite duquel la sûreté pourra couvrir les prétentions du créancier. Par ailleurs, le cautionnement connait lui-même, depuis quelque temps déjà, une possibilité similaire de limiter la couverture patrimoniale de la garantie[465]. Mais cela ne rend intellectuellement pas la caution responsable pour l'exécution d'une prestation différente du principal, ainsi déterminée par son montant spécifique, comme dans les garanties à première demande. C'est, là encore, surtout intéressant afin de pouvoir efficacement couvrir les créances incertaines[466]. Il s'agit tout au plus d'une limite maximale pour l'engagement de la caution. L'analogie confirme ainsi que les hypothèques stipulées pour une somme plafond, distincte du principal, ne représentent pas, en tant que telles, des garanties autonomes dont la dimension dépasserait réellement la valeur

[462] V. *infra*, §95.

[463] L. Aynès/P. Crocq, §662: "*lors de la détermination de la somme garantie dans la convention hypothécaire, il demeure possible de prévoir une somme supérieure à celle prévisible au stade du contrat, justement pour anticiper les évolutions de la créance garantie* (…) *si les parties déterminent la somme garantie, il n'y a aucune raison de nullité au motif que la créance garantie se trouvera finalement inferieure selon sa valeur*".

[464] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1649; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §378; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §744.

[465] F. Grua, §34.

[466] Philippe Simler, JurisClasseur Civil Code, Art. 2288 à 2320 - fasc. 30: «Cautionnement. Étendue», 6 février 2018, LexisNexis, §§25-26, qui ajoute même que "*le caractère accessoire du cautionnement ne saurait constituer un obstacle. La caution peut s'engager pour un montant inférieur ou pour une durée moindre*". V. aussi, art. 2.291 C.civ.roum., selon lequel "*le cautionnement peut être contracté pour une partie de l'obligation principale ou à des conditions moins onéreuses*".

de la créance couverte [467] . Justement, le droit allemand connait la *Höchstbetragshypothek*, entièrement accessoire comme sûreté, mais que les parties consentent, dès le début, pour un plafond maximal de valeur. Celle-ci sert, là aussi, afin de garantir les comptes courants ou certaines autres prestations à étendue initialement incertaine[468].

93. ***Références au principal***. Si, en revanche, la somme spécifique pour laquelle était consentie l'hypothèque ne se requalifie pas en montant plafond, la stipulation semblerait complètement inutile, tant que la garantie ne renie pas sa nature accessoire. Celle-ci resterait sensée, dans ce cadre, seulement comme garantie autonome. En termes d'opportunité déjà, le créancier n'aurait, en effet, que faire d'une sûreté accessoire censée couvrir plus que l'obligation de référence. Cependant, mise à part cette inutilité potentielle, si techniquement possible, une hypothèque consentie pour un montant réellement déconnecté du principal ne devrait pas contredire, pour cette seule raison, les références accessories au principal dans la structure de l'affectation. Au moins en termes logiques, cela n'empêche pas, en effet, les parties de convenir la garantie strictement pour le compte de l'obligation initiale. Les immeubles affectés répondront alors, quand même, seulement dans la mesure du principal et non pas d'une autre prestation différente, déterminée par son étendue ou ses modalités. Qui plus est, la légitimité de telles stipulations n'a été argumentée de manière plus soutenue qu'après l'introduction des hypothèques rechargeables dans le système français et de la technique roumaine équivalente[469]. Mais cette perspective de réaffecter la garantie au service de nouvelles créances indéterminées pose problème par elle-même aux yeux de la logique accessoire. En effet, le montant convenu de la garantie rechargeable, même si, le cas échéant, supérieur à celui de la dette initiale, ne compromet pas en lui-même la structure accessoire de la sûreté. Le problème tient surtout à la perspective de réaffectation en tant que telle. Les analyses critiques ci-dessus porteront, dès lors, sur les difficultés propres à la technique de rechargement, plutôt que sur ses rapports avec le montant convenu de la garantie.

[467] De manière explicite eten ce sens, M. Fervers, p. 73.

[468] W. Brehm/C. Berger, §17.151. Mais les créanciers exigent beaucoup plus fréquemment la dette foncière y compris dans ce contexte, vu son autonomie de régime: *idem*, §17.152.

[469] V. *supra*, §91 n. 455.

De même pour les autres dérogations accessoires. Il convient ainsi de se poser la question si ces dernières ne sauraient être traitées ou expliquées d'une manière autre que celle qui reflèterait les expressions ponctuelles des hypothèques indépendantes. En ce sens, il suffit habituellement de correctement identifier le principal de référence (***section 1***). Restent néanmoins certaines hypothèses qui compliquent cette identification. Elles se caractérisent par une instabilité absolue de tout principal ainsi déduit, vu la perspective des éventuelles réaffectations au profit de créances indéterminées (***section 2***).

Section 1. Déterminabilité du rapport fondamental

94. ***Emancipation apparente***. Alors même qu'elle se tient pour accessoire dans les pays de référence, la garantie hypothécaire s'affranchit du principal dès le moment de sa constitution, car elle peut se rattacher à des obligations éventuelles, voire même nulles ou inefficaces pour quelles raisons que ce soit. Aussi, la sûreté persiste déjà en droit positif, malgré la disparition du principal, alors même que ne se pose aucunement le problème de son éventuelle réaffectation au service d'autres créances. Passé le délai de prescription extinctive par exemple, les hypothèques transcendent la force exécutoire du principal. En France comme en Roumanie, cela permet au créancier hypothécaire de récupérer malgré tout son dû, désormais reconverti en obligation naturelle. D'autres solutions plus circonstanciées vont même jusqu'à retenir la survie proprement dite de l'hypothèque au remboursement de la dette, pour répondre à des besoins spécifiques, en cas de créanciers subséquents inscrits sur la chose. En droit roumain par ailleurs, les hypothèques s'éteignent uniquement par leur radiation du registre immobilier. Elles résistent ainsi indéfiniment à la chute du principal. Or, tout cela semble rendre assez problématique la fidélité accessoire de la garantie, contrainte à décliner en quelque sorte ses expressions malgré cette véritable évanescence du principal. Mais la plupart de ces solutions peuvent également être traitées d'une manière qui ne renie pas la prise en considération du principal au niveau de la structure de la garantie. Il suffit de correctement définir le principal de référence, pour que la sûreté puisse continuer de manifester par rapport à lui sa dépendance de régime. Cela vaut aussi bien dans les hypothèses qui suggèrent une certaine inexistence originaire du principal (***A***), que dans celles qui impliquent la disparition régulière de celui-ci (***B***).

A. Redéfinition du principal défaillant

95. ***Affectation précoce de la sûreté***. La pratique du crédit s'est rapidement rendu compte du fait que la possibilité de réaliser une affectation hypothécaire précoce, avant même la naissance du principal, renforcerait de manière sensible la sécurité des financements. Surtout que certains contrats de prêt sont parfois qualifiés de contrats réels[470]. Cela signifie que l'obligation de rembourser prend naissance seulement après la remise du capital entre les mains de l'emprunté. Jusqu'à ce moment, elle n'est qu'éventuelle, car la remise des fonds dépend du créancier. Il en va de même, pour identité de raisons, dans une ouverture de crédit[471]. Tant que le client ne retire pas les tranches du financement mises à sa disposition, il n'est pas tenu de rembourser ce qu'il n'a pas encore voulu toucher[472]. Aussi, dans le solde du compte courant garanti par une sûreté hypothécaire, l'existence d'un passif exigible à la charge du client n'est certaine qu'après l'échéance ou la dénonciation prématurée des rapports entre les parties. Il résultera donc seulement une fois définitivement arrêté le compte en question[473]. Mais jusqu'à ce moment, le montant du solde varie selon les créances qui viennent approvisionner le compte[474]. Ces créances se voient progressivement éteintes par novation, vu qu'elles fusionnent dans "*une créance unique au profit de celui qui à la clôture du compte, reste créditeur*"[475]. Or, dans toutes ces hypothèses, la naissance des obligations garanties par la sûreté dépend d'une potestativité qui relativise initialement leur

[470] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1070.

[471] R. Rizoiu, p. 382.

[472] L.-V. Guillouard (cité *supra*, n. 59), §1031; Alain Bénabent, «Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux», 12ème édition, Coll. Précis Domat. Droit privé, L.G.D.J. (Lextenso), Paris, 2017, §1123. V. aussi, Com., 21 janv. 2004, 01-01.129: Bull. civ. IV nº 13, p. 14: "*l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client*"; G. Ansaloni (cité *supra*, n. 126), p. 11.

[473] Thierry Bonneau, «Droit bancaire», 9e édition, Coll. Domat. Droit privé, Montchrestien (Lextenso), 2011, §325.

[474] C. Dauchez, §216: "*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 unique et éventuelle*". V. aussi, T. Bonneau (cité *supra*, n. 473), §§326-342.

[475] Com., 25 avril 1910: D. 1911.364.

existence. Cette naissance implique, par ailleurs, la fourniture, en préalable, d'un financement ou la prise en charge d'un passif par le créancier intéressé. Néanmoins, cela signifie que l'argent doit déjà quitter son patrimoine avant que naisse un quelconque droit au remboursement[476]. Mais la situation du créancier deviendrait pénible s'il pouvait prétendre à des garanties seulement après la remise du capital entre les mains de son débiteur. En effet, la situation patrimoniale du débiteur risque toujours de changer[477]. Pire encore, les garanties obtenues après la remise du capital risquent l'annulation, si le débiteur subit une procédure collective dans les semaines qui suivent la constitution de la sûreté. Ce dernier est effectivement censé avoir rompu l'égalité des créanciers par les garanties consenties en période suspecte, si elles viennent couvrir des financements déjà préalablement encaissés[478].

96. ***Germination du principal***. Les considérations ci-dessus conduisirent à ce que la jurisprudence valide, dès le XIXème siècle, les affectations hypothécaires intervenues même au profit de créances qui n'existent pas, ou, plus précisément, pas encore, lors de la constitution de la garantie[479]. L'incohérence qui en découle aux yeux de la logique accessoire selon certaines recherches [480] s'adoucit

[476] V. également pour la garantie des dettes futures qui découlent des emprunts obligataires ainsi que pour celle contre les vices cachés: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1069; Cass. req., 15 avril 1806: J.P., t. 5 1838, p. 282 - Civ., 20 oct. 1897: S. 1897, 1, 489.

[477] Le droit de gage général qui fait la seule protection du créancier chirographaire ne le prémunit précisément pas contre l'insolvabilité future du débiteur. Sur les risques inhérents à l'absence d'autres sûretés, v. L. Aynès/P. Crocq, §4.

[478] Consentie en période suspecte, "*la sûreté est valable à condition que de nouvelles avances aient été consenties au client postérieurement à sa constitution*": T. Bonneau (cité *supra*, n. 473), §384. V. aussi, G. Amlon, §14; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1069-1072, sur les difficultés de savoir si certaines créances inscrites à l'actif du compte ou tirées du crédit par le débiteur sont antérieures ou postérieures à la procédure collective.

[479] Civ., 21 nov. 1849: S. 1850, 1, 91; D.P. 1849, I, 275: "*celui qui accepte une ouverture de crédit contracte immédiatement l'obligation de rembourser les sommes qui lui seront délivrées* (…) *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*". V. déjà Cass. req., 26 janv. 1814: RGL 4ème vol., I, 521 - Civ., 10 août 1831: S. 1831, 1, 371 - Cass. req., 8 mars 1853: S. 1855, 1, 214; D.P. 1854, I, 341. V. aussi, G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, §§902-1 et 1280-1; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §336; C. Mouly, §132; L. Aynès/P. Crocq, §§663 et 679; C. Dauchez, §214; L.-V. Guillouard, (cité *supra*, n. 59), §1031; Ph. Dupichot, §661. La jurisprudence reste constante: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1070. Sur l'hypothèque consentie pour garantir un compte courant, v. par ex. Cass. req., 11 déc. 1848: D.P. 1848, I, 234; Civ., 22 mars 1852: S. 1852, 1, 308. V., pour la solution similaire en droit roumain, R. Rizoiu, pp. 110-111, en application de l'art. 2.370 C.civ.roum.

[480] V. par ex., E. van den Haute, §141: "*dès l'instant ou on admet l'hypothèque pour garantie de créances futures, il faut nécessairement admettre l'atténuation du caractère accessoire qui va de pair*

néanmoins par une condition plus technique en ce sens que le principal de référence devrait quand même se trouver déjà "*en germe*" au moment de la prise des sûretés[481]. Le nouvel art. 2.421 C.civ. sur les hypothèques consenties pour plusieurs créances "*présentes ou futures*" vient consacrer cette évolution[482], car il maintient une condition de déterminabilité des obligations couvertes. En effet, cela signifie que même au niveau de telles affectations hypothécaires précoces, "*les créances futures doivent être «déterminables»* (…) *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*"[483]. Au moins, cette métaphore agricole de germination permet de cacher l'incertitude qui entoure sur le plan juridique la naissance des créances garanties, car pour les cultivateurs, les éclosions sont biologiquement inhérentes aux inséminations. Par ailleurs, les impératifs accessoires viennent ainsi dupliquer la condition, normalement requise par le principe de spécialité, de mentionner la source du principal dans la convention de garantie[484]. La convention de compte courant ou l'ouverture de crédit interviennent ainsi justement comme principal de référence envers lequel la sûreté pourra, dès le début, manifester sa dépendance de régime. La saisie au titre des prérogatives hypothécaires interviendra, dès lors, seulement à condition que les créances visées prennent définitivement naissance, ainsi que dans la mesure de celles-ci. Dans cette lecture, la garantie peut facilement conserver dans sa structure intellectuelle les références au principal, dont elle définit justement les circonstances de l'avènement, et se différencier ainsi des hypothèques véritablement indépendantes. En effet, si le principal ne prend pas naissance selon les circonstances ainsi déterminées, la sûreté deviendra caduque[485]. À défaut de critères convenus pour établir de manière définitive l'impossibilité de cet avènement, celle-ci sera constatée

---

avec ce mécanisme, à savoir le fait que l'hypothèque peut exister ou subsister en l'absence de toute créance actuelle, dès l'instant ou la possibilité existe que de nouvelles créances à garantir naissent à une date ultérieure"

[481] L. Aynès/P. Crocq, §663; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §382.

[482] Selon ce texte, "*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*".

[483] L. Aynès/P. Crocq, §663.

[484] V. *supra*, §30.

[485] Ph. Dupichot, §661.

par le juge, le cas échéant saisi pour statuer sur l'anéantissement de la sûreté. Le problème pour les garanties rattachées aux créances éventuelles reste plutôt de faire tout possible pour éviter les confusions dans la détermination des obligations couvertes en tant que principal de référence.

97. ***Dédoublement du principal***. Lorsque plusieurs rapports de même nature se déroulent simultanément entre les parties à la convention constitutive de garantie, il s'agit pour celles-ci de soigneusement définir le principal couvert par la sûreté au titre de critères précis[486]. Par exemple, un rattachement générique au crédit que recevra le propriétaire par la suite de la part du créancier semble trop vague, surtout si le débiteur parvient ultérieurement à bénéficier de plusieurs autres financements[487]. Si des obligations présentes étaient en question, ces imprécisions auraient seulement posé les difficultés probatoires que suppose le fait de correctement individualiser la créance visée. En revanche, le rattachement de la garantie aux obligations futures permet également de supposer que les parties ne s'attendaient pas à ce que plusieurs opérations vérifient par la suite les critères définis dans l'acte constitutif. C'est le cas même si la source concrète du principal existait déjà lors de l'affectation, car plusieurs obligations de contenu similaire pourraient prendre successivement naissance de la même convention. Mais alors, il se déduit que les expressions du suivi accessoire de la sûreté hypothécaire ainsi rattachée se vérifient seulement dans l'espoir que des autres obligations ne viendraient remplir ensuite les mêmes conditions que celles prévues par les parties pour le principal de référence. En effet, aucune clarification ou précision rédactionnelle ne se trouverait complètement à même d'écarter ce risque de dédoublement. Celui-ci reste toujours possible en théorie, que ce soit par erreur technique ou par volonté humaine de tester les limites des critères établis pour déterminer le principal dans la convention constitutive de la garantie. Il semblerait alors sans doute possible de tenter une requalification de la garantie en affectation flottante, rattachée à toutes les obligations futures qui rempliraient les critères

[486] «*Gattungsmerkmal*» en droit allemand: Philippe Dudan, «Le principe de spécialité de la créance garantie par gage: étude de droit bancaire», thèse, Université de Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, §48.

[487] L. Aynès/P. Crocq, §663: *"l'objectif est d'éviter que, le moment venu* (…) *il puisse y avoir un doute sur le point de savoir si telle créance est garantie".*

définis par l'acte constitutif[488]. Mais cette requalification suppose de ne pas contredire la volonté des parties, le cas échéant formulée au singulier d'une seule créance visée.

98. ***Problème de rattachement***. Il est indiscutable que ce risque de dédoublement, tout comme les incohérences accessoires qui en découlent, ne viennent aucunement présumer une hypothèque indépendante. En termes formels déjà, cela ne signifie pas que les parties n'aient pas envisagé de maintenir la structure accessoire de la garantie ou tenté une définition adéquate du principal de référence. Sur un plan plus logique par ailleurs, une difficulté similaire pourrait également venir compliquer le régime des hypothèques indépendantes, le cas échéant consenties pour garantir une obligation future[489]. En effet, les engagements autonomes supposent, elles aussi, que les parties identifient en quelque sorte le rapport fondamental, même si par convention séparée du titre spécifique de l'instrument de garantie. C'est nécessaire, comme vu dans le titre précèdent, afin d'en clarifier les effets, car le créancier initial au moins ne saurait, sauf mauvaise foi, prétendre ignorer les obligations couvertes, comme raison d'être de l'engagement autonome[490]. Les risques de dédoublement que pose le rattachement des créances futures à cet instrument ne se différencient en rien, dès lors, selon que la garantie abjure ou non sa dépendance accessoire de régime. Ils démasquent ainsi non pas une négation proprement dite de la logique accessoire, mais plutôt les imprécisions inhérentes aux tentatives de clairement définir dans la convention constitutive de la garantie un principal qui se trouve encore en germe à ce stade. La paralysie potentielle du suivi accessoire en cas de dédoublement ne signifie, dès lors, certainement pas que les parties se seraient interdit toute référence intellectuelle à la créance couverte comme principal dans le contenu de la sûreté hypothécaire. Loin de supprimer cette référence, les critères établis pour son identification seraient bien même, plutôt des indices que les parties avaient entendu, inversement, maintenir le rattachement structurel de la sûreté au principal, qui témoigne sa dépendance proprement dite comme garantie accessoire. Dans cette lecture, la

[488] Sur la possible pluralité des créances garanties par une seule hypothèque: Ph. Dupichot, §658; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §783.

[489] V. *supra*, §32.

[490] V. *supra*, §33.

couverture des créances éventuelles n'est donc pas comme telle incompatible avec la nature accessoire proprement dite des hypothèques. Seulement, le droit positif va désormais bien au-delà de telles affectations précoces. Il valide même une hypothèque dont la créance de rattachement serait originairement affectée de nullité. Or, la fidélité accessoire ne saurait alors plus se justifier par une germination métaphorique du principal de référence, car celui-ci est rétroactivement censé n'avoir jamais existé.

99. ***Inefficacité du principal***. La Cour française de Cassation retient en effet par une jurisprudence des années quatre-vingt-dix que l'hypothèque persiste malgré l'annulation de la créance initialement garantie[491]. Or, selon la maxime du suivi accessoire, la sûreté devait dans cette hypothèse elle-même rester caduque[492]. Cela lui permettrait justement d'éviter les paradoxes logiques d'une dépendance de régime qui se manifesterait assez péniblement sans un principal censé délimiter ses conditions de mise en œuvre et de disparition. Mais à défaut de cette caducité, elle semble là encore renier sa fidélité accessoire, comme une hypothèque à proprement parler indépendante[493]. En réalité néanmoins, il s'agira de noter que cette survie potentielle de la garantie aux vices qui rendraient le principal inefficace ne présuppose pas, de manière intrinsèque, la structure autonome qui caractérise les garanties autonomes.

100. ***Annulation du prêt***. Il convient premièrement de noter que la jurisprudence précitée vise de manière spécifique les hypothèques rattachées aux contrats de

---

[491] Com., 2 nov. 1994, 92-14.487: Bull. civ. IV nº 321, p. 262; Defrénois 1995, p. 262 obs. L. Aynès; JCP G 1995, I, 3851, n. Ph. Delebecque: "*tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur á la conclusion des conventions annulées, l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable et* (…) *les garanties en considération desquelles le prêt a été consenti subsistent tant que cette obligation n'est pas éteinte*". V. aussi Civ. 1re, 20 déc. 2012, 11-22.815: JCP 2013, I, 585, obs. Ph. Delebecque; Civ. 3ème, 5 nov. 2008, 07-17.357: Bull. Civ. III, nº 167; RTD civ. 2009, p. 148, obs. P. Crocq; RDC 2009, p. 205, obs. D. Houtcieff; Banque et droit nov.-déc. 2008, p. 50, obs. F. Jacob et N. Rontchevsky. V. sur ce point également, Catherine Sévely-Fournié, *Survie de l'hypothèque à l'annulation du prêt pour lequel elle a été consentie*, RLDC juillet-août 2009, pp. 25-28.

[492] V. par ex. C. Sévely-Fournié (cité *supra*, n. 491), p. 27; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060.

[493] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060: "*le caractère accessoire de l'hypothèque ou du privilège immobilier entraine l'opposabilité de l'exception de nullité affectant la créance garantie* (…) *l'hypothèque indépendante* (…) *ne subit pas les effets de la nullité de la créance garantie. Un tel système* (…) *pourrait-il être acclimaté droit français? Le caractère accessoire parait être de l'essence de l'hypothèque dans notre droit et une renonciation par le débiteur à ce caractère est difficilement concevable, et l'on verrait mal un notaire accepter la rédaction d'un contrat d'hypothèque dans ces conditions*". V. aussi, B. Maubru, §96; C. Dauchez, §219. V. *supra*, §23.

prêt. Dans le contexte de cette hypothèse particulière, la solution vise à faire persister la sûreté malgré la nullité du principal, strictement pour assurer la restitution du capital versé par le créancier à son débiteur[494]. Or, cela ne vient pas même enfreindre une perspective rigoureusement fidèle aux conséquences de la dépendance accessoire. En effet, cette utilisation de la sûreté ne présuppose, en termes intellectuels, aucun changement du support sur lequel était initialement greffée la garantie hypothécaire. L'obligation du debiteur de rembourser le capital demeure en effet valable malgré la nullité du prêt, puisqu'elle est considérée comme juridiquement extrinsèque à ce dernier. Elle trouve sa source directement dans la remise du financement à l'emprunté, fait matériel dont la convention de crédit subséquente vient seulement détailler les modalités[495]. La nullité de cette convention, pour quelle raison que ce soit, ne saurait, dès lors, aucunement affecter une obligation de rembourser le capital à la charge du debiteur, laquelle demeure valable malgré tout, à cela près que ses intérêts et son exigibilité seront ceux du droit commun, non pas ceux initialement stipulés par les parties[496]. Mais cela signifie que la garantie hypothécaire ne devrait pas, à proprement parler, se considérer survivre à la nullité du principal, car celui-ci ne disparait lui-même pas dans cette hypothèse, une fois correctement identifié au devoir de rembourser les fonds prêtés. En plus, la décision précitée transpose tout simplement des jurisprudences identiques sur des cautionnements consentis en garantie de financements annulés

[494] L. Aynès/P. Crocq, §679 n. 62: "*l'hypothèque survit à la nullité du prêt, qui laisse subsister l'obligation de restituer. L'exception au principe de l'accessoire n'est qu'apparente*".

[495] Observations de L. Aynès sous Com., 2 nov. 1994, 92-14.487: Defrénois 1995, p. 262: "*l'obligation de restituer est la conséquence d'un fait: la remise des fonds* (…) *l'emprunteur doit restituer (comme d'ailleurs le dépositaire), non pas tellement parce qu'il s'y est obligé, mais en raison du fait qu'il a reçu les fonds. La convention a pour objet d'aménager l'obligation de restituer (terme, intérêts, clauses pénales …) et non de lui donner la force. L'annulation de la convention est dès lors sans effet sur cette obligation*", car "*l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable*" en dépit de son annulation. V. aussi, C. Sévely-Fournié (cité *supra*, n. 491), p. 27: "*en réalité, l'arrêt commenté ne consacre pas une exception à la règle de l'accessoire puisque ce n'est pas seulement l'accessoire qui survit, mais d'abord le principal, l'obligation initialement garantie. L'hypothèque n'est pas en effet un accessoire au contrat de prêt dans son ensemble mais à la seule obligation de restitution qui en résulte. Or, l'annulation n'anéantit pas l'obligation garantie, selon la Haute cour, elle la rend immédiatement exigible. L'accessoire n'est donc pas dépourvu de raison d'être du seul fait de la disparition du contrat de prêt, puisqu'il conserve précisément son support juridique. La survie de l'hypothèque se justifie par celle de l'obligation contractuelle garantie: accessorium sequitur principale*".

[496] *Contra*, C. Sévely-Fournié (cité *supra*, n. 491), p. 26: "*les deux obligations ont en effet la même raison d'être objective (la remise de la chose) et le même objet: la restauration de l'état antérieur par la réintégration des biens dans leur patrimoine d'origine. Mais on ne doit pas ignorer pour autant leur différence de nature. La première est contractuelle, la seconde légale*".

par la suite[497]. Or, ces solutions en matière de sûretés personnelles n'ont jamais été réservées aux garanties à première demande ou considérées comme le signe d'une singulière indépendance de régime revendiquée par le cautionnement. Cela vaut certainement davantage en matière hypothécaire.

101. ***Généralisation de la solution***. Le problème c'est que les arguments ci-dessus ne visent que les conventions de prêt, ou tout au plus, les contrats réels[498]. Ils ne sauraient, dès lors, justifier par eux-mêmes la fidélité accessoire des sûretés hypothécaires rattachées à d'autres opérations inefficaces et maintenues, le cas échéant, pour sécuriser la remise en l'état[499]. Or, c'est justement la solution retenue depuis quelque peu par l'art. 1.635 al. 3 C.civ.roum. Ce texte prévoit de manière générale que l'obligation de restitution consécutive à l'inefficacité de n'importe quelle convention "*bénéficie des sûretés constituées pour le paiement de l'obligation initiale*"[500]. De même, l'art. 1.352-9 C.civ. français énonce depuis la réforme de 2016 que "*les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme*". Ces textes entendent, ainsi, clairement, rattacher les garanties initiales aux obligations de restitution entrainées par l'anéantissement rétroactif des actes juridiques dont découlaient originairement les créances couvertes, quelle qu'en soit leur nature. Mais cette réaffectation implique dans ce cas un véritable changement du support initial sur lequel se greffaient les garanties, vu que la solution ne se limite plus aux contrats réels. Cela complique, dès lors, beaucoup plus les raisonnements au titre de la logique accessoire, visiblement reniée dans ces hypothèses. Sans doute que ni même les hypothèques indépendantes ne devraient pouvoir longtemps survivre à l'inefficacité de leur

[497] Com., 17 nov. 1982, 81-10.757: Bull. civ. IV nº 357; D. 1983.527, n. M. Contamine-Raynaud; JCP G 1984, II, 20216, n. Ch. Mouly et Ph. Delebecque - Com., 18 avril 1985, 83-15.559: Bull. civ. IV nº 114, p. 99 - Com., 13 juin 1989, 84-14.262: Bull. civ. IV nº 183, p. 121; Defrénois 1990, art. 34761 nº 23, n. L. Aynès - Civ. 1re, 25 mai 1992, 77-90-21.031: Bull. Civ. I, nº 154, p. 106; RTD civ. 1992, p. 799, n. M. Bandrac - Civ. 1re, 1 juil. 1997, 95-12.163: Bull. Civ. I, nº 219, p. 146; D 1998.32, n. L. Aynès. V. aussi, L. Aynès/P. Crocq, §130.

[498] V. en ce sens C. Sévely-Fournié (cité *supra*, n. 491), p. 26: "*on a pu justifier la survie de l'obligation de restitution sur le caractère réel du prêt*".

[499] L. Aynès/P. Crocq, §679 n. 62: "*centrée sur la nature particulière de l'obligation de restituer inhérente au prêt, la règle ne semble pas pouvoir être étendue aux restitutions consécutives à l'annulation d'un autre contrat*".

[500] «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 1.635.

rapport fondamental. En effet, le créancier initial est obligé de s'en dessaisir sur demande du propriétaire, en exécution de ses obligations abdicatives[501]. Mais ce dessaisissement ne vient lui-même justement plus en conséquence du suivi accessoire, puisqu'il repose sur la volonté du bénéficiaire. Qui plus est, la règle ne vise pas que les hypothèques, mais toutes les sûretés, réelles comme personnelles, consenties pour sécuriser les conventions. Il convient néanmoins de démontrer que ni même cette généralisation de la solution en droit positif ne caractérise pas uniquement les hypothèques indépendantes.

102. ***Obligations subsidiaires rattachées au principal***. Pour éviter toute incohérence accessoire dans ces hypothèses, il suffit de redéfinir le principal en référence auquel les garanties visées par les textes ci-dessus pourront maintenir, malgré tout, leur structure accessoire. Ce principal correctement identifié ne saurait sans doute pas se limiter à la couverture de la créance initiale, telle qu'indiquée par les parties à la convention constitutive[502]. La sûreté devrait ainsi se considérer également rattachée en subsidiaire aux obligations de restitution impliquées par la nullité de la première créance, elles-mêmes mises à la charge de l'ancien débiteur[503]. La logique accessoire se trouve dans cette perspective réconfortée, car ses expressions se vérifient alors, quand même, par rapport à cette affectation flottante censée couvrir le principal ainsi amplifié.

103. ***Rattachement progressif ou cumulatif***. À suivre cette lecture, la seule question qui reste à se poser est de savoir si le rattachement subsidiaire aux obligations liées à la remise en l'état se retrouve, dès le début, intellectuellement compris dans la structure de la garantie ou bien procède plutôt de modifications ultérieures au niveau de cette dernière, au cours de son existence. Dans le contexte de cette section, ce problème intéresse seulement parce que la solution du rattachement subsidiaire, en cours d'existence, présume la nature impérative de la

---

[501] V. *supra*, §34.

[502] *Comp.*, la solution similaire en matière de cautionnement, L. Aynès/P. Crocq, §130: "*il suffit alors que demeure une obligation principale, de même nature que l'obligation cautionnée, pour que le cautionnement conserve sa vigueur*".

[503] En ce sens que la solution confirme la pluralité des obligations garanties, C. Sévely-Fournié (cité *supra*, n. 491), p. 28: "*on reconnaît la dualité des obligations, mais alors l'obligation consécutive à l'annulation n'est pas l'obligation initialement garantie*". V. aussi, notes de Ch. Mouly et Ph. Delebecque sous Com., 17 nov. 1982, 81-10.757: JCP G 1984, II, 20216.

réaffectation réalisée de droit pour sécuriser la remise en l'état. Cela signifie que les parties à l'acte constitutif ne pourraient y déroger. Mais il semble plus légitime de considérer que la sûreté se rattache implicitement dès sa création non seulement à la créance initiale, mais aussi aux obligations subsidiaires liées à l'inefficacité de celle-ci. Au moins en termes formels, la solution contraire compromettrait l'unité conceptuelle de la sûreté, car cette dernière ne saurait, sauf à se démultiplier intellectuellement, voir varier la sphère de ses obligations couvertes. Cet argument sera plus largement développé dans la section suivante, par rapport au rechargement comme technique de réaffectation[504]. Sur un plan plus pratique par ailleurs, la solution du rattachement implicite originaire se rapprocherait à celle retenue dans le domaine du cautionnement. En ce qui concerne ce dernier en effet, il ne fait aucun doute que les parties peuvent écarter par convention, dès le début, la couverture subsidiaire des potentiels remboursements consécutifs à l'inefficacité du principal[505]. Il reste seulement de constater que la complexité acquise par le principal de référence dans cette perspective rend les garanties visées flottantes, parce qu'elles sont censées sécuriser un ensemble de créances. Mais cela ne contredit pas leur fidélité accessoire, une fois correctement identifiées toutes les obligations couvertes[506]. Dans ce contexte en effet, rien n'interdit de considérer que la sûreté ne servira que pour assurer le recouvrement du principal ainsi que, le cas échéant, des potentielles obligations de restitution. Elle échapperait ainsi à la qualification de garantie autonome. Un raisonnement similaire confirme également la fidélité des hypothèques censées persister en dépit de la prescription extinctive du principal.

B. Reliquat de la créance prescrite

[504] V. *infra*, §125.

[505] L. Aynès/P. Crocq, §130: "*si la caution n'a pas limité son engagement, elle est en principe tenue des restitutions consécutives à l'annulation du contrat principal* (…) *seule une convention contraire permettrait d'en limiter le jeu*". V. aussi, notes de Ch. Mouly et Ph. Delebecque sous Com., 17 nov. 1982, 81-10.757: JCP G 1984, II, 20216.

[506] V. *supra*, §31.

104. ***Prescription de la dette***. Auparavant, en vertu de l'art. 2.488 al. 4 C.civ.[507], les juges français retenaient constamment la déchéance des hypothèques, lorsque la créance garantie était atteinte de prescription extinctive[508]. Toutefois, une lecture plus attentive de cette disposition révèle que sa lettre vise, de manière assez laconique, strictement la "*prescription*" comme cause de disparition de la garantie. Or, il est également possible de considérer que ce texte concerne seulement la prescription acquisitive, lorsque ses conditions se réalisent au profit du propriétaire. Mais une interprétation contraire de la disposition prévalait jusqu'à peu. Elle était justement en ce sens que la prescription de la dette éteint par contrecoup la sûreté aussi[509]. Or, un arrêt récent, prononcé le 19 février 2015, par la Cour française de Cassation, retient, inversement, la persistance des hypothèques, malgré la prescription du principal[510]. L'art. 2.504 al. 1 C.civ.roum., pour sa part, prévoit depuis quelque temps déjà la même solution. Seulement, le texte ne se limite pas, comme la décision française précitée, aux cas en lesquelles les immeubles hypothéqués se trouvent entre les mains des tiers détenteurs. Il concerne tous les propriétaires, y compris le garant pour autrui ou le débiteur principal qui affecterait ses propres biens[511]. Mais il est plus important de noter qu'en dépit de ces différences au niveau

---

[507] Selon ce texte, "*les privilèges et hypothèques s'éteignent* (…) *par la prescription. La prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilège. Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit: dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où ce titre a été publié au fichier immobilier. Les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur*".

[508] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1107. V. par ex. Civ., 25 avril 1826: Journ. not. et av. 1826, p. 161.

[509] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1113; C. Aubry/C.-F. Rau, §293; G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, §§2272-2275; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XIII par E. Becqué, §1326; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §571; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §386; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §457; Observations de P. Crocq sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: D. 2015.1810.

[510] Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: Bull. civ. II nº 48, p. 41; D. 2015.964, n. Ph. Théry; D. 2015.1339, obs. A. Leborgne; D. 2015.1810, obs. P. Crocq; JCP N 2015, p. 1149, n. crit. C. Brenner; JCP G 2015, I, 496, obs. crit. V. Brémond, JCP 2015, I, 604 obs. L. Lauvergnat; RTD civ. 2015, p 652, obs. W. Dross; RD banc. fin. 2015, p. 95, n. S. Piedelièvre.

[511] Selon ce texte, "*la prescription du droit d'agir relatif à la créance principale n'entraîne pas l'extinction du droit à l'action hypothécaire. Dans ce dernier cas, le créancier hypothécaire peut saisir, dans les conditions de la loi, uniquement les biens meubles ou immeubles grevés d'hypothèque*"*:* «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.504. Il ajoute aussi que la saisie aura lieu seulement "*jusqu'à la valeur de ces biens*". Mais la condition semble redondante, tant que le propriétaire répond de toute façon uniquement avec les choses spécialement affectées. Elle limiterait jusqu'au

des détails, ces deux solutions nationales répudient de manière similaire la logique du suivi accessoire. En effet, la doctrine française n'a pas tardé à critiquer cette décision, précisément pour avoir méconnu l'opposabilité par principe des exceptions dans les éventuelles saisies entamées contre l'immeuble affecté[512]. Ce même argument avait, d'ailleurs, vainement été invoqué par le créancier de l'espèce dans ses plaidoiries devant la Cour de Cassation[513]. Les commentateurs ont, dès lors, prévisiblement accusé la solution ainsi prononcée de renvoyer plutôt au comportement spécifique des hypothèques indépendantes[514]. Justement, le régime du cautionnement ne connaît pas une solution similaire[515], laquelle aurait tempéré, par une éventuelle analogie, les incohérences accessoires imputées à la décision. Toutefois, il convient de démontrer que cette persistance de la garantie, apparemment irrationnelle aux yeux de la logique accessoire[516], ne représente pas une manifestation nécessaire des hypothèques indépendantes proprement dites[517]. Ainsi, la prescription supprime seulement la force exécutoire du principal transformé en obligation naturelle. Il ne l'empêche donc pas de toujours partager son *debitum* avec la garantie. Cette résistance des hypothèques à la prescription de la dette se retrouvait par ailleurs déjà comme solution dans l'Ancien droit, au sein de quelques

plafond incertain de la valeur réelle des biens la somme touchée par le créancier hypothécaire. Cette disposition s'inspire de l'art. 216 al. 1 B.G.B., qui est mieux formulé. V. *infra*, §160 n. 788.

512 Note de Ph. Théry sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: D. 2015.964; observations de P. Crocq sous le même arrêt: D. 2015.1810; note critique de C. Brenner sous le même arrêt: JCP N 2015, p. 1149; observations critiques de V. Brémond sous le même arrêt: JCP G 2015, I, 496; observations de W. Dross sous le même arrêt: RTD civ. 2015, p 652.

513 Selon les demandeurs au pourvoi justement, "*le créancier qui exerce l'action hypothécaire ne saurait avoir plus de droits contre le tiers détenteur que contre le débiteur principal*".

514 Observations critiques de V. Brémond sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: JCP G 2015, I, 496; observations de W. Dross sous le même arrêt: RTD civ. 2015, p 652.

515 L. Aynès/P. Crocq, §258.

516 Note de P. Crocq sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: D. 2015.1810, qui cite Troplong, selon lequel "*si la prescription [il s'agit cette fois de la prescription extinctive de la créance garantie] a éteint l'obligation personnelle et l'action qui en découle, l'action hypothécaire sera éteinte par contrecoup. L'hypothèque étant l'accessoire de l'obligation personnelle, doit nécessairement tomber avec celle-ci. Sans cela on rentrerait dans les principes peu rationnels de la loi Cùm notissimi*". Sur la *loi Cùm notissimi*, v. aussi *infra*, §160.

517 V. par ex. Ch. Mouly (cité *supra*, n. 53), §105. V. aussi, note de S. Piedelièvre sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: RD banc. fin. 2015, p. 95, qui approuve les considérants de la décision.

parlements. La règle était héritée du droit romain, qui faisait survivre la garantie dix années supplémentaires après la prescription du principal[518].

105. ***Recours contre le débiteur principal.*** Les critiques contre l'arrêt précité visent aussi la situation pénible du tiers détenteur[519]. Celui-ci se voit, en effet, contraint de payer la dette pour éviter la saisie, mais sans pouvoir se retourner par la suite contre le débiteur principal. Il ne profiterait effectivement pas de la subrogation légale[520], car celle-ci ne le ferait bénéficier que de la créance prescrite[521]. Toutefois, cette impossibilité de se retourner contre le debiteur principal ne compromet pas la légitimité technique de la solution. D'abord que cet argument ne reflète de toute façon pas comme tel un problème au niveau de la logique du suivi accessoire. Il repose plutôt sur les conséquences inopportunes de la solution pour le tiers détenteur. Mais ce dernier ne se trouve, de toute façon, pas complètement démuni, car il bénéficie au moins du recours en éviction contre le vendeur ou le propriétaire antérieur, si celui-ci ne l'a pas informé de la garantie hypothécaire constituée sur la chose transmise[522]. Des problèmes apparaissent uniquement si la solution viendrait à s'appliquer par analogie aussi aux garanties consenties dès le début pour autrui, car il ne saurait là y avoir un recours pour éviction. Cela confirme seulement la nécessite de faire même les garants pour autrui bénéficier de certains recours à part contre le débiteur, comme ceux accordés à la caution, en plus de celui déjà tiré

---

[518] Note de P. Crocq sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: D. 2015.1810, en ce sens que les rédacteurs du Code civil, par son actuel art. 2.488, souhaitèrent spécifiquement se délimiter de la prescription séparée prévue par la *loi Cùm notissimi* et reprise dans l'Ancien droit au sein de plusieurs parlements. V. aussi J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1107, qui citent Pothier; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XIII par E. Becqué, §1313; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §564. V. *infra*, §159.

[519] Le terme semble impropre, car il vise les tiers acquéreurs de la chose: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1158.

[520] Le tiers acquéreur qui paie la dette bénéficie de la subrogation légale: A. Aynès, §11; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1563, 1586; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XIII par E. Becqué, §§1179-1180; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §§319 et 333; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §531.

[521] Note de Ph. Théry sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: D. 2015.964; observations de A. Leborgne sous le même arrêt: D. 2015.1339; observations de P. Crocq sous le même arrêt: D. 2015.1810; note critique de C. Brenner sous le même arrêt: JCP N 2015, p. 1149; observations critiques de V. Brémond sous le même arrêt: JCP G 2015, I, 496.

[522] M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §1577; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1584. V. aussi, sur les circonstances spécifiques de la décision du 19 février 2015, note de Ph. Théry sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: D. 2015.964 et observations de W. Dross sous le meme arrêt: RTD civ. 2015, p 652.

de la subrogation légale[523]. Mais la légitimité de la solution retenue par les juges français et dans les dispositions roumaines précitées doit surtout se vérifier au titre des incohérences accessoires qu'elle semble entrainer. Précisément, les hypothèques indépendantes ne se trouvent elles-mêmes aucunement affectées par la prescription de la créance, vu l'inopposabilité par principe de toute exception qui met en cause la situation de la créance couverte[524]. Force est, néanmoins, d'observer qu'inversement, ce résultat ne suppose pas que la structure de la sûreté abjure toute référence intellectuelle au principal. En effet, la prescription ravale sans doute les créances au niveau des obligations naturelles, "*dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu et qui ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement*"[525], pour reprendre les paroles de Pothier. Cela n'affecte cependant ni leur étendue, ni leur existence.

106. ***Persistance du debitum***. Il est clairement possible d'accorder droit de saisie au titre de l'hypothèque, malgré la prescription extinctive de la dette, sans renier pour autant la nature accessoire proprement dite de la sûreté. À cet effet, il n'est pas même nécessaire de compliquer ou autrement démultiplier la définition du principal de référence. L'obligation naturelle en tant que reliquat de la dette prescrite n'est en effet qu'une autre facette du rapport originaire d'obligation. C'est seulement la créance initiale, privée de sa force exécutoire. Mais, du reste, il s'agit d'une seule et même prestation concrète, le *debitum*, selon la délimitation dualiste[526]. En effet, le *debitum* n'est pas atteint par la prescription extinctive de la dette, qui supprime uniquement son *obligatio*, comme droit de contrainte étatique pour en obtenir l'exécution[527]. Or, la nature accessoire des sûretés suppose pour celles-ci seulement de partager le *debitum* du principal, non pas également son *obligatio*. L'*obligatio* des garanties accessoires peut aisément rester autonome, car la logique accessoire ne suppose pas l'opposabilité par principe des obstacles qui

[523] V. *infra*, §158.

[524] V. *supra*, §24.

[525] Pothier, cité par A. Egger, p. 24.

[526] A. Egger, pp. 15-26.

[527] V. déjà, C. Dauchez, §87: "*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*".

affecteraient seulement la force exécutoire de la créance, non pas également la substance même de celle-ci. Sinon, par exemple, la suspension des poursuites dans les procédures collectives contre le débiteur principal devrait, en règle générale, profiter y compris à la caution de la personne en faillite. Mais tel n'est justement pas le cas dans la pratique des procédures collectives[528]. Il existe sans doute des exceptions textuellement prévues pour les cautions et les constituants de sûretés réelles pour autrui, dans les deux cas, lorsqu'ils interviennent en tant que personnes physiques[529]. Ceux-ci bénéficient ainsi eux aussi de cette suspension, accordée à titre principal au debiteur en faillite. Mais le fait que des dispositions explicites aient été requises à cet effet conforme, inversement, le principe que, du reste, la procédure collective subie par le debiteur principal ne suspend pas les poursuites contre les garants[530], ou les tiers acquéreurs de la chose[531]. Or, cela reflète fidèlement l'autonomie de l'*obligatio* dans la structure des garanties respectives.

107. ***Hypothèque pour le compte de la dette prescrite***. Toutefois, dans le contexte des garanties hypothécaires, ce n'est pas même nécessaire de justifier la solution par une analogie avec la théorie dualiste[532]. En effet, les hypothèques peuvent facilement être censées couvrir y compris la dette naturelle en laquelle se transforme la créance par voie de prescription extinctive[533]. Sinon, le propriétaire serait considéré comme ayant affecté son immeuble seulement à condition que la créance puisse recevoir exécution forcée. Mais la structure de l'affectation couvre

---

[528] L. Aynès/P. Crocq, §132.

[529] Laurent Aynès/Claire-Anne Michel, *Mise en œuvre du cautionnement*, dans Laurent Aynès/Pierre Crocq/Philippe Delebecque (coord.), «Le Lamy. Droit des sûretés», Coll. Lamy Droit Civil, Lamy, Paris, 2018, §120-21; A. Aynès, §3.

[530] V. not. Com., 16 fév. 1993, 90-19.979: Bull. civ. IV n° 58, p. 39; Defrénois 1993, art. 35617 n° 95, n. L. Aynès. Sous la loi du 13 juillet 1967, les créances non déclarées au syndic étaient considérées éteintes: Com., 17 juil. 1990, 88-15.630, 89-13.138, 89-13.439: Bull. civ. IV n° 214 et 215, pp. 147-148; D. 1994.494, obs. A. Honorat. V. également H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §364-1. Cette extinction impose la chute par accessoire des sûretés rattachées: L. Aynès/P. Crocq, §132; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1108. Mais la différence de solutions se justifie. En effet, cela supprime directement le *debitum* du principal, qui donne la mesure du cautionnement, non seulement son *obligatio* spécifique. V. aussi Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, §17.

[531] G. Amlon, §71.

[532] Contre cette analogie, v. par ex. observations de W. Dross sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: RTD civ. 2015, p 652.

[533] Observations de W. Dross sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: RTD civ. 2015, p. 652.

certainement l'existence toute entière du principal et ne se limite pas à sa force exécutoire. Dans cette perspective, même après la prescription de la dette, l'hypothèque saurait de toute façon uniquement servir au créancier pour récupérer ce qui reste dû au titre du principal et ne viserait pas à intervenir pour le compte d'une quelconque autre prestation[534]. Cela ne traduit donc pas obligatoirement un comportement spécifique aux engagements autonomes. Rien n'empêche, en effet, de considérer que le propriétaire qui rembourse volontairement la créance prescrite provoque, par cela, l'extinction automatique de la sûreté, restée ainsi entièrement fidèle à sa nature accessoire. En tout cas, cela ne représente certainement pas une manifestation nécessaire des hypothèques indépendantes.

108. ***Accès direct nécessaire sur l'assiette.*** La mise en œuvre des prérogatives hypothécaires après la prescription de la dette surprend néanmoins aussi d'un autre point de vue. Elle suppose indiscutablement acquise la possibilité de saisir l'immeuble directement au titre de la garantie hypothécaire, sans l'entremise de la créance, prescrite par hypothèse, et plus particulièrement de sa force exécutoire. Cela concrétise précisément le caractère autonome de son *obligatio*, par analogie avec la thèse dualiste. En effet, le droit de saisir les immeubles affectés malgré la prescription de la dette reflète l'existence d'une action hypothécaire que le créancier pourrait utiliser en parallèle à l'action personnelle[535]. Cette action révèlerait ainsi son visage, précisément en des telles hypothèses-limites. Le chapitre suivant confirmera, toutefois, que ce droit autonome de saisie ne trahit pas en lui-même une négation du caractère accessoire[536]. Des raisonnements similaires confirment par ailleurs la compatibilité accessoire de certaines autres solutions apparemment rapprochées à l'environnement règlementaire des hypothèques indépendantes. Il en va ainsi dans une situation ponctuelle en laquelle la doctrine admet que se produisent les effets spécifiques des hypothèques sur soi-même, ainsi que pour les

---

[534] A.-A. Moise, p. 527.

[535] Sur la physionomie réelle de l'action hypothécaire: H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §232; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §286; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1588; Radu Rizoiu, *O fantomă bântuie Noul Cod civil: Acțiunea ipotecară*, RRDP nr. 4/2018, pp. 244-286. Sur cette même notion en droit romain: Friedrich Carl von Savigny, «Le droit des obligations. Tomes I et II», Réédition de la seconde édition de 1873, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de Droit et de Sciences Sociales, L.G.D.J., Paris, 2009, pp. 28 et 52; Constantin Ştefan Tomulescu, «Drept privat roman», Tipografia Universității din București, 1973, p. 266. V. *infra*, §146 et s.

[536] V. *infra*, §145.

règles roumaines qui conditionnent l'extinction de la sûreté par sa radiation du registre immobilier.

109. ***Hypothèque accessoire sur soi-même***. Les hypothèques sur soi-même semblent utiles exclusivement afin de justifier la possibilité du propriétaire qui rembourse les obligations couvertes par une garantie autonome de faire parvenir cet instrument entre ses mains[537]. Du reste, il serait inutile pour lui d'y avoir recours dès le début, sans avoir un quelconque financement en perspective[538]. Mais ni même la constitution initiale d'une hypothèque sur soi-même ne devrait en elle-même contredire les références au principal dans la structure de la garantie. Rien n'empêche de considérer que l'affectation originaire d'une hypothèque sur soi-même suivra fidèlement, par la suite, le destin de la créance, une fois qu'elle s'y trouvera rattachée[539]. C'est, par exemple, le mécanisme de la cédule hypothécaire suisse. Avec cet instrument, la garantie immobilière reste l'accessoire de l'engagement personnel compris dans la cédule, qui lui seul prétend à l'autonomie de régime. La disparition de cet engagement personnel autonome par paiement se répercutera automatiquement sur la sûreté réelle, qui s'éteindra elle aussi, même lorsqu'elle aurait débuté comme hypothèque sur soi-même entre les mains du propriétaire. De même, la jurisprudence française permet au propriétaire qui paie la dette, sans en être le débiteur principal, de prétendre au rang conféré par l'hypothèque[540]. Cela lui permet de primer les créanciers subséquents inscrits sur la garantie hypothécaire remboursée, lorsqu'ils saisiront eux-mêmes son immeuble. Or, cette solution entraine des conséquences similaires à celles qui se déduiraient

---

[537] V. *supra*, §79.

[538] V. par ex., E. van den Haute, §153, selon lequel la garantie sur soi-même ferait exception à sa dépendance accessoire.

[539] En droit allemand, le propriétaire devient bénéficiaire de l'hypothèque sur soi-même si la créance garantie ne prend pas valablement naissance, ainsi que progressivement au fur et à mesure des remboursements au titre de celle-ci, selon l'art. 1.163 al. 1 B.G.B. Or, l'*Hypothek* accessoire semblerait ainsi devenir plutôt indépendante, car elle persiste malgré la chute des créances rattachées: L. van Vliet, p. 161. Mais ce n'est pas vrai, car la loi transforme alors automatiquement l'hypothèque en dette foncière sur soi-même. Ainsi, selon l'art. 1.177 B.G.B., chaque fois que l'hypothèque parvient entre les mains du propriétaire, celle-ci devient une dette foncière sur soi-même: W. Brehm/C. Berger, §16.42 et §17.126; F. et J. Baur/R. Stürner, §38.90; Manfred Wolf, «Sachenrecht», 23. Auflage, Grundrisse des Rechts, Verlag C.H. Beck, 2007, §691.

[540] Civ., 12 fév. 1900: D.P. 1902, I, 177 n. P. de Loynes; Journ. not. et av. 1900, p. 606 - Civ., 29 janv. 1902: D.P. 1902, I, 159; S. 1904, 1, 233 n. É. Féron; Journ. not. et av. 1902, p. 359. V., pour une solution similaire en droit roumain, R. Rizoiu, pp. 85-86, en application de l'art. 1.625 al. 2 C.civ.roum.

de la reconnaissance d'une hypothèque sur soi-même dans cette situation spécifique[541]. Il demeure néanmoins possible de concilier ce résultat avec la fidélité accessoire proprement dite de la sûreté. Cela suppose simplement de considérer que le propriétaire bénéficiera de la préférence ainsi acquise contre les créanciers subséquents dans la stricte mesure de la créance garantie, ou de ce qu'il en restait avant le remboursement, non pas pour une prestation distincte.

110. ***Survie des hypothèques jusqu'à la radiation***. Les mêmes observations valent pour les règles qui conditionnent la disparition des hypothèques par leur radiation du registre immobilier, telles que prévues dans l'art. 885 al. 2 C.civ.roum., inspiré des systèmes constitutifs de publicité[542]. Cette disposition paraît contraire, comme telle, à la logique du suivi accessoire. Elle implique, à son tour, la survie des hypothèques à la disparition de la créance principale. Mais comme dans les autres cas ci-dessus, rien n'oblige d'y voir la concrétisation nécessaire des garanties indépendantes. La règle tient debout, même si la sûreté conserve sa nature accessoire proprement dite. Elle ne doit effectivement pas aller jusqu'à garantir aux éventuels cessionnaires de la sûreté, le montant déclaré de la créance hypothécaire. Il suffit de considérer qu'elle se limite à protéger ces derniers contre les renonciations ou les autres opérations antérieures relatives à la sûreté qui n'ont pas été régulièrement inscrites au registre de publicité immobilière. Dans cette lecture, la garantie restera passive après le remboursement du principal, car n'importe quel cessionnaire devra de toute façon consentir à sa radiation[543]. Cela ne poserait problème que si la sûreté ne se contenterait pas d'attendre sa disparition, mais envisagerait des potentielles réaffectations au profit de nouvelles créances, indéterminées au moment de la constitution. Les incohérences

---

[541] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1064-1065; C. Mouly, §127.

[542] Selon ce texte, *"les droits réels sont perdus ou s'éteignent seulement par leur radiation du livre foncier, avec le consentement du titulaire donné par acte authentique notarial. Ce consentement n'est pas nécessaire lorsque le droit s'éteint par l'échéance du terme indiqué dans l'inscription ou par le décès ou par disparition de la personnalité juridique du titulaire, lorsque ce dernier était une personne morale":* «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 885. V. aussi, A.-A. Moise, pp. 531-534; M. Nicolae, p. 288 n. 1, selon lequel pour les hypothèques, la publicité foncière devient ainsi constitutive ou quasi-constitutive de droits dans le système roumain.

[543] Dan Constantin Tudorache, *Imposibilitatea translaţiei garanţiei, constituită prin contractul de ipotecă, în cazul contractelor de credit autonome*, RD nr. 7/1998, pp. 37-40.

accessoires qui en découlent se localisent alors, néanmoins, directement au niveau de cette réaffectation, qui sera traitée par la section suivante.

111. ***Conclusion de section. Simple redéfinition du principal.*** Les infidélités accessoires ci-dessus recensées peuvent, en fin de compte, trouver une explication juridique convenable, sans présupposer une autonomie structurelle de l'hypothèque, similaire à celle des garanties indépendantes. Il suffit de correctement identifier le principal en référence auquel se vérifieront par la suite les équations accessoires. Ce principal de référence continue, de toute façon, souvent de correspondre à l'obligation expressément visée par l'acte constitutif de la sûreté. Par exemple, le fait que celle-ci n'ait pas encore pris naissance et que son avènement demeure incertain lors de la constitution de la garantie ne change rien au niveau de la logique accessoire. Cela vaut aussi pour la survie de l'hypothèque à la nullité des conventions de prêt. La sûreté sécurisera en effet sans problème la restitution du capital, parce qu'il s'agit en fait de la même obligation, qui trouve sa source non pas dans le contrat annulé, mais dans la remise matérielle des fonds. Cela ne compromet dès lors pas sa fidélité accessoire. De même, la prescription extinctive de la créance garantie atteint seulement sa force exécutoire. Or, rien n'empêche les hypothèques de survivre, malgré cette prescription, afin d'assurer le recouvrement du *debitum* qu'elles continuent précisément de partager avec le principal, désormais réduit à une obligation naturelle. Du reste, la plupart des autres incohérences accessoires envisagées se tempèrent par une simple redéfinition du principal, de manière à lui faire intégrer certaines obligations subsidiaires. Ainsi, les hypothèques ne deviennent pas indépendantes du seul fait qu'elles persistent pour sécuriser les restitutions consécutives à l'inefficacité des contrats, autres que le contrat de prêt qui se trouve dans la situation spécifique ci-dessus mentionnée. Cela signifie simplement que la sûreté viendra en fait garantir un ensemble de créances, c'est-à-dire non pas uniquement celle visée dans son acte constitutif, mais aussi, celles le cas échéant impliquées par la remise en l'état. Il reste donc de vérifier si cette apparence de stabilité se confirme aussi dans les opérations qui réalisent une réaffectation conventionnelle des hypothèques au profit de créances ultérieures qui demeurent indéterminées lors de la constitution. Ces opérations rendent problématique toute tentative de correctement définir le rattachement compris dans la structure accessoire de la sûreté.

Section 2. Instabilité du rapport fondamental

112. ***Changement de support.*** Le droit français, tout comme son homologue roumain, admet certaines opérations qui réalisent la réaffectation des hypothèques au profit de créances différentes par rapport à celles initialement mentionnées dans l'acte constitutif. C'est déjà le cas du rechargement[544], du mécanisme similaire prévu en droit roumain, ainsi que du maintien convenu de l'hypothèque rattachée à la créance initiale lors de sa novation. Mais cela concerne apparemment aussi les transmissions à titre principal de la sûreté, qualifiées de *subrogations à l'hypothèque* par l'art. 2.424 al. 1 C.civ.[545] et validées également par le droit roumain au titre des articles 2.358 al. 1[546] et 2.427 al. 1 C.civ.roum.[547]. A priori, les transmissions à titre principal de la sûreté contredisent déjà la logique accessoire, du simple fait qu'elles dissocient, au niveau des sujets actifs, créancier initial et bénéficiaire de la sûreté[548]. Dans ce cas, l'hypothèque ne suit effectivement plus la créance, qui reste par définition entre les mains de son premier titulaire. Mais cette opération attire l'attention ici surtout parce qu'elle semble réaliser une véritable réaffectation de la sûreté, par la création de rapports spécifiques entre celle-ci et la deuxième créance, celle à laquelle la transmission devrait bénéficier[549]. En effet, il semble que le nouveau titulaire de la garantie pourra s'en prévaloir seulement dans la mesure

---

[544] V. plus largement *infra*, §123.

[545] *Selon ce texte,* "*le créancier hypothécaire peut subroger un autre créancier dans l'hypothèque et conserver sa créance*". V. déjà, Cass. req., 31 janv. 1883: D. 1883, 1, 316; S. 1884, 1, 321; Journ. not. et av. 1883, p. 202; J. Viatte, pp. 513-514; A. Colin/H. Capitant, pp. 900-906; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §1366; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §533; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, §217. Sur la transmission à titre principal de l'hypothèque dans le système roumain, v. not. R. Rizoiu (cité *supra*, n. 60), p. 237; L. Pop (cité *supra*, n. 58), pp. 436-441; V. Pătulea (cité *supra*, n. 60), pp. 66-67; A.-A. Moise, p. 461 et s. La transmission autonome de la garantie se différencie par son objet des simples opérations qui portent sur le rang acquis par l'hypothèque, lors de son inscription: A.-A. Moise, pp. 483-486; L. Aynès/P. Crocq, §698. V. aussi Civ. 3ème, 23 janv. 1973, 71-14.197: Bull. Civ. III, nº 69, p. 51; D. 1973.427, n. Franck; JCP G 1973, II, 18032, n. Bez.

[546] Ce texte prévoit que: *"le droit d'hypothèque ou son rang peut être cédé indépendamment de la créance garantie, uniquement lorsque le montant garanti par hypothèque est mentionné dans l'acte constitutif":* «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.358.

[547] Selon la premiere proposition de ce texte, *"le créancier hypothécaire peut céder à un créancier chirographaire l'hypothèque de sa créance hypothécaire":* «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.427.

[548] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1087.

[549] En ce sens, v. par ex. R. Rizoiu, p. 455.

nécessaire pour récupérer son dû[550]. Cela signifierait que la sûreté n'est transmise que pour les besoins de sécuriser le recouvrement d'une quelconque créance subséquente, déterminable dans le patrimoine de son nouveau bénéficiaire. De plus, il n'existe aucune raison pour empêcher, par la suite, une rétrocession de cette même hypothèque au premier créancier. Or, celui-ci pourrait ainsi la rattacher lui-même à l'obligation de son choix, comme n'importe quel autre potentiel cessionnaire de cet instrument[551]. Cela refléterait donc une certaine liberté dans la mise en œuvre des prérogatives qui en découlent, identique à celle formellement accordée par une hypothèque indépendante. Dès lors, les problèmes posés par la transmission à titre principal de la sûreté aux yeux de la logique accessoire seront ici surtout débattus au vu du changement de support que cette opération semblerait entrainer[552], a priori presqu'identique à celui accompli par rechargement ou novation, comme procédés alternatifs de réaffectation[553]. C'est inquiétant à cet égard également parce que le propriétaire n'a pas à consentir ou à autrement ratifier la transmission à titre principal, ni en droit français, ni dans le système roumain, car la garantie reste toujours entre les mains de son créancier[554]. Mais là n'est pas la principale difficulté, car le consentement du propriétaire à la transmission ne suffirait de toute façon pas à confirmer la nature accessoire de la sûreté[555].

113. ***Instabilité du principal***. En termes intellectuels, il ne saurait effectivement pas être considéré qu'une telle réaffectation se limite à modifier, au fur et à mesure, le principal en référence auquel était initialement consentie l'hypothèque, laquelle

---

[550] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1096; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §616; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §377; C. Aubry/C.-F. Rau, §288.

[551] A.-A. Moise, p. 468.

[552] E. van den Haute, §158.

[553] C. Dauchez, §204.

[554] Bogdan Vișinoiu, *Consideraţii de drept comparat referitoare la transmiterea, transformarea şi stingerea ipotecii imobiliare*, dans Adriana Almășan (coord.), «In Honorem Corneliu Bârsan», Hamangiu/Revista Dreptul, București, 2013, p. 398. En sens contraire pour le régime roumain: A.-A. Moise, p. 467, mais cet auteur envisage la transmission comme une réaffectation réelle de la garantie au bénéfice de la nouvelle créance, ce qui le renvoie intuitivement à exiger le consentement du propriétaire. B. Maubru, §119 et §121, propose dans cette meme perspective que ces transmissions à titre principal dépendent du consentement du propriétaire, comme pour le maintien des hypothèques en cas de novation, au moins lorsqu'elles ne bénéficient pas simplement aux autres créanciers de celui-ci. Mais si la garantie tient par la suite le propriétaire toujours responsable strictement "*dans les conditions et les limites de l'affectation initiale*": *ibidem*, en signe de fidélité accessoire, son consentement à l'opération semble rationnellement inutile. V. *infra*, §115.

[555] V. *infra*, §133.

continuerait ainsi de manifester sa nature accessoire par rapport à chaque créance subséquente. En effet, ces opérations ne réalisent certainement pas que des simples modifications au niveau de la structure de la sûreté. Il en va plutôt de son essence même. Ce ne serait plus la même garantie, car un changement de cette ampleur remet visiblement en cause son unité comme engagement individuel du constituant[556]. En pratique par ailleurs, l'affirmation de cette unité structurelle n'aurait de toute façon rien de rassurant pour les créanciers subséquents, lorsqu'ils envisageraient de parier sur la fidélité accessoire du rattachement initial et sur une disparition concomitante de la sûreté, par voie de remboursement. Or, l'instabilité qui semblerait en découler au niveau de la structure de la sûreté complique les tentatives de correctement définir, pour ces hypothèses, le principal envers lequel celle-ci doit vérifier ses équations accessoires. Elle trahit plutôt la frivolité spécifique aux garanties autonomes[557]. La perspective de réaffecter l'hypothèque au service de nouvelles créances rend en effet assez problématique toute tentative de précisément situer le rapport fondamental dont la sûreté serait censée partager le *debitum*. Au moins en termes formels, son assiette ne répondra dès lors plus dans la stricte mesure de la créance initialement couverte, tant que l'affectation change si aisément de support.

114. ***Indétermination du principal***. Il est intéressant de noter que les effets concrets de la réaffectation interdisent de requalifier la sûreté hypothécaire visée par cette opération comme étant une garantie flottante, rattachée à un ensemble composé de toutes les obligations potentiellement couvertes. Une telle affectation flottante suppose en effet que les éléments définitoires de cet ensemble aient été préalablement précisés dans l'acte constitutif, de manière à ce que ses limites soient déterminables, tandis que la réaffectation proprement dite implique une identification subséquente des créances ultérieures de rattachement. Sans doute, il

---

[556] M. Grimaldi, §1: "*l'affectation hypothécaire d'un immeuble à la garantie de crédits successifs tempère sérieusement des principes aussi traditionnels que la spécialité de la sûreté* (…) *et son accessoriété*". *Contra*, dans le système roumain, v. not. A.-A. Moise, pp. 213 et 461 (nous traduisons): "*l'hypotheque demeure accessoire sans qu'elle doive obligatoirement se rattacher de sa naissance jusqu'à son extinction à la meme obligation* (…) *la nouvelle reglementation implique de ne plus considerer essentiel que le droit hypothecaire se trouve lié, de sa naissance jusqu'à son extinction, à la meme obligation*".

[557] Ş. Mircioiu (cité *supra*, n. 337), p. 484. V. également, A.-A. Moise, p. 213, n. 3, en ce sens que la cession autonome de l'hypothèque conduit plutôt à consacrer (nous traduisons) *"un caractère accessoire plus flexible, effectivement présent dans certaines figures juridiques du droit allemand, mais qui se retrouve aussi dans certains autres systèmes législatifs".*

ne résulte pas en termes formels qu'au vu de la perspective de réaffectation, l'immeuble répond nécessairement d'une prestation autonome, comme dans la structure des hypothèques indépendantes. Mais, nécessairement invariable afin de conserver son unité conceptuelle, la structure de la sûreté devrait faire en sorte pour que les principal vers lequel renvoient ses termes intellectuels parvient à couvrir toutes les obligations possibles. En effet, il n'y a pas vraiment de limites quant à la sphère des créances éventuellement garanties par voie de rechargement, ou qui profiteraient d'une transmission à titre principal[558]. Une transmission à titre principal pourrait en effet également intervenir au bénéfice des créanciers du titulaire actuel de la sûreté[559]. La perspective des transmissions successives à titre principal rend, dès lors, pratiquement illimité le cercle des potentiels cessionnaires. Mais alors, il n'y a plus vraiment aucune différence par rapport au *debitum* spécifique d'une garantie indépendante, car les équations accessoires ne peuvent intuitivement plus se vérifier. Même le rapport des Inspections générales des Finances et des Services Judiciaires, après avoir originairement proposé le concept des hypothèques rechargeables, aboutit sur le risque de requalification en garantie indépendante[560]. Or, cela signifierait que toutes les techniques censées réaffecter les hypothèques en garantie de crédits ultérieurs les rendent, au moins en termes logiques, équivalentes aux engagements indépendants. Il s'agit, néanmoins, de différencier ces mécanismes selon qu'ils réalisent une réaffectation réelle (***B***), ou seulement apparente de la sûreté hypothécaire (***A***). En effet, au vu de sa physionomie actuelle

---

[558] M. Grimaldi, §2: "*l'hypothèque rechargeable a vocation à garantir des créances dont l'acte ne dit rien, des créances encore inconnues, indéterminables, et ce sans distinction entre créances futures et créances présentes*".

[559] J. Viatte, p. 514; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §616; B. Maubru, §132.

[560] Inspection générale des Finances/Inspection générale des Services Judiciaires (cité *supra*, n. 69), p. 22: "*concevoir qu'une même garantie hypothécaire* (…) *consentie à titre initial pour une créance d'un montant déterminé puisse être affectée, sans nouvelle inscription et dans la limite du montant initial, à la garantie d'autres créances, nées de contrats de prêt postérieurs et distincts conclus entre les mêmes parties, porte atteinte au principe de spécialité, voir au caractère accessoire* (…) *prévoir que le crédit hypothécaire puisse être alors reconstitué sur la même hypothèque, conduit à reconnaître l'existence d'une garantie indépendante de celle d'une créance, ce qui porte atteinte à la cohérence actuelle du droit des sûretés*". *Idem*, p. 30: "*dans l'hypothèse où cette sûreté pourrait continuer à servir de garantie alors même que la créance pour laquelle elle a été constituée est éteinte, elle perdrait son caractère accessoire. Elle constituerait alors une garantie indépendante de type cédule hypothécaire* (...) *cette réforme dépasse largement le périmètre du crédit octroyé aux particuliers dans le but d'acquérir un bien immobilier ou mobilier*".

en droit français, la transmission à titre principal de l'hypothèque ne semble pas contredire le rattachement intrinsèque de cette dernière à la créance initiale.

A. Transmission à titre principal

115. ***Lien avec la créance initiale***. Selon une jurisprudence ancienne qui ne suscite désormais aucune contestation, alors même qu'elle parviendrait entre les mains d'autrui par transmission à titre principal, "*l'hypothèque demeure sous la dépendance de la créance du cédant*"[561]. Il se déduit, dès lors, que la sûreté continue de suivre l'obligation initiale dans sa chute par voie de remboursement intégral ou pour toute autre cause qui entrainerait sa disparition[562]. Or, cela signifie que la chose affectée par voie de garantie hypothécaire répond toujours uniquement pour le compte de cette créance originaire, envers laquelle continuent ainsi de se vérifier les équations accessoires[563]. Une fois celle-ci exécutée dans sa totalité, la sûreté disparaîtra elle aussi, justement en signe de réelle fidélité accessoire. Ces observations fournissent ainsi le traitement juridique nécessaire pour que la transmission à titre principal de la garantie ne rende pas celle-ci équivalente à une hypothèque indépendante. Il convient néanmoins de vérifier cette conclusion pour les hypothèses en lesquelles viendraient s'y juxtaposer aussi certaines autres incohérences accessoires de la sûreté.

116. ***Nullité ou prescription du principal***. La section précédente a identifié certaines solutions plus ou moins acquises en droit positif, en ce sens que les hypothèques pourraient survivre à la prescription extinctive ou à l'inefficacité

[561] Civ., 11 avril 1883: S. 1884, 1, 321; D.P. 1883, I, 316.

[562] Civ., 25 janv. 1853: S. 1853, 1, 423; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §614; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1097; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §988; J. Viatte, p. 513; B. Maubru, p. 196. De même dans le système roumain: B. Vișinoiu (cité *supra*, n. 554), p. 396. En sens contraire pour le régime roumain: A.-A. Moise, p. 465 n. 1, au motif que "*le droit comparé tend, inversement, à réduire la relation entre l'obligation initiale et la garantie*". Mais cela en ferait justement une hypothèque indépendante, au moins tant qu'elle échappe aux prévisions initiales du propriétaire. L'auteur admet dès lors que le propriétaire devrait consentir à la cession qui intervient au profit de personnes dont il ne se trouve pas lui-même débiteur, sans pour autant clarifier le rôle de ce consentement, vu que l'hypothèque se trouve à la disposition de son créancier: *idem*, p. 467.

[563] V. néanmoins, J. Viatte, p. 513. L'auteur propose une solution contraire pour justifier l'utilité de mentionner la transmission en marge de l'inscription initiale au registre foncier.

originaire de la créance garantie. Or, cette survie devrait logiquement intervenir même si la sûreté parvenait au préalable entre les mains d'autrui par voie de transmission autonome. Mais alors, la garantie n'est elle-même pas atteinte, par contrecoup, de tous ces vices, qui se limitent à toucher la dette initiale. Se pose alors le problème du destin de la sûreté, apparemment émancipée de son joug originaire. Les conclusions de la section précédente confirment cependant dans ces hypothèses aussi la nature accessoire de la sûreté, une fois acquis que son principal de référence comprend aussi les obligations subsidiaires de restitution ainsi que le devoir naturel d'exécuter la dette prescrite[564]. Même entre les mains d'autrui, l'hypothèque persiste alors uniquement pour sécuriser la restitution des prestations versées au titre des conventions annulées, le *debitum* de l'obligation naturelle ou les créances futures le cas échéant rattachées à une affectation précoce. Elle disparaitra coûte que coûte, une fois éteintes toutes ces prestations, sans qu'il y ait des lacunes dans l'équation accessoire. En termes d'opportunité, cette survie semblerait, par ailleurs, inutile dans les hypothèses de disparition intempestive de la créance initiale, vu que le maintien de la sûreté pour couvrir les prestations auxiliaires en question répond strictement aux intérêts du créancier initial.

117. ***Préférence délimitée par le montant initial***. L'autonomie conceptuelle de la somme pour laquelle est consentie l'hypothèque pourrait a priori poser problème dans les transmissions à titre principal de cette dernière. Mais il est quand même acquis en jurisprudence que la priorité dont jouira le nouveau titulaire de l'hypothèque pour sa propre créance ne dépassera pas la valeur actuelle de la dette originaire[565]. Pour les éventuelles différences de valeur, il interviendra seulement comme créancier chirographaire, voir ne pourra pas même les récupérer par saisie de l'immeuble affecté, si le propriétaire n'est pas également débiteur de la dette[566].

---

564 V. *supra*, §111.

565 Civ., 8 août 1894: D. 1895, 1, 236; Civ., 11 avril 1883: S. 1884, 1, 321; D.P. 1883, I, 316; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1097; J. Viatte, p. 513; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §614: "*s'il est du 1000 au cédant et 10000 au cessionnaire, le droit de préférence que le cessionnaire tient de l'hypothèque s'exercera seulement jusqu'à concurrence de 1000*"; C. Dauchez, §204.

566 Dans le système roumain: B. Vișinoiu (cité *supra*, n. 554), p. 396. En sens contraire pour le régime roumain: A.-A. Moise, p. 465 n. 1. Mais cela rendrait complètement autonome la garantie. V. *supra*, §115 n. 562.

En effet, le titulaire initial de la garantie n'aurait pu lui transmettre des droits plus étendus que les siens. Il s'agit aussi de protéger les créanciers subséquents qui avaient cru à l'étendue publiée de la préférence hypothécaire[567]. Mais ces motifs semblent inopérants si l'hypothèque se trouvait dès l'origine stipulée pour un montant supérieur, déconnecté de la créance initiale[568].

118. ***Affectation pour un montant supérieur***. La transmission à titre principal d'une hypothèque dont le montant convenu serait dès le début supérieur ou sans rapport avec la valeur du principal laisse supposer que son nouveau titulaire pourrait s'en servir jusqu'au niveau de la somme stipulée, même si cela ne correspondrait pas à la valeur actuelle de la créance initiale. Il n'exercerait alors a priori pas plus de droits que le titulaire initial, lequel jouissait lui-même d'une garantie plus étendue que nécessaire. Cela vaudrait d'ailleurs même s'il s'agissait tout simplement d'une somme plafond[569]. Les conséquences potentiellement néfastes pour les créanciers subséquents seraient alors légitimes, car inhérentes à la transmission d'un droit réel selon sa dimension régulièrement inscrite au registre immobilier. N'empêche que cela contredirait leurs attentes, s'ils avaient parié sur la disparition de la sûreté immobilière par remboursement du principal, par exemple en consentant des refinancements au propriétaire. Il semblerait alors justement plus réaliste de considérer que la garantie répudie dès l'origine son rattachement conceptuel à la dette initiale. Il s'agirait plutôt d'une hypothèque indépendante. Surtout, l'image d'émancipation qui s'ensuit ne présuppose pas même une hypothèque consentie pour une somme supérieure à la première créance. Dans tous les cas si le bénéficiaire de la transmission n'est pas en même temps créancier du propriétaire, ce dernier semble devenir responsable pour l'exécution d'une prestation supplémentaire, qui correspond au *debitum* de la nouvelle créance de rattachement. Même plus, si l'obligation initiale lui incombait aussi en tant que débiteur principal, il parait carrément tenu pour les deux. Mais il convient d'argumenter que la

---

[567] Civ. 3ème, 23 janv. 1973, 71-14.197: Bull. Civ. III, nº 69, p. 51; D. 1973.427, n. Franck; JCP G 1973, II, 18032, n. Bez - Cass. req., 31 janv. 1883: D. 1883, 1, 316; S. 1884, 1, 321; Journ. not. et av. 1883, p. 202: "*si l'hypothèque accessoire d'une créance peut en être séparée et faire l'objet d'une cession indépendante de la transmission de la créance elle-même* (…) *cette convention, licite entre eux, ne saurait nuire aux créanciers intermédiaires qui y sont restés étrangers*".

[568] V. *supra*, §91.

[569] V. *supra*, §92.

transmission aux tiers de l'hypothèque constituée pour un montant qui dépasse la créance initiale reste sans difficultés compatible avec la nature accessoire de la sûreté. Le propriétaire ne sera dès lors pas doublement tenu comme responsable et la préférence acquise restera toujours conditionnée par la valeur actuelle de la première créance.

119. ***Transmission aux tiers***. La transmission de l'hypothèque, non pas aux créanciers du propriétaire, mais à ceux de son premier titulaire intrigue sans doute la doctrine[570]. À juste titre, car la saisie interviendra dans cette hypothèse pour le compte d'une obligation à laquelle le propriétaire ne s'était lui-même aucunement engagé. La difficulté, en termes intuitifs, réside alors sans doute dans la perspective de voir la responsabilité du propriétaire apparemment se dédoubler à son insu[571]. Toutefois, tel n'est concrètement pas le cas[572]. Déjà que le propriétaire devrait, selon la règle indiscutablement acquise, pouvoir provoquer l'extinction précoce de l'hypothèque par un remboursement intégral de l'obligation initiale. Ses cessionnaires à titre principal ne sauraient alors certainement plus user de la sûreté au profit de leurs propres créances. Mais l'explication ne suffit pas, car la fidélité accessoire de la garantie ne saurait dépendre des actions du propriétaire. Sinon, à défaut de son intervention active, le dédoublement accusé resterait légitime. Cela signifierait par exemple que même après une saisie au titre de l'hypothèque transmise, le débiteur principal, lorsque le cas échéant diffèrent du propriétaire, continuera d'être tenu par la première créance. Pour surmonter ces difficultés, la doctrine a dû présumer que la transmission à titre principal de l'hypothèque suppose implicitement aussi une cession de la créance initiale, dans la limite requise pour sécuriser le recouvrement de la nouvelle obligation de rattachement. Mais il

[570] Joseph Bezard-Falgas, «De la cessio in jure et de la vente de l'hérédité en droit romain. De la subrogation dans l'hypothèque conventionnelle en droit français», thèse, Université de Toulouse, Imprimeries Saint-Cyprien, 1889, §76; Jacques Paul Monteil, «La subrogation au droit d'hypothèque», thèse, Université de Paris, 1932, §165; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §377; G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, §905; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §616; Ph. Dupichot, §691; B. Maubru, §120. V. aussi, J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §§318-319; Ch. Beudant (cité *supra*, n. 12), §§78-79, qui citent Pothier selon lequel ces operations se rapprochent à "*l'hypothèque sur l'hypothèque*" de l'Ancien droit.

[571] B. Maubru, pp. 131-132.

[572] J. Viatte, p. 514.

convient de critiquer cette perspective, car il ne s'agirait alors plus d'une transmission véritablement autonome de la garantie.

120. ***Aliénation présumée de la créance initiale***. Lorsque le nouveau titulaire de l'hypothèque n'est pas également créancier du propriétaire, sa transmission à titre principal se trouverait nécessairement accompagnée, selon certains auteurs, par une cession de la créance initiale[573]. Cette cession de créance interviendrait quand même seulement à titre de garantie, car le cédant ne s'en prive pas de manière définitive[574]. Or, dans cette perspective, la saisie potentielle de l'immeuble affecté se réaliserait également au titre de la créance initiale[575]. Cela justifierait facilement la réduction de cette dernière, à due concurrence de l'émolument obtenu[576]. Le risque du propriétaire, même passif, de voir intervenir un dédoublement de sa responsabilité se voit ainsi définitivement écarté, tout comme les accusations d'incohérence accessoire. Par ailleurs cette réduction progressive de la dette originaire, comme conséquence de son aliénation présumée, explique convenablement le fait que la préférence dont bénéficiera le nouveau titulaire de la sûreté ne saurait jamais excéder la valeur de la créance initiale. L'hypothèque s'éteindra en effet par contrecoup une fois son principal anéanti, même s'il resterait des différences jusqu'à son montant convenu[577]. Le problème néanmoins c'est que

---

[573] C. Aubry/C.-F. Rau, §288, nº 330; B. Maubru, §31 n. 1.

[574] H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §616: "*l'opération est, dans l'esprit des parties, plus qu'un transfert de garantie; elle n'est pas une véritable cession de créance puisque le cédant demeure créancier, mais s'en rapproche; opération complexe, elle vise directement à l'octroi d'une garantie et indirectement à mettre la créance du cédant à la disposition du cessionnaire* (…) *accorder à celui-ci un droit préférentiel sur la collocation du cédant*"; B. Maubru, §142: "*si l'on veut donc faire produire des effets a la subrogation consentie à un créancier personnel du subrogeant, il faut nécessairement l'analyser en un nantissement de la créance hypothécaire*".

[575] La doctrine propose de joindre à ces transmissions autonomes un nantissement de la première obligation au profit du nouveau titulaire de l'hypothèque. C'est justement pour empêcher le débiteur de provoquer la disparition de la sûreté par le remboursement de son créancier initial: M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §988; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §614; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §377; Ph. Théry, §217. Mais ce montage reste visiblement inutile si chaque cession à titre principal entraine de toute façon déjà une affectation présumée de cette première obligation.

[576] H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §616: "*lorsque la subrogation est accordée à un autre créancier du même débiteur, elle se limite à une transmission de l'hypothèque sans créance* (…) *au contraire, la subrogation consentie par le cédant à son propre créancier produit un effet plus complet: le cessionnaire, lorsqu'il exerce ses droits, diminue à due concurrence la créance du cédant contre le débiteur*".

[577] P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 62), §202-69: "*les effets de l'opération sont limités, comme en matière de subrogation: le cessionnaire ne peut opposer sa préférence qu'à concurrence de celle consentie par le cédant*".

l'explication renie toute transmission véritablement autonome de la sûreté, au moins lorsque le cessionnaire n'est pas un autre créancier du propriétaire[578]. Le régime de cette opération viendrait uniquement doubler de manière inutile la cession classique de la garantie par voie d'accessoire, avec la créance, qui entraine justement à peu près les mêmes effets. Cela laisse entendre qu'à défaut, une véritable dissociation entre le titulaire du principal et celui de l'hypothèque entrainerait les incohérences accessoires imputables aux hypothèques indépendantes. À cet égard, il convient de constater d'abord que rien n'empêche rationnellement de retenir cette cession présumée de la dette dans toute subrogation à l'hypothèque[579]. Les arguments logiques pour critiquer cette qualification aboutissent en effet toujours sur des raisonnements circulaires, fondés sur l'autonomie de la transmission à titre principal qu'ils envisageaient précisément de démontrer[580]. Ce développement prouvera néanmoins que la nature accessoire de l'hypothèque ne suppose pas de présumer la cession de la créance initiale dans les transmissions à titre principal de la garantie, quel qu'en soit par ailleurs son bénéficiaire.

121. ***Inutilité de l'aliénation présumée***. Il s'agit de rappeler que la référence au principal dans la structure des garanties accessoires aboutit en termes logiques sur une certaine interdépendance entre les deux engagements, sans qu'il soit besoin pour ceux-ci de se retrouver entre les mains de la même personne[581]. Ainsi, l'exécution de l'un entraine par principe la disparition de l'autre à due concurrence. Or, une hypothèque fidèle à sa nature accessoire devrait engager les immeubles

---

[578] V. par ex. G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, §905; A. Surbézy, «De l'hypothèque établie sur une hypothèque. Etude sur le sous-ordre et la subrogation à l'hypothèque», thèse, Université de Montpellier, Imprimeries Mari-Lavit, 1935, p. 133. *Comp.*, J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1097: le nantissement conventionnel de la première obligation au profit du nouveau titulaire de l'hypothèque transmise "*fait perdre toute spécificité à la cession de sûreté*".

[579] G. Goubeaux, §109, n. 290: "*tout dépend de la conception que l'on adopte au sujet de la force du lien unissant l'accessoire au principal. Voir dans la subrogation la constitution d'une sous-hypothèque suppose que l'accessoire ne puisse être détaché de son support primitif. Il y aurait alors* (…) *une telle adéquation de l'accessoire au principal que le lien entre eux ne pourrait être rompu sans compromettre l'existence même de l'accessoire* (…) *on peut aussi concevoir un lien moins étroit entre l'hypothèque et la créance: la sûreté est, par nature un accessoire qui ne peut avoir d'existence indépendante, mais le lien l'unissant au principal peut être rompu sans que l'accessoire soit anéanti, pourvu qu'un autre support s'offre immédiatement à le soutenir*".

[580] H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §616: "*on a prétendu que la subrogation à l'hypothèque était une cession virtuelle de la créance, ou un nantissement de celle-ci. Mais on a constaté que la subrogation à l'hypothèque, contrairement à la cession de créance ou au nantissement, n'interdit pas au débiteur de payer le cédant*".

[581] V. *supra*, §50.

affectés strictement dans la mesure du *debitum* du principal. Quel que soit le titulaire de ce dernier, la saisie entrainera dans cette perspective l'extinction mathématique de cette prestation seule et unique, que la sûreté partage avec la créance d'origine[582]. Cela se confirme visiblement au cas d'une hypothèque pour autrui, dont la mise en œuvre libère nécessairement à due concurrence le débiteur principal. La saisie au titre des prérogatives hypothécaires devrait donc toujours anéantir de manière automatique la première créance, à due concurrence de l'émolument dégagé. Nul besoin de supposer à cet effet que le bénéficiaire de la transmission à titre principal acquiert implicitement aussi des prérogatives sur la créance couverte et cumule en quelque sorte droit réel et personnel lorsqu'il agit sur l'immeuble. Le détour par l'aliénation implicite de l'obligation initiale ne se justifie dès lors pas même si l'hypothèque était originairement consentie pour un montant supérieur à la dette. L'interdépendance entre principal et accessoire suffit là encore pour plafonner le droit de préférence obtenu par le bénéficiaire de la transmission jusqu'à hauteur de la première créance. Lorsque l'émolument de la saisie atteindra la valeur actuelle de cette créance initiale en effet, la disparition de celle-ci supprimera par contrecoup la garantie, quel que soit son montant stipulé. Dans cette lecture, la transmission autonome de l'hypothèque reste parfaitement compatible avec sa loyauté accessoire proprement dite, manifestée à l'égard de l'obligation initiale. Il reste seulement de noter que les effets de cette transmission à titre principal ne dépendent alors visiblement en rien de la nouvelle créance de rattachement.

122. ***Inutilité des renvois à la nouvelle créance***. Les grilles de lecture ci-dessus proposées permettent de traiter les transmissions à titre principal de manière à ce qu'elles ne réalisent pas une réaffectation réelle des garanties hypothécaires

[582] Ch. Beudant (cité *supra*, n. 12), §76: "*l'hypothèque est inséparable de la créance en un sens: en ce que, quoi qu'il advienne, sa nature, son étendue, ses effets seront toujours déterminés par le titre original. Comme droit accessoire, elle reçoit, au moment de sa constitution, une mesure, des limites, des conditions d'existence qui résultent pour elle de la créance avec laquelle ou pour laquelle elle a été créée: transportée au service d'un droit nouveau, elle ne modifiera ni sa mesure, ni ses limites, ni ses conditions d'existence, mais elle s'y adjoindra telle que l'a faite le titre dont elle dépendait originairement. Il en est* (…) *de l'hypothèque comme de l'usufruit: les deux droits en un sens sont incessibles, car délimités par les circonstances de leur création, ils ne peuvent être placés dans des circonstances nouvelles qui en modifieraient l'importance; en un autre sens, il sont cessibles, car rien ne s'oppose à ce qu'ils passent aux mains d'un nouveau titulaire tels qu'ils sont et avec les éventualités qui les attendaient chez le cédant*".

cédées. Celles-ci ne répudieront ainsi pas leur fidélité accessoire[583]. Seulement, dans cette perspective, la transmission vise indiscutablement moins à mettre l'hypothèque au service d'une nouvelle créance, qu'à faire bénéficier le cessionnaire d'un droit à part sur l'émolument éventuel de la saisie[584]. L'objet de l'opération reste quand même l'hypothèque comme droit réel, car le cessionnaire saisira le bien en nom personnel. Cela signifie toutefois que les créances pour le compte desquelles celui-ci compterait utiliser la sûreté ne conditionnent en définitive pas le régime ou les effets de la cession[585]. Les règles de droit positif applicables à cette transmission se réfèrent néanmoins à la qualité de créancier comme prérequis apparent pour bénéficier de la transmission[586]. Mais plus qu'inutile en termes rationnels, cette condition ne viendrait en fait jamais réellement gêner le bénéficiaire de la transmission. Tout le monde est en effet actuellement engagé en pas mal de rapports juridiques après à assurer cette qualité. Il suffit à chaque fois au cessionnaire de trouver parmi les éléments de son patrimoine une quelconque créance qu'il pourrait satisfaire par saisie des immeubles affectés. Pour les mêmes raisons, il semblerait inutile de conditionner la dimension de l'émolument éventuellement obtenu par la valeur actuelle de cette quelconque nouvelle créance de rattachement, vu la liberté du bénéficiaire dans sa détermination. La difficulté vient de toute façon plutôt de l'image qui semblerait en découler, celle de voir la garantie hypothécaire véritablement changer de support. Or, la dépendance accessoire de celle-ci suppose en conclusion d'écarter tout ce qui suggère un

583 Explicitement en ce sens, les observations de M. Fervers, p. 45: "*entgegen dem ersten Anschein, liegt gleichvoll keine vollständige Durchbrechung des Akzessorietäts- und des Spezialitätsgrundsatzes vor. Zwar sichert die Hypothek eine andere Forderung als die, für sie ursprünglich bestellt worden ist. Die Hypothek bleibt gleichwohl hinsichtlich ihres Umfangs, ihres Ranges und ihres Bestands von der ursprünglichen Forderung abhängig*".

584 Emile Becqué, *L'inefficacité des conventions sur l'hypothèque légale en cas d'indisponibilité des créances de la femme contre son mari*, dans «Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant», Dalloz, Paris, 1939, p. 64: "*en réalité, la subrogation est l'affectation à la sûreté de la créance du subrogé de l'émolument à provenir de l'exercice de l'hypothèque du subrogeant*"; B. Maubru, §120: "*le subrogé n'a pas plus de droits aux yeux du débiteur hypothécaire qu'un simple créancier du subrogeant exerçant les droits de ce dernier au moyen de l'action oblique*".

585 En sens contraire, v. par ex. H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §615; Ph. Dupichot, §692. Les auteurs invoquent un "*rattachement supplémentaire de la sûreté à la créance du subrogé*", qui conditionnerait par la valeur de cette dernière les sommes que le nouveau titulaire de la garantie obtiendrait suite à la saisie. Mais il ne semblerait y avoir aucune raison pour retenir cette limitation, hormis le fait que cela reflète certaines prises de positions traditionnelles de la doctrine.

586 V. *supra*, §112.

nouveau rattachement de la sûreté[587]. Le problème néanmoins c'est qu'un tel changement de support se réalise de manière nécessaire à chaque rechargement des hypothèques, opération désormais permise aussi bien en France qu'en Roumanie. Il s'agit là d'une réaffectation bel et bien réelle de la sûreté, car celle-ci ne suit alors incontestablement plus sa créance d'origine[588]. Anticipée par un Rapport des Inspections générales des Finances et des Services Judiciaires en 2004[589], la garantie rechargeable est justement censée parvenir au service de créances subséquentes indéterminées.

B. Rechargement ou novation

123. ***Rapprochement à la dette foncière***. Selon l'art. 2.422 C.civ., le rechargement suppose que le constituant puisse rattacher l'hypothèque au service d'une obligation différente de celle initialement convenue par son acte constitutif, pourvu que celui-ci prévoie expressément ce droit, comme technique de réaffectation[590]. De manière similaire, l'art. 2.428 al. 3 C.civ.roum. permet désormais le "*maintien*"

---

[587] B. Maubru, §95: "*l'hypothèque peut être transportée à la garantie d'une nouvelle créance, dans la mesure de la garantie de la créance initiale. Cependant, cette séparation ne permet pas de conférer à l'hypothèque une autonomie, qui permette de l'utiliser et d'en transmettre le bénéfice sans égard au rapport d'obligation initial*".

[588] M. Grimaldi, §7. V. aussi Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 46. Cet auteur ajoute même que "*par sa nature, il s'agit d'une hypothèque qui n'est pas accessoire*".

[589] Inspection générale des Finances/Inspection générale des Services Judiciaires (cité *supra*, n. 69), p. III.

[590] Ce texte prévoit que: *"(1) l'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.*

Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.

La convention de rechargement qu'il passe soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier revêt la forme notariée.

Elle est publiée, sous la forme prévue à l'article 2430, à peine d'inopposabilité aux tiers.

Sa publication détermine le rang des créanciers bénéficiaires de la même hypothèque.

Sans préjudice du second alinéa de l'article 2424, le présent article est d'ordre public et toute clause contraire à celui-ci est réputée non écrite". V. aussi M. Grimaldi, §4; G. Daublon/E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), p. 1095.

des hypothèques en garantie de nouvelles créances[591]. Or, parmi les limites à la nature accessoire consacrées par le droit positif, ces solutions provoquent le plus d'interrogations quant au potentiel rapprochement aux hypothèques indépendantes[592]. La problématique a déjà fait l'objet de recherches assez détaillés outre-Rhin[593]. Toutefois, ces recherches n'assumèrent pas explicitement le défi de vérifier la mesure de ce rapprochement. Leurs conclusions représentent dès lors plutôt une synthèse des comparaisons avec le régime de la dette foncière[594]. Cela signifie qu'il convient surtout de vérifier ci-dessous si le rechargement ou le *maintien* des hypothèques posent des problèmes à ce point insolubles pour la logique accessoire, qu'elles se justifieraient uniquement en termes logiques comme manifestations de l'autonomie structurelle revendiquée par les hypothèques indépendantes.

124. ***Application pratique***. Il s'agit d'observer déjà que ces techniques répondent précisément à l'une des applications ci-dessus attendues des hypothèques indépendantes. Leur introduction se justifie pour économiser au propriétaire les efforts requis pour consentir une nouvelle hypothèque lors de chacun de ses refinancements ultérieurs, concrètement les frais de notaire ainsi que les tarifs

---

[591] Selon la lecture systématique de cet article: "*(2) (…) l'hypothèque immobilière peut être radiée pour l'une des causes suivantes:*

a) l'extinction de l'obligation principale par tout moyen mentionné par la loi;

b) la non survenance de l'évènement dont dépend la naissance de l'obligation garantie ou la survenance de l'évènement dont dépend son extinction; (…)

(3) toutefois, dans les cas prévus aux a) et b) du second alinéa, l'hypothèque ne s'éteint pas si les parties conviennent qu'elle servira à garantir une autre obligation déterminée ou déterminable, sans toutefois nuire aux droits acquis antérieurement par d'autres personnes": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.428.

[592] V. par ex. P. Crocq (cité *supra*, n. 172), p. 31, selon lequel l'hypothèque rechargeable devient ainsi "*une exception très importante à la règle suivant laquelle l'accessoire suit le principal*"; G. Daublon/E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), p. 1093, en ce sens que la garantie hypothécaire acquiert désormais une certaine autonomie; L. Aynès/P. Crocq, §664, sur la similarité avec la dette foncière ou la cédule hypothécaire suisse; C. Dauchez, §280. V. néanmoins aussi D. Houtcieff, §5. Selon cet auteur, les pouvoirs publics souhaitèrent plutôt prendre un modèle de droit anglo-saxon.

[593] V. not. M. Fervers; A. Baumann (cité *supra*, n. 68).

[594] V. par ex. M. Fervers, p. 146. Cet auteur aboutit à la conclusion que l'hypothèque rechargeable reste accessoire pour ce qui est de sa constitution ou de son titulaire, mais devient autonome dans son étendue ainsi que pour son extinction. Or, cela représente tout au plus une prise de position sur les infidélités accessoires de la garantie rechargeable. Mais cette observation ne clarifie pas la mesure du rapprochement à la dette foncière allemande.

afférents de publicité immobilière[595]. Les formalités requises à cet effet dans les deux systèmes sont par ailleurs très similaires. Elles impliquent de mentionner chaque réaffectation ou "*convention de rechargement*", selon la terminologie française, une fois consenties en forme notariée[596], au registre de publicité immobilière[597]. Seulement qu'en droit français, l'acte constitutif doit explicitement prévoir dès le début la nature rechargeable de la garantie, contrairement au régime roumain, dans lequel toute hypothèque peut se voir maintenue par volonté des parties au profit de nouveaux crédits, même à défaut de clause expresse dans la convention initiale[598]. Ce mécanisme diffère des garanties flottantes, consenties pour un ensemble de créances éventuelles, car le rechargement, comme le maintien de l'hypothèque selon la terminologie roumaine, ne supposent pas de spécifier en préalable les créances ultérieurement couvertes dans l'acte constitutif[599]. Ces techniques partagent ainsi précisément l'utilité résiduelle de la dette foncière, suite à la réforme récente qui a supprimé l'inopposabilité des exceptions en ce qui la concerne[600].

125. ***Unité conceptuelle de l'hypothèque réaffectée***. Les différences entre le régime du rechargement et celui du maintien de l'hypothèque en droit roumain

---

[595] M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §895; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 74; M. Grimaldi, §1; Pierre-François Cuif, *Le caractère hybride de la convention de rechargement*, RLDC, janvier 2007, p. 27; L. Aynès/P. Crocq, §664; Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, «Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice», 2005, consulté sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230.pdf le 3 septembre 2019, p. 18. De même pour la technique similaire roumaine: A.-A. Moise, p. 478.

[596] V. par ailleurs, Georges Khairallah, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire: aspects internationaux*, Defrénois 2007, p. 929, qui pose la question si les parties peuvent valablement conclure une "*convention de rechargement*" devant un notaire étranger.

[597] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 70; P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 595), p. 29; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 48; M. Grimaldi, §5; Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, (cité *supra*, n. 595), p. 19; M. Fervers, p. 33. V. aussi, Dominique Savouré, *L'hypothèque rechargeable*, JCP N, 2007, p. 1175, §13 et E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), §5, pour une perspective pratique sur la constitution et le rechargement de la garantie.

[598] En pratique, les banques stipulent des clauses qui prévoient l'éventuel *maintien* de l'hypothèque. C'est devenu courant à ce point que leur absence soulèvera peut-être des interrogations sur l'applicabilité de ces textes.

[599] M. Grimaldi, §2; G. Daublon/E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), p. 1095; P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 62), §202-107; D. Houtcieff, §20; P. Crocq (cité *supra*, n. 172), p. 31, selon lequel la garantie rechargeable viendrait palier le refus des hypothèques omnibus. Mais le rechargement devrait facilement pouvoir profiter y compris à plusieurs créances futures ou éventuelles: Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 47.

[600] V. *supra*, §40.

n'empêchent pas leur traitement unitaire par ce développement. Ces différences partent de la question si le créancier initial devrait ou non lui-même consentir à l'acte. Tel n'est pas le cas en droit français, lequel interdit toute clause qui limiterait la liberté du propriétaire[601]. Dans le système roumain en revanche, la solution contraire s'impose, vu les conséquences de l'opération[602]. En effet, le maintien de l'hypothèque tel que prévu dans la réglementation roumaine semblerait entièrement briser le rattachement de la sûreté à la première créance. C'est alors rationnellement nécessaire d'exiger l'accord de son titulaire, car il en ressort privé de sa garantie. Les textes ne suggèrent pas comme en droit français la perspective d'un classement sur la même hypothèque entre plusieurs bénéficiaires successifs de rechargements que le propriétaire peut alors librement consentir "*encore que le premier créancier n'ait pas été payé*"[603]. Au titre de ce classement, les créanciers se voient effectivement départagés selon la date de leurs inscriptions respectives et ne risquent pas d'entrer en conflit[604]. Mais il s'agit d'observer que la "*co-titularité*" qui en découle, selon la formule d'un auteur[605], sur l'hypothèque rechargeable, en cas de plusieurs créanciers inscrits ne contredit pas franchement l'unité structurelle de la sûreté. Il s'agit d'une seule et même garantie qui survit à l'extinction du

---

[601] Art. 2.422 al. 6 C.civ. V. par ex., D. Houtcieff, §§71-77; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 71; M. Grimaldi, §5: "*il s'agit d'éviter que l'emprunteur ne soit «prisonnier» de son banquier et que ne soit entravée la libre concurrence entre les banques*".

[602] A.-A. Moise, p. 476, qui écarte aussi les opinions selon lesquelles ce maintien pourrait également intervenir comme simple opération unilatérale du créancier. En effet, cela rendrait les hypothèques roumaines encore plus risquées qu'une garantie autonome, ainsi que totalement irrationnelles pour le propriétaire.

[603] Art. 2.422 al. 2 C.civ. V. par ex. aussi, P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 595), p. 29; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, pp. 73-74; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 48; D. Houtcieff, §§93-101; O. Salvat (cité *supra*, n. 58), §9 sur la complexité du classement.

[604] G. Daublon/E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), p. 1095; M. Bourassin/V. Brémond, §2035; M. Fervers, p. 37. Cela pose le problème de savoir si le rechargement pourrait intervenir quand la nouvelle obligation et ce qu'il reste de l'ancienne dépasseraient ensemble le montant stipulé de l'hypothèque. Or, la stabilité de ce montant vient précisément garantir aux créanciers subséquents la dimension de la charge hypothécaire. Cette stabilité serait précisément sacrifiée si le rechargement parvenait à couvrir une valeur agrégée supérieure. La doctrine refuse dès lors cette éventualité, vu également les instructions de l'administration fiscale: P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 595), p. 28; L. Aynès/P. Crocq, §664; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 72. *Contra*, Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 44.

[605] Sur la "*cotitularitaté*" des créanciers inscrits: M. Dagot, §438. Cette conception singulière pose néanmoins le problème si les créanciers inscrits doivent ou non consentir au rechargement ou à la cession des prérogatives respectivement acquises sur la garantie par les autres bénéficiaires successifs: M. Dagot, §221. Or, une réponse affirmative contredirait la liberté du propriétaire de consentir la recharge au bénéfice du créancier de son choix, protégée par l'art. 2.422 al. 6 C.civ.: M. Grimaldi, §8; M. Fervers, p. 30.

principal[606]. Le droit français confirme d'ailleurs cette unité par le maintien de la préférence initialement acquise. Les créanciers qui bénéficient du rechargement peuvent tous opposer ce rang prioritaire contre les titulaires des charges subséquentes, même lorsque ces dernières seraient antérieures à la réaffectation. En revanche, la règlementation roumaine ne garantit pas cette persistance du rang initialement acquis. L'art. 165 de la loi nº 71/2011 pour l'application de la loi nº 287/2009 sur le Code civil prévoit en effet que (nous traduisons) "*l'hypothèque maintenue prend rang à l'inscription du maintien*"[607]. Or, il s'agit visiblement beaucoup moins d'une prise que d'une perte du rang de priorité originaire. Au moins, les termes employés par la disposition roumaine confirment à leur tour l'unité conceptuelle de l'hypothèque réaffectée.

126. ***Émancipation provisoire***. En termes de différences, c'est plus intéressant de noter que la doctrine roumaine considère le maintien impossible après le remboursement intégral des créances antérieurement couvertes[608]. Les textes ne sont pas très révélateurs à cet égard, mais c'est clair que la novation avec transport de l'hypothèque lui serait alors préférable, au moins en opportunité. Celle-ci réaliserait justement la même économie de frais, mais sans attenter au rang initial de préférence, contrairement au maintien comme nouvelle technique de réaffectation. Somme toute, ces observations en ce sens que le maintien serait impossible après le remboursement intégral des créances antérieures trahit plutôt une méfiance intuitive contre l'image d'émancipation suggérée par l'hypothèque provisoirement privée de son principal. Selon le professeur Nicolae Titulescu justement, cette survie temporaire de l'hypothèque sans créance caractériserait

[606] O. Salvat (cité *supra*, n. 58), §6: "*quel que soit le nombre des créanciers ou des créances garantis par l'hypothèque rechargeable, celle-ci est unique. Il ne saurait y avoir de doute; le mécanisme ne repose pas sur un fractionnement, qui contredirait le principe d'indivisibilité des sûretés réelles. L'hypothèque persiste, même si la créance d'origine est remboursée. C'est la raison pour laquelle tous les auteurs de manuels ou de traités exposant les principes gouvernant l'hypothèque envisagent le bouleversement apporté par l'hypothèque rechargeable au regard du caractère accessoire de la sûreté*". V. aussi, M. Grimaldi, §7.

[607] R. Rizoiu, p. 391.

[608] Bogdan Vișinoiu, «Ipoteca imobiliară. Aspecte de drept comparat», thèse, Université de Bucarest, 2014, p. 112 n. 202. V. aussi, A.-A. Moise, p. 474. Selon celui-ci, le maintien de la garantie devrait nécessairement intervenir de manière concomitante au remboursement intégral de la première obligation, donc ne pourrait pas même en être préalable. V. néanmoins, B. Vișinoiu (cité *supra*, n. 554), p. 414, explicitement pour la validité du maintien convenu avant le paiement ou la chute du principal.

seulement la dette foncière allemande[609]. Or, voilà pourtant que cette perspective de survie, tout comme les apparences d'émancipation au moins provisoire qui s'y rattachent, se trouvent désormais bel et bien acquises pour les hypothèques rechargeables de droit français[610]. Elle s'abrite derrière une métaphore de somnolence jusqu'à la réaffectation de la garantie par le propriétaire. "*La sûreté rechargeable «dort» en attendant d'être réactivée par la détermination d'une nouvelle créance*"[611]. Ce serait néanmoins inutile de vérifier la légitimité de cette métaphore, car le problème se trouve ailleurs.

127. ***Dédoublement des équations accessoires***. La difficulté n'est pas en elle-même la survie latente de l'hypothèque, combien semble-t-il intuitivement difficile de justifier sa passivité, délivrée de tout principal de référence, aux yeux de la logique accessoire. Tout cela n'est qu'une conséquence de l'infidélité originaire commise par l'hypothèque censée ne plus accompagner le destin de la créance garantie. Or, le droit roumain partage lui-même cette infidélité, combien la doctrine nationale tenterait-elle de la masquer en prétendant que le maintien intervienne avant la disparition de la créance initiale. Or, même si le changement de support ait lieu avant le remboursement intégral, l'hypothèque rechargeable comme unité conceptuelle ne suit certainement plus l'obligation initiale dans sa chute, comme dans la transmission à titre principal[612]. Sinon, les objectifs de la technique seraient intuitivement compromis. Somme toute, le problème c'est que les équations accessoires ne se vérifient plus. Ou bien, elles se confirmeraient seulement si le principal couvrait de manière cumulative aussi bien l'obligation initiale que la nouvelle créance déterminée par les parties. Mais en termes mathématiques au moins, ce dédoublement ne saurait fonctionner. Il reviendrait en effet à considérer que les hypothèques rechargeables réarticulent successivement en quelque sorte leur fidélité accessoire sur chaque créance subséquente[613]. Mais en fin de compte,

---

[609] Nicolae Titulescu, «Drept civil. Vol. I - II», All Beck, București, 2005, p. 435.

[610] L. Aynès/P. Crocq, §664.

[611] C. Dauchez, §220. La garantie demeure ainsi temporairement comme "*hypothèque sans créance*": L. Aynès/P. Crocq, §664. V. aussi Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 45.

[612] Art. 2.488 al. 1 C.civ. V. par ex. aussi, Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 71; E. van den Haute, §127.

[613] V. plus génériquement *supra*, §113.

aucune de ces obligations ultérieures ne se trouvera par elle seule capable de vérifier les équations accessoires proprement dites[614]. En effet, les parties et les tiers doivent obligatoirement prévoir que l'hypothèque persistera malgré la chute du principal et de toutes les autres créances rattachées de manière subséquente[615]. Que la sûreté puisse ou non s'endormir de manière provisoire dans l'attente d'un nouveau support obligationnel, c'est clair que la réaffectation attendue n'est plus simplement apparente. Or, l'instabilité qui s'ensuit dans la définition d'un principal censé potentiellement couvrir des créances indéterminées compromet logiquement la cohérence accessoire de la garantie[616].

128. ***Extinction autonome.*** Ce n'est pas même nécessaire de raisonner sur les particularités structurelles que devrait impliquer la garantie hypothécaire rechargeable. Il suffit de constater que son extinction ou sa radiation du registre foncier devrait quand même dépendre en quelque sorte des remboursements. Comme moyen pour faire éteindre la sûreté rechargeable, la doctrine française propose ainsi de transposer les solutions retenues en matière de garanties flottantes, plus particulièrement celles consenties au service de plusieurs obligations éventuelles et pour un délai indéterminé. Au titre de cette analogie, l'hypothèque rechargeable disparaitrait par une renonciation unilatérale de la part du propriétaire[617]. Cette renonciation ne saurait pas entrainer une extinction proprement dite la sûreté, comme garantie de toutes les obligations qui s'y trouveraient rattachées. Sinon, elle exproprierait brutalement les créanciers de la sûreté acquise pour le recouvrement de leur dû[618]. La volonté du propriétaire se

---

[614] D. Houtcieff, §128: "*l'hypothèque valablement constituée peut ainsi survivre, non seulement à la disparition d'une créance, mais de plusieurs, voire de toutes* (…) *en somme, l'hypothèque rechargeable mène une vie autonome*".

[615] O. Salvat (cité *supra*, n. 58), §14.

[616] V. *supra*, §114.

[617] M. Grimaldi, §7. V. néanmoins, *contra*, Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 47: "*la résiliation d'une hypothèque à durée indéterminée et la renonciation au caractère rechargeable obéissent à deux logiques différentes, qui reflètent les intérêts en cause* (…) *la renonciation porte seulement sur une modalité du droit d'hypothèque – son caractère rechargeable – sans en affecter l'existence*"; M. Fervers, p. 89.

[618] M. Grimaldi, §7: "*après renonciation, l'hypothèque, qui aura cessé d'être rechargeable, demeurera pour la garantie des créances antérieures* (…) *selon le cas, cette renonciation se traduira, au plan de la publicité foncière, soit par une mention en marge de ce que l'hypothèque n'est plus rechargeable (s'il reste des créances à rembourser), soit par une radiation pure et simple (s'il n'existe plus de créances garanties)*". V. aussi, P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 595), p. 30.

limite en effet à supprimer la faculté de rechargement et donc à écarter la perspective de réaffecter l'hypothèque à l'avenir[619]. En droit roumain, cela revient tout simplement à constater qu'une fois les créances garanties remboursées, rien n'empêche le propriétaire de faire radier la sûreté du registre de publicité immobilière. Mais combien intuitive, cette solution reflète quand même l'image d'une certaine expropriation, quoique limitée, des créanciers.

129. ***Survie au gré du propriétaire***. Si les hypothèques rechargeables ne s'éteignent pas avec l'obligation initiale[620], le propriétaire n'en devient certainement encore moins titulaire, au fur et à mesure des remboursements, comme hypothèque sur soi-même[621]. Mais alors, il n'y a pas vraiment d'arguments logiques pour la considérer comme ayant quitté, d'une manière ou d'une autre, les mains du premier créancier[622]. Pour que la renonciation du propriétaire à la faculté de rechargement ne soit pas l'équivalent d'une expropriation du créancier initial, il semble nécessaire de considérer, "*telle la fameuse «matière noire» qui échappe aux yeux de l'astronome mais non à sa raison*"[623], que celui-ci n'a jamais été véritablement titulaire d'une sûreté rechargeable, en tant que droit de garantie censé survivre à la disparition de la créance originaire. Ou bien, de requalifier cette renonciation du propriétaire en tant que manifestation de volonté censée rétroactivement contredire cette survie apparente de la sûreté, par dénonciation unilatérale qui rétablit la logique accessoire[624]. Les créanciers inscrits sur l'instrument seront ainsi

---

[619] L. Aynès/P. Crocq, §664; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 71; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 46: "*le propriétaire peut renoncer au caractère rechargeable de l'hypothèque puisque la clause est stipulée dans son intérêt. Cette renonciation* (…) *n'entraînera l'extinction de l'hypothèque que si, à ce moment, il n'existe plus aucune créance garantie. En revanche, s'il subsiste une dette, la renonciation à la clause de rechargement ne modifiera en aucune manière la situation des créanciers inscrits*". V. aussi, Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 71: "*plus généralement, et à la différence d'une sûreté réelle classique, l'affectation principale à titre de sûreté rechargeable reste au pouvoir exclusif du constituant*". Le texte ajoute que la renonciation aux prérogatives tirées de la sûreté rechargeable par l'un quelconque de ses bénéficiaires ne devrait inversement pas éteindre la garantie, vue comme unité conceptuelle: Art. 2.488 al. 2 C.civ.

[620] Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 46.

[621] D. Houtcieff, §4.

[622] V. les déductions par M. Fervers, p. 105. *Comp.*, Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 72, en ce sens que le texte de l'art. 2.488 al. 1 C.civ. suggère la survie des garanties hypothécaires rechargées entre les mains de chaque préteur concerné.

[623] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 72.

[624] Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 46: "*cette renonciation* (…) *restituera simplement à l'hypothèque son caractère accessoire puisque, faute de pouvoir être à nouveau rechargée, elle s'éteindra avec le complet remboursement de la dette*"; D. Houtcieff, §111: "*la renonciation au caractère*

précisément considérés avoir obtenu plusieurs hypothèques classiquement conditionnées de manière accessoire par l'étendue de leurs obligations respectives[625]. Le problème toutefois c'est que cette démultiplication des garanties en termes intellectuels contredit ouvertement l'unité conceptuelle d'une l'hypothèque rechargeable censée persister malgré la disparition du principal, telle que suggérée par les textes applicables. Mais cette explication demeure nécessaire. Elle est même davantage requise pour éviter toute incohérence logique dans une éventuelle transmission à titre principal de l'hypothèque rechargeable.

130. ***Transmission à titre principal***. En principe, l'hypothèque rechargeable devrait persister malgré la chute de la créance garantie y compris lorsque transmise à titre principal entre les mains d'autrui[626]. Mais alors, l'image de sa léthargie en attente de réaffectation resterait le seul argument solide pour empêcher son nouveau bénéficiaire de l'employer aux créances de son choix. Justement que la compatibilité de ces transmissions autonomes avec la nature accessoire supposa de considérer que le remboursement de la créance initiale conduit à l'extinction automatique de la garantie transmise[627]. Or, ce n'est précisément plus le cas avec une affectation rechargeable, qui ne suit plus le destin du principal[628]. Si cette dernière était indiscutablement qualifiée de garantie indépendante, au moins les exigences de bonne foi limiteraient les prérogatives des tiers acquéreurs, dans la mesure des exceptions portées à leur connaissance[629]. En revanche, la passivité présumée des hypothèques rechargeables jusqu'à leur potentielle réaffectation demeure assez énigmatique. Le propriétaire pourrait d'ailleurs brusquement abréger cette passivité s'il renonce aux rechargements ou s'il réaffecte l'instrument aux obligations de son choix. Cela relativise néanmoins davantage la cohérence structurelle de l'hypothèque rechargeable désormais réveillée. Pour que l'acquéreur à titre principal ne puisse l'utiliser à son gré, le raisonnement devrait en effet

---

rechargeable conduira seulement, le cas échéant, à transformer la garantie en une hypothèque ordinaire".

[625] V. déjà Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 69, sur le double visage des sûretés rechargeables, autonomes pour le constituant et accessoires pour chaque créancier.

[626] M. Fervers, p. 117.

[627] V. *supra*, §115.

[628] M. Fervers, p. 143.

[629] V. *supra*, §33.

défavoriser les créances qu'il envisagerait de satisfaire par rapport aux obligations qui bénéficient du rechargement consenti par le propriétaire. En quelque sorte, la garantie ne couvrira que ces dernières ou, au moins, assurera leur paiement prioritaire. Dès lors, pour le nouveau titulaire de l'instrument, tout se passera là encore comme si la logique accessoire n'avait en fait pas véritablement été écartée. Concrètement, ses prérogatives sur la garantie resteront toujours délimitées par la créance du cédant, celle à laquelle se rattachait initialement l'hypothèque rechargeable, ou par les obligations ultérieures déterminées au titre de la réaffectation consentie par le propriétaire[630]. Or, cela signifie que même entre les mains du bénéficiaire, la survie de la garantie dépend toujours rétroactivement de la volonté ou des réaffectations le cas échéant consenties par le propriétaire de la chose[631]. Celui-ci ne s'était donc jamais véritablement engagé de fournir une garantie censée renier sa logique de disparition accessoire. En même temps morte et vivante selon le gré du propriétaire, l'hypothèque rechargeable semblerait ainsi presque représenter la garantie de choix de Schrödinger. Mais ces difficultés interviennent précisément parce qu'à défaut de tels artifices conceptuels, les réaffections potentielles de la garantie au profit de créances indéterminées contrediraient frontalement toute tentative de clarifier les références au principal dans la structure de l'affectation.

131. ***Autonomie des hypothèques rechargeables***. La perspective des rechargements compromet a priori la stabilité de la garantie hypothécaire. Les immeubles affectés ne répondent plus exclusivement pour le compte de la première obligation. De plus, il ne saurait se considérer que le rechargement réalise seulement une substitution ponctuelle des références au principal visé dans le contenu de la garantie. Cela représenterait sinon une modification à ce point essentielle qu'il ne s'agirait logiquement plus de la même hypothèque[632]. Or, les textes applicables suggèrent inversement une solide unité conceptuelle de la sûreté réaffectée. C'est alors nécessaire de considérer que sa structure comprend dès

[630] M. Fervers, p. 121.

[631] D. Houtcieff, §114: "*il convient en effet non seulement de distinguer les créances antérieures et postérieures à la résiliation, mais également les créances à l'égard desquelles la résiliation produit ses effets et les autres*".

[632] V. plus génériquement *supra*, §113.

l'origine cette possibilité que la garantie parvienne au service de n'importe quelle autre créance. Mais, comme vu ci-dessus, ce rattachement potentiel absolument indéterminé à toutes les obligations possibles rend l'affectation substantiellement équivalente aux hypothèques indépendantes[633]. Une telle requalification de la garantie rechargeable permettrait justement d'éviter les impasses des équations accessoires non résolues. Sauf que cela rendrait les hypothèques rechargeables ainsi que toutes les affectations hypothécaires roumaines équivalentes, au moins en termes intellectuels, aux garanties indépendantes proprement dites. En plus, il n'y a pas vraiment d'arguments logiques contre cette requalification.

132. ***Consentement du propriétaire au rechargement***. À première vue sans doute, l'émancipation de régime revendiquée par les hypothèques rechargeables semble contredite par l'intervention obligatoire du propriétaire. Celui-ci doit consentir à chaque réaffectation[634]. Ces opérations procèdent par ailleurs justement de son initiative[635]. La spécialité de l'affectation impose par ailleurs une identification concrète des nouvelles créances couvertes dans les conventions de rechargement respectivement conclues. Mais au vu des démonstrations réalisées dans le titre précèdent, ces exigences ne garantissent pas le dévouement accessoire proprement dit de la garantie. C'est clair que même les engagements autonomes impliquent des obligations préexistantes, comme rapport fondamental dont ils remplacent ou garantissent l'exécution[636]. Le rattachement de ces instruments aux créances couvertes repose justement lui aussi sur un acte de volonté par les parties, le cas échéant concrétisé par des mentions spécifiques dans leurs titres respectifs. La "*convention de garantie*" des lignes directrices sur l'eurohypothèque en fournit

[633] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 71: "*l'affectation principale est également «indépendante» et non accessoire*". V. *supra*, §114.

[634] En droit français, seules les hypothèques conventionnelles peuvent désormais être stipulées rechargeables, non pas aussi les privilèges, encore moins les hypothèques légales ou judiciaires. Ces derniers échappent parfois, selon leur fait générateur, à la volonté du propriétaire. V. par ex. P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 62), §202-111; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 49; M. Grimaldi, §3; L. Aynès/P. Crocq, §664. *Contra*, M. Dagot, §40, mais seulement sur le plan de l'opportunité.

[635] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 70: "*une des utilités de la propriété du constituant – tenant à la possibilité de l'affecter de façon hypothécaire ou fiduciaire à titre de sûreté – se trouve détachée, dissociée, de la propriété elle-même, avec cette notable différence d'être conservée par le constituant et de n'être point attribuée à un autre que le propriétaire*".

[636] V. *supra*, §32.

précisément un exemple[637]. Or, la différence c'est que le rattachement des obligations garanties n'est alors plus intrinsèque à la structure de l'engagement, comme dans les sûretés accessoires. Justement qu'en pratique, les documents constitutifs des garanties à première demande incluent souvent elles aussi une référence au rapport fondamental[638]. Cela signifie que l'indication de l'obligation initiale dans l'acte constitutif de l'hypothèque, requise en tant que "*dernier refuge*" du principe de spécialité[639], ne ressuscite pas à elle seule la fidélité accessoire de celle-ci. Cette indication pourrait en effet seulement concrétiser le rattachement extrinsèque de la garantie aux créances visées.

133. ***Accès problématique sur l'assiette***. En droit français, les rapprochements aux hypothèques indépendantes pourraient encore se voir démenties par les controverses en ce qui concerne le contenu des prérogatives hypothécaires, plus concrètement sur la question du droit de saisie complémentaire à la créance, le cas échéant accordé par la garantie[640]. Toutefois, la négation de cet accès direct ne serait elle-même pas de nature à renforcer la fidélité accessoire de la sûreté hypothécaire. En effet, cela ne confirmerait aucunement les références au principal dans la structure de cette dernière. Le titre précèdent confirme justement qu'en dépendent non pas les conditions de validité, mais seulement les applications pratiques des hypothèques indépendantes[641]. C'est nécessaire car ces dernières devraient légitimer par elles-mêmes le droit de leurs titulaires sur l'émolument des éventuelles saisies. Sinon, l'inopposabilité des exceptions qui traduit leur autonomie de régime ne sécuriserait pas de manière suffisante la mobilisation des créances garanties. Mais justement que la tentative de requalifier les hypothèques rechargeables en garanties indépendantes semble faire défaut sur ce plan de l'opportunité pratique. L'intention du législateur n'a certainement pas été d'aller jusqu'à valider l'inopposabilité des exceptions en ce qui matière hypothécaire[642].

---

637 V. *supra*, §32.

638 V. *supra*, §51.

639 Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 71.

640 V. *infra*, §142.

641 V. *infra*, §66.

642 Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 73: "*l'hypothèque revêtue de l'inopposabilité des exceptions n'est point encore de ce monde…*". V. aussi, C. Dauchez, §282; M. Fervers, p. 144.

Mais le principe de cette inopposabilité n'est rationnellement pas indispensable au fonctionnement des hypothèques indépendantes.

134. ***Opposabilité des exceptions***. La technique d'une hypothèque indépendante qui désavouerait ouvertement sa caractéristique inopposabilité des exceptions est en effet expressément prévue comme alternative règlementaire dans les projets relatifs à une eurohypothèque[643]. Le concept reste utile précisément parce que la réaffectation de cet instrument permet au propriétaire de faire l'économie des frais requis pour la constitution de nouvelles hypothèques. Or, ce sont les mêmes objectifs que ceux derrière la création des hypothèques rechargeables. Leur éventuelle requalification comme hypothèques indépendantes ne présuppose donc pas nécessairement un régime fondé sur l'inopposabilité des exceptions relatives au principal. Reste seulement que cette inopposabilité semble inhérente aux garanties autonomes. Une disposition explicite serait dès lors a priori nécessaire pour la faire supprimer, en plus de l'opinion communément partagée par la doctrine, qui ne pose pas même le problème de cette inopposabilité en matière d'hypothèques rechargeables. Le problème, dans une telle requalification en garantie autonome, viendrait plutôt de la différence de nature entre le rechargement et les opérations translatives qui concrétisent la réaffectation des hypothèques indépendantes.

135. ***Le rechargement comme transmission***. Le mécanisme de la dette foncière allemande confirme par son exemple empirique le fait que la réaffectation des hypothèques indépendantes au service de nouvelles dettes suppose techniquement une transmission proprement dite de ces garanties entre les mains des nouveaux créanciers. La sûreté doit effectivement d'abord parvenir à titre principal en possession de ses bénéficiaires subséquents. Ce n'est pas nécessaire que le propriétaire y consente, car la garantie ne lui appartient pas. Il intervient seulement pour indiquer à son premier créancier de céder l'hypothèque à la personne de son choix[644]. Mais il ne devrait pas être impossible d'assimiler, au

[643] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. II., p. 16, point n° 5.6. V. *supra*, §37.

[644] V. *supra*, §71.

moins sur un plan plutôt théorique, le rechargement à ces opérations translatives[645]. Il suffit de présumer le consentement de chaque créancier antérieur aux réaffectations envisagées par le propriétaire, une fois que chacun ait obtenu le remboursement de leur dû. Jusqu'à ce moment, le propriétaire qui consent une réaffectation serait seulement censé en quelque sorte transmettre sous condition une hypothèque d'autrui, ce que les bénéficiaires ultérieurs des rechargements assument par leur rang de préférence, provisoirement inférieur à celui des créanciers antérieurs. D'ailleurs, les préteurs intéressés à bénéficier du rechargement devraient certainement exiger, en préalable aux financements qu'ils comptent verser, un justificatif signé par les premiers créanciers quant à l'état actuel des remboursements. Et surtout, la requalification en hypothèque indépendante signifierait justement que ces réaffectations pourraient se réaliser directement par transmission à titre principal de l'instrument, donc non seulement par la voie détournée du rechargement.

136. ***Opportunité de la requalification***. La requalification des hypothèques rechargeables comme garanties indépendantes permettrait précisément aux parties le recours à la transmission à titre principal au lieu du rechargement, comme technique plus consacrée pour faciliter les refinancements du propriétaire dans ce contexte. Il lui suffirait en effet de prétendre et obtenir de son ancien créancier une retransmission de l'hypothèque vers la personne de son choix. Consacrée par intervention réglementaire ou au moins par opinion commune, l'opposabilité des exceptions relatives à ce nouveau rattachement écarterait par ailleurs ensuite tout risque d'usage abusif de la part des nouveaux bénéficiaires. La question de l'accès direct éventuellement accordé par les prérogatives hypothécaires sur la valeur économique de l'assiette resterait alors dénuée d'importance pour les besoins de ce contexte, car les titulaires successifs de l'instrument ne pourraient de toute façon aucunement s'en servir dans une mesure qui dépasse leurs propres créances. Reste seulement que l'opportunité pratique de cette construction dépend elle-même des frais impliqués requis par l'opération[646]. Elle deviendrait en effet inutile si les

[645] Pour l'identité substantielle du rechargement avec une transmission de l'hypothèque à titre principal, v. not. M. Dagot, §184. La doctrine roumaine propose elle aussi cette requalification du maintien des hypothèques, tel que prévu par la règlementation nationale: A.-A. Moise, p. 474.

[646] *Comp. supra*, §82.

coûts pour inscrire une transmission à titre principal au registre immobilier dépasseraient ceux requis afin de simplement reconstituer une nouvelle hypothèque. La requalification en garantie autonome ne serait alors rentable que pour les besoins des réaffectations consenties directement auprès du créancier initial, qui n'impliquent aucune transmission proprement dite de l'instrument. Dans cette lecture au moins, les hypothèques stipulées comme rechargeables pourraient enfin assumer leur indépendance structurelle et réaliser leurs objectifs pratiques sans aboutir sur des incohérences accessoires. Le problème ressort néanmoins d'un certain réalisme pragmatique qui vient contredire la requalification en garantie indépendante. En fin de compte, une réaffectation des sûretés tout aussi réelle que le rechargement intervient par stipulation expresse des parties en cas de novation de la créance initiale [647] . Or, la réaffectation par novation n'a jamais été sérieusement censée démasquer l'autonomie structurelle des sûretés concernées[648].

137. ***Réaffectation par novation***. Le maintien des garanties au service de la nouvelle créance qui résulte par voie de novation selon l'actuel art. 1.334 al. 2 C.civ. implique visiblement à son tour une certaine instabilité structurelle des sûretés[649]. En effet, ce moyen beaucoup plus classique de réaffectation semblerait lui aussi concrétiser un changement du support obligationnel sur lequel étaient originairement greffées les garanties maintenues. Il prépare ainsi lui-même ces dernières à résister indéfiniment à la disparition, concomitante à la naissance des nouvelles créances, des obligations initiales[650]. De plus, la sphère des créances

[647] Explicitement en ce sens, les observations comparatives de M. Fervers, p. 46: "*bei der Novation handelt es sich somit im praktischen Ergebnis um eine Ausnahme zu dem an sich streng geltenden Grundsatz der Akzessorietät. Obwohl die ursprünglich gesicherte Forderung untergegangen ist, besteht die Hypothek weiter und sichert in ihrer ursprünglichen Gestalt eine neue Forderung*". V. aussi, R. Rizoiu, p. 489.

[648] Sur les renégociations qui ne réalisent pas une novation à défaut de stipulation expresse, relatives aux taux, aux termes ou aux montants du crédit, que les parties modifient sans éteindre par cela la dette initiale: Ph. Dupichot, §662.

[649] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060: "*ceci souligne à quel point la réserve des sûretés est dérogatoire à la règle de l'accessoire; elle se justifie moins par des raisons logiques que par la faveur faite au créancier*". V. aussi, M. Fervers, p. 174; E. van den Haute, §163.

[650] Comme dans la transmission à titre principal, "*la créance nouvelle n'est garantie que jusqu'à concurrence du chiffre de l'ancienne*": J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1098; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XIII par E. Becqué, §1315; C. Dauchez, §204; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §612. Cela semblerait assez

potentiellement couvertes serait là encore indéterminée, vu la marge très large de manœuvre dont bénéficient les particuliers en matière de novation. En effet, les parties peuvent changer par voie de novation aussi bien l'objet que les sujets, actifs ou passifs, du rapport initial[651]. C'est vrai que le propriétaire doit consentir à chaque fois pour que les hypothèques préalablement consenties sur ses biens puissent garantir la créance subséquente[652]. Mais, comme avec le rechargement, son intervention ne saurait confirmer à elle seule la structure accessoire des garanties visées[653]. En droit français par ailleurs, les textes applicables couvrent désormais toutes les sûretés, qu'elles soient réelles ou personnelles, rattachées à l'obligation initiale[654], tandis que le droit roumain ne vise que les hypothèques[655]. Les implications dogmatiques de cette émancipation demeurent seulement moins visibles que dans les hypothèses de rechargement, car le maintien des garanties par novation intervient de manière concomitante à la chute de la première créance[656]. Il n'y a donc pas de périodes transitoires en lesquelles les sûretés doivent se tenir passives, survivre sans principal de référence et susciter les soupçons perceptibles de leur autonomie juridique. Rationnellement néanmoins,

---

paradoxal, vu que la première créance est en fait entièrement éteinte par hypothèse. Il en va sans doute de sa valeur préalable à l'instant même de la novation.

[651] A. Colin/H. Capitant", §546. Sur la novation en droit romain, v. not. F.C. von Savigny (cité *supra*, n. 535), «Le droit des obligations. Tomes I et II», pp. 29 et 57.

[652] M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XIII par E. Becqué, §1315; Michel Dagot, *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire*, JCP 1975, I, 2693; B. Maubru, §15. En droit roumain, v. par ex. CA București, s. IX-a civ., déc. nº 52/R du 30 janv. 2007; R. Rizoiu, p. 390. Effectivement, le texte de l'art. 1.611 C.civ.roum. exige le consentement du propriétaire seulement pour le report des hypothèques lors de la novation par changement de débiteur et lorsque ce dernier a lui-même consenti la garantie. En France, l'actuel art. 1.334 al. 2 C.civ. impose désormais toujours "*le consentement des tiers garants*".

[653] V. *supra*, §132.

[654] Art. 1.334 C.civ.: "*l'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires. Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants*".

[655] Art. 1.611 C.civ.roum.: "*les hypothèques qui garantissent l'ancienne créance ne s'étendent pas à la nouvelle créance, à moins que ceci n'ait été expressément prévu. En cas de novation par changement de débiteur, les hypothèques liées à l'ancienne créance ne subsistent pas sur les biens de l'ancien débiteur sans son consentement ni ne passent sur les biens du nouveau débiteur sans son accord. Lorsque la novation opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les hypothèques garantissant l'ancienne créance ne peuvent être transférées que sur les biens du codébiteur qui contracte la nouvelle dette*": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 1.611.

[656] V. néanmoins, en ce sens que le report des sûretés serait valable même si les parties la conviennent avant la novation: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1098 n. 157; Com., 10 juin 1949: JCP G 1949, II, 5106 note H. Cabrillac.

ces périodes transitoires de passivité n'auraient de toute façon rien ajouté par elles-mêmes aux infidélités originaires imputables à la perspective de garantir par voie de maintien une sphère indéterminée de créances. Mais cela reviendrait à considérer toutes les sûretés concernées par la novation comme étant structurellement similaires aux engagements autonomes. Or, cette conclusion contredirait de manière frontale les perceptions unanimes de la doctrine sur la nature accessoire des sûretés, réelles comme personnelles. En droit français, elle viserait également le cautionnement, dont la fidélité accessoire n'a jamais été sérieusement contestée. Il s'agit donc de concilier les arguments de logique formelle avec cette perception commune sur la nature accessoire des hypothèques et des cautionnements. À défaut, ces perspectives de réaffectation réelle, par voie de rechargement ou de novation, continueraient de déstabiliser la cohérence accessoire des sûretés.

138. ***Survie métaphorique***. C'est vrai que les observations sur le régime des hypothèques rechargeables confirment la possibilité de patcher certaines solutions pragmatiques pour dépasser les incohérences accessoires qui en découlent. Cela suppose, par exemple, de faire rétroactivement dépendre du propriétaire la survie de la sûreté à la disparition des créances successivement rattachées, laquelle concrétise justement l'autonomie de régime imputée. Ainsi, la renonciation par le propriétaire à la possibilité de rechargement rétablira la fidélité accessoire des diverses prérogatives respectivement acquises sur cet instrument par chaque créancier[657] , comme le propose justement aussi le professeur Théry[658]. Mais au vu de cette potestativité, tout se passe en fait comme si la garantie rechargeable ne devait pas véritablement transcender la chute du principal. Son unité structurelle ainsi que sa persistance pour bénéficier aux réaffectations ultérieures se réduirait visiblement à une simple métaphore, une image de "*réserve hypothécaire*" à la disposition du propriétaire[659]. Derrière cette image néanmoins, les rechargements successifs entraineraient pour tout sauf le nom la création de nouvelles

[657] V. *supra*, §129 .

[658] Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 47: "*on pourrait le dire autrement: la disparition du caractère rechargeable de l'hypothèque lui restitue les traits d'une hypothèque accessoire classique, ne garantissant que la créance visée dans l'acte d'affectation*".

[659] L. Aynès/P. Crocq, §664.

hypothèques subséquentes[660]. Cela vérifierait justement certaines intuitions de la doctrine qui en voit déjà l'expression de quasi-hypothèques progressivement rattachées aux créances ultérieures[661]. Parmi les deux faces des garanties rechargeables, telles qu'identifiées par le professeur Dupichot[662], le premier visage, censé suggérer une troublante autonomie de régime, serait, dans cette lecture, strictement un masque, combien "*visible et pérenne*", derrière lequel se cacherait cependant la réalité de plusieurs affectations démultipliées, entièrement fidèles à la logique accessoire[663]. Par exemple, chacune des quasi-hypothèques le cas échéant inscrites sur la sûreté rechargeable subsistera malgré la nullité de la créance individuelle qu'elles doivent couvrir, pour assurer la remise en l'état des parties en application de la solution décrite par la section précédente[664]. De plus, le déclassement au niveau de la préférence initialement acquise en cas de maintien de l'hypothèque, selon le système roumain, se justifierait dans cette perspective sans difficultés, vu qu'il s'agit d'une affectation subséquente[665]. En revanche, la stabilité du rang originaire de préférence dans les rechargements de droit français devrait nécessairement se requalifier, comme le propose la encore le professeur Théry, en réservation de rang à la disposition du propriétaire, opération inconnue comme telle par le droit français[666]. La métaphore de continuité de la garantie

---

[660] L. Aynès/P. Crocq, §664: *"cette convention a une nature analogue à une constitution d'hypothèque*"; De même en droit roumain: A.-A. Moise, p. 474 n. 1.

[661] P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 595), p. 27: "*l'hypothèque rechargeable constitue en quelque sorte une convention-cadre et les conventions de rechargement autant de conventions d'application* (...) *il peut être utile cependant de limiter l'étude aux seules conventions de rechargement. En effet, la véritable nature de ces conventions constitutives de sûretés n'a pas été précisée par le 'législateur'. Elles apparaissent pourtant comme des 'quasi-hypothèques' en raison de leur nature hybride*". Egalement pour une qualification de "*contrat-cadre*": D. Houtcieff, §30; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 71; Inspection générale des Finances/Inspection générale des Services Judiciaires (cité *supra*, n. 69), p. 30. Les conventions de rechargement deviennent ainsi plusieurs contrats *sui generis* d'application: D. Houtcieff, §§68-70.

[662] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 69.

[663] V. également en ce sens, les observations de M. Fervers, p. 85: "*dieser Nachteil ist zunächst darauf zurückzuführen, dass der französische Gesetzgeber sich nicht zur Schaffung eines vollständig nichtakzessorischen Grundpfandrechts durchdringen konnte. Denn das Phanomen, dass mehrere Glaubiger «in einer Hypothek sitzen» kann ja nur deshalb entstehen, weil die Hypothek nicht schuldrechtlich – durch die Anderung der Sicherungsabrede – sondern dinglich aufgeladen wird*".

[664] Pour une solution contraire, incorrecte car motivée par la disparition de la "*cause*" des rechargements convenus en cas de nullité de la nouvelle dette de rattachement: O. Salvat (cité *supra*, n. 58), §8. En effet, la créance ne représente pas la cause de la garantie. V. *infra*, §47.

[665] V. *infra*, §125.

[666] Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 48: "*la convention de rechargement apparaît, dans certains cas, comme une hypothèque nouvelle. La chose, en soi, n'a rien de surprenant puisque cette*

rechargeable se concrétiserait alors exclusivement dans la diminution des frais requis pour les affectations hypothécaires ultérieures. Du reste, la logique accessoire ressuscitée se vérifiera facilement à travers la dépendance de régime de chaque hypothèque individuelle ainsi déchiquetée[667]. Surtout, les prérogatives sur ces dernières se trouveraient "*au pouvoir exclusif du créancier titulaire*", qui devrait pouvoir transférer ses droit exclusifs comme si chaque obligation se rattachait à une garantie individuelle[668]. Ces prérogatives sur les quasi-hypothèques respecteraient toujours par hypothèse les exigences de la spécialité hypothécaire, car chaque rechargement doit explicitement mentionner les créances visées[669].

139. ***Métaphore de maintien en cas de novation.*** Un raisonnement similaire devrait par ailleurs viser toutes les sûretés concernées par la perspective de maintien en cas de novation des créances initialement couvertes. Ainsi, la cohérence de leur structure accessoire implique, pour identité de raisons, de formellement sacrifier la dimension unitaire des garanties reportées par voie de novation au service de la nouvelle créance. Leur continuité resterait alors là aussi une simple métaphore. Autrement dit, cela suppose de considérer qu'en réalité, le maintien des sûretés par voie de novation entrainerait pour tout sauf le nom la création de garanties subséquentes de même contenu[670]. Le traitement actuel de

---

convention opère comme une hypothèque rétroactive prenant rang «avant» même la naissance de la créance". V. aussi, M. Fervers, pp. 91-92. En droit roumain, l'art. 904 C.civ.roum. prévoit explicitement la réservation provisoire de rang à la disposition du propriétaire: "*le propriétaire d'un immeuble peut demander que son intention d'aliéner ou d'hypothéquer au bénéfice d'une certaine personne soit annotée, en indiquant dans cette dernière hypothèse, la somme qui correspond à l'obligation garantie. Lorsque l'aliénation ou l'hypothèque est effectuée dans un délai de 3 mois à compter de l'annotation de l'intention d'aliéner ou d'hypothéquer, le droit inscrit bénéficie du rang de l'annotation*" : «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 904.

667 Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 73: "*l'extinction de la créance propre à chaque créancier emporte nécessairement celle de l'affectation accessoire dont il est titulaire: il ne saurait évidemment être question qu'un créancier désintéressé – ou dont la dette aurait été annulée – puisse se prévaloir de l'article 2488, 1°*", texte qui consacre la survie de la sûreté rechargeable au remboursement des créances respectivement garanties. V. *supra*, §127 n. 612.

668 Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 73: "*ce dernier doit donc pouvoir en «transférer» ou «échanger» le bénéfice aux conditions du droit commun* (…) *le créancier titulaire doit pareillement être fondé à renoncer unilatéralement à des droits préférentiels ou exclusifs inscrits à l'actif de son patrimoine; rien ne justifie de ne pas donner effet à sa volonté abdicative…*". V. aussi, M. Fervers, p. 48; M. Dagot, §434, selon lequel chaque créancier transmettrait par cession "*en réalité une quote-part d'hypothèque*".

669 Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 73.

670 A.-A. Moise, p. 509 (nous traduisons): "*le consentement requis du débiteur* (…) *renvoie plutôt à la constitution de nouvelles hypothèques, avec toutes les conséquences qui en découlent*".

la novation en droit positif reflète assez fidèlement déjà cette qualification, à cela près que le maintien des sûretés qui intervient dans ce contexte assure le maintien du rang initial de préférence acquis par la garantie, aussi bien en droit français que dans le système roumain[671]. Mais du reste, l'image d'une seule et même sûreté qui persiste malgré la novation de la créance garantie devrait, au moins sur un plan dogmatique, là aussi, perdre toute légitimité juridique. Elle ne viendrait alors plus compliquer les équations du suivi accessoire. Dans ce contexte comme pour le rechargement, cette requalification en plusieurs sûretés proprement dites rattachées de manière successive aux obligations consenties par voie de novation éviterait la remise en cause de la logique accessoire et rétablirait les références invariables à chaque créance respectivement couverte dans la structure des affectations hypothécaires. Spécifiquement en ce qui concerne la novation par ailleurs, la fidélité accessoire des garanties maintenues semblerait pouvoir se vérifier aussi par la perception actuellement partagée par la doctrine, en ce sens que ce n'est pas la survie de la sûreté, mais bien inversement l'effet extinctif de la créance initiale qui devrait se voir traité comme étant une simple métaphore. Il y aurait plutôt une "*métamorphose*" de cette dernière dans la nouvelle obligation[672], un "*changement dans la continuité*"[673], fondé sur une fiction en ce sens qu'il n'y a en réalité aucun changement au niveau du principal couvert par la structure de la garantie, en référence auquel les sûretés maintenues continuent ainsi de manifester leur dépendance de régime. Mais les conséquences restent de toute façon identiques pour les besoins de ce développement, quel que soit le contenu concret de la métaphore. De manière similaire justement, il pourrait se considérer que le rechargement vient en fait plutôt réaliser une métamorphose de la créance initiale, par une démultiplication de celle-ci en l'ensemble des obligations successivement couvertes par voie de réaffectation. Mais ce renversement de la métaphore peinerait tout aussi bien à justifier le maintien de la garantie originaire aux créanciers subséquentes qui avaient cru ou parié, le cas échéant, sur la disparition des sûretés

[671] Sur le maintien de rang en cas de novation dans le système roumain, v. par ex. C. Hamangiu/I. R. Bălănescu/A. Băicoianu (cité *supra*, n. 96), p. 702.

[672] Ph. Malaurie/L. Aynès/P. Stoffel-Munck (cité *supra*, n. 187), §1181.

[673] Ph. Malaurie/L. Aynès/P. Stoffel-Munck (cité *supra*, n. 187), §1183.

réelles rattachées, une fois éteintes les obligations initialement couvertes. Tout cela permet une conclusion pertinente pour répondre à la problématique de ce chapitre.

140. ***Conclusion de chapitre. En quête de stabilité structurelle***. En fin de compte, ce chapitre confirme que la plupart des limites consacrées en droit positif aux effets de la nature accessoire dans ce domaine ne sont pas les expressions nécessaires d'une hypothèque indépendante. Seulement les différentes techniques de réaffectation conventionnelle, telles que le rechargement ou la novation, posent problème à cet égard. Du reste, il n'y a pas vraiment de difficultés, ni même si l'hypothèque était originairement consentie pour un montant supérieur à la créance, car cela ne contredit pas de manière formelle une structure accessoire de la sûreté, au titre de laquelle son assiette continue de répondre strictement pour le compte du principal de référence, identifié comme tel. De même pour la règle roumaine qui conditionne l'extinction de la sûreté par sa radiation du registre immobilier. Dans le contexte de l'hypothèque consentie en garantie de créances éventuelles ensuite, les difficultés théoriques que pose la déterminabilité de ces dernières mettent en cause seulement la spécialité du rattachement et non pas la logique accessoire en tant que telle. En plus, il suffit presque toujours de correctement identifier le principal de référence, afin que se vérifient ensuite au titre de celui-ci toutes les équations accessoires. Cela permet par exemple de légitimer aux yeux de la fidélité accessoire proprement dite des garanties le rattachement, prévu en droit positif, des hypothèques aux obligations subsidiaires impliquées par la remise en l'état pour inefficacité de la créance initiale, quelle que soit la source de cette dernière. De manière similaire, la prescription extinctive n'éteint que la force exécutoire du principal, non pas également son *debitum*, que les termes de l'affectation hypothécaire peuvent ainsi continuer de partager. Demeurent dès lors uniquement problématiques les opérations qui entrainent la réaffectation des hypothèques au service de nouvelles créances, telles que le rechargement ou la novation. Elles présupposent en effet logiquement une certaine redéfinition structurelle des hypothèques concernées, de manière à ce qu'elles soient prêtes à servir de garantie potentielle pour une sphère indéterminée de créances. Mais ceci ne concerne pas la subrogation à l'hypothèque, comme opération translative à titre principal de la sûreté. Celle-ci réalise en réalité seulement une réaffectation apparente de la garantie, qui pourra toujours suivre l'obligation initiale, en signe de fidélité

accessoire. Les fondements de cette observation sont unanimement partagés dans la doctrine française. Il suffit en effet de retenir l'interdépendance entre principal et accessoire, qui doit logiquement se manifester y compris lorsque la sûreté parvient entre les mains de tiers qui ne sont pas des créanciers du propriétaire. Dans cette lecture, même si la garantie hypothécaire était originairement consentie pour un montant autonome, elle ne pourrait accorder préférence pour plus que la valeur actuelle de la première créance. En revanche, le rechargement et son équivalent roumain réalisent une réaffectation réelle de la sûreté. Or, une garantie qui doit prévoir son rattachement potentiel à n'importe quelle obligation subséquente trahit, selon les déductions logiques de la dernière section, son infidélité structurelle. Une requalification des hypothèques rechargeables et de leurs équivalents roumains en tant que garanties autonomes, même dépourvues de l'inopposabilité caractéristique des exceptions, serait alors opportune, ne serait-ce que pour éviter les solutions improvisées au niveau de leur régime. Mais une telle requalification pourrait être considérée trop radicale au vu des perspectives actuellement acquises en doctrine à leur égard. En fin de compte, une réaffectation similaire concerne aussi toutes les sûretés maintenues par voie de novation de la créance initiale. Dès lors, pour préserver en termes formels la structure accessoire de ces garanties, il s'agirait de considérer purement métaphorique leur survie à la disparition de la première obligation, et ensuite, à celle des autres créances successivement couvertes. Le rechargement et la novation se traiteraient dès lors comme entrainant la création de sûretés subséquentes de même nature, mais qui se tiennent entièrement fidèles à chacune de leurs nouvelles créances de rattachement. Il ne reste alors, pour les besoins de ce développement, qu'à clarifier les éventuels conflits entre la nature accessoire des hypothèques et l'accès direct qu'elles accorderaient sur leur assiette, lequel traduit le droit autonome de poursuite déduit de leurs prérogatives. Inversement d'ailleurs, le chapitre précèdent vient de confirmer combien en dépendent les applications pratiques des hypothèques indépendantes. Cela signifie qu'afin de vérifier la potentielle convergence des traditions juridiques autour de l'eurohypothèque, il est également nécessaire de prendre position sur la réalité de cet accès direct dans le droit positif des systèmes de référence.

Chapitre 2. Autonomie procédurale des poursuites

141. ***Contenu concret des prérogatives hypothécaires***. Il s'agit de constater que la définition des hypothèques ne saurait se limiter aux droits de suite et de préférence, lesquels en représentent plutôt les principaux effets. Selon le professeur Stoica justement, ces deux prérogatives caractérisent, en règle générale, tous les autres droits réels[674]. Mais ils ne délimitent pas le contenu spécifique de la conduite sur la chose exclusivement permise par chaque droit réel respectif à leurs titulaires. Contrairement à l'usufruitier par exemple, le créancier hypothécaire n'est pas habilité à accéder aux utilités matérielles de la chose[675]. La garantie lui permet seulement de saisir l'immeuble affecté pour en retirer une valeur patrimoniale imputée sur la dette. Or, cela concrétise visiblement un accès beaucoup plus abstrait sur la chose que celui accordé par les autres droits réels. Il porte plus précisément sur "*cette utilité particulière qu'est la valeur*"[676] des immeubles affectés. Cependant, un droit similaire de saisie vient également se concrétiser dans les poursuites le cas échéant exercées au seul titre de la créance garantie[677]. Le défi c'est alors de correctement délimiter les rôles que se partagent droit réel et engagement personnel lors des exécutions forcées des immeubles hypothéqués. En découlent deux visions radicalement opposées quant au contenu des prérogatives hypothécaires.

---

[674] V. Stoica (cité *supra*, n. 95), p. 102. V. aussi François Terré/Philippe Simler, «Droit civil. Les biens», 9e Edition, Coll. Précis, Dalloz, Paris, 2014, §47. V. néanmoins, en ce sens que ces prérogatives seraient plutôt spécifiques aux sûretés réelles, J. Carbonnier (cité *supra*, n. 370), §702: "*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*"; Ch. Larroumet (cité *supra*, n. 97), §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*".

[675] Y. Flour, §113: les sûretés réelles ne "*permettent, à aucun degré, de se servir de la chose, d'en retirer aucun des avantages économiques normalement attachés à la propriété et à ses dérivés*". V. aussi, L. Aynès/P. Crocq, §400; M. Nicolae, p. 306 n. 2; R. Rizoiu, p. 456. Sur ce point, v. notamment la distinction relevée par Aristote entre la valeur d'usage et la valeur d'échange des choses, citée dans Ch. Gijsbers, §26.

[676] Ch. Gijsbers, §24.

[677] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1121; R. Rizoiu (cité *supra*, n. 535), p. 249.

142. ***Droit parallèle sur la valeur***. Dans une perspective réductrice, l'hypothèque serait un simple moyen technique pour renforcer la créance couverte, par le rang spécifique de priorité obtenu lors de son inscription au registre immobilier[678]. La saisie de l'immeuble affecté se légitimerait alors uniquement au titre de la créance garantie et de "*son indispensable auxiliaire qu'est le droit de gage général*"[679]. Cette perspective bute néanmoins devant le défi de caractériser la responsabilité du propriétaire qui n'est pas en même temps personnellement tenu à la dette[680]. L'obligation de rattachement en serait incapable par soi-même, car elle ne lie que son débiteur principal[681]. Il semblerait alors séduisant d'affirmer que la sûreté hypothécaire vient surtout habiliter le créancier à faire comme si l'immeuble était resté entre les mains du constituant ou d'une autre personne tenue personnellement à la dette[682]. Mais en principe, le droit de suite ne rend pas inopposables au

[678] V.-N. Marcadé (cité *supra*, n. 369), p. 360: "*l'hypothèque n'est point un démembrement de la propriété de l'immeuble, un vrai jus in re sur cet immeuble* (…) *car ce n'est rien autre chose que cette créance elle-même, en tant qu'elle s'exerce sur l'immeuble*"; G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, §1324: "*toute obligation, si elle n'est pas acquittée, conduit ou peut conduire à une expropriation forcée*"; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, p. 135: "*peut-on préciser la nature de ce droit particulier que la sûreté réelle confère au créancier? Ne s'agit-il, au contraire, que d'un renforcement de son droit de creance?*"; C. Dauchez, §1: "*droit qui compte, mais qui ne compte pas*". V. aussi G. Goubeaux, §53: "*l'hypothèque a pour but de renforcer une créance déterminée dans son montant et ses modalités*". Le risque de saisie se déduit alors exclusivement de la dette, non pas de l'hypothèque: Ph. Dupichot, §635.

[679] Ph. Dupichot, §532; Ch. Gijsbers, §24 et not. §58 et §65: "*la dette, seule «responsable» de la saisie du bien grevé*". Cet auteur argumente aussi, sous §§64-65, que la garantie hypothécaire ne déprécie pas le patrimoine du propriétaire, vu qu'inversement, la renonciation à celle-ci par son titulaire ne lui profiterait de toute façon pas, tant que le créancier ne se désisterait pas également du crédit. Mais même s'il n'y a que renonciation à l'hypothèque, le propriétaire pourra aliéner un immeuble libre de charges et, le cas échéant, réinvestir le prix, qu'il ne doit pas immédiatement remettre à son créancier. Cela signifie que la renonciation à l'hypothèque procure au propriétaire la même utilité qu'un nouveau crédit sans intérêts à hauteur du prix ultérieurement obtenu par vente de la chose, ou au moins du surplus reçu pour le fait que l'immeuble est désormais libre de charges. Or, personne ne considère que les crédits ne profitent en rien à leurs débiteurs.

[680] B. Maubru, §112: "*cela procède d'une confusion très souvent dénoncée entre l'hypothèque et la force exécutoire de l'obligation* (…) *ce n'est pas cette solution qui est admise en droit positif, puisqu'il est permis à une personne d'hypothéquer les biens lui appartenant pour garantir l'obligation contractée par une autre personne; c'est une caution réelle qui sera tenue de la dette uniquement «propter rem» tout comme le tiers détenteur de l'immeuble hypothèque. L'obligation réelle se détache ici de l'obligation personnelle pour produire les effets qui lui sont propres. C'est la preuve incontestable de l'individualité de l'hypothèque qui ne peut être considérée comme un aménagement du droit de gage général*". Sur les obligations "*réelles*" ou "*propter rem*" pour fonder la responsabilité du propriétaire, v. *infra*, §149.

[681] F. Grua, §27.

[682] C. Dauchez, §99, en voit une "*inaliénabilité de fait*", intuitivement nécessaire pour plaider que la saisie intervient exclusivement au titre de la créance garantie. Mais la notion semble plutôt économique. La doctrine traditionnelle se limite en effet de constater les difficultés à trouver des acquereurs dans les aliénations subséquentes à la constitution des hypothèques, sans en voir une impossibilité juridique: G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, §1324; A. Colin/H. Capitant, §1274. En revanche, la "*Satzung*",

créancier garanti les éventuelles aliénations de l'immeuble[683]. Les acquéreurs successifs interviennent bel et bien dans les éventuelles saisies diligentées contre eux par le créancier hypothécaire comme propriétaires de la chose[684]. Il semble dès lors beaucoup plus légitime de considérer, inversement, que les propriétaires qui ne sont pas en même temps débiteurs du principal répondent directement au titre de la garantie hypothécaire[685]. Celle-ci n'a justement aucune difficulté à imposer son respect *erga omnes* aux propriétaires successifs de la chose, comme tout autre droit réel. Cependant, cette perspective suppose de rattacher à la sûreté un droit de saisie structurellement équivalent à celui qui fait la force exécutoire de la créance garantie. La seule différence serait que l'assiette de ce droit de saisie supplémentaire ne couvre pas tout le patrimoine du debiteur, mais se limite aux immeubles affectés. Dès lors, la question qu'il convient de se poser afin de choisir entre ces deux perspectives vise plus concrètement à savoir si les prérogatives hypothécaires dupliquent ou non ce droit de poursuite qui se déduit également de la créance, et qui touche en définitive à la somme dégagée par voie de saisie, comme richesse à part dans le patrimoine du créancier. Elle peut se reformuler en interrogation sur le fondement des poursuites contre le propriétaire qui n'est pas en même temps débiteur du principal. Ce fondement devrait alors, cohérence dogmatique oblige, caractériser aussi la responsabilité du débiteur principal lui-même, lorsqu'il intervient comme constituant de la garantie. Il s'agit premièrement de clarifier les enjeux de cette problématique pour le régime requis par les applications pratiques des hypothèques indépendantes.

143. ***Impact sur les hypothèques indépendantes***. À défaut de prérogatives d'*usus*, *fructus* ou *abusus* matériels sur la chose, la garantie hypothécaire se voit parfois

---

sûreté immobilière des coutumes médiévales allemandes, rendait bel et bien son assiette inaliénable: A. Egger, pp. 202-204.

683 V. par ex. Civ. 3ème, 18 juin 2008, 07-15.129: Bull. Civ. III, nº 109; JCP G 2008, I, 18032, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque. Il en va autrement seulement après qu'un commandement de saisie ait été publié: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1637; L. Aynès/P. Crocq, §685. La chose devient alors indisponible, ce qui arrête également la prise des inscriptions pour les opérations antérieurement conclues: Civ. 3ème, 17 juil. 1986, 85-11.627: Bull. Civ. III, nº 118, p. 93.

684 L. Aynès/P. Crocq, §689; Ch. Gijsbers, §67. Le débiteur principal ne doit pas obligatoirement figurer dans les poursuites au titre de la garantie hypothécaire contre le propriétaire: Cass. req., 4 janv. 1837: *Jur. gén.*, nº 312.

685 Ch. Gijsbers, §70; W. Dross (cité *supra*, n. 370), p. 237.

reléguée par la doctrine au niveau des simples droits personnels[686]. Cependant, ce développement ne traitera pas spécifiquement de la qualification réelle ou personnelle de la responsabilité au titre de la sûreté immobilière. Cela impliquerait sinon de prendre position sur les critères de la distinction entre les droits réels et les droits personnels[687]. Or, il est intéressant ici seulement de clarifier le contenu même des prérogatives offertes par la garantie, quelle que soit leur nature réelle ou personnelle. En effet, la validité des hypothèques indépendantes est parfois contestée au motif que la tradition française ne connaitrait pas ce droit de saisie directement accordé par la sûreté[688]. Le présent chapitre se chargera, dès lors, de vérifier cette observation. C'est vrai qu'elle semble dépourvue de pertinence pour la problématique de ce développement, tant que la légitimité comme telle des hypothèques indépendantes ne présuppose pas ce droit autonome de saisie déduit des prérogatives hypothécaires. Mais celui-ci vient quand même sécuriser les applications attendues de cette technique dans la mobilisation des créances garanties[689]. Le problème connexe qui pourrait donc plutôt se poser et sera également pris en charge par ce chapitre, à supposer acquis ce droit autonome de saisie, implique donc plutôt de vérifier cette déduction renversée, afin de savoir si

---

686 Maxime Chauveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, RCLJ 1931, p. 539 et s., vu que le créancier: "*n'exerce sur la chose aucun pouvoir direct d'utilisation*". V. aussi, Mircea Bocșan, *Unele problème ridicate în teoria şi practica ipotecii convenţionale*, Rev. dr. com. nr. 10/1997, p. 137. *Contra*, v. déjà note de R. Libchaber sous Com., 20 mai 1997, 95-11.915: D. 1998.115, selon lequel si les sûretés réelles "*conduisent à la constitution d'un droit réel, dit-on, c'est parce que le titulaire se voit concéder un droit direct sur une utilité singulière de la chose, sa valeur*", car "*le propriétaire se défait au profit d'un tiers d'une utilité particulière de son bien, celle consistant à pouvoir l'aliéner afin d'en retirer un prix de cession. En d'autres termes, il cède à autrui tout ou partie de la valeur d'échange*": W. Dross (cité *supra*, n. 370), p. 233. V. *infra*, §152.

687 Sur ce point, v. not. G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §155; Hassen Aberkane, «Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français. Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels», L.G.D.J., 1957, *passim*. Au moins, la garantie hypothécaire ne représente certainement pas un démembrement de la propriété: J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1151; C. Aubry/C.-F. Rau, §286; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §290; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §432; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §328; A. Colin/H. Capitant, §1660.

688 V. par ex. B. Maubru, §5: "*dans la conception de l'hypothèque autonome, l'hypothèque confère à la personne qui en est titulaire, par le simple fait qu'elle en est titulaire, le droit de réclamer le paiement d'une certaine somme au propriétaire de l'immeuble grevé, et à défaut de paiement de saisir l'immeuble*"; C. Dauchez, §219: "*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, l'hypothèque rechargeable n'en est pas l'équivalent*"; Loyseau, cité *supra*, §4 n. 25, par A. Egger, pp. 175-195.

689 V. *supra*, §66.

celui-ci ne vient-il pas, de par son existence, renier la nature accessoire proprement dite de l'hypothèque[690].

144. ***Engagement présumé à la dette***. Au vu des opinions prédominantes en doctrine, la théorie du droit parallèle de saisie dont jouirait le créancier au titre même de l'hypothèque semble presqu'incontestable. Ce véritable accès direct sur la valeur économique de l'assiette se confirme ainsi, dans certaines hypothèses concrètes en lesquelles les poursuites sauraient uniquement se légitimer au titre de la garantie hypothécaire (***section 1***). Mais il existe aussi une solution alternative, en ce sens de présumer à chaque fois les différents propriétaires comme tenus d'un engagement personnel à la dette, de contenu identique à celui de la créance couverte (***section 2***) [691] . En effet, d'autres solutions, comme certains développements en matière de procédures collectives, laissent plutôt supposer que le créancier ne pourrait jamais agir au titre même de la sûreté. La créance garantie semblerait alors, comme droit personnel et au titre de sa force exécutoire, l'unique justification de la saisie. Toutefois, en termes formels, la créance de référence n'est pas invocable par elle-même contre les propriétaires qui n'en sont pas tenus en tant que débiteurs proprement dits. De ce fait, le seul moyen rationnel pour écarter l'accès direct du raisonnement serait de retenir cet engagement présumé des différents propriétaires à la dette. Pour les besoins de ce développement, il convient par ailleurs de vérifier la mesure en laquelle cette théorie alternative sur le fondement des poursuites influence-t-elle les potentielles applications pratiques des hypothèques indépendantes.

[690] V. *infra*, §168.

[691] V. par ex. J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §554; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §342.

Section 1. Action réelle directement déduite de la sûreté

145. ***L'accès direct comme solution intuitive***. En France comme en Roumanie, les codes civils ne précisent pas explicitement que les hypothèques permettent par elles-mêmes à leurs titulaires de toucher l'émolument de la saisie, contrairement au B.G.B., par exemple, comme sera vu ci-dessous[692]. Ils définissent cette sûreté simplement comme "*droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation*", selon les arts. 2.393 C.civ. et 2.343 C.civ.roum.[693] Pourtant, un accès directement accordé sur la valeur économique de l'assiette viendra assez rapidement se consacrer en doctrine comme solution intuitive pour combler le silence des textes applicables. Cet accès direct apparait certainement plus visible en présence de certaines limites à la logique accessoire, telles que la prescription du principal ou la transmission séparée de la garantie. Le chapitre précèdent a déjà confirmé que ces hypothèses n'empiètent pas en elles-mêmes sur la dépendance de régime proprement dite de la sûreté[694]. Il convient donc de confirmer que ni cet accès direct, une fois son existence indiscutablement établie, ne porterait pas en soi-même atteinte au caractère accessoire de la sûreté (***A***)[695], avant de contempler ses expressions pratiques plus visibles (***B***).

A. Compatibilité accessoire

---

[692] C. Dauchez, §31. Sur la définition, v. par ex. M. Bourassin/V. Brémond, §2014; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §382; L. Aynès/P. Crocq, §678; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §325.

[693] Selon le texte roumain: *"l'hypothèque est un droit réel sur des biens, meubles ou immeubles, affectés à l'exécution d'une obligation":* «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.343. Ainsi, le texte du Code civil roumain diffère de son homologue français seulement parce qu'il vise aussi les meubles. La règlementation roumaine s'est effectivement tachée d'unifier sous le concept hypothécaire toutes les garanties sans dépossession, quelle que soit la nature de leur assiette: A.-A. Moise, p. 51. Du reste, la définition reste identique à celle des règlementations plus anciennes: Constantin Stătescu/Corneliu Bârsan, «Drept civil. Teoria generală a obligațiilor», Editura All, București, 1992, p. 391. V. aussi, E. van den Haute, §124, pour les définitions similaires en droit italien, néerlandais ou espagnol.

[694] V. *supra*, §72.

[695] V. déjà, L. Aynès/C.-A. Michel (cité *supra*, n. 529), §120-6.

146. ***Action hypothécaire allemande***. Le droit allemand confirme déjà, par ses solutions pratiques, le fait que l'autonomie des poursuites exercées en vertu de la garantie hypothécaire ne contredit pas la nature accessoire proprement dite de celle-ci[696]. Justement qu'il ne limite pas cette autonomie des poursuites à la seule dette foncière, comme référence comparative des hypothèques indépendantes[697]. En effet, il propose indubitablement aussi aux créanciers titulaires des simples *Hypothek* le choix entre, d'un côté, une action personnelle fondée sur le principal et, d'un autre côté, une action réelle qui sanctionne directement la mise en œuvre des prérogatives hypothécaires[698]. Cette dernière lui permet, par exemple, même si le propriétaire se trouverait en procédure collective, de poursuivre à titre individuel le bien affecté en garantie, sauf si le juge arrête provisoirement aussi la mise en œuvre des hypothèques. En revanche, les poursuites qu'il exercerait au seul titre de la créance sont suspendues par principe au titre de la discipline collective[699]. Cette dualité se confirme notamment dans les définitions respectives des sûretés immobilières[700]. Selon les articles 1.113 al. 1 et 1.191 al. 1 B.G.B. en effet, aussi bien l'*Hypothek* accessoire que la dette foncière se définissent comme droit pour leurs titulaires (nous traduisons) "*que lui soit payé de l'immeuble une somme*

---

[696] V. par ex., A. Egger, pp. 175-183, qui cite Brodeau: "*par le moyen de laquelle action hypothequaire, le detempteur et propriétaire est tenu de payer, non seulement les arrerages escheus de son temps, mais aussi ceux escheus auant sa détention et iouyssance*", ainsi que Loyseau, selon lequel les "*charges foncières*": "*diffèrent des debtes et obligations personnelles, lesquelles – ne sont toutefois debtes des héritages, et ne suiuent pas le detempteur de l'héritage vendu, mais elle demeurent en la personne de l'obligé – au contraire, les charges foncières sont vrayement deuës par l'héritage, et le suiuent en quelques mains qu'il passe, pour estre payées par le nouveau detempteur d'iceluy*".

[697] F. et J. Baur/R. Stürner, §38.49: "*Forderung und Hypothek zwar eng miteinander verbunden sind* (…) *beide aber doch verschiedene Rechtserscheinungen sind. So liegt auch – wie wir wissen – in der Geltendmachung der Forderung nicht die der Hypothek und umgekehrt*".

[698] F. et J. Baur/R. Stürner, §38.50: "*macht die Gläubiger die persönliche Forderung geltend, so gelten in vollem Umfang die Grundsatze des Schuldrechts (….) unabhängig davon, ob der Gläubiger nur die Forderung oder gleichzeitig auch die Hypothek geltend macht. Es kann daher durchaus sein, dass der Gläubiger mit der einen Klage Erfolg hat, mit der anderen aber abgewiesen wird*".

[699] W. Brehm/C. Berger, §16.26; Jan Wilhelm, «Sachenrecht», 3. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, §2394.

[700] V. l'art. 49 InsolvenzOrdnung, selon lequel: "*Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus Gegenständen zusteht, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen (unbewegliche Gegenstände), sind nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung berechtigt*", (nous traduisons): "*les créanciers qui ont un droit de satisfaction sur des choses régies par la procédure de saisie immobilière (biens immobiliers) bénéficient du droit de satisfaction séparée selon la loi sur l'exécution forcée et l'administration forcée des biens*".

d'argent déterminée", comme conséquence des poursuites[701]. Mais pour ce qui est de l'*Hypothek*, ce droit sur la somme dégagée par voie de saisie reste conditionné par l'étendue réelle de la créance garantie. Selon les textes en effet, celle-ci sert à son titulaire uniquement (nous traduisons) "*pour obtenir satisfaction à cause d'une créance qui se trouve à sa disposition*"[702]. En revanche, la définition de la dette foncière dans l'art. 1.191 al. 1 B.G.B. ne comprend pas de telles références au principal. Or, c'est clair que cette mention de la créance garantie ne se limite pas à préciser l'antériorité causale de celle-ci, comme raison efficiente derrière la création de la sûreté. En effet, les garanties indépendantes ne sauraient elles-mêmes pas être consenties sans un rapport fondamental préexistant[703]. Ce renvoi à la créance garantie retenu dans la définition de l'*Hypothek* proclame dès lors simplement la nature accessoire de celle-ci, nonobstant le fait qu'elle vient doubler les prérogatives de saisie déduites du principal[704]. Mais ces arguments de droit comparé ne sont pas indispensables, car leur conclusion se confirme aussi par voie une analogie avec le cautionnement. En effet, pour ce qui est de ce dernier, l'autonomie de son *obligatio* n'a jamais été considérée incompatible avec les références accessoires au niveau de sa structure.

147. ***Autonomie des poursuites contre la caution***. Les poursuites contre la caution interviennent indubitablement au titre de son propre engagement et non pas en vertu de la créance principale. C'est comme dans le cas des hypothèques consenties, dès le début, pour autrui[705], car l'effet relatif des conventions empêche, là aussi, de considérer le garant personnel comme directement tenu au titre du principal. Sinon, l'engagement de la caution se distinguerait de la garantie à première demande non seulement par objet[706], mais aussi par nature, à défaut de force exécutoire intrinsèque. Or, cette autonomie procédurale communément reconnue aux poursuites exercées par le créancier contre la caution ne contredit

---

[701] "*Eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist*": art. 1.113 al. 1 et 1.191 al. 1 B.G.B.

[702] "*Zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung*": art. 1.113 al. 1 B.G.B.

[703] V. *supra*, §32.

[704] Par ailleurs, ce dédoublement pose souvent la délicate question de clarifier l'imputation du paiement, car le propriétaire devrait légitimement pouvoir rembourser, au choix, non seulement la créance, mais aussi directement au titre de la garantie: F. et J. Baur/R. Stürner, §45.41 et §45.43.

[705] V. *supra*, §142.

[706] V. *supra*, §49.

pas la logique accessoire de son engagement. Il suffit de considérer qu'elles interviennent non pas au titre, mais pour le compte du principal. En découle un dédoublement de prérogatives de saisie, identique en substance à l'accès direct le cas échéant accordé par l'hypothèque, à cela près que ce dernier se limite par définition aux immeubles spécialement affectés. Mais cela n'empêche précisément pas l'engagement de la caution à toujours partager son *debitum* avec le principal. L'interdépendance qui s'ensuit interdit justement toute possibilité de voir les émoluments respectivement obtenus au titre du principal et de l'accessoire se cumuler entre les mains du créancier. Celui-ci ne saurait en effet jamais obtenir plus que son dû, apprécié selon les termes convenus[707]. Cette analogie pose néanmoins la question de savoir en quelle mesure la délimitation dualiste entre le *debitum* et l'*obligatio* des obligations proprement dites est-elle pertinente pour caractériser la structure des hypothèques.

148. ***Transposition de l'analyse dualiste***. À première vue, la structure de l'engagement hypothécaire semble facilement se plier sur la délimitation dualiste du contenu des engagements civils entre *debitum* et *obligatio*. À suivre les intuitions du professeur Grua, cette théorie pourrait en effet aussi parfaitement synthétiser les éléments structurels des affectations hypothécaires[708]. Reste pourtant qu'une transposition pure et simple de la délimitation dualiste en matière hypothécaire risquerait un contre-argument péremptoire dans la nature réelle de la garantie. A priori, l'analyse dualiste semble, par définition même, spécifiquement conçue pour la structure des obligations civiles proprement dites. Or, sauf dénaturation, la responsabilité du propriétaire au titre des hypothèques consenties sur son immeuble ne relève pas de cette catégorie. C'est vrai qu'il a parfois paru séduisant

[707] V. *supra*, §50.

[708] F. Grua, §27: "*ce qui décrit le mieux le fond des choses n'est pas la théorie de l'obligation propter rem, faute de dette propre, mais la théorie dualiste de l'obligation, d'origine germanique*". V. aussi, dès le début du XX[ème] siècle, A. Egger, p. XV. Selon celui-ci, les hypothèques devraient désormais se définir comme simple "*Haftung*" ou droit de saisie, apuré de tous les éléments qui trahiraient un *debitum* spécifique. Pour des tentatives plus récentes de transposer la théorie dualiste en matière hypothécaire, v. par ex. le commentaire de V. Bonnet sous Civ. 1[re], 4 mai 1999, 97-15.378: D. 2002.302, §6: "*il serait vain de prétendre que la caution, personnelle ou réelle, n'est pas engagée du tout: si l'objet de son obligation est emprunté à l'obligation du débiteur principal, elle n'en est pas moins véritablement engagée; il y a unicité de la dette, mais dualité de liens d'obligation*".

d'en voir l'expression d'une obligation réelle[709] ou *propter rem*[710] à la charge des différents propriétaires. La rigueur oblige toutefois d'observer que, loin de ces qualifications, l'hypothèque était jusqu'à peu le seul droit réel expressément reconnu comme tel par le Code civil. Intuitivement artificiels, les concepts des obligations réelles ou *propter rem* à la dette peuvent dès lors uniquement fausser le débat sur le contenu des prérogatives hypothécaires[711].

149. ***Obligation propter rem à la dette***. Le problème part là encore de l'hypothèse en laquelle il s'agirait de qualifier la responsabilité du propriétaire qui n'est pas également tenu à titre personnel comme débiteur principal. C'est le cas par exemple lorsqu'il interviendrait en tant que garant pour autrui ou tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué[712]. La créance n'est alors pas opposable comme telle au propriétaire, protégé par l'effet relatif des contrats. Il s'agirait alors de fonder sa responsabilité, d'une manière ou d'une autre, directement au titre de l'hypothèque. Dans ce contexte, l'idée des obligations réelles ou *propter rem* à la dette répond justement à la difficulté intuitive d'accepter que la saisie pourrait intervenir en l'absence d'un engagement personnel du propriétaire à désintéresser le créancier[713]. Mais il convient de démontrer que ces concepts, empruntés à la théorie

---

[709] V. not. Samuel Ginossar, «Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux», Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, pp. 89-93; J. François, p. 1220; J.-J. Ansault, p. 148 et plus récemment, V. Mazeaud, §§278-281 en ce sens que l'ensemble des sûretés réelles déboucheraient sur une "*obligation réelle de couverture*".

[710] F. T'Kint (cité *supra*, n. 215), §14; Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, §11; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1553; B. Maubru, §112; Pierre Crocq, *Le cautionnement réel ou les affres de la polysémie*, RTD civ. 1999, p. 152; Observations de R. Libchaber sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: Defrénois 2006, p. 586; F. Grua, §25, mais seulement pour la situation du tiers acquéreur; Philippe Simler, *Eppur, si muove! (Galilée). Et pourtant, une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement … réel*, JCP G, 2006, I, 172; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §1184; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §306; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §468; Ph. Simler, §19; Commentaire de V. Bonnet sous Civ. 1re, 4 mai 1999, 97-15.378: D. 2000.302; Observations de Ph. Théry sous Com., 11 juin 2002, 00-20.981: Defrénois 2003, p. 417 et commentaire de J.-P. Rémery sous le même arrêt: JCP G 2002, II, 10116.

[711] V. par ex. Civ. 1re, 4 mai 1999, 97-15.378: Bull. civ. I no 144, p. 96; JCP G 1999, I, 156 obs. Ph. Simler; D. 2002.302, comm. V. Bonnet: "*le cautionnement réel fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque conventionnelle pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers est une sûreté réelle*". L'apparence d'oxymore derrière la formule du "*cautionnement réel*" sera écartée *infra*, §177.

[712] En faveur d'une responsabilité identique en substance du garant et du tiers acquéreur, v. par ex. les observations de R. Libchaber sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: Defrénois 2006, p. 586. En sens contraire, v. par ex. F. Grua, §25.

[713] V. par ex. Ch. Gijsbers, §71: "*il semble donc inéluctable d'intégrer une forme d'hybridité dans l'analyse juridique du cautionnement réel*"; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §399: "*pour notre part, nous sommes attachés à la conception d'un engagement personnel car il nous parait*

générale des obligations, parviennent en fait uniquement à compliquer le raisonnement, sauf dénaturation pour les plier sur la nature réelle des affectations hypothécaires[714].

150. ***Nature personnelle des obligations propter rem***. Les obligations *propter rem* engagent ainsi, en règle générale, le débiteur sur tout son patrimoine, en raison de leur nature personnelle[715]. Cependant, cela contredit l'image traditionnelle du *res non persona debet*, censé caractériser les sûretés réelles[716]. Cette image suppose, concrètement, que dans les poursuites au titre de l'hypothèque, le propriétaire qui n'est pas en même temps le débiteur de la créance garantie saurait uniquement perdre l'immeuble affecté[717]. En plus, il garde le droit de se défaire de toute responsabilité en aliénant la chose[718]. Dans ce cas, le créancier hypothécaire serait obligé d'engager les procédures d'exécution forcée contre le nouveau propriétaire, car la transmission lui est opposable, tant qu'elle précède la saisie[719]. Et même après le commencement des procédures d'exécution forcée, un éventuel délaissement du bien entre les mains du créancier saisissant écarterait toute responsabilité du propriétaire pour le compte de la créance principale[720]. Mais ces effets, spécifiques à la matière hypothécaire, ne correspondent intuitivement pas au régime typique des obligations *propter rem*[721]. De surcout, celles-ci restent, par

---

dérogatoire aux mécanismes généraux du droit des obligations qu'une personne soit amenée à payer et à s'exposer à la saisie d'un de ses biens sans qu'elle ait pris un tel engagement à l'égard de celui qui peut la contraindre au paiement".

[714] J. Derruppé, (cité *supra*, n. 370), §346.

[715] Frédéric Rouvière, JurisClasseur Civil Code, App. Art. 637 à 639 - fasc. unique: «Servitudes. Obligations réelles», 15 avril 2013, LexisNexis, §63.

[716] Pure fiction, car la chose ne devient intuitivement pas debitrice comme telle: F. Grua, §22; S. Ginossar (cité *supra*, n. 709), p. 165.

[717] B. Vișinoiu (cité *supra*, n. 287), p. 2312.

[718] F. Rouvière (cité *supra*, n. 715), §56. V. aussi, Jean Dabin, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTD civ. 1999, p. 40: "*là où il existe une véritable obligation (et non une simple faculté) le débiteur est lié par un impératif catégorique sans possibilité de choix entre l'exécution de l'obligation et la sanction*".

[719] V. *infra*, §142.

[720] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1570; Note de L. Aynès sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: D. 2006.734, §7: "*une charge n'est pas une obligation. Dans la mesure où elle ne pèse sur le constituant qu'en raison de sa qualité de propriétaire du bien grevé, il s'en débarrasse en aliénant ou en délaissant la chose*".

[721] V. par ex., F. Rouvière (cité *supra*, n. 715), §61, en matière d'obligations *propter rem*: "*le caractère accessoire justifie que la perte du droit réel principal entraîne l'impossibilité de devenir débiteur à l'avenir* (…) *toutefois, il ne peut à lui seul justifier l'extinction des obligations déjà nées. En effet, ces dernières*

définition même, corrélatives à une créance[722]. Or, le propriétaire qui n'est pas également débiteur du principal saurait uniquement se voir opposé le droit réel hypothécaire[723]. Une obligation *propter rem* à la dette, si présumée, remplacerait ici le devoir général d'abstention qui est le revers de tout droit réel. Cela dérogerait néanmoins tant à la nature habituellement passive de ce devoir d'abstention, qu'à la sphère indéterminée de ses sujets passifs[724]. Il s'agirait alors de patcher en quelque sorte la qualification d'obligation *propter rem* au moins pour limiter son gage à l'immeuble affecté[725]. Mais cette qualification en obligation *propter rem*, de nature personnelle, serait alors à ce point abusée que sa cohérence dogmatique en ressortirait défigurée[726]. La dénaturation s'éviterait encore moins par le recours au concept des obligations réelles. Combien symétrique à la notion des obligations personnelles[727], cette qualification juxtapose en effet, au niveau de sa dénomination même, les catégories réelles et personnelles diamétralement opposées en droit civil[728]. Mieux vaut alors observer que la simple perspective des poursuites ne saurait comme telle présumer une véritable obligation personnelle de payer à la charge des différents propriétaires[729].

151. ***Simple pression psychologique***. La saisie des immeubles affectés au titre de la garantie hypothécaire n'est pas la seule situation en laquelle une personne pourrait perdre ses actifs sans être personnellement tenue par une dette, ainsi

---

ont un caractère personnel dont il faut tirer toutes les conséquences: elles ne peuvent s'éteindre qu'en raison de mécanismes relevant du droit des obligations, c'est-à-dire à titre principal".

[722] F. Terré/Ph. Simler (cité *supra*, n. 674), §806; H. Aberkane (cité *supra*, n. 687), p. 126; J. Derruppé (cité *supra*, n. 370), §295; F. Rouvière (cité *supra*, n. 715), §23.

[723] H. Aberkane (cité *supra*, n. 687), p. 126; F. Grua, §24; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §340.

[724] F. Rouvière (cité *supra*, n. 715), §21, qui reprend les définitions de Planiol.

[725] Ch. Gijsbers, §269; Ph. Dupichot, §795, qui démontre la licéité par principe d'une telle limitation conventionnelle de l'assiette du droit de gage général: *idem*, §797 et s. V. aussi, Ph. Simler/Ph. Delebecque, §2 n. 2.

[726] V. Mazeaud, §281 n. 1907, qui souligne la dénaturation requise par le régime du cautionnement réel, tel que développé par J.-J. Ansault, p. 237.

[727] V. Mazeaud, §277.

[728] F. Rouvière (cité *supra*, n. 715), §41: "*prise au mot, l'expression semblait vouloir dire a contrario que certaines obligations sont personnelles. Or cette conclusion est absurde dans la mesure où l'obligation est l'exemple même du droit personnel. Dire de l'obligation qu'elle est personnelle est une redite, une tautologie. Par nature, l'obligation est un droit personnel*". Pour le débat similaire dans le système roumain: A.-A. Moise, p. 230 n. 1.

[729] F. Grua, §27.

satisfaite. Mais à cette exception près, il n'a jamais été question d'en faire une obligation civile proprement dite. Poursuivi en revendication, le possesseur qui s'apprête à usucaper n'est intuitivement pas tenu d'acheter le bien, tout comme le propriétaire n'est inversement pas considère obligé de le revendiquer. Non seulement qu'il semble difficile d'identifier le créancier de toutes les potentielles obligations qui pourraient se déduire par un raisonnement similaire, mais de plus, leur contenu serait entièrement indéterminé. Par exemple, le remboursement n'est certainement pas le seul moyen pour éviter les poursuites exercées au titre des hypothèques[730]. Le propriétaire pourrait donc se présumer obligé de faire quoi que ce soit pour empêcher la saisie[731]. C'est clair néanmoins qu'alors, l'entremise formelle d'une obligation personnelle proprement dite entre le créancier et le propriétaire de l'immeuble devient à ce point absurde qu'il convient de l'écarter[732]. Cela rejoint les observations du professeur Aynès, selon lequel la responsabilité du propriétaire au titre de l'hypothèque devrait directement reposer sur la notion de charge volontairement acceptée par celui-ci[733]. En tout cas, la pression psychologique d'éviter la saisie n'ajoute rien au devoir général d'abstention corrélatif à n'importe quel droit réel[734]. D'ailleurs, même la doctrine allemande rejette ces

---

730 En ce sens que le paiement reste une simple faculté du propriétaire, v. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §150.

731 *Contra*, observations de Ch. Gijsbers sour Civ. 1re, 25 nov. 2015, 14-21.332: Defrénois 2016, p. 933: "*dire, en effet, qu'une personne est contrainte de payer à peine de subir la saisie ou qu'elle peut éviter la saisie si elle utilise sa faculté de payer, n'est-ce pas fondamentalement la même chose?*".

732 F. Grua, §27: "*lorsqu'on isole une sûreté de l'obligation qu'elle garantit, on découvre qu'elle n'est en elle-męme qu'un pouvoir de contrainte. La caution réelle supporte une contrainte sans qu'on trouve de dette sur sa tête. Elle n'est pas obligée à la dette d'autrui, mais contrainte pour la dette d'autrui*". V. aussi, A. Aynès, §14.

733 Note de L. Aynès sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: D. 2006.734, §7: "*l'obligation réelle oblige à faire ou ne pas faire. Or, le créancier garanti ne peut exiger du constituant aucun acte et aucune abstention, si ce n'est celle qu'implique la conservation de la sûreté* (…) *ainsi, la notion de charge volontairement acceptée, qui est l'envers de tout droit réel sur le bien d'autrui, correspond-elle, mieux que celle d'obligation réelle, à la situation crée par le «cautionnement réel»*".

734 Stephane Prigent, «L'engagement pour autrui», thèse, Université de Rennes 1, 2001, §531; F. Grua, §27: "*les droits dont la caution réelle a grevé son bien n'existent qu'à titre de menace, au cas où elle n'acquitterait pas spontanément* (...) *ils ne sont en dernière analyse qu'un moyen de pression sur la personne pour la forcer à payer*". De même en droit allemand: Carl Creifelds/Klaus Weber (dir.), «Creifelds Rechtswörterbuch», 20e Auflage, C.H. Beck, München, 2011, p. 612 sous "*Hypothek*", ainsi que dans les coutumes médiévales françaises. En effet, Loyeau, cité par A. Egger, p. 191, trouve assez "*mal aisé à entendre ce que c'est-à-dire «hypothécairement payer»*". Selon celui-ci plus concrètement, "*en mettant la charrue devant les bœufs*", on aboutit à présenter comme véritable obligation ce qui en réalité reste une simple *facultas*: *ibidem*. De même pour Basnage, cité *idem*, p. 190, selon lequel "*en France, l'on revers ordinairement cet ordre, et l'on conclut que les détenteurs soient tenus hypothécairement de payer, ou en tout cas de délaisser l'héritage pour être vendu par décret*". *Comp.,*

qualifications, visiblement situées au carrefour entre le droit des biens et la théorie des obligations[735]. Ainsi, les ouvrages dédiés au droit des sûretés écartent constamment les interprétations en ce sens que l'accès direct sur l'assiette accordé par les hypothèques concrétiserait une "*créance réelle*" de montant déterminé[736]. Il s'ensuit que les poursuites contre le propriétaire qui n'est pas également débiteur personnel du principal sauraient uniquement se légitimer au titre même de l'hypothèque. Surtout, l'affirmation n'a rien de bouleversant, car la théorie du droit direct de saisie, parallèle à la créance et accordé par la garantie se trouve solidement ancrée dans la tradition juridique.

B. Légitimité pratique

152. ***Affirmation de l'accès direct***. La mise à l'écart des obligations *propter rem* comme fondement pour justifier la responsabilité du propriétaire dévoile un courant majoritairement favorable au droit directement conféré par l'hypothèque sur l'émolument de la saisie. La doctrine observait, en effet, depuis le XIX^e^ siècle déjà, que sauf à renier leur nature de droits réels, quoique de « *second degré* » selon Planiol[737], ces garanties devraient accorder par elles-mêmes au créancier la possibilité de toucher, lors de la mise en vente de leurs assiettes, la "*valeur*

L. Aynès/P. Crocq, §692: "*en droit romain et dans l'ancien droit, le délaissement était l'objet même de l'action hypothécaire, la condition de la saisie, tandis que le paiement n'était qu'une faculté laissée au détenteur de l'immeuble. Aujourd'hui, la situation est inverse: l'objet principal de l'action hypothécaire est le paiement, tandis que le délaissement n'est qu'une faculté laissée au tiers acquéreur, afin de lui permettre d'éviter de figurer dans la procédure comme saisi*".

[735] W. Brehm/C. Berger, §§16.21-16.27, selon lesquels les garanties réelles se définissent principalement comme droits de saisie délimités par leur montant. Là aussi, le propriétaire qui ne répond pas comme débiteur principal n'est pas considéré obligé de payer le créancier, car le paiement concrétise plutôt une faculté mise à sa disposition, non pas une obligation. S'y retrouve aussi la théorie alternative de la responsabilité personnelle cantonnée sur le bien spécialement affecté. Mais tout au plus, le propriétaire se considère obligé au "*Duldung des Zwangsvollstreckung*", (nous traduisons) à "*supporter la saisie*". V. aussi, F. et J. Baur/R. Stürner, §§36.68 et 38.55.

[736] «Creifelds Rechtswörterbuch» (cité *supra*, n. 734), p. 612, sous "*Hypothek*". *Comp.* Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, §11, sur la notion des "*créances réelles*".

[737] M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §3.

pécuniaire qu'elles représentent dans une société organisée" [738] . Celle-ci correspond au prix que le créancier pourrait en retirer sur un marché règlementé. Contre cette théorie, certaines critiques opposèrent parfois qu'il serait, dans cette perspective, impossible de consentir une hypothèque subséquente lorsque les charges cumulées sur l'immeuble dépasseraient par la suite la valeur vénale de celui-ci[739]. Mais cet argument ne saurait en fait pratiquement jamais jouer. En fin de compte, le marché lui-même démentirait, à chaque fois, le dépassement de cette valeur vénale, tant que des nouveaux créanciers se déclareraient rassurés par les charges subséquentes obtenues du propriétaire. Ainsi réconfortées, les intuitions quant à cet accès direct ont ensuite su rayonner jusqu'à imprégner aujourd'hui la plupart des ouvrages en matière de sûretés[740], au moins en tant que droit sur la "*valeur d'échange*" ou sur la "*valeur*", tout simplement, de la chose affectée[741]. Or, ces prises de position répondent frontalement aux interrogations de ce chapitre. Elles confirment de manière visible une certaine identité substantielle entre les prérogatives hypothécaires et les possibilités de poursuite respectivement déduites de la force exécutoire de la créance garantie. Cet accès direct reflète par ailleurs aussi les possibilités de contrainte déduites de la sûreté, censé forcer le propriétaire à volontairement désintéresser le créancier hypothécaire, sous menace de

[738] Simon Quincarlet, «La notion de gage en droit privé français: ses diverses applications», thèse, Université de Bordeaux, Imprimerie Ségalas-Bérou, 1937, p. 403. V. aussi Ch. Gijsbers, §43, qui cite Bonnecase ainsi que des références plus anciennes.

[739] Ch. Gijsbers, §68, qui cite la conclusion de S. Quincarlet, «La notion de gage en droit privé français: ses diverses applications», pp. 418-419.

[740] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §§1553 et 1588, en ce sens que "*le droit de suite matérialise le droit d'être payé*"; Ph. Théry, §181; L. Aynès/P. Crocq, §678, qui en voient un "*droit mixte: elle est à la fois une créance contre un débiteur, et un droit réel qui porte sur un immeuble*".

[741] Ch. Gijsbers, §39 et les références citées sous §45. V. par ex. J. Derruppé (cité *supra*, n. 370), §§183, 237 et 280; J. Carbonnier (cité *supra*, n. 370), §700; W. Dross (cité *supra*, n. 370), p. 233; B. Maubru, §§466-467, qui voit la garantie "*comme un droit à une valeur à prendre dans le prix d'un immeuble déterminé* (…) *dégagée de toute référence au but de l'institution, à la garantie*"; L. Aynès/P. Crocq, §353; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §381; Ph. Théry, §117; D. Legeais (cité *supra*, n. 97), §543; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1167; M. Bourassin/V. Brémond, §1205; Y. Picod (cité *supra*, n. 58), §170; P. Crocq (cité *supra*, n. 20), §232; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, p. 236; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §899: "*parce que l'hypothèque est un droit réel, le créancier a une vocation directe à recevoir cette valeur, sans qu'il soit besoin de l'intermédiaire d'une personne ou d'une subrogation*"; Dimitri Houtcieff, *Gage*, dans Laurent Aynès/Pierre Crocq/Philippe Delebecque (coord.), «Le Lamy. Droit des sûretés», Coll. Lamy Droit Civil, Lamy, Paris, 2018, §231-7; Note de R. Libchaber sous Com., 20 mai 1997, 95-11.915: D. 1998.115. En droit roumain, pour la définition de la garantie réelle hypothécaire comme droit sur la valeur de l'assiette, v. par ex. R. Rizoiu (cité *supra*, n. 60), p. 240; M. Bocşan (cité *supra*, n. 686), p. 137; M. Nicolae, p. 287.

saisie[742]. Il est vrai que certaines analyses renouent parfois avec une certaine fiction d'engagement personnel à la charge des différents propriétaires, comme justification des poursuites à leur encontre[743]. La section suivante vérifiera la pertinence des arguments qui les fondent. Pour le moment, il s'agit de constater, inversement, combien les jurisprudences récentes sur le régime des garanties réelles consenties pour autrui confirment la thèse de cet accès direct.

153. ***Concept du cautionnement réel***. La pratique s'était habituée, jusqu'à peu, à qualifier les garanties consenties pour l'obligation d'autrui en tant que "*cautionnements réels*" ou, selon le cas, en tant que "*cautionnements hypothécaires*"[744]. Le concept suggère visiblement une certaine identité entre l'engagement du propriétaire au titre de l'hypothèque et celui de la caution[745]. Tous les deux risquent en effet la saisie pour une obligation dont ils ne sont pas les débiteurs principaux. Il paraît alors assez paradoxal de ne pas leur accorder un régime ainsi que des conditions protectrices similaires[746]. Le tiers détenteur de l'assiette n'a, en revanche, pas été censé digne d'un tel rapprochement, au motif qu'il n'assume pas volontairement la perspective de la saisie pour la dette d'autrui[747]. Il court, pourtant, le même risque et les acquéreurs sont presque toujours informés au préalable des charges qui grèvent l'immeuble[748]. Mais là n'est pas le problème. C'est surtout qu'ainsi délimité, le concept de "*cautionnement hypothécaire*" ne se limite pas à harmoniser la protection des garants personnels et

---

[742] F. Grua, §27.

[743] V. *infra*, §165.

[744] Ph. Simler, §19; L. Aynès (cité *supra*, n. 11), §7. Ph. Dupichot, §795, en voit "*un alliage original qui unit un cautionnement personnel à une limitation du droit de gage général du créancier sur un bien déterminé de la caution*". De même dans le système roumain: C. Stătescu/C. Bârsan (cité *supra*, n. 693), p. 377.

[745] Cette identité se retrouve par exemple chez C. Mouly, §392; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §1184.

[746] P. Crocq (cité *supra*, n. 710); A. Aynès, §§5-13; F. Grua, §§40-42.

[747] F. Grua, §25; Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, §§1-19. Sur cette délimitation, v. aussi, Civ. 3ème, 18 déc. 2012, 11-25.615.

[748] V. par ex., B. Vișinoiu (cité *supra*, n. 287), p. 2313. Selon cet auteur (nous traduisons), *"par l'acquisition du bien hypothéqué, le tiers occupera une position similaire à celle normalement assumée par un fidéjusseur du débiteur principal dans le rapport originaire, car il sera tenu à payer la dette hypothécaire, en vertu de sa qualité de propriétaire*". *Contra*, v. par ex. Ph. Dupichot, §791 n. 22: *"cette analyse fait pourtant fi de la spécificité de la situation de la caution réelle liée à l'existence d'une convention librement conclue entre la caution réelle et le créancier, étrangère au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué*".

réels. Il présume aussi une certaine identité de nature entre leurs responsabilités respectives. Sa dénomination même suggère que l'affectation de la sûreté réelle serait indissociablement conditionnée par un engagement personnel du propriétaire en tant que caution[749]. Comme la qualification d'obligation *propter rem*, cette notion répond sans doute à la tendance instinctive de considérer que la saisie devait nécessairement se légitimer au titre d'une quelconque obligation civile proprement dite, assumée par le propriétaire. Les juges ont initialement validé ce concept.

154. ***Responsabilité jusqu'à la valeur de l'assiette***. Le 15 mai 2002, la Cour française de cassation a effectivement rendu une décision qui semble valider la notion du "*cautionnement réel*"[750]. Elle porte sur un nantissement de titres, mais son principe se transpose facilement en matière hypothécaire[751]. Cet arrêt n'est certainement pas le premier à raisonner sur la qualification de "*cautionnement réel*"[752], mais il mérite l'attention pour en avoir tiré les conséquences dogmatiques. Il retient une conception "*mixte*" de cette notion. Concrètement, il présume un engagement personnel du constituant dans toute garantie réelle consentie pour autrui[753]. Seulement, l'étendue de cet engagement se voit plafonné jusqu'à "*la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés*". Il est vrai que la solution de l'espèce se justifie surtout pour cause d'opportunité[754]. Vu les règles de l'époque, cela permit aux juges de protéger contre les poursuites des créanciers les biens communs affectés par un seul époux sans le consentement de son partenaire, tout en ménageant pour le créancier la possibilité de saisir les

---

[749] G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §626; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §554; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §342; J. François, §2; V. Mazeaud, §280; Note de S. Piedelièvre sous Civ. 1re, 15 mai 2002, 00-13.527: JCP G 2002, II, 10109. V. aussi, J.-J. Ansault, p. 335, qui délimite dans la structure du cautionnement réel une obligation réelle de règlement et une obligation personnelle de couverture.

[750] Civ. 1re, 15 mai 2002, 00-13.527: Bull. civ. I nº 128, p. 98; Defrénois 2002, p. 1322, obs. G. Champenois; Defrénois 2003, p. 413, obs. Ph. Théry; D. 2002.1780, n. Ch. Barberot; JCP G 2002, II, 10109, concl. C. Petit, n. S. Piedelièvre; RTD civ. 2002, p. 456, obs. P. Crocq; RDC 2003, p 170, n. M. Grimaldi.

[751] Vincent Brémond, *Le cautionnement réel est aussi un cautionnement … personnel*, JCP N, 2002, §9.

[752] V. déjà Civ. 1re, 11 avril 1995, 93-13.629: Bull. civ. I nº 165, p. 118; Defrénois 1995, p. 1484, obs. G. Champenois; D. 1995.327, obs. M. Grimaldi; D. 1996.204, obs. S. Piedelièvre; JCP G 1995, I, 3869 obs. Ph. Simler: "*les titres donnés en nantissement par M. X... étaient des biens communs et que celui-ci les avait remis à la banque pour garantir la dette née d'un engagement de caution*".

[753] Cela traduirait fidèlement la volonté des parties selon J.-J. Ansault, p. 53.

[754] V. Brémond (cité *supra*, n. 751), §6.

autres actifs du garant signataire. Les critiques ont, quand même, souligné que l'idée du *res non persona debet* est, inversement, de limiter le gage du "*cautionnement réel*" aux biens spécialement affectés, pour ne pas affecter tout le patrimoine du constituant[755]. Mais de tels ajouts reprennent en fait simplement les dénaturations ci-dessus observées, tentées afin de rendre compatibles les obligations réelles ou *propter rem* du propriétaire avec le régime des hypothèques[756]. De plus, l'explication ne couvre pas la situation des tiers acquéreurs, dont la responsabilité au titre de l'hypothèque restait alors, malgré tout, en quête de fondement. Or, si la situation de ces derniers peut se traiter sans un engagement personnel interposé, il devrait en aller de même en ce qui concerne les garants pour autrui[757]. Cette qualification présumée contredit, par ailleurs, des jurisprudences plus anciennes, comme par exemple une décision selon laquelle le "*cautionnement réel*" ne doit pas comprendre une mention manuscrite, exigée par principe en matière de sûretés personnelles, justement au motif qu'il n'est pas "*assorti d'un engagement personnel*"[758]. Mais, heureusement, la Cour de Cassation modifia, par la suite, sa position. Elle supprima assez rapidement la qualification implicite de "*cautionnement réel*" pour caractériser la responsabilité du propriétaire.

155. ***Rejet du cautionnement réel***. Le 2 décembre 2005, la Cour française de cassation a retenu dans une décision rendue en chambre mixte "*qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui*", il ne saurait lui être automatiquement rattaché un cautionnement, "*lequel ne se présume pas*"[759]. L'espèce portait à nouveau sur un nantissement de titres, mais ses termes concernent d'une manière

[755] V. par ex. Note de M. Grimaldi sous Civ. 1re, 15 mai 2002, 00-13.527: RDC 2003, p. 170; Ph. Dupichot, §794.

[756] V. *supra*, §150. V. aussi, J. François, p. 1208; L.-V. Guillouard (cité *supra*, n. 59), §246: "*celui qui prend l'engagement d'hypothéquer un bien ne prend pas l'engagement personnel d'acquitter la dette, ce qui introduit entre lui et la caution une différence capitale*".

[757] V. Mazeaud, §281 qui critique ainsi J.-J. Ansault, p. 237 selon lequel le tiers détenteur se trouverait exclusivement débiteur d'une obligation réelle de couverture.

[758] Civ. 1re, 13 mai 1998, 96-16.087: Bull. civ. I no 172, p. 115; JCP G 1999, I, 116, obs. Ph. Simler. Sur la contradiction, v. par ex. V. Brémond (cité *supra*, n. 751), §20.

[759] Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: Bull. chambre mixte no 7, p. 17; D. 2006.734, avis de J. Sainte-Rose, n. L. Aynès; Defrénois 2006, p. 586, obs. R. Libchaber; Defrénois 2006, p. 1600, obs. G. Champenois; JCP G 2005, II, 10183, n. Ph. Simler; RTD civ. 2006, p. 594 obs. P. Crocq; RTD com. 2006, p. 465 obs. D. Legeais.

tout aussi générale l'ensemble des garanties réelles. Il se déduit que la présomption absolue d'un engagement personnel qui accompagnerait nécessairement les hypothèques pour autrui se voit définitivement rejetée. Ou plutôt, l'existence de cet engagement relève, désormais, indubitablement de la volonté des parties[760]. Par exemple, celles-ci pourraient faire en sorte que la garantie hypothécaire se rattache non pas à la créance principale, mais à un véritable cautionnement, explicitement consenti, cette fois-ci, par le propriétaire. La sûreté réelle deviendrait ainsi un accessoire du cautionnement. Mais il est également possible de convenir la garantie hypothécaire directement au service de la créance principale, aux côtés d'un cautionnement parallèle[761]. Cette hypothèse, tout comme celle en laquelle la sûreté réelle serait consentie de manière isolée, directement en garantie du principal et sans cautionnement complémentaire, la conduit à légitimer par elle seule la saisie de son assiette. Or, cela devient concevable précisément parce que la décision précitée coupe court aux ressorts instinctifs qui ne pouvaient envisager les poursuites à défaut d'un engagement personnel présumé à la charge des différents propriétaires. Le rejet du "*cautionnement réel*" comme qualification impérative se trouve, désormais, consacré par l'art. 2.334 C.civ. La doctrine en généralise la solution à l'ensemble des sûretés réelles pour autrui[762]. Selon ce texte, "*le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie*". La référence n'est pas censée viser une action personnelle limitée à l'assiette, mais justement confirmer la nature réelle des prérogatives exercées sur la chose. Pour sa part, le droit roumain vient lui-même de connaitre une évolution similaire.

156. ***Consécration du rejet en droit roumain***. Comme dans la tradition française, la pratique roumaine qualifiait, jusqu'à peu, la constitution d'une hypothèque pour autrui comme étant un "*cautionnement hypothécaire*"[763]. À plusieurs reprises en 2003 et 2004, néanmoins, la Cour de cassation roumaine a dû se prononcer sur la

---

[760] Note L. Aynès sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: D. 2006.734, §11; Observations de Ph. Simler sous Civ. 1re, 13 mai 1998, 96-16.087: JCP G 1999, I, 116.

[761] Sur les diverses combinaisons possibles pour les parties: Ph. Simler, §21; P. Crocq (cité *supra*, n. 710); Note de L. Aynès sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: D. 2006.734, §13; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §548.

[762] V. Mazeaud, §284.

[763] V. néanmoins déjà, M. Nicolae, *Contractul de ipotecă (I)*, p. 107, en ce sens que (nous traduisons): "*la caution réelle* (...) *ne se trouve pas personnellement tenue à payer la créance principale*".

question de savoir si le propriétaire qui se trouve dans cette situation peut se prévaloir de certaines règles applicables aux cautions personnelles proprement dites, telles que par exemple le bénéfice de discussion[764]. Les juges en ont profité pour se prononcer de manière générale sur le concept et statuer qu'à défaut de stipulation expresse, le propriétaire n'est pas nécessairement aussi un fidéjusseur de la créance garantie. Ensuite, le législateur intervint lui-même pour consacrer cette dissociation. Actuellement, l'art. 163 de la loi nº 71/211 prévoit, en effet, que (nous traduisons) "*si l'hypothèque est consentie par un tiers, celui-ci aura les droits et les obligations de tout débiteur hypothécaire, sans être soumis au régime juridique des garanties personnelles*". La désignation du propriétaire comme débiteur, paradoxalement hypothécaire, ne vient intuitivement pas ressusciter la fiction d'engagement personnel que le texte se tache précisément d'écarter[765]. Reste seulement de trouver une solution alternative pour répondre aux considérations d'opportunité qui avaient commandé une protection identique du garant pour autrui et de la caution.

157. ***Renvois au cautionnement***. Le concept du "*cautionnement hypothécaire*" rendait directement applicables au constituant les règles protectrices édictées en matière de sûretés personnelles[766]. Or, malgré l'abandon de l'engagement personnel présumé du propriétaire, il était quand même opportun de faire en sorte que ces règles protectrices continuent de régir les garanties réelles pour autrui. En ce sens, le législateur est, d'un côté, intervenu par des dispositions ponctuelles, qui ont expressément ajouté des références aux sûretés réelles dans les règles applicables à la seule caution personnelle[767]. Par exemple, un nouvel art. 1.422 al. 2 C.civ. conditionne actuellement par l'accord des époux aussi bien les cautionnements que les garanties pour autrui consenties sur un bien commun. C'est

---

[764] Cas., s. com., déc. nº 3264/2003 - Cas., s. com., déc. nº 1024/2004 - Cas., s. com., déc. nº 5170/2004. V. néanmoins déjà, C.S.J., s. com., déc. nº 4110/1998. Selon cette décision (nous traduisons): "*la responsabilité du garant hypothécaire se limite à la valeur de l'immeuble hypothéqué inscrite dans le contrat d'hypothèque, parce qu'au titre dudit contrat, le garant n'assume aucune obligation solidaire, la présomption de solidarité* (...) *intervenant seulement pour le fidéjusseur, qui est un garant personnel du débiteur commercial*".

[765] A.-A. Moise, pp. 231-232.

[766] J.-J. Ansault, p. 17 et 335, pour la transposition des règles sur l'information de la caution et sur les recours autonomes ou par subrogation contre le débiteur principal.

[767] Note de L. Aynès sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: D. 2006.734, §11: "*un choix de politique juridique qui n'appartient pas au juge*".

également le cas en matière de procédures collectives. Avant, la suspension temporaire des poursuites contre le débiteur principal profitait uniquement à la caution proprement dite. Désormais, peuvent s'en prévaloir aussi les propriétaires qui ont consenti une sûreté réelle pour le crédit du failli[768]. Dans tous les cas, en bénéficient seulement les personnes physiques, car l'objectif est d'inciter les dirigeants à déclarer les difficultés économiques de leur entreprise[769]. D'un autre côté, la doctrine s'est efforcée, depuis lors, à déduire une théorie commune des garanties pour autrui, quelle que soit leur nature personnelle ou réelle.

158. ***Théorie commune des garanties pour autrui***. Une application par analogie en matière de garanties réelles des dispositions applicables à la caution pour autrui peut aisément se justifier pour identité de raisons[770]. Il n'est en effet pas nécessaire de présumer une obligation personnelle assumée par le propriétaire et encore moins de dénaturer son engagement au titre de l'hypothèque pour atteindre ces résultats. Ce raisonnement par analogie suffisait en effet pour fonder les solutions jurisprudentielles précitées, sans faire le détour par une requalification comme "*cautionnement réel*"[771]. À cet égard, c'est clair que le constituant devrait bénéficier de recours similaires à ceux de la caution contre le débiteur principal, y compris dans les hypothèses préalables au paiement qui justifient une action préventive par le garant[772]. En plus, le constituant se trouvera lui-même déchargé, comme un garant personnel au titre de l'art. 2.314 C.civ., lorsque par le fait du créancier, il ne pourra plus être subrogé, suite au paiement, dans les garanties préférentielles ou exclusives rattachées à la créance principale[773]. En revanche, la nature indivisible des sûretés réelles s'oppose à lui accorder le bénéfice de la division ou celui de la

[768] A. Aynès, §3, sur le régime des garanties dans la procédure collective, tel que modifié par une ordonnance du 18 décembre 2009.

[769] V. *supra*, §106.

[770] J. François, p. 1215; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §4-3; A. Aynès, §5; R. Rizoiu, p. 140.

[771] Note de L. Aynès sous Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: D. 2006.734, §9.

[772] A. Aynès, §8; V. Mazeaud, §284; F. Grua, §21; Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, §17. Dans sa forme actuelle, l'art. 1.346 C.civ. relatif à la subrogation légale vise certainement y compris le proprietaire de l'immeuble hypothequé: L. Aynès/P. Crocq, §345.

[773] A. Aynès, §11; Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, §17. Mais le tiers détenteur n'y bénéficie pas: M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §113; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1561; C. Aubry/C.-F. Rau, §287.

discussion, à défaut de stipulation expresse[774]. De même, les règles sur l'information annuelle de la caution personnelle ou celles qui la protègent contre les risques de surendettement ne devraient pas être transposables au garant hypothécaire pour autrui[775]. Or, toutes ces analogies peuvent visiblement se réaliser sans intercaler un engagement personnel du propriétaire. Elles ne contredisent ainsi pas le droit réel de saisie, directement accordé par la garantie hypothécaire sur les immeubles affectés. Le concept de cet accès direct se confirme par ailleurs aussi dans une décision récente des juges français sur l'exécution forcée de l'immeuble affecté après la prescription du principal.

159. ***Saisie pour le compte d'une obligation naturelle***. Le chapitre précèdent confirme déjà que la mise en œuvre de l'hypothèque après la prescription de la créance garantie ne renie pas son dévouement accessoire proprement dit. La garantie ne devient effectivement pas indépendante pour autant. Rien n'empêche en effet la saisie de toujours intervenir pour le compte de l'obligation naturelle que devient son principal[776]. Sauf que cela suppose justement de reconnaître le droit autonome de saisie accordé par l'hypothèque, car la saisie n'intervient pas ici au titre de la créance, précisément privée de sa force exécutoire[777]. Surtout, c'est impossible d'en voir la manifestation d'un engagement personnel supplémentaire présumé du propriétaire, car celui-ci serait assez souvent lui-même affecté de la prescription. La solution de l'arrêt se justifie d'ailleurs textuellement par la position du propriétaire comme "*débiteur du droit de suite*". Sans doute que la référence à la qualité de débiteur demeure malheureuse, car elle laisse supposer à tort une quelconque obligation proprement dite à la charge du propriétaire[778]. Du reste

---

[774] G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, §2147; Civ. 1re, 21 juin 1978, 76-14.524: Bull. Civ. I, no 236, p. 187 - Civ. 1re, 6 mars 1979, 77-11.840: Bull. Civ. I, no 78; Defrénois 1980, p. 590, obs. J.-L. Aubert; JCP E 1981, p. 10109, n. Ch. Mouly - Civ. 1re, 25 nov. 2015, 14-21.332: Bull. civ. I no 840, p. 497; Defrénois 2016, p. 704, obs. M. Latina; Defrénois 2016, p. 933, obs. Ch. Gijsbers; JCP 2016, I, 218, n. J.-D. Pellier. Pour une opinion en ce sens que le constituant de la garantie pour autrui devrait jouir du bénéfice de discussion, au motif que l'art. 2.466 C.civ. ne vise que le tiers acquéreur: F. Grua, §43; A. Aynès, §§13 et 16, y compris pour le bénéfice de division.

[775] A. Aynès, §2.

[776] V. *supra*, §107.

[777] V. *supra*, §108.

[778] Note de Ph. Théry sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: D. 2015.964. Selon cet auteur en effet, "*la formule est singulière car le droit de suite n'est pas un droit dont on peut être débiteur. C'est un attribut de l'hypothèque qui tient à sa nature de droit réel*". Il cite également Pothier, selon lequel "*le droit de suite n'est pas un droit distinct, une sorte d'accessoire ou d'annexe de l'hypothèque. C'est*

néanmoins, ressort assez clairement la volonté de légitimer la saisie directement au titre des prérogatives hypothécaires, heureusement isolées par les circonstances de l'espèce. Il n'existe aucune entremise d'un cautionnement ou d'obligations réelles ou *propter rem* à la dette dans le raisonnement des juges. Combien critiquée, la solution repose ainsi précisément sur le rejet du "*cautionnement hypothécaire*" comme qualification nécessaire, même si elle ne concerne que la situation du tiers détenteur[779]. Mais la rigueur impose de généraliser cette solution quelle que soit la qualité du propriétaire, non seulement pour les tiers acquéreurs, spécifiquement visés par l'affaire. Cela reviendrait simplement à reprendre une solution de la tradition romaine, qui refait surface actuellement en droit comparé.

160. ***Généralisation en droit comparé***. Il n'existe pas vraiment de raisons logiques pour limiter la portée de l'arrêt ci-dessus aux tiers détenteurs de l'immeuble affecté. S'y opposerait certainement la cohérence du droit autonome de saisie déduit de l'hypothèque. Le débiteur principal qui conserve la chose entre ses mains se trouve en effet tout aussi "*débiteur du droit de suite*" que les autres propriétaires potentiels[780]. Un tel cumul des actions réelles et personnelles ouvertes aussi bien contre le débiteur principal que contre le propriétaire du bien ne viendrait, par ailleurs, aucunement empiéter sur la nature accessoire de la sûreté, vu l'interdépendance des prérogatives accordées par l'hypothèque et la créance garantie[781]. Mais si le debiteur lui-même est poursuivi en qualité de propriétaire dans une telle situation, le créancier ne saurait plus toucher aux autres éléments d'actif de son patrimoine, car seulement l'obligation désormais prescrite l'y autorisait. C'est la solution actuellement retenue en droit roumain par l'art. 2.504 al. 1 C.civ.roum.[782]

---

l'hypothèque elle-même exercée contre un sous-acquéreur sous la forme d'une action réelle". Mais cette confusion résulte aussi des termes en lesquels l'art. 2.462 C.civ. lui-même caractérise ce régime de responsabilité: "*si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires*". V. aussi la note critique de C. Brenner sous le même arrêt: JCP N 2015, p. 1149.

[779] Note de S. Piedelièvre sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: RD banc. fin. 2015, p. 95: "*la solution est dans la logique de l'obligation propter rem. Le tiers détenteur n'est pas personnellement tenu, mais il l'est en raison du droit réel accessoire qui grève son immeuble*".

[780] Observations de W. Dross sous Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: RTD civ. 2015, p 652.

[781] V. *supra*, §50.

[782] Le texte précise que "*la prescription du droit d'agir relatif à la créance principale n'entraîne pas l'extinction du droit à l'action hypothécaire. Dans ce dernier cas, le créancier hypothécaire peut saisir, dans les conditions de la loi, uniquement les biens meubles ou immeubles grevés d'hypothèque*"*:*

L'exposé de motifs pour l'adoption du Code civil roumain justifie cette disposition par des considérations assez lacunaires en ce sens que (nous traduisons) "*malgré son caractère accessoire, l'hypothèque est en même temps un droit relativement autonome jouissant d'une existence juridique propre*"[783]. Or, cette affirmation paraît maintenant singulièrement générique, vu les dissociations réalisées par ce chapitre entre l'autonomie des poursuites et la nature accessoire proprement dite de la sûreté. Au moins, cette règle particulière ne doit pas surprendre, car elle remonte jusqu'au droit romain postclassique. L'empereur Justinien avait effectivement décidé que le délai de prescription pour l'action hypothécaire dépassera par dix années celui de la créance garantie[784]. La solution valait précisément, selon le professeur P.-F. Girard, quel que soit le propriétaire, debiteur principal, garant pour autrui ou tiers détenteur[785]. Considérée parfois une "*anomalie singulière*" de la tradition romaine[786], reprise par certains parlements dans l'Ancien droit en tant que loi *Cum notissimi*[787], la règle ne contredit donc pas comme telle la dépendance accessoire de la garantie, mais confirme l'accès direct sur l'assiette accordé par voie d'action hypothécaire. L'art. 216 B.G.B. al. 1 retient la même solution à l'époque

«Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.504. V. *supra*, §104. Sur ce texte, v. not. A.-A. Moise, pp. 525-528.

[783] «Exposé de motifs du Code civil roumain» sur https://www.senat.ro/legis/PDF/2009/09L259EM.pdf, consulté le 3 septembre 2019, p. 19. Le texte note de manière explicite que l'article trouve sa source dans le droit allemand ainsi que dans la législation suisse. Pourtant, le Code Civil suisse atteint les mêmes objectifs par une approche différente. Son art. 807 dispose que "*l'inscription d'un gage immobilier rend la créance imprescriptible*". Ainsi, loin de confirmer une action hypothécaire autonome, cette disposition intervient inversement sur la prescription de l'action personnelle.

[784] Code Justinien, *De praescriptione triginta vel quadraginta annorum*, VII, 39, 7 (loi *Cum notissimi*) citée par J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1107. V. aussi, F.C. von Savigny (cité *supra*, n. 535), p. 28.

[785] "*Quand la chose est entre les mains du constituant, en particulier du débiteur, l'action hypothécaire* (…) *se prescrirait seulement par quarante ans*; *dans les dix dernières années, le débiteur est tenu, comme un tiers détenteur, à délaisser. Si la chose est sortie des mains du constituant, l'hypothèque n'est pas plus éteinte que les autres droits réels par l'usucapion de la propriété acquise au tiers détenteur. Le tiers détenteur* (…) *est toujours tenu de l'action hypothécaire*": Paul Frédéric Girard, «Manuel Elémentaire de Droit Romain», 5e édition, Libraire Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1906, consulté le 3 septembre 2019 sur http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6214538c, pp. 786-787.

[786] Charles Victor Daremberg/Edmond Saglio (coord.), «Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines. D'après les textes et les monuments», Tome III, premiere partie, Libraire Hachette et Cie, 1900, consulté sur https://archive.org/stream/pt1dictionnaired03dare#page/366/mode/2up le 3 septembre 2019, «Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines. Tome III. 1re partie», p. 366.

[787] V. *supra*, §104.

contemporaine. Ce texte confirme par ailleurs aussi la fidélité accessoire de la solution, car il vise uniquement l'*Hypothek*, non pas également la dette foncière[788].

161. ***Conclusion de section. Expression du droit de suite***. Cette section a vérifié la légitimité accessoire du droit direct de saisie prétendument accordé par les prérogatives hypothécaires ainsi que ses principales expressions. Ainsi, la position spécifique des garants pour autrui et des tiers acquéreurs interdit de légitimer la saisie au seul titre de l'obligation principale. Cette dernière ne leur est effectivement pas opposable en tant que telle et l'hypothèque n'implique pas, en règle générale, l'inaliénabilité de son assiette. Or, cela avait rendu nécessaire une prise de position sur "*ce droit étrange que le créancier hypothécaire a contre un tiers qui ne s'était aucunement engagé à la dette*"[789]. Mais les tentatives d'en déduire une obligation réelle ou *propter rem*, voir même un "*cautionnement hypothécaire*" présumé avaient abouti sur des incohérences dogmatiques. C'est effectivement difficile de concilier la structure propre à ces engagements personnels avec les conséquences du *res non persona debet*, comme principe censé caractériser la responsabilité du propriétaire au titre de la garantie hypothécaire. La jurisprudence rejette par ailleurs de manière explicite le concept du "*cautionnement réel*", comme qualification nécessaire de la garantie pour autrui en matière hypothécaire, qui semblait présumer une responsabilité personnelle du propriétaire. Cela signifie qu'en cette qualité, le constituant assume uniquement les obligations passives qui sont le revers de tout droit réel et incombent à l'ensemble des autres personnes. Il n'existe en effet aucune raison logique pour transformer sa faculté d'exécuter le principal ou délaisser la chose en devoir juridique proprement dit[790]. En bref, ces solutions confirment donc les prérogatives parallèles de poursuite qui concretisent l'accès direct accordé par la sûreté sur la valeur économique de son assiette. La même idée résulte par ailleurs des évolutions récentes, jurisprudentielles en France et

[788] Selon ce texte (nous traduisons): "*la prescription de la créance garantie par une hypothèque, une hypothèque sur navire ou un gage ne limite pas le droit du créancier à satisfaire ses prétentions de la chose affectée*". V. par ex. W. Brehm/C. Berger, §17.35.

[789] L. Aynès/P. Crocq, §689.

[790] F. Grua, §29. De même dans les coutumes médiévales françaises, A. Egger, p. 195: "*in richtiger Weise wird hier das délaissement als ein Recht der Besitzers dargestellt, das er anwenden kann. Aber ein Pflicht ist dies délaissement nicht*". Le texte différencie aussi le délaissement des "*charges foncières*" parisiennes par rapport au déguerpissement, qui ne vise que les immeubles affectés de servitudes: *idem*, pp. 193-194.

législatives en Roumanie, sur la possibilité de saisir l'immeuble affecté malgré la prescription de la dette. Celles-ci sous-entendent justement la légitimité des poursuites exercées au titre même des prérogatives hypothécaires. Par ailleurs, il a été démontré que le droit autonome de saisie qui se manifeste ainsi n'est pas l'expression d'une hypothèque indépendante. Les droits complémentaires de poursuite respectivement tirés de la créance et de la sûreté réelle sont en effet interdépendants, car ils interviennent pour le compte d'un seul et même *debitum*. Le problème néanmoins, c'est que l'accès direct ainsi déduit ne se vérifie pas dans toutes les hypothèses. Il conviendra de noter, qu'il manque surtout en matière de procédures collectives. Des solutions alternatives ont du, en conséquence, se voir proposées.

Section 2. Engagement personnel présumé du propriétaire

162. ***Actions réelles en procédure collective***. Les procédures collectives distinguent la protection des droits réels le cas échéant transgressés par le débiteur en faillite des poursuites qui tendent à simplement récupérer les créances contre celui-ci. En effet, les actions réelles ne sont par principe aucunement soumises aux exigences de déclaration inhérentes à la procédure et d'autant moins suspendues jusqu'à meilleure fortune, comme le sont, inversement, les demandes déduites des engagements personnels du debiteur[791]. C'est une solution rationnelle, car sinon, le propriétaire d'un bien usurpé par le débiteur en faillite serait contraint d'attendre le traitement collectif, afin de se contenter avec ce qu'il en reste après l'apurement du passif. Mais l'accès directement accordé sur l'assiette, comme effet spécifique de la sûreté réelle, devrait alors également exempter l'action hypothécaire des contraintes inhérentes à la procédure collective[792]. Cela vaudrait même dans tous les cas où le propriétaire de la chose affectée se retrouve en faillite, qu'il soit en même temps débiteur de l'obligation principale ou seulement garant pour autrui ou tiers détenteur de l'immeuble affecté. C'est d'ailleurs le principe actuellement retenu en droit allemand, sauf dérogations temporaires qui rappellent le créancier à la discipline collective[793]. En France comme en Roumanie néanmoins, la pratique des faillites néglige souvent cette individualité des actions hypothécaires.

163. ***Soumission à la discipline collective***. Dans les pays de référence pour ce développement, le créancier hypothécaire se retrouve, inversement, dès le début contraint à respecter la procédure collective ouverte contre le propriétaire de l'immeuble affecté[794]. Ainsi, lorsque le propriétaire de la chose intervient également en qualité de débiteur principal, le créancier doit certainement notifier et faire vérifier sa créance par les organes de la procédure. Dès le début, sa participation ne se légitime donc pas au seul titre de l'hypothèque. Cette solution procède d'un arrêt

[791] V. par ex. en droit roumain, Gheorghe Piperea, «Drept comercial. Vol. II», C.H. Beck, București, 2009, p. 247.

[792] A. Aynès, §15.

[793] V. *supra*, §146.

[794] Radu Rizoiu, *Costul creditului și garanțiile reale mobiliare: o analiză empirică*, RRDP nr. 4/2010, p. 219.

rendu par la Cour française de cassation en Assemblée plénière[795]. Les juges consacrèrent ainsi une véritable "*intégration*" dans les procédures collectives des créanciers munis de sûretés réelles[796]. Or, cela semble déjà renier la thèse de l'accès directement accordé sur les immeubles affectés. La saisie se justifierait ainsi, au moins dans ce contexte, seulement par la qualité de créancier, non pas au titre de la sûreté réelle[797]. Surtout, il n'a jamais été question de permettre au créancier d'initier ou continuer des poursuites individuelles au titre d'une quelconque action hypothécaire autonome qui se passerait en quelque sorte de la discipline collective[798]. Des règles explicites permettent sans doute parfois de telles poursuites individuelles, dans certaines hypothèses précises. Mais ce n'est justement possible qu'en vertu de dérogations textuelles et si leurs conditions spécifiques respectives se trouvent réunies[799]. Mais ces dérogations auraient certainement été inutiles en présence d'une perspective acquise sur l'autonomie des poursuites au titre de l'hypothèque. Il aurait été alors plutôt nécessaire de consacrer, inversement, les limites de cette autonomie, non pas ses expressions. Il convient donc de constater, somme toute, que la pratique des procédures collectives relativise par ces solutions toute identité distincte de l'action hypothécaire, telle qu'elle aurait pu se déduire des décisions précitées, par exemple celles qui écartent le "*cautionnement hypothécaire*" comme qualification nécessaire, ou celles qui départagent la prescription de la dette par rapport à celle de la sûreté hypothécaire. Seulement, ces solutions, visiblement contraires à l'accès direct sur l'immeuble, semblent se nuancer quelque peu dans les hypothèses en lesquelles le propriétaire contre lequel est ouverte une procédure collective n'est pas en même temps le débiteur principal de la créance garantie. Les complications intellectuelles résultent certainement là encore du fait que la dette principale comme

[795] Ass. Plèn., 13 janv. 1976, 74-14.127: Bull. Civ. Ass. Plèn., nº 3; D. 1976.237, concl. R. Schmelck, n. F. Derrida, obs. A. Honnorat. V. néanmoins, même auparavant, Com., 24 janv. 1973, 71-14.191: Bull. Civ. IV, nº 42; D. 1973.255, n. F. Derrida.

[796] G. Amlon, §3.

[797] L. Aynès/P. Crocq, §684: "*ce qui justifie la saisie n'est pas en effet l'hypothèque, mais la qualité de créancier*".

[798] A. Aynès, §15; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §§161 et 452; Philippe Delebecque, *Les sûretés dans les procédures collectives*, JCP N, 1986, p. 185, §34; Ch. Gijsbers, §205; G. Amlon, §§34-35.

[799] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1108; G. Amlon, §§36-37.

telle n'est alors pas opposable au propriétaire qui détient la chose comme tiers acquéreur ou garant pour autrui.

164. ***Inopposabilité de la créance au propriétaire***. C'est vrai que les poursuites au titre de l'hypothèque se trouvent également suspendues dans les procédures collectives contre les propriétaires qui interviennent en qualité de tiers acquéreurs ou de garants pour autrui et qui ne sont donc pas tenus de manière personnelle à la dette[800]. A priori, cette pratique semble confirmer le raisonnement derrière la solution ci-dessus présentée, applicable au propriétaire qui est en même temps debiteur principal de la créance. Cela revient à renier toute action hypothécaire autonome ainsi que la nature réelle de celle-ci. Mais il convient de rappeler que le fondement des poursuites contre le tiers acquéreur ou le garant pour autrui ne réside certainement pas au niveau de la créance garantie, inopposable comme telle au propriétaire. Or, au vu de cette inopposabilité, certaines décisions rendues sur la question connexe de savoir si le titulaire de la sûreté devrait déclarer sa créance dans les procédures collectives contre le tiers acquéreur du bien hypothéqué semblent même, inversement, relancer le débat sur le fondement des poursuites. En effet, la jurisprudence ne prétend alors plus aucune déclaration de la créance garantie, au motif intuitivement légitime que le propriétaire en faillite n'en est pas le debiteur[801]. Ces solutions reposent sur le constat que "*le titulaire de l'hypothèque n'a pas de créance personnelle envers l'acquéreur mis en liquidation judiciaire*"[802]. Cependant, les juges retiennent une solution contraire dans les procédures collectives ouvertes contre le garant pour autrui, jadis qualifié de "*caution hypothécaire*". Les titulaires des hypothèques ainsi consenties, dès l'origine pour la dette d'autrui, doivent ainsi déclarer leurs créances contre le constituant comme tout

[800] A. Aynès, §15; G. Amlon, §54.

[801] Com., 11 juin 2002, 00-20.981: Bull. civ. IV n° 103, p. 111; Defrénois 2003, p. 417, obs. Ph. Théry; JCP G 2003, I, 113, obs. M. Cabrillac; JCP G 2002, II, 10116, com. J.-P. Rémery; D. 2002.2470; RTD civ. 2003, p. 328, comm. P. Crocq. Dans le même sens: Com., 15 oct. 2002, 99-17.526: RTD civ. 2003, p. 328, comm. P. Crocq; Com., 10 mars 2004, 02-16.474: Bull. civ. IV n° 47, p. 48; D. 2004.2710 comm. L. Aynès. La doctrine roumaine retient inversement une solution contraire: Gh. Piperea (cité *supra*, n. 791), p. 247. Elle impose ainsi une déclaration de créance même lorsque le titulaire de l'hypothèque intervient dans les procédures collectives contre le tiers acquéreur ou le garant pour autrui.

[802] G. Amlon, §123. V. aussi, L. Aynès/P. Crocq, §689 n. 98: "*le créancier hypothécaire n'est pas le créancier du tiers acquéreur. En conséquence, l'exercice de son droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur en redressement ou en liquidation judiciaires ne peut pas impliquer de sa part une déclaration de créance*". J.-P. Rémery, dans son commentaire sous Com., 11 juin 2002, 00-20.981: JCP G 2002, II, 10116, rappelle, vu cette solution, la thèse des obligations *propter rem.*

créancier et comme si la procédure collective concernait le debiteur principal personnellement obligé à la dette[803]. Or, le fondement de cette solution rappelle les considérations intuitives derrière la qualification nécessaire de "*cautionnement hypothécaire*" pour le propriétaire placé dans cette situation, notamment un quelconque engagement personnel présumé de sa part, comme fondement des poursuites exercées. Certains considèrent d'ailleurs justement cette position comme étant foncièrement incompatible avec la disparition du "*cautionnement hypothécaire*" et de l'engagement personnel sous-entendu par le concept[804]. Et de toute façon, il n'a jamais été question que le titulaire de l'hypothèque puisse agir individuellement sur l'assiette contre le garant pour autrui en procédure collective, comme le présupposerait la nature réelle de son accès direct[805]. Pour rétablir une certaine harmonie dogmatique entre ces différentes solutions, s'offrent alors deux possibilités. Cette pratique pourrait, d'un côté, légitimement se voir critiquée pour incohérence, par exemple au vu des contradictions avec les décisions qui refusent le "*cautionnement hypothécaire*" et écartent tout engagement personnel implicite du constituant garant pour autrui [806] . Cela impliquerait pour les juges de progressivement individualiser l'action hypothécaire dans les procédures collectives et tirer les conséquences de sa nature réelle. Ou bien, il resterait de ressusciter la fiction d'engagement personnel à la charge des différents propriétaires, comme fondement des poursuites hypothécaires.

165. ***Renouveau de l'engagement personnel présumé***. Il s'ensuit de ce qui précède que la suspension des poursuites au titre des hypothèques dans les procédures collectives implique de reconnaître une obligation civile des différents propriétaires comme fondement des poursuites. À défaut, la nature réelle de l'action hypothécaire devrait exempter son titulaire de la discipline collective. Mais la créance garantie n'est pas opposable comme telle aux garants pour autrui ou aux

[803] Com., 27 oct. 1998, 96-14.037: Bull. civ. IV nº 260, p. 216; JCP G 1999, I, 116, obs. Ph. Simler; D. 1999.187, comm. A. Honorat; RTD civ. 1999, p. 152, n. P. Crocq; Defrénois 1999, p. 280, note S. Piedelièvre: "*mais attendu que le créancier, bénéficiaire d'un cautionnement réel ou personnel, dispose à l'égard de la caution d'un droit de créance, en cas de défaillance du débiteur principal, ce droit étant limité aux biens affectés à la garantie de l'engagement, s'agissant d'un cautionnement réel*".

[804] A. Aynès, §15.

[805] A. Aynès, §15.

[806] P. Crocq (cité *supra*, n. 710). V. *supra*, §154.

tiers acquéreurs. Pour valider la suspension des poursuites, il resterait donc de reprendre la présomption d'un engagement personnel implicite des propriétaires concernés, similaire à celui déduit du "*cautionnement hypothécaire*", que les juges avaient écarté. La doctrine la plus récente semble d'ailleurs justement se lancer sur cette piste[807]. Elle renoue ainsi plus ou moins sciemment avec certains auteurs de la tradition médiévale[808]. Cela signifierait concrètement que dans les procédures collectives par exemple, il n'y aurait plus aucune raison pour exonérer le créancier des exigences déclaratives, quelle que soit la qualité du propriétaire. En termes dogmatiques, il devra, dès lors, notifier soit l'obligation initiale, soit l'engagement personnel présumé des propriétaires qui n'interviennent pas comme débiteurs principaux. Néanmoins, il va sans dire que cela contredit la thèse de l'accès direct. De plus, pour encadrer la nature personnelle de cet engagement dans les limites du *res non persona debet*, ce raisonnement devrait assumer les mêmes dénaturations que celles requises au même effet des obligations réelles ou *propter rem*[809]. Cependant, les arguments derrière le renouveau de l'engagement

---

[807] Ch. Gijsbers, §73: "*le constituant d'une sûreté réelle s'endette bel et bien. Il s'expose à assumer une obligation qui n'est pas la sienne* (…) *qu'on le veuille ou non, son patrimoine est donc grevé d'une dette, même si, contrairement au cautionnement classique, celle-ci n'est assortie que d'un droit de poursuite conventionnellement limité au bien affecté*". Cet auteur voit ainsi une "*dette personnelle sous-jacente*" à la charge du propriétaire: *ibidem*. La conclusion se déduirait justement de la décision ci-dessus présentée, *supra*, §164, n. 803, Com., 27 oct. 1998, 96-14.037: Bull. civ. IV n° 260, p. 216: "*mais attendu que le créancier, bénéficiaire d'un cautionnement réel ou personnel, dispose à l'égard de la caution d'un droit de créance, en cas de défaillance du débiteur principal, ce droit étant limité aux biens affectés à la garantie de l'engagement, s'agissant d'un cautionnement réel*". Or, il n'en va certainement pas de la créance initiale, car celle-ci ne lie que son débiteur principal. Dès lors, le tiers garant répondrait plutôt d'un "*engagement personnel de caution assorti d'une sûreté réelle sur un bien qui constitue à la fois la garantie de cet engagement personnel et la mesure de celui-ci*": note de P. Crocq sous cette même décision: RTD civ. 1999, p. 152. Cela venait alors justement annoncer la conception mixte du "*cautionnement réel*", désormais abandonnée par la jurisprudence. V. *supra*, §153. V. aussi, M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §399.

[808] A. Egger, pp. 184-185, qui cite Brodeau, selon lequel chaque propriétaire successif devient responsable par voie de fiction juridique, concrètement: "*en feignant que dès l'instant de sa détention, il a contracté avec le bailleur de l'héritage, créancier de la rente foncière, et s'est obligé personnellement luy payer tous les arrérages, qui courrerunt pendant le temps de cette détention*", Loyseau, sur ces mêmes "*charges foncières*": "*toutefois elles produisent action personnelle, pource que par nécessite, puis qu'elles sont perceptibles par les mains et le ministère de la personne, il faut s'adresser à celuy qui tient l'héritage chargé et redeuable pour estre payé de la rente*" et De Ferrière: "*la raison en est claire et sans réplique; savoir que ces rentes sont dûës par les heritages, d'où il s'ensuit que les fruits provenant d'iceux doivent servir à les acquitter, ainsi celuy qui les a perçus quoy qu'il ignorât qu'ils étoient chargez desdites rentes, s'est tacitement obligé personnellement de payer les arrerages desdites rentes par la perception des fruit*". Mais Loyseau lui-même observe combien cette fiction semble poussée, car "*peut-on condamner à payer celuy qui n'a rien promis, qui n'a point contracté, et qui n'est point obligé?*": *idem*, p. 192.

[809] V. *supra*, §150.

personnel présumé semblent cohérents. Ils accusent surtout le dédoublement qui s'ensuivrait, à défaut de sa reconnaissance, entre les prérogatives de poursuite réelles et personnelles, respectivement déduites de la créance et de la garantie. Ce dédoublement serait non seulement irrationnel, mais contredirait aussi un certain rapport historique de parenté, au titre duquel le droit de gage général se serait développé dans la codification napoléonienne justement sur la structure de l'hypothèque. Mais en fin de compte, il n'existe pas vraiment d'arguments logiques pour départager ces perspectives divergentes sur le contenu des prérogatives hypothécaires [810] (***A***). Reste seulement qu'en opportunité, la thèse de cet engagement personnel, le cas échéant entremis dans la saisie exercée au titre de la garantie hypothécaire, n'est pas substantiellement diffèrent de celle qui prône l'accès direct (***B***). Il s'agit en conséquence de prendre position sur l'importance de ce débat dans le contexte des applications pratiques attendues des hypothèques indépendantes.

A. Manifestations repérées

166. ***Une "obligation des biens" comme droit de saisie***. Les racines des hypothèques remontent a priori jusqu'au droit romain classique, voire jusqu'aux

[810] V. déjà Loyseau, cité par A. Egger, p. 195, selon lequel les "*charges foncières*" de la coutume parisienne du XV[ème] siècle, représenteraient: "*une manière d'obligation personnelle anormale et irrégulière, dont est chargé le tiers acquéreur de l'héritage hypothéqué à icelles (…) pour éviter cette action, on fait ordinairement le délaissement par hypothèque auparauant que d'estre condamné, et en ce faisant on s'en exempte, pource qu'elle n'est fondée sur aucune promesse et obligation du détempteur*". Ces "*charges foncières*" inspirèrent par la suite le développement des hypothèques, aussi bien en droit français que dans le système allemand: *idem*, pp. 186-199. Les problèmes quant à leur nature actuelle procèderaient des confusions identifiées dans les codifications de la coutume parisienne, entre la responsabilité personnelle déduite des servitudes et celle corrélative aux droits réels: *idem*, pp. 187-193. Selon De Ferrière par exemple, *"le demandeur conclud en cette action personnellement contre le detempteur ou possesseur d'un héritage prétendu affecté et hypothéqué pour quelque dette, charge réelle ou autre redevance annuelle, à ce qu'il soit condamné à luy* (…) *payer les arrerages échus de son temps, et continuer à l'avenir – en quoy cette action est personnelle – sinon et à faute de quoy être condamné à délaisser et abandonner l'héritage pour la dette de son auteur, ou pour une charge réelle, et c'est en cela que consiste la réalité de cette action*": *idem*, p. 191. V. aussi, S. Ginossar (cité *supra*, n. 709), p. 166: *"qu'un tel mélange de réel et de personnel soit inévitable dans l'hypothèque, cela va de soi, puisque par définition, l'hypothèque droit réel n'existe jamais que comme accessoire d'une créance personnelle*".

coutumes grecques de l'Antiquité[811]. Sa technique actuelle résulte historiquement des efforts entrepris par les jurisconsultes romains à concevoir une garantie qui ne suppose ni dépossession, ni transfert de propriété. Le droit de faire vendre l'assiette au titre des prérogatives hypothécaires si le débiteur ne s'exécute pas à l'échéance résulta dès lors comme conséquence naturelle de ces considérations[812]. Sa création aurait, selon certains, également été favorisée par l'avènement des poursuites exercées sur le patrimoine, qui remplacèrent la contrainte par le corps et la réduction à l'esclavage des débiteurs[813]. Reprise du droit romain[814] ou réinventée par la tradition médiévale[815], l'hypothèque s'est ensuite progressivement établie comme technique spécifique d'exécution forcée. Avant son retour en force justement, les coutumes germaniques interdisaient par principe la poursuite des immeubles[816]. Intrinsèquement liés au patrimoine familial, ceux-ci ne pouvaient être aliénés sans l'accord du propriétaire[817]. Au fil du temps, la pratique parvint néanmoins à contourner l'interdiction. Il suffisait que le débiteur consente en préalable au bénéfice du créancier une "*obligation des biens*"[818]. Cette stipulation permettait précisément la mise en vente des immeubles indiqués, en cas d'inexécution par le débiteur. Le régime de cette opération s'est complété ensuite par les prérogatives de suite et préférence. Les stipulations requises à cet effet se concrétisaient alors dans une *obligatio specialis*, censée mentionner de manière

[811] L.-V. Guillouard (cité *supra*, n. 81), pp. 15-16; A.-A. Moise, p. 28; C. Șt. Tomulescu (cité *supra*, n. 535), p. 264; R. Rizoiu, p. 26.

[812] Ch. Gijsbers, §52; Ch. V. Daremberg/E. Saglio (cité *supra*, n. 786), p. 354; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §417: "*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»*"; W. Brehm/C. Berger, §16.7.

[813] Ch. Gijsbers, §50; L.-V. Guillouard (cité *supra*, n. 81), p. 15; A.-A. Moise, p. 28; R. Rizoiu, p. 27.

[814] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1052; Adhémar Esmein, «Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français», Editions L. Larose et Forcel, Paris, 1883, p. 188.

[815] L. Aynès/P. Crocq, §631; par A. Egger, pp. 190-192.

[816] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1053.

[817] Benoît Fromion-Hebrard, «Essai sur le patrimoine en droit privé», thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1998, pp. XVII-XIX.

[818] "*Obligatio bonorum*": Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, «Histoire du droit civil», 2e édition, Coll. Droit Privé, Précis, Dalloz, Paris, 2010, p. 1114. V. aussi, Aladar Sebeni, «Garanţiile reale mobiliare în dreptul comparat», thèse, Université de Bucarest, 2005, p. 366; A. Egger, pp. VIII-XII.

individuelle les immeubles visés[819]. Son bénéficiaire pouvait en conséquence agir y compris contre les tiers acquéreurs des choses affectées. En revanche, l'*obligatio* générale lui permettait uniquement de contester les actes à titre gratuit de son debiteur ou ceux consentis de manière frauduleuse afin de diminuer sa solvabilité[820]. De cette manière, la technique de cette *obligatio* spéciale réalisait précisément une affectation des biens spécifiés au paiement de la dette[821]. Or, cela renvoie déjà aux termes en lesquels le Code civil définit maintenant la garantie hypothécaire [822] . La doctrine rattache dès lors souvent la renaissance de l'hypothèque proprement dite, au XVI[ème] siècle, à cette ancienne *obligation des biens* de la période médiévale[823]. Celle-ci aurait simplement changé de nom par «*goût du retour à l'Antique*»[824]. Mais le droit de gage général désormais consacré par la codification napoléonienne est parfois considéré le seul héritier du droit de saisie initialement accordé par cette *obligation des biens*, qu'il aurait ainsi non seulement copié, mais carrément retiré de la garantie hypothécaire[825]. Il convient de vérifier la pertinence de cette relation présumée de parenté pour ce qui est du contenu des prérogatives hypothécaires.

---

[819] Jean C.-C. Joannidi, «De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)», thèse, Université de Paris, Libraire nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau Editions, 1897, p. 21; A. Esmein (cité *supra*, n. 814), p. 182; L.-V. Guillouard (cité *supra*, n. 81), p. 23; A. Egger, pp. 138-145.

[820] A. Egger, pp. 139-149.

[821] J.-P. Lévy/A. Castaldo (cité *supra*, n. 818), p. 1114.

[822] V. *supra*, §145.

[823] J.-P. Lévy/A. Castaldo (cité *supra*, n. 818), p. 1115; A. Esmein (cité *supra*, n. 814), p. 197; Samir Tanagho, *L'hypothèque des biens à venir*, RTD civ. 1970, p. 441, §26; L.-V. Guillouard (cité *supra*, n. 81), p. 24; C. Hamangiu/I. R. Băläneseu/A. Băicoianu (cité *supra*, n. 96), p. 702; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XIII par E. Becqué, p. 871; A. Egger, p. 209; Ph. Théry, §4; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §77; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §892.

[824] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1050. V. aussi, Ch. Gijsbers, §55, qui cite Domat: "*le premier effet de l'hypothèque est le droit de faire vendre le gage*" et Pothier: "*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*".

[825] S. Tanagho (cité *supra*, n. 823), §25: "*l'hypothèque de droit romain n'était autre chose que la force exécutive de l'obligation. L'obligation hypothécaire n'était autre chose que l'obligation ordinaire*"; Ch. Gijsbers, §56: "*le droit de faire vendre les biens du débiteur défaillant et de se payer sur leur prix découle désormais de la seule créance, ce qui débarrasse dans le même mouvement les sûretés réelles de leur fonction historique de réalisation forcée* (…) *il n'y a plus désormais d'hypothèques conventionnelles que formellement stipulées* (…) *avec pour seul effet de conférer un droit de préférence et un droit de suite, à l'exclusion du droit de saisir qui appartient désormais à tout créancier en cette seule qualité*". Toujours au sujet des droits de saisie, "*ces prérogatives ne peuvent donc constituer une sûreté ou une de ses composantes*": Ph. Théry, §6.

167. ***Coexistence avec le droit de gage général***. Le Code civil rend actuellement inutile une quelconque autorisation préalable de la part du debiteur pour la saisie de ses immeubles à l'échéance. En effet, le droit de gage général permet à n'importe quel créancier de poursuivre tout le patrimoine de leurs obligés. C'est néanmoins affirmé que le droit de gage général reprend, actuellement, à lui seul les prérogatives de saisie accordées par la sûreté hypothécaire dans la période médiévale, car il ne saurait y avoir plusieurs droits de saisie censés atteindre les mêmes objectifs[826]. Les poursuites s'exerceraient alors en fait exclusivement au titre de la créance garantie, au motif que le droit de gage général suffit à lui seul pour légitimer les poursuites[827]. Cependant, il est déjà clair que cela ne saurait valoir pour caractériser la responsabilité du tiers acquéreur ou celle du garant pour autrui au titre de l'hypothèque, car ceux-ci ne sont pas également tenus comme débiteurs personnels de la dette. Par ailleurs, cette relation de parenté déduite entre la garantie hypothécaire et le droit de gage général ne doit pas nécessairement être considérée successorale, en ce sens que l'une serait obligatoirement remplacée par l'autre[828]. En effet, cette identité substantielle des prérogatives respectivement accordées par le gage général et l'hypothèque n'empêche pas leur coexistence[829]. Cela se concrétiserait simplement en deux accès directs parallèles mais interdépendants sur la valeur de la chose. Du reste, rien ne justifie la préférence en faveur du gage général dans les poursuites exercées sur les immeubles affectés.

---

826 C. Dauchez, §70: "*la prérogative essentielle de l'hypothèque est donc celle que nous connaissons aujourd'hui sous la dénomination de «droit de gage général». 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*".

827 Ch. Gijsbers, §48: "*car le créancier peut, même sans sûreté, faire vendre les biens de son débiteur et en appréhender la valeur d'échange*".

828 *Contra*, Ch. Gijsbers, §59: "*le créancier s'en trouverait alors comme investi de deux voies d'accès à la valeur du bien grevé, l'une tirée du droit de gage général, l'autre de la sûreté: une sorte de droit sur la valeur «au carré»! Or, une telle superposition n'est pas admissible sur le plan conceptuel*".

829 Justement en ce sens, au titre des mêmes arguments historiques: A. Egger, p. 146. V. aussi, J. Derruppé (cité *supra*, n. 370), §352: "*en fait, les pouvoirs du créancier hypothécaire ne sont pas très différents de ceux du créancier chirographaire; ils consistent, pour tous les deux, dans la possibilité de faire saisir et vendre certains biens du débiteur pour en retirer la valeur économique que représente la disposition de ce bien* (…) *par leur structure interne, par les pouvoirs qu'ils confèrent au créancier sur la chose, les droits du créancier chirographaire et du créancier hypothécaire sont de même nature*". "*Le propre de ces sûretés est de renforcer sur un bien déterminé l'efficacité des pouvoirs qui appartenaient déjà au créancier sur ce bien, en vertu de son droit de gage général*": *idem*, §346.

Ces arguments se limitent en effet à accuser les apparentes incohérences d'un accessoire qui serait identique, en termes de contenu concret, à son principal.

168. ***Compatibilité accessoire du dédoublement***. C'est clair qu'avec cet accès direct sur la chose, les hypothèques deviennent, sur le plan substantiel, une sœur jumelle presque parfaite de la créance. La seule différence reste que le gage de cette dernière doit couvrir tout le patrimoine du débiteur. Or, cette identité de contenu pose sans doute le défi paradoxal, mais très logique, de réévaluer pourquoi est-ce que l'hypothèque serait-elle l'accessoire de la créance et non pas inversement[830]. Cependant, cet argument confond à nouveau le contenu des prérogatives hypothécaires avec leur dépendance accessoire par rapport au principal. La section précédente confirme justement que ces questions ne sont pas interdépendantes. En effet, le droit parallèle de saisie éventuellement accordé par l'hypothèque ne l'empêcherait pas de s'exercer seulement dans la mesure et pour le compte de la créance. Ce raisonnement se confirme aussi bien dans le régime allemand des actions réelles hypothécaires que dans celui du cautionnement[831]. Les sûretés personnelles impliquent en effet elles-mêmes une prérogative de saisie similaire au droit gage général. Or, le cautionnement n'a jamais été sérieusement critiqué pour n'apporter rien de plus à son bénéficiaire que ne le fait déjà la créance garantie[832]. Sans doute qu'en ce qui le concerne, cette prérogative supplémentaire de poursuite s'exerce nécessairement contre une personne différente du débiteur principal, ce qui semble la rendre plus utile. Mais c'est aussi précisément tout l'intérêt du droit de suite, comme prérogative essentielle des hypothèques, que de pouvoir engager la responsabilité des tiers devenus propriétaires de la chose[833]. Il garantit en effet contre les changements de propriétaire, là où la créance garantie n'aurait pas suffi en tant que telle. Cela signifie qu'à elle seule, la logique accessoire

---

[830] Ch. Gijsbers, §59: "*un accessoire est, en effet, par définition, un élément complémentaire et non redondant* (…) *l'obligation donnant déjà le droit de se payer sur les biens du débiteur en cas de défaillance, la sûreté réelle qui est censée la compléter ne saurait inclure une prérogative identique*". V. aussi, G. Goubeaux, §23: "*parler d'un rapport d'accessoire à principal suppose que les deux termes soient distincts*", mais qui ne vise ainsi pas explicitement le contenu des prérogatives accordées par les garanties réelles.

[831] V. *supra*, §147.

[832] *Comp.*, Ch. Gijsbers, §59: "*cette superposition n'est pas davantage en accord avec la fonction économique du droit réel sur la chose d'autrui, dont la vocation est d'investir son titulaire d'une utilité de la chose qui ne lui est pas déjà accessible par un autre biais*".

[833] A. Colin/H. Capitant", p. 964.

n'empêche pas la coexistence familiale de ces deux droits parallèles de saisie sur leur assiette. Les observations sur le développement historique de l'hypothèque servent alors plutôt, inversement, à confirmer la thèse de l'accès direct, de nature plurielle lorsque le propriétaire intervient aussi comme débiteur principal. Néanmoins, c'est également possible de nier l'héritage antique de la sûreté, comme droit de faire vendre la chose.

169. ***Obligation des biens comme simple autorisation***. Cette obligation médiévale des biens, *obligatio bonorum*, pourrait en théorie ne pas avoir repris le droit de faire vendre les immeubles affectés, tel que jadis accordé par les hypothèques romaines. Elle se qualifierait alors comme dérogation conventionnelle permise contre l'ancienne interdiction des poursuites immobilières, une simple autorisation de saisie accordée par le propriétaire [834] . Cela signifierait en conséquence que dès cette période, les poursuites intervenaient au seul titre de la créance garantie[835]. Dès lors, à supposer que l'hypothèque de nos jours a conservé cette structure simplifiée de la période médiévale, son contenu juridique n'impliquerait pas un accès direct sur les immeubles affectés. La sûreté immobilière serait alors restée une simple autorisation de saisie, à juste titre rendue inutile comme telle par le droit de gage général. Cela pose certainement le défi de confirmer l'authenticité historique de cette lecture quant aux effets de l'*obligatio bonorum*. Mais les difficultés, dans cette perspective, iraient de toute façon au-delà de ce défi. C'est qu'en définitive, les nuances des positions doctrinales exprimées au fil du temps sur le contenu des prérogatives hypothécaires comptent moins que l'inopposabilité formelle de la créance garantie contre les propriétaires qui n'en sont pas les débiteurs. Dès lors, que l'argument historique soit ou non pertinent, avec toutes ses nuances, renier l'accès direct suppose surtout de trouver un fondement alternatif pour le droit de suite contre les garants pour autrui ou les tiers acquéreurs, vu l'importance de la prérogative de suite pour la technique. Or, la seule solution

[834] Certaines recherches historiques se concentrent en effet parfois uniquement sur l'autorisation de saisie comme effet principal de l'*obligatio bonorum*. V. par ex., A. Esmein (cité *supra*, n. 814), p. 177; J. C.-C. Joannidi (cité *supra*, n. 819), p. 20; S. Tanagho (cité *supra*, n. 823), §26: "*dès son origine, l'hypothèque générale, appelée obligation générale, ne servait qu'à un seul but, c'est de permettre l'exécution de la créance sur les immeubles du débiteur*".

[835] Ch. Gijsbers, «Sûretés réelles et droit des biens », §54: "*à ses débuts, l'institution n'a d'autre fonction que d'assurer l'exécution forcée des engagements sur les immeubles du débiteur*".

rationnellement concevable à cet effet suppose de faire renaitre un engagement personnel présumé à la dette principale, mis à la charge de chaque propriétaire respectif.

170. ***Action hypothécaire de nature personnelle***. La section précédente confirme à quel point la responsabilité au titre de l'hypothèque se réduit difficilement à la catégorie des obligations proprement dites[836]. Mais ce n'est pas inconcevable, tant que les textes du Code civil ne définissent pas expressément l'hypothèque d'une manière similaire au B.G.B., en tant que droit réel direct sur l'émolument de la saisie. Il suffit de pleinement assumer les dénaturations requises pour que cet engagement personnel présumé reflète quand même l'image du *res non persona debet*. C'est précisément ce que propose une recherche récente[837]. L'idée n'est pas de reprendre comme telles les qualifications de *cautionnement hypothécaire* ou celle des obligations réelles ou *propter rem* à la dette. Celles-ci seraient simplement les expressions progressivement tentées pour sous-entendre la nature personnelle des poursuites contre les tiers acquéreurs ou les garants pour autrui. Or, il convient de constater que cette renaissance de l'engagement personnel implicite du propriétaire semble admissible sur un plan théorique. Elle se vérifie déjà par les règles ponctuelles qui viennent l'appliquer, comme par exemple, l'interdiction temporaire des poursuites en cas de procédure collective contre le propriétaire, ci-dessus observée. Cette interdiction redeviendrait légitime dans cette lecture, car le créancier hypothécaire n'agit alors certainement pas au titre d'une action réelle[838]. Viennent également argumenter cette perspective certaines règles et décisions qui confirment le caractère de titre exécutoire des titres censés représenter le support matériel des affectations hypothécaires.

171. ***Caractère exécutoire des actes constitutifs***. Un quelconque document saurait difficilement servir de titre exécutoire à défaut de comprendre une créance proprement dite. Sinon, il serait impossible de vérifier le caractère certain, liquide et exigible de celle-ci, comme condition de la saisie. Or, dans cette perspective, les

---

[836] V. *supra*, §150.

[837] "*Engagement personnel assorti d'une limitation conventionnelle du droit de poursuite au seul bien affecté, garanti par une sûreté réelle sur le même bien*": Ch. Gijsbers, §74. V. not. *supra*, §165 n. 807.

[838] V. *supra*, §163.

décisions constantes des juges qui admettent le caractère exécutoire des conventions de garantie hypothécaire[839] sous-entendent nécessairement entre les lignes de cet instrument un engagement personnel de payer assumé par le propriétaire[840]. Cet engagement fournirait alors précisément, comme obligation proprement dite, un fondement pour les poursuites exercées contre le garant pour autrui et le tiers acquéreur de la chose. Il ne saurait se requalifier en reconnaissance de dette par les constituants des garanties pour autrui[841]. Une telle reconnaissance changerait en effet la nature de leur engagement, par exemple en délégation imparfaite. Cet argument contre l'accès direct sur les immeubles affectés, comme manifestation d'une action hypothécaire proprement dite, semble davantage légitime dans le système roumain[842]. En effet, l'art. 2.431 C.civ.roum. vient confirmer de manière très explicite que toutes les conventions hypothécaires valablement conclues valent titres exécutoires[843]. Ce texte contredit la jurisprudence constante qui leur refusait cette qualité auparavant, au motif justement que les actes constitutifs des hypothèques ne contiennent, comme tels, aucun engagement personnel du propriétaire[844]. Cependant, il s'agit d'observer que l'entremise d'un engagement personnel n'est pas rationnellement indispensable pour expliquer la qualité de titre exécutoire. Il se pourrait aussi de justifier cette qualité simplement en tant que dérogation à l'exigence de voir la créance certaine, liquide et exigible ressortir du titre exécutoire lui-même, non pas de documents connexes, tels que la

---

[839] Civ. 2ème, 25 mars 2010, 09-12.127 : Bull. civ. II nº 74 ; Defrénois 2011, p. 1289, obs. Ph. Théry – Civ. 2ème, 6 juin 1996, 94-20.293.

[840] Ch. Gijsbers, §73; Ph. Dupichot, §794; Observations de Ph. Théry sous Civ. 2ème, 25 mars 2010, 09-12.127: Defrénois 2011, p. 1289: "*s'il y a, comme le dit la Cour de cassation, un titre exécutoire, alors, pour soutenir le titre exécutoire, il doit bien exister une obligation*".

[841] Edmond Jacoby, *L'acte d'affectation hypothécaire et l'espace judiciaire européen: questions pratiques liées à sa reconnaissance et à son exécution*, Dr. et patri., 2007, nº 160, p. 68, propose une telle reconnaissance de la dette principale dans toutes les conventions hypothécaires afin de faciliter leur circulation internationale comme titres exécutoires. Mais la solution requalifierait l'engagement des garants pour autrui.

[842] V. par ex., R. Rizoiu (cité *supra*, n. 326), pp. 98-99 (nous traduisons): "*la convention hypothécaire devient exécutoire de manière indépendante par rapport au contrat dont dérive l'obligation principale* (…) *le dernier doit seulement avoir date certaine et contenir une créance liquide et exigible*".

[843] Selon ce texte, "*les contrats d'hypothèque valablement conclus valent titres exécutoires aux conditions de la loi*": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.431. V. déjà, Cas., déc. nº 60/2017, en ce sens que cela ne présuppose pas même que la créance garantie soit elle-même constatée dans un titre exécutoire.

[844] V. par ex. C.S.J., s. com., déc. nº 4956/2001 – CA București, s. IV-a civ., déc. nº 355/2000 –CA București, s. IV-a civ., déc. nº 1134/2001. V. aussi, R. Rizoiu, p. 119.

convention de crédit[845]. Par ailleurs, au moins en opportunité, il ne devrait y avoir aucune difficulté de remplacer, pour répondre aux éléments requis par la qualité de titre exécutoire, la condition d'avoir une créance proprement dite avec l'accès réel directement accordé par l'hypothèque sur la somme dégagée par saisie, vu la possibilité d'aisément quantifier cette prérogative en termes monétaires. Mais c'est également intéressant de noter qu'il ne devrait alors exister aucune raison pour différencier la nature de titre exécutoire selon la personne du propriétaire.

172. ***Deux actions personnelles***. La présomption d'engagement personnel additionnel devrait indiscutablement valoir y compris si le bien affecté était toujours entre les mains du débiteur principal, comme constituant de la garantie[846]. Il en va non seulement de préserver la cohérence dogmatique de cette perspective[847]. C'est surtout qu'à défaut, les conséquences seraient paradoxales. La convention constitutive de la sûreté ne pourrait alors pas servir de titre exécutoire précisément contre le débiteur principal, pourtant la personne originairement tenue à la dette. Mais la généralisation de cette présomption, quelle que soit la personne du propriétaire, conduit visiblement au même dédoublement de prérogatives substantiellement identiques sur les immeubles affectés que celui imputé comme argument contre la thèse de l'accès direct[848]. Seulement qu'elles seraient, cette fois-ci, toutes les deux de nature personnelle. Au moins, le régime du cautionnement viendrait, là encore, confirmer qu'un tel dédoublement n'a rien d'incohérent et ne contredit pas la logique accessoire proprement dite[849]. Surtout que la thèse du droit réel de saisie directement accordé par les prérogatives hypothécaires est

---

[845] V. par ex. Civ. 2ème, 11 juil. 2013, 12-21.082. La décision rejette le pourvoi au motif "*qu'ayant constaté que l'acte notarié fondant les poursuites comportait l'identité du débiteur ainsi que tous les éléments permettant l'évaluation de la créance, la cour d'appel en a exactement déduit que cet acte constituait un titre exécutoire permettant l'engagement de poursuites de saisie immobilière*". Mais il en va visiblement de la créance principale, non pas des prétendus engagements personnels directement présumés de la garantie hypothécaire.

[846] Cet engagement personnel se trouverait dans cette situation uniquement "*masqué*" par le principal, auquel il se superpose: J. François, p. 1221; J.-J. Ansault, p. 241. De plus, V. Mazeaud, §279 n. 1887, pose, contre la théorie de l'engagement présumé, le problème de justifier comment est-ce possible que le paiement éteint l'ensemble des obligations impliquées. Mais ces engagements présumés interviennent indiscutablement pour le compte du principal. Cela suffit pour confirmer leur interdépendance. V. *supra,* §147.

[847] *Contra*, Ch. Gijsbers, §153.

[848] V. *supra*, §167.

[849] V. *supra*, §147.

également mise entre parenthèses par le traitement actuellement applicable aux transmissions à titre principal de la garantie. Les textes mettent en effet constamment en avant la qualité de créancier en laquelle devrait intervenir le cessionnaire[850]. Cela suggère précisément qu'à elle seule, la garantie réelle lui serait inutile pour les besoins des éventuelles poursuites. Mais il s'agit de vérifier qu'en reste-t-il alors de l'engagement personnel ci-dessus intercalé, justement pour expliquer le droit de suite, lequel devrait écarter cette condition de créancier pour bénéficier de la sûreté.

173. ***Qualité de créancier dans les transmissions autonomes***. Le chapitre précédent a déjà traité de la transmission à titre principal de l'hypothèque pour confirmer que le régime de cette opération ne compromet pas la fidélité accessoire proprement dite de la sûreté[851]. Déjà, il est indiscutable que dans cette hypothèse, son nouveau titulaire n'agit pas sur la chose au titre de la créance initiale, conservée par définition entre les mains du cédant. Il fonde ses prétentions en quelque sorte directement sur la garantie. Mais le problème c'est que le régime actuel de cette transmission ne semble compatible avec aucune des perspectives ci-dessus envisagées pour expliquer le fondement des poursuites exercées au titre de la sûreté. En effet, mis à part des exemples selon la personne du bénéficiaire de cette opération, par exemple, créancier du débiteur, du propriétaire, ou même de son titulaire actuel, le régime de la transmission au profit de personnes complètement extérieures reste couvert par un mystérieux silence[852]. Sans doute que de créancier en créancier, la transmission pourrait, en fin de compte, profiter à n'importe quelle personne, car tout le monde devrait en pratique pouvoir exhiber une quelconque créance. Mais cela suggère quand même que l'hypothèque n'y est pour rien dans les poursuites entamées sur les immeubles affectés. En effet, une autre créance se déduit comme étant nécessaire pour ouvrir au nouveau titulaire de la sûreté l'accès à la valeur économique de la chose. L'art. 2.424 al. 1 C.civ. sur la transmission à titre principal de l'hypothèque vient justement consacrer cette perspective. Selon ce texte, "*le créancier hypothécaire peut subroger un autre créancier dans*

[850] V. *supra*, §122.

[851] V. *supra*, §115.

[852] V. *supra*, §113.

l'hypothèque et conserver sa créance". Il en résulte que le bénéficiaire devrait impérativement avoir une quelconque qualité de créancier, en préalable à la cession autonome[853]. La condition semble pourtant rationnellement inutile, même dans la thèse de l'engagement personnel présumé du propriétaire. Cet engagement suffirait par lui-même pour légitimer la mise en œuvre de la garantie par son nouveau bénéficiaire, qu'il se trouve ou non titulaire d'autres créances additionnelles. En effet, la destination finale des fonds dégagés par voie de saisie, le cas échéant pour satisfaire certaines autres obligations de son nouveau titulaire, ne devrait aucunement influencer le fondement des poursuites. Or, ce fondement ne saurait se localiser ailleurs que soit dans l'accès direct, soit dans la thèse de l'engagement présumé.

174. ***Qualité de créancier et logique accessoire***. Sans doute que le bénéficiaire d'une transmission autonome pourrait employer les sommes obtenues par voie de saisie pour satisfaire n'importe laquelle de ses créances. Mais il devrait n'y voir aucun intérêt. La qualité de créancier ne pourrait en effet rationnellement pas intervenir comme condition impérative de la transmission, car la destination finale des fonds, au profit d'une ou plusieurs créances dans son patrimoine, ne saurait influencer le fondement des poursuites. À cet égard, la nature accessoire de la sûreté signifie strictement que la saisie interviendra toujours pour le compte de la créance initiale et la réduira à due concurrence de la somme dégagée par les poursuites[854]. Du reste, l'affectation des fonds obtenus par mise en œuvre de la garantie au profit de certaines autres créances qui se trouveraient en même temps entre les mains du cessionnaire devrait relever de son pur caprice. Déjà que ces créances subséquentes sont inopposables aux propriétaires qui n'en sont pas les débiteurs, comme s'ils avaient dès l'origine consenti une garantie pour autrui. Dans les deux cas, la première créance, indiquée comme telle dans la convention constitutive de la garantie, ne légitime, dès lors, pas à elle seule la saisie.

---

[853] Cet argument est employé contre la thèse de l'accès direct par Ch. Gijsbers, §60: "*le tiers qui est subrogé à une hypothèque sans être investi corrélativement de la créance garantie n'en tire pas ipso facto le droit de saisir l'immeuble s'il ne dispose pas d'un titre exécutoire constant une créance contre le débiteur*". Seulement, la transmission de la garantie devrait valablement pouvoir intervenir y compris au profit des créanciers de son titulaire initial. V. *supra*, §114. V. aussi, Ph. Théry, §217.

[854] V. *supra*, §50.

175. ***Inutilité du titre de créancier***. En fin de compte, même dans les transmissions à titre principal de la garantie, les seules alternatives rationnelles pour dépasser les difficultés dogmatiques posées par l'inopposabilité de la nouvelle créance au propriétaire restent soit la thèse de l'accès direct, soit la juxtaposition d'un engagement personnel présumé. N'importe laquelle de ces alternatives rend toutefois inutile la qualité de créancier, pourtant explicitement requise du bénéficiaire de la cession autonome. Celui-ci agira, de toute façon, soit directement au titre de la sûreté hypothécaire acquise, soit en vertu de l'engagement personnel intercalé. Seulement que dans cette dernière perspective, le propriétaire devrait en quelque sorte se présumer lui aussi tenu par l'engagement personnel présumé, même lorsqu'il interviendrait également en qualité de débiteur principal. Sinon, la transmission de l'instrument à d'autres personnes que ses propres créanciers serait impossible ou, plus précisément, poserait problème quant au fondement d'une éventuelle saisie entreprise par le nouveau bénéficiaire. Il s'ensuit que la qualité de créancier textuellement requise du bénéficiaire ne devrait en fin de compte jamais conditionner les effets de la transmission. Elle ne compte donc certainement pas non plus pour les besoins ce développement. Mais toutes ces observations suggèrent qu'en fin de compte, il n'y a pas vraiment d'arguments pour différencier accès direct et présomption d'engagement personnel, comme justification des poursuites entamées par le créancier hypothécaire[855]. Il reste donc de vérifier l'opportunité d'une délimitation si nette en ce qui les concerne.

B. Opportunité limitée

176. ***Engagement présumé et droit de suite***. La dualité des actions personnelles sur l'assiette dans la théorie de l'engagement présumé impliquerait sans doute de trouver moyen pour départager leurs effets lorsqu'elles visent le même sujet passif. Plus précisément, quand le débiteur reste lui-même propriétaire de l'immeuble affecté, il semble mieux de considérer qu'il répond directement au titre du principal

[855] V. Brémond (cité *supra*, n. 751), §4: "*le choix nous apparaît reposer davantage sur des motifs d'opportunité que sur des arguments purement juridiques, les deux conceptions pouvant, après tout, se défendre*".

comme tel, plutôt que de compliquer le raisonnement avec des engagements personnels auxiliaires. Comme vu ci-dessus, ceux-ci redeviennent néanmoins nécessaires, même pour le débiteur principal, afin de justifier sa responsabilité après une transmission à titre principal de la sûreté vers des tiers. Dans cette perspective, le problème en termes dogmatiques semble plutôt que la saisie intervient alors toujours au titre de cet engagement personnel, sans doute fictif, mais dont le propriétaire est lui-même aussi directement responsable. Il n'y aurait alors a priori plus aucune affectation à proprement parler pour autrui. Mais cela reviendrait en fait à nier carrément le fondement du droit de suite, pourtant intrinsèque aux prérogatives hypothécaires. Son concept implique justement la perspective d'une dissociation entre le propriétaire et le débiteur de la créance garantie. Pour éviter l'aporie, il serait nécessaire de considérer que cet engagement présumé vient précisément matérialiser le droit de suite. Cette idée n'est pas rationnellement inconcevable, tant les conditions de cet engagement présumé correspondent plus ou moins à l'opposabilité *erga omnes* des droits réels. En effet, il ne fait aucun doute que l'engagement personnel censé remplacer l'accès direct accordé par l'hypothèque dépend moins de la personne de son débiteur que de son contact matériel avec l'assiette. Or, si cet engagement présumé oblige les différents propriétaires de la même manière que les droits réels, il dépend, en fin de compte, de la garantie hypothécaire à tel point qu'il pourrait tout aussi bien renier sa nature personnelle[856]. Le lien causal que cet engagement devrait conserver avec le droit de suite signifie que l'hypothèque confère toujours, pour tout sauf le nom, y compris dans cette perspective, un accès direct, quoique de nature personnelle, sur la valeur de l'assiette. Cela justifie sans doute les essais constants de requalifier la responsabilité du propriétaire en vertu de l'hypothèque comme une expression des obligations réelles ou *propter rem* à exécuter la dette garantie[857]. La nature personnelle de cette responsabilité viendrait alors tout au plus comme dénaturation nécessaire pour justifier quelques solutions ponctuelles, par exemple l'interdiction des poursuites en cas de procédure collective ouverte contre le propriétaire de la

[856] V. par ex. J. François, p. 1220; V. Mazeaud, §281. Seulement, cela les conduit à reprendre le concept des "*obligations réelles*" pour qualifier la responsabilité du propriétaire. Or, la juxtaposition de ces notions antagoniques aboutit sur une dénaturation. V. *supra*, §116.

[857] V. *supra*, §148.

chose hypothéquée [858]. Mais du reste, la cohérence dogmatique inviterait certainement à supprimer ce détour théorique, afin de pouvoir, en fin de compte, légitimer les poursuites directement au titre même de la sûreté hypothécaire[859].

177. ***Retour sur le "cautionnement réel"***. La thèse de l'accès direct, dont la nature réelle ou personnelle compte finalement assez peu, viendrait par ailleurs également confirmer les intuitions du professeur Grua sur le concept du "*cautionnement réel*". Celui-ci avait, en effet, envisagé il y a quelque temps déjà un traitement unitaire des sûretés réelles et personnelles pour ce qui est de leur contenu, justement sur le fondement de l'analyse dualiste des obligations[860]. La perspective de ce traitement unitaire résulte aussi de la définition proposée par le professeur Crocq, selon laquelle toutes les sûretés se résument à représenter des droits de saisie supplémentaires, rattachés de manière accessoire aux obligations couvertes[861]. Or, la notion du "*cautionnement réel*" se trouverait ainsi paradoxalement justifiée, non pas au titre d'un engagement personnel intercalé, qui ne caractérise pas même le cautionnement, mais plutôt par l'essence similaire de ces techniques, comme pouvoirs de contrainte sans contenu spécifique autonome, plus précisément sans

---

[858] Ch. Gijsbers, §74.

[859] V. par ex. Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, §11.

[860] F. Grua, §§27-28: "*et pourtant on sent bien qu'il y a une part de vérité dans l'idée d'obligation de la caution réelle* (…) *une obligation est une dette assortie d'un pouvoir de contrainte; une sûreté, un pouvoir de contrainte brut*".

[861] P. Crocq (cité *supra*, n. 20), §282: "*une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou en partie, directement ou indirectement*". Cette définition juxtapose ainsi le contenu des sûretés comme droits de saisie à leur dépendance accessoire qui repose sur cela que ces droit de saisies ne contiennent pas une prestation distincte, comme *debitum*, de la créance garantie. V. aussi, F. et J. Baur/R. Stürner, §§36.62, pour la même solution en droit allemand, en ce sens que les hypothèques et les dettes foncières représentent en substance des (nous traduisons) "*droits réels de saisie*". De même, *idem*, §36.68, sur les thèses alternatives des obligations réelles ou de l'engagement personnel présumé des différents propriétaires: "*freilich, scheint der Wortlaut der $$1113, 1191, 1199: «aus dem Grundstück zu zahlen ist» auf eine andere Auffassung hinzuweisen, nämlich darauf, dass der Eigentümer Zahlung der Geldsumme – wenn auch «aus dem Grundstück» schulde. In der Tat wurde früher die Auffassung vertreten, dass der Eigentümer die Zahlung der Geldsumme schulde, aber nur mit dem Grundstück hafte (Theorie der Realobligation) oder dass zwar die Haftung mit dem Grundstück das primäre sei, dieser Haftung aber auch eine – nicht erzwingbare – persönliche Schuld des Eigentümers entspreche (Theorie der dinglichen Schuld)*". Il en résulte que la principale source de confusions en cette matière reste inversement la définition des sûretés personnelles, comme le cautionnement, en tant que créance à part qui ajoute un débiteur proprement dit au créancier. V. par ex. J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §§86-94; Ph. Dupichot, §361.

debitum [862] . La thèse dualiste serait, de ce fait, sans difficultés, aisément transposable aux hypothèques, tant que ces dernières se caractérisent, comme le cautionnement, exclusivement par leur *obligatio* distincte du droit de saisie déduit du principal[863]. Tous ces instruments, réels comme personnels, comprendraient ainsi une *obligatio* spécifique, mais partageraient en revanche le *debitum* de la créance garantie. Seulement, cette conclusion suppose des règles explicites pour consacrer si besoin les pratiques actuelles, comme par exemple en matière de procédures collectives, qui ne se justifient que par la thèse de l'engagement personnel présumé à la charge du propriétaire. Mais pour ce développement, il importe surtout de rappeler que cet accès direct sur les immeubles affectés était censé accompagner les applications pratiques des hypothèques indépendantes. Se pose, dès lors, la question de vérifier combien, inversement, la thèse des engagements personnels présumés mis à la charge des propriétaires successifs compliquerait-elle, le cas échéant, le fonctionnement de cet instrument.

178. ***Impact sur les hypothèques indépendantes***. Apparemment, les hésitations sur la nature personnelle ou réelle du droit de saisir la chose affectée en garantie ne devraient pas influencer le fonctionnement des hypothèques indépendantes. En effet, pour favoriser la mobilisation des créances il a été suffisant de constater que les potentiels cessionnaires jouissent d'une quelconque possibilité parallèle de saisir le bien affecté, directement tirée de l'hypothèque[864]. Or, ce chapitre confirme que de toute façon, la créance garantie ne saurait pas justifier à elle seule les éventuelles poursuites, sauf incohérence logique dans le cas des garants pour autrui et des tiers acquéreurs. En effet, aussi bien la présomption d'engagement personnel, que le droit réel de saisie déduit des prérogatives hypothécaires, proposent justement cet accès parallèle sur la valeur de la chose. C'est quand

[862] V. aussi Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, p. 235. Mais le professeur Simler complique la démonstration en faisant état de la "*créance réelle*" qui justifierait la responsabilité des propriétaires successifs. V. *supra*, §151.

[863] F. Grua, §§28-31: "*le débiteur principal est en vérité le seul. La caution personnelle, comme la caution réelle, se trouve contrainte sans devoir* (…) *on retrouve ce même pouvoir de contrainte sans dette de celui qui y est soumis* (…) *la caution personnelle n'est pas plus tenue à la dette que ne doit la chose de la caution réelle. Toutes deux sont contraintes sans être vraiment obligées. Et elles sont contraintes à la même chose: le paiement de la dette*".

[864] V. *supra*, §65.

même nécessaire de correctement identifier le contenu de cet engagement présumé, de nature personnelle.

179. ***Structure de l'engagement personnel***. Il s'agit de vérifier si cet engagement présumé des différents propriétaires partagerait le *debitum* du principal ou bien emprunterait-il celui, par définition autonome, des hypothèques indépendantes. A priori, ces engagements implicites semblent obliger les différents propriétaires à rembourser directement la dette garantie comme telle, donc se greffer sur la structure du principal. En termes de l'analyse dualiste, cet engagement présumé emprunterait, en conséquence, le *debitum* du principal, comme s'il s'agissait d'un cautionnement. D'où sans doute le concept du "*cautionnement réel*". Cela signifierait pour ce *debitum* de rester mathématiquement conditionné par l'étendue du principal. Dès lors, même si la structure de la sûreté hypothécaire était équivalente à celle d'une garantie indépendante, son titulaire ne toucherait invariablement que l'étendue actuelle de l'obligation initiale, car il saurait uniquement agir au titre de l'engagement personnel présumé, qui est toujours de même valeur monétaire que la créance de référence. Or, selon ce raisonnement, les hypothèques indépendantes ne réaliseraient pas les applications pratiques des engagements autonomes dans la mobilisation des créances, car l'inopposabilité des exceptions qui les caractérise ne protégerait aucunement les cessionnaires contre les remboursements intervenus. Pour atteindre, inversement, ce résultat, l'engagement présumé devrait, dès lors, partager non pas le *debitum* de l'obligation principale, mais directement celui de la garantie indépendante. La nature autonome de celle-ci rayonnerait alors sur la dimension du potentiel émolument de la saisie.

180. ***Simple "enveloppe" hypothécaire***. Pour vérifier si l'engagement présumé du propriétaire renvoie à la dette garantie comme telle ou au *debitum* spécifique de l'affectation hypothécaire, comme il serait nécessaire pour sécuriser les applications pratiques des hypothèques indépendantes, des renvois aux observations tentées par la doctrine sur le régime de l'hypothèque rechargeable semblent utiles. C'est vrai qu'elles ne traitent pas explicitement cette dernière comme garantie indépendante. Mais les incohérences accessoires qu'elle entraine sont similaires, du moins jusqu'à ce que le propriétaire renonce définitivement au rechargement[865].

[865] V. *supra*, §129.

En ce qui la concerne, les emprunts qui peuvent être réalisés ici découlent surtout du défi de préciser le régime des prérogatives hypothécaires censées persister durant les périodes transitoires jusqu'au potentiel rechargement. Ainsi, la doctrine considère, une fois les obligations initiales intégralement remboursées, que la garantie reste une simple "*enveloppe*" entre les mains du constituant jusqu'à sa remise en service. La parenté de cette métaphore revient justement au professeur Grimaldi, président de la commission qui avait préparé les textes applicables[866]. Or, cela reflète certainement une intuition sur le contenu de la créance personnelle présumée qui devrait concrétiser le droit de suite inhérent à l'affectation hypothécaire. En effet, aussi bien l'accès direct de nature réelle sur la chose qu'un engagement personnel calqué sur le *debitum* de la garantie rechargeable auraient dévoilé une possibilité distincte de saisie pour tout le montant stipulé dans la convention constitutive de l'hypothèque rechargeable[867]. La métaphore de simple "*enveloppe*" confirme alors plutôt une règle en ce sens que la responsabilité du propriétaire au titre de la sûreté hypothécaire partagerait par principe directement le *debitum* de la créance garantie, non pas celui de l'engagement personnel implicite. À défaut d'aménagements législatifs quant au contenu des prérogatives accordées par la sûreté, l'image d'une "*enveloppe*", vide comme tel de contenu, devrait dès lors également caractériser une éventuelle hypothèque indépendante, le cas échéant acclimatée dans les systèmes de référence. Or, le titre précèdent démontre que cela réaliserait un concept assez aléatoire de garantie autonome. La technique de sûreté réelle indépendante qui en découle serait alors incapable de réaliser ses applications pratiques dans la mobilisation des créances, sans totalement écarter les risques de double paiement[868]. Le concept profiterait seulement aux refinancements du propriétaire par la possibilité de progressivement

[866] M. Grimaldi, §2. *Comp.*, le sheriff Andrew Bell dans l'affaire Watson c. Bogue, selon lequel une hypothèque sans créance de référence représenterait "*a mere husk, empty of any content*", (nous traduisons) "*une simple coquille, vide de tout contenu*": A. J. M. Steven, p. 393.

[867] V. pourtant les observations en marge des arrêts plus anciens qui présumaient le "*cautionnement réel*", sur la question "*s'il s'agit d'un cumul - l'engagement personnel de caution venant s'ajouter à la garantie réelle de la même dette - plutôt que d'une superposition - la sûreté réelle venant contre-garantir l'obligation personnelle de caution*": V. Brémond (cité *supra*, n. 751), §5. En effet, le cumul semblerait calquer cet engagement personnel de caution directement sur la sûreté réelle, non pas sur le *debitum* initial de la créance. V. aussi, note de S. Piedelièvre sous Civ. 1re, 15 mai 2002, 00-13.527: JCP G 2002, II, 10109.

[868] V. *supra*, §66 .

réutiliser la garantie. Mais cette utilité au profit du propriétaire ne présupposait de toute façon pas l'inopposabilité des exceptions déduites de la première créance.

181. ***Conclusion de chapitre. Légitimité des perspectives divergentes***. Ce chapitre entendait prendre position sur le fondement des poursuites le cas échéant exercées au titre de la sûreté. En bref, il s'est avéré impossible de justifier la saisie par le créancier hypothécaire autrement qu'à travers une coexistence des prérogatives identiques de poursuite, respectivement exercées sur la chose au titre de la garantie et du droit de gage général. Ainsi, la possibilité de mettre en œuvre la sûreté malgré la prescription de la dette, telle que récemment retenue comme solution, ne saurait aller sans l'accès direct accordé par les prérogatives hypothécaires sur les biens affectés. Le principe de cet accès direct de nature réelle est néanmoins incompatible avec certaines solutions de la pratique, particulièrement en matière de procédures collectives. Ces solutions présupposent en effet la nature personnelle des poursuites envisagées par le titulaire de la garantie, même lorsque le propriétaire ne répond pas de la dette comme débiteur principal. Le raisonnement derrière ces solutions se justifie sans doute par certains ressorts instinctifs, qui ne sauraient concevoir les poursuites à défaut d'une quelconque créance personnelle comme fondement. Les mêmes ressorts se retrouvent vraisemblablement aussi derrière les qualifications de "*cautionnement hypothécaire*" ou d'obligation *propter rem*, parfois retenues afin de caractériser la responsabilité du propriétaire qui n'est pas en même temps le debiteur principal. La seule alternative pour assurer une certaine cohérence dogmatique des solutions disparates, hormis la thèse de l'accès direct de nature réelle, serait alors la présomption d'un engagement personnel à exécuter la dette, mis à la charge des différents propriétaires en cette qualité. Ils y répondraient uniquement avec l'immeuble affecté. Mais il n'y a pas vraiment d'arguments textuels ou rationnels qui militeraient plus pour cette conception qu'en faveur de la thèse de l'accès direct de nature réelle sur l'assiette. En effet, la qualité de créancier textuellement requise du bénéficiaire des transmissions à titre principal des hypothèques n'a aucune pertinence à cet égard, car le nouveau titulaire de la sûreté agira de toute façon soit au titre de l'accès direct, soit en vertu de l'engagement personnel intercalé du propriétaire. Du reste, la nature de titre exécutoire des conventions de garantie hypothécaire pourrait également s'analyser en dérogation ponctuelle à l'exigence

d'une créance dans le contenu du titre exécutoire, non pas comme preuve d'un engagement personnel implicite. Pour les applications potentielles des hypothèques indépendantes dans la mobilisation des créances néanmoins, il comptait surtout de savoir si cet engagement personnel présumé partage le *debitum* de la garantie ou bien directement celui de la créance couverte. Or, la métaphore d'une "*enveloppe*" vide de contenu, censée caractériser les hypothèques rechargeables jusqu'à une potentielle réaffectation et employée dans ce raisonnement par voie d'induction, suggère plutôt que la responsabilité du propriétaire se greffe directement sur les créances successivement rattachées. Ce serait toutefois assez inopportun pour les applications potentielles des hypothèques indépendantes. L'inopposabilité des exceptions qui les caractérise déséquilibrerait dans cette perspective aussi bien la sécurité du propriétaire que celle des autres personnes intéressées dans les opérations triangulaires avec l'instrument. Tout cela permet une prise de position exhaustive sur les tendances en droit positif actuel vers la reconnaissance des hypothèques indépendantes.

182. ***Conclusion de titre. Faibles signes d'indépendance***. Ce deuxième titre envisageait une prise de position sur la mesure en laquelle les inflexions accessoires identifiables en droit positif actuel se rapprochent au concept des hypothèques indépendantes et au régime qui ressort des projets relatifs à une eurohypothèque. Il convient de constater, à cet égard, que la plupart des éléments censés déroger à la nature accessoire de l'hypothèque en droit français ou roumain ne viennent pas nécessairement en conséquence d'une autonomie structurelle proprement dite de la garantie. Peuvent uniquement poser problème à cet égard les diverses techniques qui entraînent une réaffectation réelle de la garantie au bénéfice de nouvelles obligations, indéterminées au moment de l'acte constitutif. C'est spécifiquement le cas du rechargement ou du *maintien* des hypothèques selon la terminologie juridique roumaine. La sûreté ne suit alors indiscutablement plus le destin de chaque obligation qui s'y rattache de manière successive. Sans doute que l'intention des législateurs de ces deux pays n'a pas été de consacrer par le mécanisme du rechargement une véritable garantie autonome en matière de sûretés réelles, caractérisée par son inopposabilité des exceptions spécifique. Mais l'inopposabilité des exceptions n'est pas intrinsèque au concept, comme le confirme justement le régime actuel de la dette foncière allemande. Seulement, la

requalification en garantie autonome viendrait à l'encontre des perceptions communément partagées en doctrine sur le régime de cette technique. Par ailleurs, une réaffectation tout aussi effective des sûretés intervient de longue date déjà par simple convention des parties, lors de la novation de l'obligation initiale. En droit français, cela concerne même l'ensemble des garanties, réelles comme personnelles. Le seul moyen pour éviter les incohérences logiques qui en découlent relatives au principe de l'accessoire serait alors de considérer comme purement métaphorique, soit la persistance de la garantie ainsi réaffectée ou maintenue, soit la disparition de la créance initiale, en laquelle les obligations ultérieures devraient ainsi se considérer simplement métamorphosées. Tenir pour métaphorique la continuité des garanties réaffectées signifierait en fait de faire toujours comme si chaque créance subséquente se rattachait à une nouvelle sûreté, entièrement fidèle, cette fois-ci, à sa dépendance accessoire de régime. De même, un accès direct accordé par l'hypothèque sur son assiette, comme expression d'une certaine autonomie procédurale, ne contredit aucunement la logique accessoire, car il est de toute façon interdit à son titulaire de cumulativement profiter aussi bien de la créance que de l'hypothèque rattachée à celle-ci. Il résulte que cet accès direct, qui traduit un droit de saisie supplémentaire par rapport à celui déduit de la force exécutoire de la dette, influence uniquement les applications pratiques des hypothèques indépendantes dans la mobilisation des créances. Or, contrairement au système allemand qui retient explicitement un droit direct de saisie comme effet des hypothèques, en France comme en Roumanie, son existence se trouve parfois reniée, surtout au niveau des solutions pratiques en matière de procédures collectives. Il semblerait alors plus légitime de le remplacer par un engagement implicite de nature personnelle des différents propriétaires, comme fondement des poursuites au titre de l'hypothèque. Mais en fin de compte, les circonstances en lesquelles se manifesterait cet engagement présumé ne sont pas très différentes de l'accès direct. Seulement qu'en particulier pour les besoins de ce développement, pose problème la métaphore d'une "*enveloppe*" vide de contenu, censée designer les hypothèques rechargeables durant les périodes transitoires sans créance de rattachement. Elle suggère en effet que l'engagement présumé du propriétaire, si jamais retenu comme fondement des poursuites, n'emprunterait pas la structure de la garantie, mais partagerait directement le *debitum* des créances

rattachées. Cela signifierait qu'une hypothèque indépendante le cas échéant acclimatée dans les systèmes de référence pour renforcer la mobilisation des créances devrait textuellement se voir renforcée par cet accès direct à la valeur économique de l'assiette, faute de quoi l'inopposabilité des exceptions spécifique ne saurait remplir ses fonctions.

183. ***Conclusion de partie. Faibles tendances à l'abstraction***. Les développements de cette première partie confirment qu'en France comme en Roumanie, le rapprochement du droit positif au concept de garantie indépendante promu par les initiatives relatives à une eurohypothèque reste assez limité. La liberté contractuelle pourrait a priori légitimer la technique, mais elle présuppose de vérifier en préalable si la volonté des parties ne méconnaît pas ainsi les principes essentiels en matière de sûretés réelles. Pour les besoins de cette vérification, il s'est premièrement agi de cerner ce qu'est l'hypothèque indépendante au-delà de ses expressions les plus évidentes. Au titre de certaines déductions rationnelles quant à son utilité, le concept a vu ses effets résumés, comme tout engagement autonome, à une inopposabilité des exceptions relatives à la créance garantie envers les cessionnaires de bonne foi de l'instrument. La technique partage ainsi les applications pratiques des autres garanties indépendantes dans la mobilisation des créances et dans les syndications bancaires. Les parties prenantes impliquées, plus précisément les cessionnaires de bonne foi et les bénéficiaires d'autres droits transmis sur les effets mobilisés, n'ont, en raison de cette inopposabilité, aucunement à craindre le risque des informations erronées sur l'existence et l'étendue des créances acquises. Ce risque est ainsi reporté sur le constituant. Seulement, le rôle naturel de garantie que conserve la technique lui interdit de renier la spécialité de son rattachement au rapport fondamental. Elle se différencie ainsi des garanties totalement flottantes, censées dès le début couvrir une sphère indéterminée de créances. Toutefois le régime actuel de la dette foncière allemande confirme que l'inopposabilité des exceptions n'est pas rationnellement intrinsèque au concept. En opportunité par ailleurs, même privées de cette inopposabilité, les hypothèques indépendantes restent intéressantes pour le propriétaire, qui peut les réaffecter au service de ses crédits subséquents. Le mécanisme formel de cette réaffectation diffère néanmoins du rechargement, technique récemment ressuscitée en droit français, vu la nature indiscutablement autonome de la garantie, mais en

partage les utilités. Cependant, des éventuelles analogies avec les autres engagements autonomes ne sauraient légitimer à elles seules la technique et confirmer les tendances à l'abstraction en matière hypothécaire. C'est que, même les cédules hypothécaires, jadis règlementées en droit français et actuellement consacrées en droit suisse, reposent sur un engagement autonome de nature personnelle auquel la sûreté immobilière comme droit réel vient simplement se rattacher, sans renier sa dépendance de régime. Or, la validité des hypothèques indépendantes ne saurait risquer une prise de position aléatoire sur la mesure en laquelle l'opposabilité des exceptions est ou non un principe fondamental des sûretés réelles, vu notamment la règle du *numerus clausus*. Pour éviter toute affirmation divinatoire à cet égard, la démarche envisagée s'est proposé de vérifier la mesure en laquelle les dérogations au principe accessoire progressivement consacrées en droit positif remettent en cause la cohérence de celui-ci à tel point de rapprocher le régime de la sûreté à celui des hypothèques indépendantes. En ce sens, les renvois aux engagements autonomes de nature personnelle servirent au moins afin de localiser la source de l'inopposabilité des exceptions, comme effet spécifique des garanties indépendantes, au niveau de la structure intellectuelle de l'affectation. Contrairement au cautionnement, l'engagement du garant à première demande par exemple n'est textuellement pas de rembourser le principal, mais d'exécuter une prestation individualisée par son étendue spécifique et ses modalités. La transposition de cette solution en matière hypothécaire a permis par la suite de délimiter les atteintes proprement dites au caractère accessoire des asymétries qui ne remettent pas en cause les références à la dette au niveau de la structure intellectuelle de l'affectation. Dans cette perspective, pas mal d'atteintes apparentes au principe accessoire se sont avérées ne pas véritablement refléter l'autonomie de régime proprement dite, spécifique aux hypothèques indépendantes. D'un côté, l'accès direct que la sûreté accorderait le cas échéant, en termes de procédure, sur l'émolument de la saisie confirme simplement une certaine autonomie des poursuites le cas échéant exercées au titre de la garantie. Mais il n'empiète aucunement sur sa dépendance accessoire proprement dite, vu l'interdépendance entre la sûreté et la créance couverte. Le seul moyen pour écarter cet accès direct serait de présumer un engagement personnel des propriétaires successifs à la dette. Seulement que, toujours dans le contexte du régime juridique

requis par la technique des hypothèques indépendantes, il a été démontré que les applications pratiques de ces dernières dans la mobilisation des créances présupposent cet accès direct ou, du moins, que l'engagement personnel présumé qui viendrait le remplacer se greffe directement sur la garantie, sans partager le *debitum* nécessairement variable des obligations le cas échéant couvertes par l'instrument. D'un autre côté, des raisonnements similaires permettent de couvrir la plupart des autres problèmes, par exemple, celui du traitement requis par une hypothèque stipulée pour un montant supérieur à la dette. En effet, même dans ce cas, rien n'empêche la garantie d'être toujours considérée comme étant intellectuellement consentie pour le compte du principal, par exemple, en tant que simple somme plafond, et donc, de s'éteindre avec lui. Ensuite, l'hypothèque qui garantit une obligation éventuelle devrait fidèlement suivre le "*germe*" de celle-ci, au moins lorsqu'il est correctement identifié comme tel par les parties dans la convention constitutive. Par ailleurs, il suffit presque toujours de considérer que le principal de référence couvre un ensemble de créances, lequel pourra convenablement vérifier par la suite les équations accessoires. Cette lecture permet, par exemple, à l'hypothèque censée survivre à la nullité ou aux autres causes d'inefficacité qui affecteraient l'obligation initiale, de conserver sa fidélité accessoire, afin de sécuriser la remise en l'état. Dans les conventions de prêt en particulier, l'obligation de rembourser le capital n'est pas même atteinte par une éventuelle annulation et persiste en tant que telle, comme principal de référence, car elle est extrinsèque au contrat. Cela vaut de même, par analogie, pour ce qui est du maintien de l'hypothèque afin de sécuriser le recouvrement de l'obligation naturelle en laquelle se transforme la dette après sa prescription. En revanche, il a été démontré qu'au moins en termes formels, la perspective du rechargement, ou du "*maintien*" de l'hypothèque selon la terminologie roumaine, au profit de nouvelles créances, initialement indéterminées dans l'acte constitutif, complique la stabilité des références à un principal invariable dans la structure de l'affectation. Elle interdit en effet de considérer que la garantie vient couvrir strictement la créance initiale, ou, encore moins, l'une quelconque des obligations rattachées par la suite. Des conséquences similaires se déduiraient du report des sûretés, en cas de novation de la dette initiale. Mais cela vaut seulement tant que n'est pas retenue une lecture en ce sens que cette dernière se trouverait, en cas de novation, simplement

métamorphosée dans la nouvelle créance, au titre d'un changement inscrit dans la continuité, qui ne poserait plus aucun problème pour la dépendance de régime des garanties. Au nom de la cohérence accessoire, ce développement propose donc de considérer comme purement métaphorique la survie de l'hypothèque aux remboursements successifs des créances couvertes, en perspective de sa réaffectation par voie de rechargement ou de maintien. Cela reviendrait à traiter le rechargement comme entrainant à chaque fois des effets similaires à la constitution d'hypothèques subséquentes. Une fois cette métaphore assumée, le droit positif en vigueur en France et en Roumanie ne trahirait, somme toute, plus aucune des tendances imputées à l'abstraction ou en direction du rapprochement vers une hypothèque indépendante, telle que déduite des projets relatifs à une eurohypothèque. Cette tendance pourrait en fait uniquement parier à cet effet sur une liberté contractuelle, somme toute assez limitée en matière de sûretés, mais qui ne s'est quand même jamais opposée à l'inopposabilité des exceptions comme effet spécifique des garanties autonomes de nature personnelle. Reste alors de vérifier les perspectives d'avènement des hypothèques indépendantes et, plus spécifiquement, des projets relatifs à une eurohypothèque, au titre des impératifs déduits de l'intégration européenne des marchés.

Deuxième partie.

Hypothèque indépendante et droit européen

184. ***Règlementation positive ou reconnaissance mutuelle***. Cette deuxième partie se tache de vérifier si le droit européen dispose de la légitimité juridique nécessaire pour imposer aux législations nationales de reconnaitre et valider les hypothèques indépendantes qu'envisageraient de consentir les particuliers, telles que caractérisées par la première partie de ce développement. En effet, les recherches comparatives et plus spécifiquement celles sur les eurohypothèques retiennent parfois des conclusions très ambitieuses sur une potentielle intervention européenne à cet égard[869]. Cette analyse couvrira aussi bien la perspective de concrétiser les projets relatifs à une eurohypothèque par un acte normatif proprement dit, qu'en application directe des principes régissant le marché intérieur. Parmi ces possibilités, le recours aux principes de l'intégration européenne, comme source des libertés économiques de circulation, est certainement plus spectaculaire en théorie. Selon certains, ceux-ci imposeraient aux Etats Membres un énigmatique devoir de *reconnaissance mutuelle* des garanties réelles, en ce sens de toujours leur appliquer le régime prévu dans la règlementation de leurs pays d'origine[870]. Ce devoir profiterait particulièrement aux hypothèques indépendantes qui parviendraient à être soumises en quelque sorte à un droit étranger, diffèrent de celui du pays de situation[871].

185. ***Reconnaissance ou transposition des sûretés***. L'objectif de la reconnaissance n'est pas simplement de faire *transposer* une technique étrangère

[869] V. par ex., S. Nasarre-Aznar, p. 92; M. Wolf, p. 1942; S. Kircher, p. 481; Ch. Kiesgen (cité *supra*, n. 34), p. 40; O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), p. 72; B. Akkermans, pp. 536-537; G. Wunsch, pp. 351-352; Ch. Schmid, pp. 61-63.

[870] B. Akkermans, pp. 542-546; E-M. Kieninger, «Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt», pp. 122-214; Meinhard Lukas, *Effects of Security Rights vis-à-vis Third Persons*, dans Ulrich Drobnig/Henk J. Snijders/Erik-Jan Zippro (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, pp. 95-104; Ulrich Drobnig, *Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights*, dans Ulrich Drobnig/Henk J. Snijders/Erik-Jan Zippro (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, pp. 105-114 et P. Von Wilmowsky, pp. 80-93.

[871] E. van den Haute, §399; Ch. Schmid, pp. 61-63.

de garantie dans le droit des pays ou se trouverait leur assiette à un moment donné[872]. Selon sa définition communément acceptée en droit international privé, cette *transposition* signifie uniquement de faire produire à la sûreté, en tant que possible, les effets prévus par la loi qui la régissait initialement. Or, les interdictions le cas échéant prévues par la loi du pays de situation, normalement applicable au titre de la *lex rei sitae*, pourraient alors toujours intervenir et limiter les effets de la technique étrangère[873]. La transposition présuppose dès lors, tout au plus, de tenter une interprétation des règles pertinentes, applicables dans le pays de situation, qui serait à même de réaliser une certaine équivalence des résultats avec le système étranger de référence[874]. Toutefois, cette méthode ne contribuerait guère à la concrétisation des projets relatifs à une eurohypothèque. Une telle transposition amputerait en effet souvent la nature autonome des hypothèques indépendantes prévues dans une législation étrangère par un alignement sur les carcans de la logique accessoire, dans les pays qui retiennent son caractère impératif[875]. En revanche, la reconnaissance mutuelle proprement dite au titre des impératifs européens permettrait justement de passer outre les règles nationales qui limiteraient le fonctionnement de la technique selon ses conditions initiales, en particulier, le principe de dépendance accessoire des sûretés immobilières[876]. Cela signifierait, pour les besoins de ce développement, qu'une hypothèque indépendante qui parviendrait à se faire passer pour étrangère dans le pays de situation de son assiette ne se dégraderait pas en sûreté accessoire.

186. ***Au-delà de la divergence réglementaire***. Invoquer la reconnaissance mutuelle en matière de garanties réelles pose déjà visiblement le défi de préciser ses interactions avec les normes conflictuelles et les lois de police internes. Le

---

[872] Sur cette distinction, v. par ex. Maurice Polak, *Recognition, Enforcement and Transformation of Foreign Proprietary Rights – a handful of observations and suggestions*, dans Ulrich Drobnig/Henk J. Snijders/Erik-Jan Zippro (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 128.

[873] Y. Flour, §§127-128.

[874] S. Nasarre-Aznar, p. 92.

[875] Ch. Schmid, pp. 63-64: "*a non-accessory German Grundschuld must be transposed into say an accessory French or Italian mortgage* (…) *however, this solution will not prove particularly helpful for the parties*".

[876] Ce developpement confirmera qu'il n'existe aucun argument textuel pour préférer le pays d'origine au pays d'accueil. Seul compte le contenu de la mesure incriminée: *infra*, §282.

rattachement traditionnel des sûretés *lex rei sitae*[877] se trouverait en effet de ce fait, selon certains auteurs, en soi-même incompatible avec le marché intérieur[878]. Un examen de ces interactions facilitera justement par la suite une prise de position critique sur le fondement des impératifs européens allégués pour justifier la reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes, intrinsèquement rattaché à la démonstration d'une entrave injustifiée aux échanges. La difficulté reste cependant que la simple divergence législative sur un certain point entre deux ou plusieurs Etats Membres ne suffit pas à elle seule afin de démontrer l'entrave[879]. La responsabilité en revient justement à tous les pays impliqués. Par ailleurs, les formes accessoires de sûretés sont souvent considérées plus favorables au crédit, ne serait-ce qu'en raison de leur prévalence[880]. De même, pour argumenter la compétence normative de l'Union en matière de sûretés réelles[881]. La C.J.U.E. prétend en effet à tout règlement ou directive censé répondre aux besoins du marché intérieur de passer un examen concrète de rentabilité, au-delà des bénéfices normalement inhérents à l'uniformité législative. Concrètement, cela signifie que, nonobstant la forme de son intervention, le droit européen serait compètent pour valider les hypothèques indépendantes (***titre 1***) uniquement s'il est établi que l'interdiction de ces dernières limiterait, à défaut, les courants de financement entre les Etats Membres (***titre 2***).

---

[877] C'est un rattachement quasi-universel: B. Foëx (cité *supra*, n. 34), p. 174. V. par ex. en droit français, l'art. 3 al. 2 C.Civ.: "*les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française*", que la jurisprudence étend aux biens mobiliers: P. Mayer/V. Heuzé, §670.

[878] J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 227-228, J. Basedow, pp. 22-25; P. Von Wilmowsky, pp. 122-152; B. Akkermans, pp. 525-538; Bram Akkermans/Eveline Ramaekers, *Lex Rei Sitae in Perspective: National Developments of a Common Rule?*, 21 mai 2012, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=2063494 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2063494, M-EPLI Working Paper 14/2012, pp. 22-23.

[879] V. plus largement *infra*, §249.

[880] V. par ex., E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire : retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 423; T. Wachter (cité *supra*, n. 36), p. 174; Marianne Schürheck, *Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven*, Osnabrück JMCE Award Series N° 03 (2011), p. 51.

[881] Les analyses plus générales confirment justement à quel point ces deux questions sont liées. V. par ex., J. W. Rutgers, p. 1: "*these issues are also intertwined, since the competence to harmonise security interests at a European level requires inter alia either an infringement of the free movements or a distortion of competition and the creation of a European Security Interest requires measures to attain the objectives of the common market*".

Titre 1. Dématérialisation de la reconnaissance mutuelle

Titre 2. Suppression des entraves au marché intérieur

Titre 1. Dématérialisation de la reconnaissance mutuelle

187. ***Position critique sur le principe***. Les auteurs qui se sont penchés sur la question ont observé à juste titre que l'adoption de règlements ou de directives européennes en matière de garanties réelles serait inutile tant que les objectifs que ces actes normatifs envisageraient de poursuivre peuvent se réaliser beaucoup plus simplement, en application directe des principes régissant le marché intérieur[882]. Il en va plus particulièrement du devoir a priori très générique de *reconnaissance mutuelle*, qui concrétise un rapprochement volontaire, au titre de l'*harmonisation négative* des règles internes. Ainsi, la pression des opérations internationales qui profitent des impératifs européens est censée amplifier la concurrence règlementaire entre les diverses législations nationales, y compris dans le domaine des sûretés. Cette mise en concurrence reposerait sur une flexibilisation des rattachements conflictuels classiques des situations juridiques, afin de répondre aux besoins de la reconnaissance mutuelle[883]. Cependant, poussés jusqu'à leurs ultimes conséquences, ces raisonnements conflictuels relèveront justement la fragilité de la reconnaissance mutuelle. Une prise de position sur la pertinence de cet énigmatique devoir de reconnaissance mutuelle, déduit du droit européen, au secours des projets relatifs à une eurohypothèque (***chapitre 2***) suppose ainsi, en préalable, de correctement délimiter ses applications attendues en matière des sûretés réelles (***chapitre 1***).

[882] P. Von Wilmowsky, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, RabelsZ nr. 64/2000, p. 159.

[883] Ch. Schmid, p. 62: "*this reasoning could in theory be transferred to real property law, with the effect that Member States would – against the principles of lex rei sitae and numerus clausus of real rights – have to accept any real security created under the law of another Member State*".

Chapitre 1. Complexité des conditions

Chapitre 2. Fragilité des sources

Chapitre 1. Complexité des conditions

188. ***Analogie avec les produits***. A priori, les techniques hypothécaires semblent assez péniblement vérifier les prérequis de la reconnaissance mutuelle. Cette dernière vise intuitivement surtout les règles techniques sur la production et la commercialisation des marchandises, plutôt que le régime beaucoup plus abstrait des garanties réelles. Son principe se distille justement d'un contentieux qui portait sur le *Cassis de Dijon*, tranché par la C.J.C.E. dans sa décision nº 120/78[884]. En l'espèce, les juges avaient retenu une équivalence assez prosaïque aux restrictions quantitatives à l'importation, interdites comme telles par les Traités, des règles allemandes qui imposaient une concentration alcoolique minimale pour commercialiser les liqueurs de fruits. Malgré le caractère circonstancié des termes employés dans cette affaire[885], la solution sera ensuite généralisée par la Commission dans sa Communication sur les suites de l'arrêt Cassis de Dijon de 1980[886]. La décision aurait ainsi ouvert un nouveau chapitre dans la libéralisation économique, au motif que son emprise rend inutile "*la mise en place systématique d'une réglementation détaillée au niveau européen, tout en favorisant le respect des traditions locales, régionales et nationales et le maintien de la diversité des produits*"[887]. Le livre blanc de la Commission européenne sur «*L'achèvement du marché intérieur*» [COM (85) 310 final] en déduit par la suite comme conséquence pratique de cette décision la suppression de toutes les règles des pays de destination qui empêchent l'écoulement des marchandises étrangères[888]. Or, les

---

[884] Pour d'autres arrêts rendus en application du principe: Pierre Van Ommeslaghe/Vincent Piessevaux, Répertoire de droit européen Dalloz, «Marché intérieur», décembre 1992, actualisation : mars 2009, Dalloz, §18.

[885] C.J.C.E., 120/78, *Cassis de Dijon*, point nº 14.

[886] Communication de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt Cassis de Dijon, pp. 2-3: "*l'application des principes dégagés par la Cour implique qu'un Etat membre ne saurait en principe interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions différentes de celles imposées à ses propres produits*".

[887] L. Vogel, §252. V. aussi, E. van den Haute, §16.

[888] Il s'agit en effet du "*principe selon lequel les biens fabriqués et commercialisés légalement dans un autre Etat membre doivent avoir libre accès aux autres Etats membres*", en d'autres termes que "*la vente de certains produits ne peut être interdite du seul fait qu'un produit importé a été fabriqué conformément à des spécifications qui diffèrent de celles qui sont appliquées dans l'Etat d'importation. L'acheteur (…) n'a pas à soumettre ce produit à des essais techniques supplémentaires ni à des*

éventuelles analogies tentées dans le domaine des garanties immobilières à partir de cette solution posent des problèmes qu'il convient ci-dessous de résoudre. Ainsi, la constitution des sûretés hypothécaires, même en pays étranger, ne représente visiblement pas une importation de marchandises (***section 1***) et ne reflète pas même cette image de circulation matérielle qui caractérise les garanties mobilières en raison de leur assiette, afin de commander une certaine protection des prévisions initiales de leurs titulaires (***section 2***). En termes de droit international privé, tout conflit mobile similaire à celui qui pourrait caractériser la situation des sûretés mobilières ou des entreprises régulièrement constituées en pays étranger reste, dès lors, pratiquement impossible.

procédures de certification dans l'Etat d'importation" : considérant nº 77 du livre blanc de la Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310 final.

Section 1. Transposition en matière financière

189. ***Extrapolation de la reconnaissance mutuelle***. À raisonner strictement sur ses termes explicites, la Communication de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt Cassis de Dijon de 1980 ne traite que de la reconnaissance mutuelle des marchandises, lorsqu'elles seraient contraintes à subir de manière cumulative les exigences règlementaires prévues par plusieurs Etats. En ce qui les concerne, il se déduit ainsi que les règlementations du pays importateur poursuivant les mêmes objectifs que les contrôles déjà assurés par l'Etat d'origine sont en principe des mesures équivalentes aux restrictions quantitatives qui affectent les importations ou les exportations. Malgré cette envergure limitée de la solution, la Commission tenta par la suite une extrapolation de la reconnaissance mutuelle, allant même jusqu'à couvrir, justement, les "*techniques d'octroi des crédits hypothécaires*" (***A***), considérée comme une condition essentielle pour permettre aux banques la prestation transfrontière du "*même service*" que celui proposé dans le pays de leur siège (***B***). Or, selon Stöcker, cela viserait de manière spécifique la reconnaissance mutuelle des hypothèques étrangères, ce que cette section se propose, dès lors, de vérifier[889].

A. Composante du crédit hypothécaire

190. ***Limites dans l'intérêt général***. Pour situer les effets concrets de la reconnaissance mutuelle, il intéresse premièrement de noter que ceux-ci trouvent une limite rationnelle dans la diversité des objectifs poursuivis par le biais des interventions publiques. Ainsi, le T.F.U.E. lui-même confirme par son actuel art. 36 que les Etats Membres peuvent légitimement restreindre les échanges des produits pour répondre à certaines considérations d'intérêt général[890]. Des textes similaires

[889] V. en ce sens O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), p. 71.

[890] Il s'agit "*des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale*": art. 36 T.F.U.E.

valident les limites apportées à la libre circulation des personnes (art. 45 al. 3 T.F.U.E.), des services (art. 56 T.F.U.E.) et des capitaux (art. 65 al. 1 T.F.U.E.). Par ailleurs, l'arrêt *Cassis de Dijon* sera lui-même le premier à venir compléter la liste textuelle des justifications invocables, telle que retenue par les Traités, avec de nouvelles considérations légitimes pour restreindre les échanges[891]. Cette liste devient ainsi simplement énumérative[892]. La Cour remédie, par cela, aux insuffisances des textes initiaux, qui reflétaient les sensibilités politiques plus limitées des années cinquante. Par exemple, la protection des consommateurs ne comprenait pas la loyauté des transactions, ni la transparence des informations fournies aux usagers[893]. Les considérants de la décision rendue dans le contentieux sur le *Cassis de Dijon* viennent, en conséquence, consacrer une véritable "*règle de raison*" dans ce domaine, censée limiter l'emprise de l'intégration[894]. Elle permet opportunément de couvrir les préoccupations sociales contemporaines[895]. Dès lors, même si acquise au titre des éventuelles analogies, cette exotique reconnaissance mutuelle des garanties réelles se montrerait somme toute assez bénigne. Il y aurait en effet certainement une quelconque préoccupation générale qui serait à même de légitimer les interdictions applicables en cette matière, et particulièrement le principe de l'accessoire qui s'oppose aux hypothèques indépendantes[896]. Pourtant,

---

[891] C.J.C.E., 120/78, *Cassis de Dijon*, point nº 8: "*ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs*".

[892] Certains arrêts laissent entendre qu'il s'agit strictement de critères pour qualifier l'existence de l'entrave, avant même d'apprécier sa justification: L. Vogel, §261. Mais cette nuance refléterait strictement un exercice de sophisme: J. H. H. Weiler, p. 366. Seulement que contrairement aux exceptions jurisprudentielles, les dérogations textuelles valident également une discrimination selon l'origine des produits, par exemple en cas d'épidémie animale localisée: L. Vogel, §261 et Walter Van Gerven, *Convention de Rome, Traité de Rome et prestations de services dans le secteur financier*, Banque et Droit, La convention de Rome – Un nouveau droit international privé européen des contrats. Applications aux opérations bancaires, Colloque international AEDBF 5-6 décembre 1991 – Paris, hors-série juin 1993, §11.

[893] J. H. H. Weiler, p. 364.

[894] L. Vogel, §261, par analogie avec le droit de la concurrence.

[895] Ces préoccupations sociales contemporaines visent par exemple la présentation fidèle des marchandises, l'amélioration des conditions de travail, la lutte contre l'inflation, la sécurité routière, la protection de l'environnement ou des moyens culturels, la sécurité du réseau public de télécommunication ou le maintien de l'équilibre des systèmes de sécurité sociale: L. Vogel, §262. Les considérations en matière de services sont similaires, à ce point qu'un traitement unitaire devient possible: W. Van Gerven (cité *supra*, n. 892), §§19-20.

[896] V. plus largement *infra*, §259.

l'Allemagne elle-même soutenait, vainement, dans le contentieux du *Cassis de Dijon* que la règlementation applicable aux liqueurs poursuivait un objectif public. Celle-ci devait en fait "*paradoxalement*"[897] venir au secours du consommateur pour le protéger contre les boissons alcooliques qui ne répondaient pas aux préférences locales. Les motifs employés par la Cour pour rejeter cet argument viennent ainsi, inversement, renforcer la résilience de la reconnaissance mutuelle.

191. ***Contrôle de proportionnalité.*** Tout en retenant la légitimité de la protection des consommateurs comme objectif des règles internes, la C.J.U.E. considère, dans l'affaire du *Cassis de Dijon*, que cette protection ne présuppose pas une interdiction totale et absolue des liqueurs à faible concentration alcoolique. Il suffit, en effet, que les acheteurs soient adéquatement informés de ce contenu par étiquetage[898]. Les juges réalisèrent ainsi ce qui est désigné comme un contrôle de *proportionnalité* de la mesure incriminée[899]. Cette dernière, en tant que restriction commerciale, ne devrait, ainsi, pas aller au-delà de ce qui suffit pour satisfaire les considérations publiques invoquées. Or, tel n'est pas le cas lorsqu'une mesure moins intrusive pour le commerce est aisément identifiable. Au titre de ce contrôle en effet, la Cour admet rarement le bien-fondé des éventuelles interdictions internes[900]. Or, les impératifs de la reconnaissance mutuelle qui découlent de cette affaire regagnent ainsi toute leur force. Ils semblent uniquement critiquables sur le plan de l'opportunité.

192. ***Jugement de valeur.*** Le problème c'est que les libertés économiques garanties par le T.F.U.E. sont désormais toutes d'effet direct[901]. Cela signifie que les instances

---

[897] L. Vogel, §261.

[898] C.J.C.E., 120/78, *Cassis de Dijon*, point nº 13.

[899] Communication de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt Cassis de Dijon, p. 2: "*les obstacles résultant de disparités entre les réglementations commerciales et techniques, ne peuvent être acceptés que si ces réglementations* (…) *constituent à la fois le moyen le plus adéquat et le moins entravant pour les échanges*". Certains auteurs ajoutent aussi une condition de non-duplication, en ce sens que l'objectif poursuivi ne soit pas déjà atteint par la réglementation d'origine: W. Van Gerven (cité *supra*, n. 892), §22. Mais c'est justement ce que vérifie déjà la proportionnalité: J. H. H. Weiler, p. 365.

[900] L. Vogel, §§261-262.

[901] Marc Blanquet, Répertoire de droit européen Dalloz, «Effet direct du droit communautaire», août 2008, actualisation: avril 2015, Dalloz, §14; L. Idot, §19. V. par ex. C.J.C.E., 33/74, *Van Binsbergen*, point nº 27, en laquelle les juges se tenaient encore prudents, car selon cette décision, les dispositions sur la libre prestation des services: *"ont un effet direct et peuvent, dès lors, être invoqués devant les juridictions nationales, en tout cas dans la mesure où ils visent à l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il réside dans un État*

nationales, comme juges de droit commun de l'ordre européen, se trouvent investies en première ligne à réaliser le contrôle de proportionnalité[902]. Elles sont ainsi tenues d'écarter les effets des règles internes, lorsqu'elles constatent que celles-ci empiètent de manière disproportionnée sur les libertés économiques[903]. Or, certains estiment que les juges internes assument ainsi la charge d'un jugement de valeur qui dépasse leurs compétences[904]. Cette difficulté n'était pas aussi évidente dans les circonstances du contentieux sur le *Cassis de Dijon*. L'achat imprudent d'une boisson moins alcoolisée que prévu pèse intuitivement moins sur le commerce que les bénéfices du libre-échange. Mais les problemes que pose ce jugement de valeur deviennent plus visibles lorsqu'il s'agit pour ces mêmes juges internes de trancher, par exemple, combien de victimes serait-il rationnel de sacrifier chaque année aux accidents routiers causés par la dérégulation en matière de sécurité automobile[905]. La C.J.U.E. elle-même renvoie souvent aux instances internes les questions plus ou moins abstraites de proportionnalité, au motif qu'il s'agirait de problèmes de fait[906]. Il y a sans doute d'autres normes de droit international qui appellent un jugement de valeur similaire, comme par exemple celles relatives aux droits de l'homme, mais elles sont considérées plus ponctuelles

membre autre que celui où la prestation doit être fournie". Plus tranchant, C.J.C.E., 2/74, *Reyners*, point nº 32, sur l'effet direct de la liberté d'établissement. En matière de capitaux, cet effet direct semblait problématique vu l'ancien art. 67 T.C.E. qui garantissait la libre circulation seulement "*dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun, les restrictions aux mouvements de capitaux*": E. van den Haute, §24. Mais la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité pose une interdiction absolue de "*toutes les règlementations nationales qui restreignent d'une façon ou d'une autre la libre circulation des capitaux*", ce qui signifie que cette dernière devient directement invocable: Jan Wouters, *La libération des mouvements de capitaux au sein de la Communauté Européenne*, Rev. int. dr. ec., 1989, p. 322. Même si cette directive est actuellement abrogée, elle "*conserve la valeur indicative qui était la sienne*", car les textes du T.F.U.E. ont "*repris en substance le contenu de l'article 1er de la directive 88/361*": C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point nº 21.

902 Jacques Pertek, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 360: «Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité. Raison d'être et nature d'une voie de droit originale. Office du mécanisme préjudiciel. Dialogue de juge à juge», 8 octobre 2015, LexisNexis, §43.

903 Rostane Mehdi, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 196: «Ordre juridique de l'Union Européenne. Primauté du droit de l'Union Européenne», 15 avril 2013, LexisNexis, §§98-109.

904 P.C. De Sousa, p. 102.

905 J. H. H. Weiler, p. 368.

906 Anne Rigaux, *La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité (Rapide bilan à propos de l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire Gourmet International Products*), Europe, nº 5, Mai 2001, chron. 4.

en termes de leur impact[907]. Or, cela rend assez aléatoire la perspective des justifications au titre des considérations d'intérêt public. Elle ne semble ainsi plus à même de contredire de manière suffisamment notable la tonicité de la reconnaissance mutuelle. Le problème pour ce développement parait, dès lors, plutôt qu'elle se moule spécifiquement sur la circulation des marchandises[908]. Son invocation en matière de sûretés impliquerait donc nécessairement l'abandon de son fondement initial.

193. ***Objet conceptuel de la reconnaissance***. Dans le livre blanc de la Commission européenne sur "*L'achèvement du marché intérieur*" de 1985 [COM (85) 310 final], le principe de la reconnaissance mutuelle se présentait encore en des termes qui renvoient à la circulation des marchandises. L'élimination des contrôles qui font double emploi concernait alors, en effet, spécifiquement les règles techniques relatives aux produits (considérants n^{os} 77-78)[909]. Il est évident, néanmoins, que la reconnaissance mutuelle ne vise pas le produit comme tel, vu dans sa matérialité, mais plutôt le cadre règlementaire de son pays originaire, qu'il fait prévaloir sur les mesures restrictives du pays importateur[910]. Ce serait, dès lors, surtout une "*reconnaissance des normes*"[911]. La Commission a elle-même rapidement saisi cette potentielle extrapolation du concept. Elle envisageait en effet, dès l'année 1985, sa transposition aussi loin qu'aux services bancaires et aux polysémiques "*produits financiers*"[912], au titre des obligations de principe déduites de la "*reconnaissance mutuelle des techniques financières utilisées par les établissements de crédit hypothécaire*"[913]. Or, cette déduction est évidemment

[907] H. Spamann, p. 22.

[908] E. van den Haute, §415.

[909] Alexandre Bernel, «Le principe d'équivalence ou de la 'reconnaissance mutuelle' en droit communautaire», thèse, Université de Lausanne, Schulthess, 1996, p. 21.

[910] B. Akkermans/E. Ramaekers: "*Member States are expected to recognise each other's regulatory frameworks*" et M. Audit, §§11-12: "*régulation du marché intérieur par la circulation des lois nationales*".

[911] P. Mayer, pp. 27-28. La reconnaissance mutuelle intervient ainsi "*tantôt comme complément, tantôt comme modalité pratique de l'harmonisation*": Vassilis Hatzopoulos, «Le principe communautaire d'équivalence et de 'reconnaissance mutuelle' dans la libre prestation des services», thèse, Université d'Athènes/Université Libre de Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999, p. 61.

[912] Considérant n^{o} 102 du livre blanc de la Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310 final. Sur cette extension, v. par ex. M. Audit, §§22-26; E. van den Haute, §22.

[913] Considérant n^{o} 104 du livre blanc de la Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310 final.

intéressante pour les démarches relatives à une eurohypothèque[914]. Elle dépasse de manière visible la question de la reconnaissance des agréments requis pour permettre aux banques étrangères de déployer leurs activités sur les marchés locaux du crédit, déjà régie par les directives pertinentes[915].

194. ***Reconnaissance de l'activité courante***. Le simple accès aux marchés étrangers de crédit se trouve déjà convenablement facilité dans l'Union Européenne par une reconnaissance mutuelle homonyme des agréments délivrés aux entreprises bancaires par leurs Etats Membres de siège. Lorsque celles-ci envisagent de proposer leurs services ou installer une succursale dans un autre pays, ce "*passeport européen*" interdit par la suite aux autorités locales de mettre en place des contrôles supplémentaires par rapport à ceux de l'Etat d'origine[916]. Les textes de droit européen précisent en effet de manière limitative les conditions que l'Etat d'accueil pourrait encore légitimement leur prétendre [917]. Mais cette reconnaissance des agréments bancaires est surtout censée simplifier les formalités nécessaires pour développer les activités de crédit à l'étranger. C'est en fin de compte plutôt une réorganisation de la compétence territoriale que se partagent les autorités nationales impliquées dans la surveillance des entreprises bancaires internationales[918]. Or, la notion employée par la Commission dans son Libre blanc sur *L'achèvement du marché intérieur*, celle de la "*reconnaissance mutuelle des techniques financières utilisées par les établissements de crédit hypothécaire*"[919] concerne visiblement aussi une certaine uniformisation des règles horizontales applicables aux rapports civils des banques avec les particuliers. À juste titre, car il sera démontré que le contenu de la reconnaissance mutuelle devrait couvrir également l'activité courante qui suit l'accès au marché des opérateurs

[914] O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), p. 71.

[915] E. van den Haute, §400. V. *infra*, §195.

[916] L. Vogel, §221.

[917] L. Vogel, §§219-226.

[918] E. van den Haute, §45: "*la plupart des efforts d'intégration européenne se situaient plutôt dans la sphère du droit bancaire et financier public que dans la sphère du droit privé*".

[919] Considérant nº 104 du livre blanc de la Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310 final.

pertinents[920]. Seulement, c'est clair que la dimension matérielle de la circulation des marchandises fait alors défaut. Elle se trouve remplacée par un libre accès plus conceptuel, synthétisé dans le droit "*de prester le même service*" que celui proposé localement dans tous les autres Etats Membres[921]. Le principe de ce libre accès revient en effet à diverses reprises dans les communications de la Commission[922]. Le Conseil de l'Union Européenne le retient lui-même, justement pour mettre l'accent, dans ce contexte, sur les services financiers[923].

B. Uniformisation des activités bancaires

195. ***Emanations normatives***. Dès l'année 1985, la Commission envisagait en effet une intervention règlementaire européenne pour concrétiser la reconnaissance des techniques hypothécaires, telle qu'elle la déduit des Traités. Elle suggère le principe de cette reconnaissance dans une proposition de directive sur la liberté d'établissement et de prestation de services dans le domaine du crédit hypothécaire, COM (84) 730 final, (85/C 42/06)[924]. Ainsi, le sixième considérant de ce texte vise justement la possibilité de pratiquer les activités bancaires "*selon les techniques particulières de prêt et de collecte de fonds autorisées dans l'Etat membre d'origine*". *"Faisant ainsi manifestement allusion à des pratiques contractuelles qui relèvent du droit bancaire privé*", ce considérant recouvrait également, selon certains auteurs, le régime des garanties qui viennent sécuriser le financement[925]. Cependant, les dispositions concrètes censées matérialiser ce

[920] En sens contraire, v. par ex. M. Audit, §§13 et 55. Mais le T.F.U.E. ne différencie pas l'interdiction des mesures équivalentes aux restrictions quantitatives selon qu'elles visent "*l'accès au marché national*" ou plutôt "*la régulation des rapports marchands nés de l'accès*". C'est la distinction tentée par l'arrêt C-267/91 et C-268/91, *Keck et Mithouard*, désormais répudiée vu précisément l'absence de fondement textuel: *infra*, §242.

[921] L. Radicati Di Brozolo, §§4.1-5.

[922] V. par ex., Commission européenne, *La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du Plan d'action pour le Marché intérieur*, COM (1999) 299, p. 2.

[923] Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur la reconnaissance mutuelle, point n° 9.

[924] Le texte est maintenu dans la proposition modifiée de directive concernant la liberté d'établissement et de prestation de services dans le domaine du crédit hypothécaire du 27 mai 1987, COM (87) 255 final (87/C 161/04).

[925] E. van den Haute, §49. V. aussi, O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), pp. 71-72.

considérant dans le projet de directive se sont bornées à reprendre le principe affirmé dans le considérant, sans le détailler[926]. Aucune limite n'y est prévue, pourtant nécessaire pour un concept aussi vaste et polysémique. C'est sans doute pour cette raison que le texte n'a finalement pas été adopté. Une règlementation tout aussi générique n'a jamais été tentée par la suite dans ce même domaine. Des dispositions similaires à celle précitée ne se retrouvent effectivement plus dans la deuxième directive du Conseil du 15 décembre 1989 sur la coordination des dispositions législatives, réglementaire et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE[927]. Il est important quand même de noter que le préambule de ce texte précise la volonté de faire en sorte pour que "*les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées de la même manière que dans l'Etat membre d'origine*" (17ème considérant). Or, cette proclamation de principe semble confirmer que la reconnaissance mutuelle se déduit, dans ce domaine aussi, directement des libertés économiques prévues dans le T.F.U.E.[928] Le texte du considérant viendrait ainsi simplement valider la possibilité d'extrapoler la solution de l'arrêt sur le *Cassis de Dijon* en matière financière, tout comme la possibilité de justifier par des considérations publiques les mesures internes qui limiteraient ses effets[929]. Certains estiment même qu'en ce qui concerne les activités bancaires, les principes du marché intérieur sont encore plus nécessaires qu'en d'autres domaines afin de garantir le libre exercice des opérations courantes selon les conditions du pays d'origine[930]. Dans ce contexte en effet, il est dit que l'environnement juridique joue un rôle déterminant pour caractériser le contenu réel du service[931]. Celui-ci influencerait en effet sensiblement aussi bien le coût que la

---

926 Art. 4 de la proposition: "*les Etats membres abrogent toutes les dispositions légales ou administratives qui empêchent les établissements de crédit* (…) *d'octroyer des crédits hypothécaires dans un autre Etat membre selon des techniques agréées dans leur Etat membre d'origine*".

927 E. van den Haute, §50.

928 L. Radicati Di Brozolo*,* §3 note nº 18.

929 M. Wolf, p. 1945; W. Van Gerven (cité *supra*, n. 892), §§17-20.

930 M. Wolf, p. 1943; Blanche Sousi-Roubi, *La Convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires*, D. 1993, p. 183.

931 M. Wolf, p. 1942; L. Radicati Di Brozolo*,* §3: "*c'est souvent des règles applicables que dépendent les caractères et le contenu même du service (il suffit de penser aux «produits» financiers)* (…) *seule l'application des règles du pays d'origine est en mesure de garantir la possibilité de fournir dans les autres Etats membres «le même» service qui est commercialisé dans l'Etat d'origine*".

nature du crédit. La doctrine des années quatre-vingt-dix en déduisait dès lors un devoir très général de "*reconnaissance des techniques de droit civil requises par les services bancaires*"[932]. Mais avant de tenter une délimitation des conséquences qui en découleraient pour la règlementation interne des garanties, il s'agit de prendre position sur la cohérence logique des fondements du principe. Concrètement, la possibilité d'y avoir un conflit entre les libertés économiques européennes et les dispositions nationales de droit privé a souvent été contestée, au motif que les premières ne sauraient, par nature, jamais entraver les relations commerciales qu'elles se tachent précisément de sécuriser[933].

196. ***Impact en droit privé***. En principe, les règles de droit privé ne sont certainement pas censées concrétiser des politiques interventionnistes qui pourraient, de ce fait, être considérées défavorables pour les échanges. Leur rôle traditionnel c'est en effet plutôt de trouver des solutions afin que les relations établies entre les particuliers se déroulent de manière organisée, quel que soit le contenu concret de ces choix établis[934]. Mais il est indiscutable que de nos jours, pas mal de dispositions impératives rattachées au droit privé se légitiment justement par des considérations publiques qui dépassent les intérêts des parties, telles que la protection des consommateurs ou le droit de la concurrence[935]. Par ailleurs, l'argument manque de pertinence, vu que les délimitations internes au niveau des Etats Membres entre ce qui relève du droit privé et les règles de droit public ne comptent pas dans l'ordre juridique européen[936]. Les critères de cette classification

---

[932] M. Wolf, p. 1944.

[933] V. Heuzé, pp. 412-414, Horatia Muir Watt, *Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool*, dans Fabrizio Cafaggi (ed.), «The Institutional Framework of European Private Law», Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, 2006, pp. 108-109; H. Spamann, p. 24: "*private law rules are what enables private commercial interaction beyond a primitive level in the first place, and so they cannot be easily treated as obstructing such commercial interaction. At the very least, private law rules should be treated with the utmost judicial restraint*"; Ernst Steindorff, «EG-Vertrag und Privatrecht», Schriftenreihe zum Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Nomos, 1996, pp. 223-232; Hans Jürgen Sonnenberger, *Europarecht und Internationales Privatrecht*, ZVglRWiss nº 95/1996, pp. 23-24.

[934] V. *infra*, §263.

[935] Ph. Malaurie/L. Aynès/P. Stoffel-Munck (cité *supra*, n. 187), §650.

[936] M. Audit, §36; Marc Fallon, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, dans Angelika Fuchs/Horatia Muir Watt/Etienne Pataut (dir.) «Les conflits de lois et le système juridique communautaire», Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2004, §14 et L. Idot, §11: "*la distinction droit public/droit privé, fondamentale en droit international, parce qu'elle conditionne la méthode utilisée, est indifférente au droit communautaire* (…) *l'acquisition d'immeubles, qui relève en droit international privé du statut réel, sera appréhendée par le droit communautaire, soit au travers de la liberté d'établissement*

varient en effet selon chaque pays et dépendent substantiellement des choix nationaux respectifs[937]. Cela signifie qu'un traitement à part du droit privé dans ce contexte rendrait le respect des libertés économiques européennes assez potestatif, tant que les Etats Membres peuvent amplifier à leur gré son domaine. Il reposerait, en plus, sur une présomption de rationalité économique dont bénéficieraient de manière globale toutes les règles du droit privé, contrairement à leurs homologues publiques. Or, les textes européens ne contiennent visiblement pas une telle présomption. Bien inversement, la Cour de Luxembourg semble découvrir de plus en plus de liens entre les libertés économiques et la vie courante des gens, allant par exemple, jusqu'aux difficultés des particuliers à faire reconnaitre leur nom patronymique en pays étranger[938]. Aussi, le droit européen qualifie désormais comme un mouvement de capitaux même les donations ou les biens laissés en héritage par un défunt, malgré leurs implications morales et personnelles[939]. Cela signifie qu'à défaut d'une démonstration globale quant à la rationalité économique de toutes les règles internes qui relèvent du droit privé, la nature de ces dernières ne saurait contredire à elle seule la "*reconnaissance des techniques de droit civil requises par les services bancaires*". Or, selon certains auteurs, cette reconnaissance impliquerait précisément que les banques peuvent garantir les crédits qu'elles accordent avec les techniques de sûretés prises de la règlementation de leurs pays d'origine[940].

197. ***Impérativité des garanties réelles*****.** L'attention particulière reçue par les sûretés réelles dans ce contexte se justifie certainement par la nature impérative de leur cadre règlementaire, beaucoup moins réceptive à l'autonomie de volonté que le droit des contrats[941]. Même si tout aussi audacieuse, une invocation de la

---

si l'immeuble est destiné à l'exercice de l'activité professionnelle, soit au travers de la libre circulation des capitaux".

937 M. Audit, n. 69.

938 C.J.U.E., C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, point nº 71; C.J.C.E., C-148/02, *Garcia Avello*, point nº 36.

939 V. le point nº XI de la nomenclature annexée à la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité. Même si cette directive se trouve actuellement abrogée, elle "*conserve la valeur indicative qui était la sienne*", car les textes du T.F.U.E. ont "*repris en substance le contenu de l'article 1er de la directive 88/361*": C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point nº 21.

940 L. Radicati Di Brozolo, §6; J. Basedow, p. 45.

941 M. Wolf, p. 1945. Quand même, le droit des sûretés réelles connait une contractualisation visible: Ph. Dupichot, §§537-960. V. *Supra*, §15.

reconnaissance mutuelle reste dès lors beaucoup moins intéressante en matière de conventions ou de sûretés personnelles. Dans ces domaines, la liberté contractuelle permet déjà par principe aux parties de structurer leurs rapports comme bon leur semble. En ce qui concerne les garanties réelles en revanche, les impératifs des dispositions applicables sont davantage renforcés par le contenu des normes conflictuelles applicables, telles que la *lex rei sitae*, généralement réfractaires aux dérogations conventionnelles. Pas mal de recherches aboutissent, dès lors, sur la question de savoir "*si la non-reconnaissance dans un Etat de l'Union européenne de sûretés mobilières régulièrement constituées dans un autre ne constitue pas une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation*"[942]. "*Portant aux conséquences extrêmes la philosophie de l'arrêt «Cassis de Dijon»*"[943], toute règle interne qui priverait les techniques étrangères de garantie de leurs effets originaires serait, par conséquence, interdite[944]. Sans doute, ces analyses visent surtout les garanties mobilières. Mais elles clarifient par cela également le fondement des éventuelles analogies en matière hypothécaire.

198. ***Reconnaissance des garanties mobilières***. Les recherches sur cette question invoquèrent initialement la reconnaissance mutuelle de la réserve de propriété au cas où son assiette parvient dans un pays qui limite son efficacité originaire[945]. Elles couvrirent par la suite aussi la transmission fiduciaire à titre de garantie[946]. Concrètement, les interdictions ou limites impératives de droit national qui toucheraient aux effets de ces techniques seraient nuisibles pour les échanges

---

[942] P. Lagarde, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Rev. crit. DIP 1997, p. 390.

[943] L. Radicati Di Brozolo, §2.

[944] V. par ex. E.-M. Kieninger, pp. 122-214; M. Wolf, pp. 1941-1952; S. Nasarre-Aznar, p. 80-92; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), pp. 1-57; Bram Akkermans, *The Use of the Functional Method in European Union Property Law*, 5 mars 2013, M-EPLI Working Paper 2013/7, disponible sur SSRN: https://ssrn.com/abstract=2228641 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2228641, pp. 9-20; B. Akkermans/E. Ramaekers, pp. 18; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, pp. 9 et B. Akkermans, p. 542 et J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 226-228: "*l'existence de la sûreté selon le droit du pays d'origine* (…) *ne doit pas être menacée par le conflit mobile qui résulte de la lex situs et du transport transfrontalier de la chose grevée* (…) *la disparition d'une sûreté par l'effet des règles de conflit serait en effet une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation, interdite par l'article 34 T.F.U.E.*"

[945] E.-M. Kieninger, pp. 122 et s. Sur la réserve de propriété en droit français, v. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §800.

[946] Sur la fiducie-sûreté, v. L. Aynès/P. Crocq, §§774-793.

dans la mesure où elles ne permettraient plus à leurs bénéficiaires d'échapper au concours avec les autres créanciers de leurs debiteurs[947]. Ces recherches viennent également renforcer la teneur des conclusions atteintes par les diverses études comparatives sur les sûretés réelles et leur régime dans les Etats Membres[948]. Il est dit, par exemple, qu'à terme, la reconnaissance mutuelle favoriserait aussi le rayonnement du nantissement sur un fonds de commerce, comme universalité de fait, tel que prévu en droit français, car il permet aux parties d'affecter cette universalité de fait en garantie[949]. La reconnaissance mutuelle pourrait ainsi en théorie même aller jusqu'aux conditions de forme et des mesures de publicité applicables aux sûretés réelles, parfois jugées trop procédurières [950]. Les potentielles déductions en matière immobilière viennent alors justement à partir de ces recherches plus vastes sur la reconnaissance mutuelle des sûretés en général [951]. Leurs conclusions sont appliquées spécifiquement pour justifier la validité des hypothèques indépendantes, malgré les impératifs accessoires le cas échéant applicables dans les pays de situation[952]. Mais la démarche ne se limite pas même aux questions liées à la nature accessoire de la sûreté. L'intégration des marchés en ressort effectivement comme argument universel, invocable contre la plupart des règles qui gêneraient d'une manière ou d'une autre les acteurs du crédit hypothécaire.

199. ***Règlementation des hypothèques***. La théorie de la reconnaissance mutuelle nourrit ainsi progressivement le désir des professionnels de faire résoudre leurs difficultés juridiques à l'aide des libertés économiques européennes de circulation. En effet, la plupart des difficultés invoquées à cet égard correspondent aux

[947] M. Wolf, p. 1949.

[948] V. par ex. les recherches comparatives sur la réserve de propriété dans E.-M. Kieninger, pp. 41-121.

[949] M. Wolf, p. 1951. Sur la technique, v. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §541.

[950] Les exigences de date certaine ou de transcription dans les registres publiques de situation sont ainsi qualifiées de restrictions aux libertés économiques: E.-M. Kieninger, pp. 188-207 et J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 226-227.

[951] B. Akkermans, pp. 536-537; G. Wunsch, pp. 351-352; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, pp. 27-33: (nous traduisons) "*pourquoi un prestataire de services financiers serait-il forcé de créer une sûreté réelle qui lui est étrangère, uniquement parce que l'immeuble se trouve situé dans un autre Etat Membre?*".

[952] S. Nasarre-Aznar, p. 92; M. Wolf, p. 1942; S. Kircher, p. 481; Ch. Kiesgen (cité *supra*, n. 34), p. 40; O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), p. 72; Ch. Schmid, pp. 61-63.

revendications constantes de la pratique bancaire quant au régime juridique des hypothèques. C'est le cas, par exemple, pour l'objectif de faire en sorte que disparaissent les charges cachées, opposables sans inscription dans le registre immobilier[953], au moins lorsqu'elles primeraient, sinon, la technique harmonisée des eurohypothèques[954]. Mais une telle solution semble visiblement assez radicale[955]. De même pour la suppression des éventuelles restrictions internes contre la mise en commun des hypothèques consenties en des pays différents au sein d'une entité unique qui émettra par la suite des obligations sécurisées[956]. Aussi, les dispositions qui interdisaient la constitution des hypothèques libellées en monnaie étrangère étaient constamment accusées d'empiéter sur le marché intérieur[957]. Mais la C.J.C.E. de l'époque est déjà intervenue dans cette question par la solution de son arrêt C-222/97, *Trummer et Mayer*. Les juges apprécièrent alors cette interdiction comme disproportionnée par rapport à l'objectif d'assurer la transparence des charges qui affecteraient les immeubles[958]. Mais cela dépasse visiblement les problemes strictement liés aux impératifs accessoires, comme obstacles contre la reconnaissance des hypothèques indépendantes et la mise en place d'une eurohypothèque.

---

953 J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1363. En droit roumain, les "*hypothèques immobilières légales*", héritières des anciens privilèges spéciaux, deviennent opposables exclusivement par leur inscription au registre de publicité foncière: A.-A. Moise, pp. 242-244.

954 Otmar Stöcker, *L'eurohypothèque, pionnier d'un marché intérieur du crédit hypothécaire*, Banque & Droit nº 49, septembre-octobre 1996, p. 18; G. Wunsch, p. 316; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, recommandation nº 30; Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque, p. 18, B. III; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 84 et Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report, p. 94.

955 Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report, p. 95; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point nº 95.

956 E. Espada-Muńiz, p. 392; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, recommandation nº 48; Commission européenne, *Le crédit hypothécaire dans l'Union Européenne*, COM (2005) 327 final, considérants nºs 49-50.

957 Le développement d'un marché européen des capitaux, p. 153, §16: "*la possibilité éventuelle de libeller les hypothèques dans une monnaie autre que celle du pays ou est sis le bien est étroitement liée à ce problème. Cette possibilité existe en Italie et au Luxembourg; son introduction dans les législations des autres pays membres faciliterait la conclusion d'opérations internationales de prêt assorties d'une garantie immobilière*".

958 C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point nº 34, solution reprise dans C.J.C.E., C-464/98, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, point nº 19. La solution garde actuellement son intérêt uniquement tant qu'il y aura encore des Etats Membres n'ayant pas adopté l'euro.

200. ***Conclusion de section. Circulation des immeubles***. Il résulte, en bref, de ce qui précède que la difficulté la plus perceptible dans un raisonnement censé transposer le principe de la reconnaissance mutuelle en matière hypothécaire tient à la nature immobilière des biens affectés. Contrairement à l'assiette des sûretés mobilières en effet, les terrains et les bâtiments, de par leur nature, ne sauraient jamais se retrouver en situation de franchir les frontières intracommunautaires. Les sûretés hypothécaires, par définition consenties sur des immeubles, reflètent dès lors assez péniblement une réelle image de circulation physique, telle que suggérée par les expressions typiques de la reconnaissance mutuelle. Mais en fin de compte, il est devenu clair que les techniques de garantie mobilière sont en réalité tout aussi immatérielles que leurs homologues immobiliers. Il a été démontré ci-dessus que la reconnaissance mutuelle ne se limite pas à une simple garantie matérielle d'accès aux marchés étrangers. Son objet concerne, en effet, non seulement le produit en tant que tel, dans sa matérialité, mais aussi et surtout, les éléments normatifs du régime juridique applicable aux opérations couvertes. Les renvois aux recherches sur la reconnaissance mutuelle des sûretés mobilières conservent, dès lors, toute leur pertinence pour ce développement. Ils impliquent cependant de correctement préciser les circonstances en lesquelles ce devoir viendrait à incomber aux autorités des Etats Membres. Son principe semble en effet présupposer une certaine légitimité initiale des éléments qui prétendent à la reconnaissance, appréciée selon les lois de leurs pays d'origine respectifs.

Section 2. Spécificités du domaine immobilier

201. ***Services ou capitaux***. Le problème des éventuelles analogies tentées en matière immobilière reste surtout que les recherches sur la reconnaissance mutuelle des sûretés mobilières conditionnent leurs conclusions par les particularités de leurs assiettes. Elles présupposent, en effet, un quelconque franchissement des frontières intra-européennes par les produits ou les équipements sur lesquels les garanties étaient consenties. Or, les immeubles en sont, bien entendu, physiquement incapables[959]. Les impératifs européens ne sauraient, dès lors, intervenir à leur égard au titre des textes sur la circulation des marchandises. Mais la section précédente confirme déjà que le crédit hypothécaire transfrontalier bénéficie à titre autonome, en quelque sorte, des libertés économiques européennes, en cela qu'il matérialise une fourniture de services bancaires intracommunautaires[960]. En plus, la constitution d'une hypothèque immobilière reflète toujours, au sens du droit européen, un mouvement de capitaux[961]. La C.J.U.E. confirme justement cette qualification dans l'affaire précitée, *Trummer et Mayer*[962]. Dans cette décision, cela permit aux juges de sanctionner et écarter la prohibition autrichienne des hypothèques libellées en monnaie étrangère, en tant qu'atteinte à la circulation des capitaux, alors même que dans cette affaire, les garanties ne se rattachaient pas aux services bancaires. Seulement, cet arrêt ne vient pas en application de la reconnaissance mutuelle. En effet, le contentieux ne portait pas sur une hypothèque étrangère ou sur les conditions pour obtenir son efficacité internationale dans le pays de situation. La décision *Trummer et Mayer* ne résout donc pas le problème que les hypothèques

---

959 B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, pp. 18-19.

960 B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 20.

961 P. Von Wilmowsky, pp. 82-86; B. Akkermans, p. 537. Sur la délimitation des domaines respectifs des services et des capitaux en matière de crédits: G. Wunsch, p. 314; C.J.C.E., C-484/93, *Svensson et Gustavsson*, points n^{os} 10-19; C.J.C.E., C-452/04, *Fidium Finanz*, point n^{o} 43; E. van den Haute, §57. Mais la constitution des hypothèques en particulier intéresse plutôt la circulation des capitaux: C.J.C.E., C-464/98, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, point n^{o} 19; C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point n^{o} 23.

962 C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point n^{o} 24.

semblent physiquement incapables de satisfaire à l'image de circulation matérielle que semble prétendre la théorie de la reconnaissance mutuelle[963].

202. ***Conflit de rattachements***. Au soutien de sa potentielle transposition en matière hypothécaire, la reconnaissance mutuelle aurait déjà reçu, selon certains, des applications notables en des affaires qui transmettent une image tout aussi fictive de circulation internationale que les immeubles. Les arrêts qui visent par exemple à faire produire des effets à la personnalité des sociétés étrangères ainsi qu'aux qualifications professionnelles ou aux noms patronymiques régulièrement acquis dans un autre pays viennent ainsi effectivement comme arguments en ce sens[964]. Mais une analogie avec les solutions retenues dans ces autres matières suppose de vérifier une véritable condition de légalité initiale à laquelle doit satisfaire l'affectation hypothécaire selon les règles étrangères qui prétendent à être reconnues. Particulièrement pour les besoins des hypothèques indépendantes, la nature accessoire des sûretés immobilières devrait relever de lois différentes selon les règles conflictuelles des pays impliqués dans chaque rapport de garantie. Cela se traduit par un conflit de rattachements ou de qualifications entre les pays (***A***). Mais une hypothèque consentie selon des règles étrangères semble difficilement concevable lorsque le pays de situation impose qu'un notaire local intervienne à l'acte (***B***).

A. Rattachement conflictuel de la nature accessoire

203. ***Libre circulation conceptuelle***. Les libertés économiques ne se limitent indubitablement pas à la circulation des marchandises, mais visent à renforcer le commerce intracommunautaire en général. À ce titre, elles ne présupposent pas toujours le franchissement matériel des frontières par leur objet matériel, comme

963 A. J. M. Stevens, p. 425; J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, p. 226.

964 B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 19 et Ch. Schmid, pp. 61-62: "*the ECCJ has forced Member States to accept the private international law incorporation theory, under which a company is governed by the law of its place of origin, rather than the seat theory. This reasoning could in theory be transferred to real property law, with the effect that Member States would – against the principles of lex rei sitae and numerus clausus of real rights – have to accept any real security right created under the law of another Member State*".

condition de leur application[965]. Certains autres éléments sont en effet tout aussi à même de placer les opérations immobilières internationales, et particulièrement les sûretés hypothécaires, dans le domaine couvert par les Traités, tels que par exemple la résidence des parties, lorsqu'elles sont installées dans des pays différents[966]. Surtout que même les garanties mobilières, desquelles est attendue une image beaucoup plus concrète de reconnaissance mutuelle, ne traversent les douanes qu'en des termes purement intellectuels, en suivant leur assiette[967]. De plus, les recherches relatives à une eurohypothèque invoquent également des analogies avec la reconnaissance tout aussi dématérialisée des personnes morales étrangères qui déplacent leur siège social dans un autre Etat Membre[968].

204. ***Analogie avec les sociétés***. En matière de sociétés, la saga jurisprudentielle initiée par les arrêts C.J.C.E., C-212/97, *Centros* et C-208/00, *Überseering*, est intervenue dans un cadre factuel caractérisé par la divergence des normes conflictuelles retenues par les pays d'incorporation, le Royaume-Uni par exemple, et, respectivement, par les systèmes plus traditionnels qui rattachent les personnes morales à leur siège réel. À défaut de faire jouer les impératifs européens, cette divergence de rattachements signifie qu'un changement du siège social entre les pays qui relèvent de systèmes différents compromet, en raison des dispositions internes applicables, la personnalité morale acquise par la société dans son pays d'origine. Or, par ces arrêts, la C.J.C.E. de l'époque est justement censée avoir imposé aux Etats Membres un devoir de reconnaissance des sociétés étrangères, qui permet de dépasser ces difficultés même si leur siège social réel ne se trouve plus, pour cause de déplacement, dans le pays où elles étaient incorporées dans une phase initiale[969]. C'est vrai qu'en ces affaires, la reconnaissance de la personnalité morale originairement acquise par les sociétés respectives n'était

---

[965] Denys Simon, *Recevabilité et situations purement internes*, Europe, n° 4, Avril 2014, comm. 151.

[966] B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 19.

[967] C. Dauchez, §30: "*pas plus qu'on n'a encore vu l'hypothèque, on n'a encore pu la toucher du doigt*".

[968] Ch. Schmid, pp. 61-62.

[969] Michel Menjucq, «Droit international et européen des sociétés», Domat. Droit Privé, Montchrestien/Lextenso éditions, 3e édition, 2011, §§126-138; Tito Ballarino, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, Rev. crit. DIP 2003, p. 373; Hans Jürgen Sonnenberger, *Etat de droit, construction européenne et droit des sociétés*, Rev. crit. DIP 2013, p. 101.

qu'une question préalable afin que les sociétés respectives et leurs associés puissent se prévaloir des libertés économiques[970]. Les arrêts ci-dessus ne permettent donc pas que se déduise une théorie complète de la reconnaissance des sociétés étrangères[971]. Leur solution repose quand même sur le devoir de procéder à une "*acceptation de la société telle qu'elle résulte de l'application du droit étranger*"[972]. Certains auteurs formulent dès lors une conclusion en ce sens que "*la reconnaissance mutuelle des sociétés des Etats Membres peut être considérée comme implicitement admise par l'article 54 T.F.U.E.*"[973] Les arguments sur lesquels se fondent ces jurisprudences interviennent donc utilement pour soutenir, par analogie, la reconnaissance mutuelle dans le domaine des garanties réelles.

205. ***Pas de conflit mobile immobilier***. Les arrêts précités sur la reconnaissance des sociétés relèvent cependant aussi des différences qui compromettent les perspectives de leur invocation en matière immobilière. En effet, même une induction à partir de la décision sur le *Cassis de Dijon* laisse entendre que la reconnaissance mutuelle serait conditionnée par une exigence de légalité initiale que devrait remplir son objet, selon le cadre règlementaire du pays étranger pertinent en l'espèce[974]. À juste titre, car la reconnaissance ne saurait intuitivement pas porter sur un comportement qui serait également considéré comme interdit selon les lois de l'Etat Membre qui en revendique l'origine. Or, cette condition peut aisément se vérifier dans les domaines des garanties mobilières ou des sociétés. En ce qui les concerne, les difficultés que la reconnaissance mutuelle est censée écarter découlent surtout des conflits mobiles de lois qui découlent du franchissement physique des frontières[975]. La garantie mobilière risque ainsi une perte de priorité, si ce n'est même l'inefficacité pour impossibilité de transposition

[970] L. Vogel, §77.

[971] L. Vogel, §79; Guy Mustaki/Valérie Engammare, «Droit européen des sociétés», Helbing Lichtenhahn/Bruylant/L.G.D.J., Bâle/Bruxelles/Paris, 2009, p. 77. L'ancien article 293 T.C.E. prévoyait une convention internationale sur la reconnaissance des sociétés. Signée à Bruxelles le 29 février 1968, cette convention n'est jamais entrée en vigueur.

[972] G. Mustaki/V. Engammare (cité *supra*, n. 971), p. 62.

[973] L. Vogel, §79. Dans le même sens, M. Menjucq (cité *supra*, n. 969), §65.

[974] V. *supra*, §193.

[975] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 4.

ou violation du droit local, applicable comme nouvelle loi de situation[976]. Mais les hypothèques, solidement rattachées aux immeubles qui constituent leurs assiettes, ne sauraient jamais se retrouver dans les circonstances du conflit mobile[977]. Pour cette raison, le professeur Basedow par exemple leur refuse toute possibilité de reconnaissance mutuelle fondée sur les impératifs européens[978]. Mais il sera démontré que la reconnaissance mutuelle ne présuppose pas nécessairement un tel conflit mobile de lois. Celui-ci n'existait effectivement pas dans les circonstances de l'affaire sur le *Cassis de Dijon*. La condition de légalité initiale était alors satisfaite du simple fait que les liqueurs en cause étaient régulièrement fabriquées en France selon les prescriptions locales. La métaphorique libre circulation internationale des garanties devrait alors uniquement impliquer une vérification de leur validité selon leurs lois d'origine[979]. En particulier pour les hypothèques indépendantes, cela suppose le détour par un raisonnement conflictuel, précisément afin de vérifier la légalité de leur constitution en pays étranger, quoique cela puisse signifier en termes de la reconnaissance mutuelle.

206. ***Rattachement des sûretés***. Selon un raisonnement classique de droit international privé, les règles du for hypothétiquement saisi départagent les domaines de chaque système juridique vers lequel pointent les éléments étrangers de chaque garantie réelle concrète[980]. Les normes conflictuelles de celui-ci indiquent ainsi, par exemple, la loi respectivement compétente pour apprécier l'admissibilité des pactes commissoires, l'opposabilité, la transmission et l'extinction de la sûreté, les effets de la subrogation ou ceux des éventuels changements de

[976] V. par ex. en droit français, Civ. 1re, 8 juil. 1969: Bull. Civ. I, no 268; JCP G 1970, II, 16182, n. H. Gaudemet-Tallon - Civ. 1re, 3 mai 1973, 70-13.383: Bull. Civ. I, no 143, p. 127; Rev. crit. DIP. 1974, p. 100, n. E. Mezger; Y. Flour, §122; Michel Cabrillac, *La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*, Rev. crit. DIP 1979, p. 488.

[977] G. Wunsch, p. 333.

[978] J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, p. 226. Le raisonnement repose cependant sur le caractère universel de la *lex rei sitae*. Or, c'est de même pour les garanties mobilières.

[979] Le pays d'origine ne saurait obligatoirement correspondre au lieu de situation, sauf à rendre totalement dérisoires les recherches à cet égard sur les garanties mobilières.

[980] P. Mayer/V. Heuzé, §§147-153.

rang consentis par les parties[981]. En particulier, la nature accessoire des sûretés, comme obstacle potentiel contre les hypothèques indépendantes, semble se rattacher au domaine de la loi du statu réel, qui régit les effets de la garantie au niveau du droit des biens[982]. Or, les perspectives de reconnaissance mutuelle se réduisent ainsi considérablement, car les divergences entre les Etats Membres quant à la loi applicable sur cette question restent minimales. Le statut réel des choses est en effet rattaché presque partout à la *lex rei sitae*[983], loi du pays de situation, vu l'attraction intellectuelle de cette dernière dans ce domaine[984]. Ce rattachement trouve justement aussi une certaine expression européenne. Ainsi, l'absence d'une harmonisation règlementaire explicite à cet égard parmi les règles conflictuelles européennes n'a pas empêché les juges de Luxembourg de déduire par eux-mêmes ce rattachement. En effet, dans la décision *Trummer et Mayer* précitée, la C.J.C.E. de l'époque était partie précisément d'une considération en ce sens que "*le régime des hypothèques*" est "*réglé par la loi de l'État dans lequel est située la propriété'*[985]*.* Cela interdirait tout conflit de rattachements entre les Etats Membres et, par voie de conséquence, toute reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes ou des autres formes de garantie immobilière étrangère. Toutefois, cette proclamation de principe du rattachement *lex rei sitae* des sûretés réelles par les juges subit des critiques entièrement justifiées en doctrine pour absence de tout fondement textuel dans le droit originaire[986]. Par ailleurs, elle ne retient aucun tempérament qui limiterait le domaine du rattachement au statut réel, tel que défini par les divers droits nationaux. Pourtant, le caractère

---

[981] Ces éléments relèvent en droit français de la loi applicable dans le lieu de situation: Georges Khairallah, Répertoire de droit international Dalloz, «Hypothèques», décembre 1998, actualisation: juin 2013, Dalloz, §§43-48.

[982] Y. Flour, §114: "*la loi réelle impose la prohibition de l'hypothèque sur des biens à venir, ou de l'hypothèque sur soi-même, l'existence d'une créance à garantir étant une condition de validité du droit posée par la loi réelle*". Egalement en ce sens, G. Khairallah (cité *supra*, n. 981), p. 929.

[983] B. Foëx (cité *supra*, n. 34), p. 174; S. Kircher, Grundpfandrechte in Europa: Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte, p. 385; G. Wunsch, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits, p. 350.

[984] Henri Batiffol/Paul Lagarde, «Droit international privé», tome II, 7e édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1983, §§282-518; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit commun des sûretés réelles», §239; Ph. Dupichot, §533.

[985] C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point no 30.

[986] V. par ex., B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 33.

accessoire des hypothèques pourrait dépendre, selon les pays, d'autres rattachements, a priori tout aussi légitimes.

207. ***Au-delà du statut réel***. Tout comme ses conditions de forme par exemple[987], les éléments contractuels proprement dits de la sûreté se délimitent de ceux qui relèvent de son statut réel[988]. En ce qui concerne les premiers, le règlement (CE) nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (parfois appelé "le règlement Rome I") pose en effet le principe de libre choix par les parties[989]. Ce domaine des éléments contractuels reste sans doute assez résiduel en matière hypothécaire[990]. Mais il comprend, par exemple, les questions sur l'objet ou la cause de sa convention constitutive[991]. Or, il se pourrait que certains Etats Membres rattachent la nature accessoire et donc son revers, l'autonomie de régime censée caractériser les hypothèques indépendantes précisément à l'une de ces catégories. Même dans le système français, cette délimitation pourrait mériter l'attention, vu les prises de position de la doctrine, recensées par la première partie, sur la localisation de la différence spécifique entre les garanties accessoires et leurs homologues autonomes parmi les conditions de leur acte constitutif[992]. Cependant, en termes de raisonnement conflictuel, le professeur Khairallah semble toujours privilégier un rattachement *lex rei sitae* de la plupart des questions liées aux garanties réelles[993]. Sur un autre plan par ailleurs, le Règlement relatif aux procédures internationales

---

[987] Rattachement prévu dans le règlement Rome I, art. 11.5: "*tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est soumis aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que, selon cette loi: a) ces règles s'appliquent quels que soient le lieu de conclusion du contrat et la loi le régissant au fond, et b) ne peut être dérogé à ces règles par accord".* V. par ex. Vincent Delaporte, Répertoire de droit international Dalloz, «Forme des actes», décembre 2001, §155

[988] P. Mayer/V. Heuzé, §§674 et 680; G. Khairallah (cité *supra*, n. 981), §§6-7; E. van den Haute, §116.

[989] La loi de situation intervient uniquement à défaut de choix: art. 3.1 du règlement Rome I. Cela signifie que les parties peuvent désormais librement choisir la loi applicable aux éléments contractuels de la garantie: François Trémosa, *Garanties et sûretés internationales. Loi applicable aux prêts immobiliers consentis à des particuliers*, Dr. et patri., 2001, nº 94. Certains proposent même de faire régir par la loi ainsi déterminée "*toutes les questions non strictement réelles*" liées à la sûreté: commentaire de B. Audit sous Civ. 1re, 19 janv. 1999, 96-17.269: D. 1999.292. Comme telle, la décision précitée se limite toutefois à délimiter les lois respectivement applicables au contrat de crédit comme principal de référence et à l'hypothèque.

[990] Y. Flour, §114.

[991] V. les articles 10.1 et 12.1 du règlement Rome I, de manière générale pour les conventions.

[992] V. *supra*, §49.

[993] G. Khairallah (cité *supra*, n. 977), §20.

d'insolvabilité soumet à la loi de l'instance saisie le régime des poursuites individuelles qui dérogeraient à la discipline collective, même lorsqu'ils portent sur des biens affectés en garantie par le constituant en faillite[994]. La loi du for devient ainsi compétente pour régir la suspension des poursuites exercées au titre des hypothèques en cas de procédure collective ouverte contre le propriétaire de l'assiette. Seulement, la première partie confirme aussi que cette autonomie des poursuites entamées au titre de la garantie, le cas échéant confirmée par la loi de la procédure, ne représenterait de toute façon pas une manifestation spécifique des hypothèques indépendantes[995]. En plus, les pays conservent la possibilité de prévoir un rattachement conflictuel dérogatoire par rapport à la loi du for en ce qui concerne les questions relatives au "*droit de réaliser ou de faire réaliser le bien et d'être désintéressé par le produit ou les revenus de ce bien, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque*"[996], donc justement pour les saisies au titre des garanties réelles. Somme toute, ces raisonnements permettent au moins de prendre position sur les expressions particulières de la condition de légalité initiale en matière de garanties réelles, telle que requise pour les besoins de la reconnaissance mutuelle.

208. ***Légalité initiale de l'affectation***. Au vu de ce qui précède, il se confirme que les analyses plus vastes relatives aux garanties mobilières ne traitent du conflit mobile intervenu par voie de franchissement des frontières qu'en raison du changement de statut réel qui en découle pour leur assiette. Concrètement, la nouvelle loi de situation pourrait, par exemple, rendre la sûreté partiellement ou totalement inefficace. Mais la reconnaissance mutuelle comme telle ne s'y trouve pas conditionnée. Elle suppose uniquement la légalité initiale de son objet, appréciée selon les règles du pays d'origine. Sans doute qu'à défaut de conflit mobile, cette légalité initiale semblerait assez invraisemblable en matière

[994] Art. 5.1 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

[995] V. *supra*, §147.

[996] Art. 5.2 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

hypothécaire, vu le rattachement quasi-universel *lex rei sitae*[997]. Cela signifie, en particulier, que si les prescriptions de la loi de situation sur la nature accessoire des hypothèques, applicable justement quel que soit le lieu physique de signature, étaient ignorées, une quelconque forme de garantie immobilière indépendante consentie en pays étranger y demeurerait quand même illicite. Il s'agit pourtant de ne pas oublier que le régime des hypothèques ne relève pas entièrement du statut réel [998]. Reste certainement possible un conflit entre les qualifications respectivement retenues par le pays de situation et par celui qui se prétendrait en quelque sorte d'origine pour la garantie[999]. L'un de ces systèmes pourrait par exemple soumettre la nature accessoire des hypothèques aux éléments contractuels de l'acte, au lieu de la *lex rei sitae*[1000]. Les raisonnements de la première partie qui la localisent au niveau de la structure intellectuelle de la sûreté s'y rapprochent d'ailleurs de manière sensible[1001]. Or, la loi compétente pour régir les éléments contractuels de la garantie relève certainement du libre choix des parties. Même si celles-ci soumettraient la constitution de la sûreté aux lois d'un autre pays que celui de situation, une garantie hypothécaire le cas échéant stipulée comme indépendante se considèrerait alors "*légalement*" consentie selon le droit choisi par la volonté des parties. Un éventuel conflit de rattachements avec le pays de situation suffirait dans ce cas afin de poser le problème de la reconnaissance mutuelle au titre des impératifs européens. En effet, les prévisions initiales du créancier bénéficiaire sont tout aussi dignes de protection, qu'il soit titulaire d'une garantie mobilière ou immobilière.

209. ***Position psychologique du créancier***. Sans doute qu'en se faisant consentir une technique de garantie inconnue ou partiellement interdite dans le pays de situation, le créancier assume les risques de son inefficacité en pleine connaissance de cause. Or, il semblerait alors y avoir une différence sur ce point par rapport aux

---

997 B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 33; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), p. 31; J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, p. 226.

998 V. *supra*, §§206-207.

999 Sur le conflit de qualifications, v. par ex. P. Mayer/V. Heuzé, §§154-174.

1000 V. par ex. les propositions plus générales de libre choix sur la loi applicable aux garanties réelles retenues par M. Polak (cité *supra*, n. 872), p. 124.

1001 V. *supra*, §49.

garanties mobilières. Avant que leur assiette n'ait franchi la frontière, ces dernières sont effectivement valables par hypothèse selon la loi de leur situation actuelle. Le risque d'inefficacité apparait uniquement par la suite. La position psychologique du créancier parait donc ici plus légitime. Dans ce cas, il n'aurait en effet jamais eu cette intention, a priori relativement déraisonnable, de prétendre au titre de la reconnaissance mutuelle l'inapplication des règles normalement compétentes pour régir la sûreté dans le pays de situation de son assiette[1002]. C'est encore plus vrai si le déplacement de la chose affectée en garantie mobilière était intervenu contre son gré[1003]. En matière immobilière par contre, le créancier se trouve dès le début pleinement conscient des règles qui seront applicables par la suite, car le pays de situation ne change pas[1004]. Il avait donc nécessairement assumé la possibilité qu'un éventuel franchissement des frontières vienne perturber ses attentes liées à la mise en œuvre de son instrument. L'initiative de ce déplacement lui revient même parfois. En définitive, il ne devrait lui-même pas plus que personne pouvoir prétendre avoir ignoré la loi, pas même les lois étrangères progressivement applicables au titre du conflit mobile[1005]. Il savait donc dès le début que la sûreté mobilière consentie en des conditions inconnues ou prohibées par l'Etat de destination sera inefficace. Les titulaires des sûretés mobilières dont les espoirs seraient contredits par les nouvelles lois applicables sont donc dans la même situation que le créancier qui s'est fait consentir une hypothèque indépendante, lorsque cette dernière est interdite dans le pays de situation. Une quelconque différence basée sur la légitimité de leurs positions psychologiques respectives ne saurait donc venir départager leurs éventuelles prétentions au titre de la reconnaissance mutuelle. Le problème tient effectivement moins à la légitimité de ces prévisions qu'aux circonstances assez invraisemblables de la reconnaissance

[1002] *Comp.*, Y. Flour, §123: "*on a alors beau jeu de dénoncer l'injustice de décisions qui laissent le créancier à la merci du nomadisme de son débiteur. Les parties agissent et contractent sur la foi de la loi qu'elles connaissent, celle que leur indique la situation du meuble au moment de la conclusion de leur convention. L'intrusion d'une loi étrangère, en déjouant leurs anticipations les mieux fondées, déséquilibre l'ensemble de l'opération*".

[1003] P. Mayer/V. Heuzé, §683.

[1004] M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), p. 31.

[1005] V. pour cet argument, Sylvain Bollée, *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales*, dans Paul Lagarde (dir.) « La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013 », Editions A. Pedone, Paris, 2013, pp. 115-116.

mutuelle lorsqu'un notaire local est censé intervenir pour authentifier la garantie hypothécaire.

B. Contrôle potentiel par le notaire de situation

210. ***Circulation des actes notariés***. Les renvois aux libertés économiques en matière immobilière risquent visiblement de soulever une difficulté particulière dans les pays de situation qui exigent une intervention des autorités locales compétentes, tels que des notaires publics nationaux, pour contrôler la validité des affectations immobilières. C'est certainement le cas de la France, selon l'art. 2.417 et l'art. 710-1 al. 1er C.civ.[1006] En effet, les notaires publics hésiteraient certainement à créer les prémisses de la reconnaissance mutuelle, en authentifiant une sûreté qui méconnaitrait les conditions prévues par la loi nationale, normalement applicable à la constitution de la sûreté[1007]. Cela supposerait sinon pour eux de parier sur le défaut de conformité des règles internes en question aux libertés économiques prévues par le T.F.U.E. Or, le titre suivant démontrera justement combien les raisonnements à ce titre sont aléatoires[1008]. Inversement, en présence d'une telle règlementation, les hypothèques consenties par acte étranger y seraient inefficaces simplement pour méconnaitre cette obligation de faire intervenir les notaires nationaux à l'acte, au-delà même des autres interdictions internes le cas échéant violées. Mais l'obstacle de cette intervention obligatoire semblerait aisément écarté, là encore en application des principes du marché intérieur. Ceux-ci imposeraient

[1006] G. Khairallah (cité *supra*, n. 977), §§12-13; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1246; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §253; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §456; H. Batiffol/P. Lagarde (cité *supra*, n. 984), §518. L'eurohypothèque ne se propose pas de déroger aux éventuels monopoles des notaires nationaux: Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque, p. 11, B. II., point nº 3.2. Sur l'opportunité pratique de l'intervention notariale, v. par ex. L. Aynès/P. Crocq, §636; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», p. 617; A.-A. Moise, pp. 363-365. Des regles similaires existent en droit allemand: Heinz Volker, *Beurkundung von Erklärungen zur Auflassung deutscher Grundstücke durch bestellte Notare im Ausland*, RIW nr. 12/2001, p. 928. De même dans les droits monégasque et suisse: Mariel Revillard, Répertoire de droit international Dalloz, «Notaire», mars 2012, actualisation: juin 2014, Dalloz, §8.

[1007] Les notaires doivent maitriser non seulement le droit substantiel mais aussi les rattachements conflictuels du pays: M. Revillard (cité *supra*, n. 1006), §§59-68.

[1008] V. *infra*, §246.

selon certains auteurs une véritable "*libre circulation des actes authentiques*"[1009], particulièrement dans le domaine des affectations hypothécaires, vu justement la résilience de celles-ci aux ingérences étrangères[1010]. Ce concept se résumerait dans un devoir déduit des Traités, en ce sens de considérer les opérations immobilières comme valablement conclues devant un officier étranger, même lorsque le pays de situation impose l'authentification par un notaire local[1011]. Cela permettrait justement de passer outre l'intervention obligatoire de ce dernier. Mais aucun texte ou principe de droit européen ne légitime en réalité cette déduction.

211. ***Aucun impératif européen***. En opportunité sans doute, ces véritables monopoles de forme réservés aux notaires installés dans le pays de situation pour authentifier les opérations immobilières sont classiquement sujets de controverses[1012]. Les impératifs apparents tirés des libertés économiques afin de les écarter ne viennent en fait que rallumer le débat sur leur légitimité[1013]. Par exemple, le projet «*Cross Border Electronic Conveyancing*» de l'Association Européenne des Registres Fonciers assume explicitement l'objectif de renforcer la libre circulation des personnes par la possibilité de faire valoir des documents

---

[1009] "*Libre circulation des actes authentiques*": P. Callé/P. Pasqualis/P. Wautelet/C. Nourissat. V. aussi, F. et J. Baur/R. Stürner, §64.73. Le projet «EULIS» en revanche vise seulement à créer un portail commun pour les registres immobiliers de certains Etats Membres: J. Zevenbergen (cité *supra*, n. 30); H. Ploeger/B. Van Loenen (cité *supra*, n. 30), pp. 379-387.

[1010] Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, recommandation nº 34 et Annexe VI sur l'eurohypothèque; S. Nasarre-Aznar, p. 80-92; E.-M. Kieninger, pp. 188-207; P. Callé, *L'acte authentique établi à l'étranger*, §23; G. Khairallah (cité *supra*, n. 977), p. 933; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §914.

[1011] P. Callé/P. Pasqualis/P. Wautelet/C. Nourissat: "*en reconnaissant l'authenticité des actes authentiques émis dans un autre État de l'Union européenne, les États membres acceptent par avance leur assimilation à des actes authentiques du for*"; Etienne Pataut, *La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens en droit international privé*, dans Paul Lagarde (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, pp. 149-163; F. et J. Baur/R. Stürner, §64.73.

[1012] P. Callé, *L'acte authentique établi à l'étranger*, §19; G. Khairallah (cité *supra*, n. 977), §13.

[1013] V. par ex., Louis d'Avout, Répertoire de droit international Dalloz, «Biens», août 2009, actualisation: avril 2010, Dalloz, §20 : "*le texte pourrait même être désuet, à tout le moins pour les relations intra-européennes, tant il paraît discriminatoire et constitutif d'une entrave injustifiée aux libertés économiques de circulation sur le marché unique*". La question si ces monopoles empiètent directement sur les libertés économiques ne sera pas développée ici. Elle dépend en fait des mêmes conditions que ceux qui seront ci-dessous développées pour mesurer la conformité européenne des règles sur les garanties réelles: *infra*, §246.

notariés étrangers dans le pays de situation des immeubles concernés[1014]. L'idée c'est de faire en sorte pour que les actes pertinents soient directement transmis au registre de publicité immobilière où se trouvent situés les immeubles en question. Cette initiative dispose d'un programme pilote, régi par ses lignes directrices accessibles en ligne[1015]. Mais il convient d'observer qu'en réalité, aucune règle de droit européen ne saurait s'interpréter en ce sens qu'elle imposerait cette reconnaissance des actes authentifiés à l'étranger, au mépris des interdictions le cas échéant retenues par le pays de situation[1016]. L'art. 11.5 du règlement Rome I permet déjà aux Etats Membres de soumettre la forme des contrats immobiliers aux conditions qu'ils exigeraient en tant que pays de situation[1017]. La question pourrait bien sûr se poser en quelle mesure ces conditions de forme couvrent-elles aussi le lieu d'installation des officiers publics intervenants[1018]. Une réponse affirmative à cet égard se légitime au vu des différences entre les procédures requises dans chaque pays pour authentifier les transactions immobilières. Cette disposition viendrait ainsi justement valider la conformité européenne des règles internes sur le monopole des notaires locaux. Reste néanmoins que cette véritable reconnaissance mutuelle des actes authentiques, telle que proposée par la doctrine, pourrait quand même se manifester en aval, lorsque les parties se prélaveraient d'un instrument étranger dans le pays de situation.

[1014] Harald Wilsch, *Die CROBECO-Katastrophe. Eine Analyse des "Common Conveyancing Reference Framework"*, ZfIR nr. 22/2011, pp. 840-847.

[1015] «Common Conveyancing Reference Framework», Conférence CROBECO du 31 mai 2012, consulté sur http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Final%20version%20CCRF.pdf le 3 septembre 2019.

[1016] Marius Kohler/Markus Buschbaum, *Die "Anerkennung" öffentlicher Urkunden? – Kritische Gedanken über einen zweifelhaften Ansatz in der EU-Kollisionsrechtsvereinheitlichung* dans IPRax 2010, pp. 313-316, consulté le 3 septembre 2019, dans la traduction française, *La «reconnaissance» des actes authentiques? – Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l'harmonisation des règles de conflits de lois*, sur http://www.iprax.de/de/dokumente/online-veroeffentlichungen/kohler-buschbaum.php.

[1017] Art. 11.5 du règlement Rome I: "*tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est soumis aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que, selon cette loi ces règles s'appliquent quels que soient le lieu de conclusion du contrat et la loi le régissant au fond, et ne peut être dérogé à ces règles par accord*".

[1018] *Contra*, v. par ex. V. Delaporte (cité *supra*, n. 987), §96. Il semblerait en effet assez contradictoire de considérer que les monopoles des notaires nationaux valent, pour satisfaire aux conditions posées par l'art. 11.5 du règlement Rome I, "*quels que soient le lieu de conclusion du contrat*".

212. ***Assimilation aux jugements***. Les imprécisions rédactionnelles dans le règlement (CE) nº 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (souvent appelé "le règlement Bruxelles II bis") avaient fourni un faible fondement textuel pour des opinions en ce sens que la circulation internationale des titres notariés serait assimilée à celle des décisions de justice[1019]. Or, cela interdirait toute contestation de la validité des rapports constatés dans les actes notariés en pays étranger, de même qu'en ce qui concerne les jugements exécutoires. Le texte se limite sans doute au domaine du règlement précité, qui vise strictement les décisions en matière matrimoniale et les problèmes de responsabilité parentale. Mais le raisonnement semble facilement transposable aux règlements plus généraux en matière civile. Le règlement Bruxelles I bis par exemple ne prévoit aucune possibilité explicite de faire annuler les actes notariés étrangers par les instances internes pour méconnaissance des règles applicables selon les rattachements conflictuels du for. Or, cela couvrirait alors aussi les vices de forme, plus particulièrement la méconnaissance du monopole des notaires nationaux. Les transactions immobilières reçues par acte étranger resteraient malgré tout valables dans cette lecture, en dépit des règles contraires du pays de situation. Toutefois, ce n'était pas juridiquement besoin que les règlements prévoient eux-mêmes cette possibilité de contester les actes notariés étrangers devant les instances des pays en lesquels est envisagée leur utilisation. Leurs éventuelles lacunes doivent en effet nécessairement se voir comblées par renvoi aux lois internes applicables. Or, aucune disposition des règlements européens en matière de conflit de juridictions ne vient inversement empêcher les juges de contrôler, selon leurs propres raisonnements conflictuels, la validité des actes étrangers invoqués devant eux[1020]. Une interprétation contraire serait par ailleurs rationnellement absurde. C'est clair que les actes notariés ne sont pas assimilables de ce point de vue aux décisions de

[1019] V. par ex. E. Pataut, p. 80: "*on peut certes voir la une simple maladresse de rédaction. La lettre du texte invite pourtant explicitement à rapprocher les deux mécanismes*".

[1020] P. Callé/P. Pasqualis/P. Wautelet/C. Nourissat: "*l'acte authentique reste ainsi, à la différence d'un jugement, sujet à une action principale en nullité*".

justice [1021] . Les instances de situation devraient ainsi certainement rester compétentes pour faire respecter les règles qui exigent une intervention des notaires locaux dans les opérations immobilières[1022]. Certains auteurs suggèrent néanmoins qu'il n'y aurait aucune difficulté à limiter cette libre circulation des actes notariés au domaine de leurs conditions de forme. Concrètement, cela signifierait que la contestation de ces actes devant les juges du pays requis serait possible par principe, pour toute autre raison que la méconnaissance des monopoles le cas échéant accordés aux notaires nationaux pour les opérations immobilières[1023]. Mais cette reconnaissance limitée des actes notariés étrangers trouverait elle-même encore moins de fondements textuels parmi les sources du droit européen. Les règlements pertinents en matière de droit international privé ne réalisent donc aucune reconnaissance mutuelle des actes authentiques étrangers comme instruments incontestables dans le pays de situation.

213. ***Conclusion de chapitre. Applicabilité aux hypothèques***. Force est de constater, en bref, que les inductions envisageables afin de clarifier l'objet de la reconnaissance mutuelle rendent une application de celle-ci en matière hypothécaire concevable malgré tout. Son fondement reposerait dans ce cas sur les textes qui garantissent la libre circulation des services et des capitaux, lesquels n'impliquent précisément pas un déplacement physique de personnes ou de choses en pays étranger. C'est quand même nécessaire que l'affectation soit valable selon les règles du pays qui se revendique d'origine dans l'affaire, afin de satisfaire à une condition de légalité initiale déduite déjà de l'arrêt sur le *Cassis de Dijon*. Pour invoquer la reconnaissance mutuelle d'une hypothèque indépendante qui

---

[1021] E. Pataut (cité *supra*, n. 1011), pp. 157-163; Pierre Callé, *L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France*, Rev. crit. DIP 2005, p. 377: "*l'intervention notariale n'ayant aucunement purge le negotium de ses éventuels vices* (….) *l'exercice d'une action en nullité du negotium est toujours possible. Pour apprécier la validité du rapport juridique posé dans l'acte authentique, les règles ordinaires de conflit de lois s'appliquent*"; P. Callé/P. Pasqualis/P. Wautelet/C. Nourissat: "*à l'image d'un acte authentique interne, un acte authentique reconnu dans un ordre juridique étranger est susceptible d'être contesté dans tout ordre juridique compétent selon les règles classiques de compétence juridictionnelle pour ce qui est de la validité du rapport de droit*". *Contra*, Charalambos Pamboukis, *Les actes publics et la méthode de la reconnaissance*, dans Paul Lagarde (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, pp. 137-140: "*ce qui est reconnu, entrainé par la reconnaissance de l'instrument, c'est le rapport même, existant sans l'intervention de la règle de conflit du for*".

[1022] M. Kohler/M. Buschbaum (cité *supra*, n. 1016), pp. 313-316.

[1023] P. Callé/P. Pasqualis/P. Wautelet/C. Nourissat; E. Pataut (cité *supra*, n. 1011), pp. 149-163.

parviendrait en quelque sorte à se faire passer pour étrangère, il devrait ainsi, en particulier, y avoir une divergence entre les rattachements conflictuels du principe de l'accessoire, respectivement retenus par le pays de situation et par celui qui régit la garantie. Tel serait le cas par exemple lorsque cette nature accessoire relèverait selon le pays prétendument d'origine non pas de la loi réelle, habituellement soumise au droit de situation, mais de celle applicable aux éléments contractuels de l'affectation hypothécaire. Cependant, il résulte aussi que les circonstances de la reconnaissance mutuelle deviennent problématiques si le pays de situation exige l'authentification des garanties immobilières par un notaire local. Celui-ci refuserait certainement de recevoir un acte contraire à ses règles nationales normalement applicables. Cela empêcherait également les parties de tenter inversement l'authentification en pays étranger, afin de soumettre la garantie aux règles de celui-ci, le cas échéant plus permissives. Il n'existe en effet aucune règle de droit européen qui permettrait de passer outre les monopoles accordés par le pays de situations aux notaires nationaux dans les transactions immobilières. Mais tout cela vient uniquement annoncer les difficultés de principe du traitement conflictuel applicable à la reconnaissance mutuelle. Or, celles-ci relèveront de manière visible la fragilité de son fondement juridique en droit européen.

Chapitre 2. Fragilité des sources

214. ***Opacité du principe***. Le problème pour les déductions tentées dans ce développement c'est que les applications de la reconnaissance mutuelle en jurisprudence demeurent très timides. Elles restent d'ailleurs souvent cantonnées à la circulation des marchandises[1024]. La C.J.U.E. ne l'a effectivement pas invoquée jusqu'à présent en matière de sûretés et d'autant moins n'a-t-il jamais été question de la faire jouer en matière hypothécaire[1025]. Or, cette réticence s'explique par la fragilité de son fondement. En effet, aucun texte ne laisse supposer que la reconnaissance mutuelle viendrait concrétiser une véritable liberté de choix quant à la loi applicable, désormais acquise par les particuliers dans tous les domaines qui touchent au droit européen. Certaines recherches estiment pourtant, inversement, que les applications de cette théorie dans le domaine des garanties réelles concrétiseraient une dérogation au rattachement classique *lex rei sitae* de leur régime[1026]. Elles partent du principe que les libertés économiques sous-entendent une "*norme conflictuelle cachée*", parmi les lignes des Traités. Or, il conviendra de clarifier que tel n'est pas le cas, car les règles du marché intérieur ne visent pas à assurer l'efficacité de tous les rapports internationaux entre les particuliers, sans considération de leurs effets concrets, comme dans la théorie homonyme de droit international privé traditionnel (***section 1***). Trahie par sa source textuelle, la reconnaissance mutuelle de l'arrêt *Cassis de Dijon* intervient en effet seulement si nécessaire pour remédier aux entraves injustifiées qui empiètent sur échanges, sans représenter en soi la cause de ces dernières (***section 2***). Son application au profit des hypothèques indépendantes implique ainsi de démontrer que le caractère accessoire de la sûreté nuit aux échanges.

[1024] La C.J.U.E. ne s'y réfère d'ailleurs que très récemment de manière explicite. V. l'arrêt C-110/05, *Commission c. République italienne*: Europe 2009, comm. 158, obs. A. Rigaux, point nº 34.

[1025] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 17.

[1026] V. par ex., J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 227-228, J. Basedow, pp. 22-25; P. Von Wilmowsky, pp. 117-121; B. Akkermans, pp. 525-538 et B. Akkermans/E. Ramaekers (cité *supra*, n. 878), pp. 22-23.

Section 1. Explication conflictuelle

215. ***Fonctionnement pratique***. Les problemes avec les applications envisagées pour la reconnaissance mutuelle dans le domaine des sûretés ressortent nettement une fois clarifié son intérêt pratique au soutien des projets relatifs à une eurohypothèque. En bref, il est dit qu'une règlementation européenne contraignante serait inutile tant que la reconnaissance mutuelle ferait en sorte pour que la main du marché puisse créer son environnement législatif optimal, de manière générale ainsi qu'en particulier, en matière de garanties réelles[1027]. Les discriminations à rebours contre les opérations internes entraineraient par la suite une pression constante sur les législateurs internes en direction du rapprochement nécessaire au bon fonctionnement des échanges (***A***). Mais cette mise en concurrence des techniques respectivement proposées dans les diverses règlementations nationales au titre de la reconnaissance mutuelle reposerait selon certains sur une fragilisation de leur rattachement traditionnel à la loi de situation (***B***)[1028]. Elle rappelle ainsi une théorie des années quatre-vingt-dix, selon laquelle tous les rapports économiques se trouveraient soumis, en vertu des Traités, à la loi de leur pays d'origine[1029]. Or, le défi resterait alors de préciser le contenu du rattachement conflictuel conforme aux exigences de la reconnaissance mutuelle[1030]. Le caractère insurmontable de ce défi permettra de surprendre les erreurs du raisonnement.

[1027] P. Von Wilmowsky, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, RabelsZ nr. 64/2000, p. 159. V. aussi, plus généralement, Communication de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt Cassis de Dijon, p. 3.

[1028] E. van den Haute, §417.

[1029] H. Spamann, p.1.

[1030] V. par ex., pour des rattachements proposés en matière de sûretés réelles, M. Polak (cité *supra*, n. 872), pp. 124-126.

A. Concurrence des lois

216. ***Préférence pour les hypothèques indépendantes***. Selon les recherches pertinentes à cet égard, la reconnaissance mutuelle devrait, en bref, permettre à la pratique de faire un choix comparatif entre les mécanismes de sûreté réelle proposés par les différents pays[1031]. Mais chaque Etat Membre de l'Union pourrait en théorie voir ses ressortissants traiter avec tous les autres Etats Membres[1032]. Il risque ainsi, à terme, d'avoir à faire au plus petit dénominateur commun législatif de ces autres pays, en l'espèce la technique de garantie la plus dérèglementée ou la moins impérative. Par exemple, les arrêts de la C.J.U.E. sur la reconnaissance des sociétés sont désormais censés avoir entrainé une ruée des particuliers vers les pays ou la constitution des personnes morales leur semble la plus flexible. Cet effet "*Delaware*" pousse en effet les opérateurs impliqués à rattacher leurs activités au cadre règlementaire le plus intéressant pour leurs activités[1033]. Or, les recherches relatives à une eurohypothèque espèrent justement que la reconnaissance mutuelle réalise une mise en concurrence similaire des garanties immobilières prévues par les différents droits internes[1034]. Dans ce contexte, il est escompté que la pratique se tournera vers les hypothèques indépendantes, telles que la dette foncière allemande, considérées plus intéressantes pour les parties[1035]. En effet, le garant en besoin accepterait sans doute, sur demande de son créancier, de fournir cet instrument. Il n'aurait par ailleurs aucun intérêt de le refuser si son bénéficiaire semble digne de confiance. Les parties devraient seulement prendre soin de

---

1031 G. Wunsch, p. 349.

1032 H. Spamann, p. 38: "*if a third state has a less strict rule, that third state's rule will apply to commerce originating in the third state (barring justification by legitimate interests of the state of destination), thus favouring commerce originating in that third state over commerce coming from the first two. The only way out is a rule which calls for the application of the most favourable rule (to commerce) of all the states of the union*".

1033 H. J. Sonnenberger (cité *supra*, n. 969), p. 101 et s.

1034 S. Nasarre-Aznar, p. 92; Ch. Schmid, pp. 61-62: "*this paper will analyse the various options available* (…) *to encourage political and legal processes which might ultimately lead to the creation of such an instrument. Strategically, these options involve* (…) *also other actors such as the ECJ and regulatory competition between different national laws. Mutual recognition of existing national security rights* (…) *could in theory be transferred to real property law, with the effect that Member States would – against the principles of lex rei sitae and numerus clausus of real rights – have to accept any real security created under the law of another Member State*".

1035 M. Wolf, p. 1942. Sur les applications des hypothèques indépendantes, v. *supra*, §§60-73.

correctement localiser la garantie pour les besoins de son traitement conflictuel, en ce sens de la placer dans un pays qui puisse aisément vérifier la condition de légalité initiale[1036].

217. ***Parallèle avec la dette foncière***. L'évolution historique de la pratique allemande confirme, par ailleurs, que la mise en concurrence de garanties immobilières profite spécifiquement aux hypothèques indépendantes[1037]. C'était assez inattendu pour le législateur du pays, car le B.G.B. retient seulement quelques lignes consacrées à la dette foncière. Ses rédacteurs avaient uniquement mentionné celle-ci dans les règlementations pertinentes par courtoisie envers certaines coutumes minoritaires qui validaient l'instrument[1038]. Sans doute que son succès vient y compris du fait que le choix de l'utiliser ou non relève entièrement du gré des parties. Ce choix ne suppose effectivement pas une localisation spécifique du bien ou un conflit de rattachements entre les différents Etats, comme dans les conditions de la reconnaissance mutuelle[1039]. Or, le problème en termes du droit européen reste justement que les opérateurs en *situation purement interne*, selon les qualifications pertinentes, ne pourraient alors aucunement profiter des libertés économiques explicitement ciblées sur les rapports interétatiques[1040].

218. ***Pression des opérateurs internes***. La reconnaissance mutuelle ne saurait en effet pas intervenir comme telle dans les opérations internes, qui n'impliquent aucun élément étranger. Les parties à ces opérations se trouvent, de ce fait, victimes face à leurs concurrents internationaux de la *discrimination à rebours*[1041]. Cela les conduit invariablement à revendiquer de leurs législateurs nationaux respectifs une situation comparable de point de vue juridique[1042]. Parfois même, le principe constitutionnel de non-discrimination suffit pour obliger les juges à faire en sorte

---

[1036] V. *supra*, §§203-209.

[1037] M. Wolf, p. 1942.

[1038] F. et J. Baur/R. Stürner, §§36.60-36.61.

[1039] V. *supra*, §§203-209.

[1040] D. Simon (cité *supra*, n. 965).

[1041] V. Heuzé, p. 401.

[1042] H. Spamann, p. 28; L. Radicati Di Brozolo, §7 note n° 51: "*de cela il peut résulter aussi en matière de droit privé une «concurrence entre systèmes juridiques» et une harmonisation spontanée par les Etats membres afin d'éviter les discriminations à rebours*".

pour que les opérateurs internes bénéficient du même régime que celui applicable aux relations extérieures[1043]. En ce sens, le professeur Mayer, par exemple, observe que le principe de reconnaissance "*tend à produire un alignement du droit sur le fait*"[1044], ainsi que plus spécifiquement sur les règles étrangères convoitées par la pratique[1045]. Certaines considérations publiques justifieraient sans doute, malgré tout, la persistance de certaines divergences législatives[1046]. Mais ces considérations seraient intuitivement disproportionnées lorsqu'un autre pays atteindrait les mêmes objectifs par le biais de règlementations moins intrusives pour le commerce[1047]. De plus, les éventuels contrôles juridictionnels auxquels serait soumise la justification présupposent un jugement de valeur qui les rend assez aléatoire[1048]. Pour combattre les discriminations à rebours, un alignement règlementaire sur le plus petit dénominateur commun se trouverait alors certainement plus opportun que ce pari sur le contrôle de proportionnalité. Or, cet alignement tend de manière visible à la dérèglementation des rapports en question[1049].

219. ***Dérèglementation progressive***. Le problème n'est pas même, en soi, cette pression qu'exercerait la pratique en direction du rapprochement législatif. Justement que si ce rapprochement tendrait à un alignement sur le régime actuel de la dette foncière par exemple, il n'y aurait pas vraiment de difficultés. Celui-ci protège désormais de manière adéquate le propriétaire. Les exceptions, telles que le remboursement du principal, sont maintenant automatiquement opposables à

[1043] C.J.C.E., C-448/98, *Guimont*, point nº 23.

[1044] Pierre Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, dans *Collectif*, «Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes», pp. 547-574, Dalloz 2005, Paris, p. 564.

[1045] O. Cachard, §§352-358.

[1046] V. *supra*, §190.

[1047] J. H. H. Weiler, p. 365.

[1048] V. *supra*, §192.

[1049] P.C. De Sousa, p. 121: "*the impact of the market freedoms is dynamic, as a consequence of the free movement of economic factors* (…) *some argue that this convergence results in a race-to-the-bottom in regulation – effectively, deregulation – while others contend that it leads to optimal levels of regulation instead* (…) *even if the adopted tests seek to protect existing levels of regulation put in place by States, deregulation may still emerge as a consequence of economic agents searching for the least onerous regulatory regime*".

tout bénéficiaire de cet instrument[1050]. Néanmoins, la course au plus petit dénominateur commun que devrait entrainer la reconnaissance mutuelle serait certainement un processus en perpétuelle évolution. En effet, chacune des législations internes concernées resterait capable de surenchérir par rapport au plus petit dénominateur commun qu'existe à un moment donné. Or, ceci reconfigurerait à chaque fois la pression règlementaire selon ce nouvel étalon. La reconnaissance mutuelle tendrait ainsi, par nature, à une dérégulation totale des domaines concernés[1051]. Tel serait donc le dénouement y compris si la reconnaissance mutuelle était appliquée aux "*techniques de financement*" auxquelles se réfère la Commission, ainsi qu'en particulier, aux hypothèques indépendantes visées par les projets relatifs à une eurohypothèque[1052]. À long terme alors, le seul moyen disponible pour contrecarrer cette déréglementation progressive deviendra l'adoption d'actes supranationaux, comme justement, des règlements et des directives européennes[1053].

220. ***Règlementations supranationales***. Une règlementation uniforme prise au niveau de l'Union en matière hypothécaire limiterait certainement la course au plus petit dénominateur commun dans ce domaine spécifique. Elle pourrait sans doute viser uniquement à harmoniser les dispositions pertinentes de droit international privé[1054]. En matière de sociétés par exemple, une règlementation conflictuelle uniforme censée harmoniser les règles nationales de rattachement serait ainsi devenue inéluctable selon certains auteurs[1055]. Un traitement conflictuel unitaire

---

[1050] V. *supra*, §40.

[1051] V. Heuzé, p. 401: "*il ne s'agit pas d'autre chose que de les amener, non seulement à aligner leur législation sur la plus libérale, mais encore à surenchérir par rapport à elle, dans la voie de la dérèglementation. Autrement dit, la thèse ici examinée ne poursuit manifestement pas d'autre but que d'étendre au droit des contrats, sinon à l'ensemble du droit privé, la concurrence, si profitable aujourd'hui à l'économie de l'Irlande et du Royaume-Uni que la jurisprudence Centros et Überseering précitée de la Cour de justice, oblige les Etats membres à se livrer en matière de droit et de fiscalité des sociétés*".

[1052] V. *supra*, §194.

[1053] P. C. de Sousa, «The European Fundamental Freedoms. A contextual approach», p. 121: "*the market freedoms trigger the possibility of the EU political process stepping in, so that the broader the concept of restriction used, the greater the prospect of re-regulation at EU level* (…) *this re-regulation, however, will be different from national regulation, inasmuch as the EU regulatory process has more numerous and diverse participants than national processes*".

[1054] "*La reconnaissance mutuelle est un puissant facteur d'incitation à l'unification de la règle de conflit de lois*": O. Cachard, §356.

[1055] H. J. Sonnenberger (cité *supra*, n. 969), p. 101.

écarterait précisément les divergences de rattachement, en tant que prémisses de la reconnaissance mutuelle. Cette solution pourrait alors se tenter aussi, par analogie, en matière de garanties réelles[1056]. La C.J.U.E. a justement déjà proclamé le principe de leur rattachement *lex rei sitae* dans l'affaire C-222/97, *Trummer et Mayer*, point nº 30. Il resterait alors uniquement de préciser le domaine de ce rattachement, notamment pour le délimiter des autres règles conflictuelles applicables, par exemple, la loi du contrat[1057]. Certes, le rattachement déduit par la Cour dans cette affaire suscite actuellement des critiques, pour empiéter lui-même, de manière paradoxale, sur les libertés économiques[1058]. La conformité du renvoi *lex rei sitae* aux principes du marché intérieur sera vérifiée ultérieurement. Mais, contrairement aux dispositions internes accusées de restreindre les échanges, les règlementations substantielles ou conflictuelles adoptées par l'Union ne sont pas contrôlées au titre de cette opportunité économique pour les besoins du commerce intracommunautaire[1059]. Et de toute façon, l'intervention réglementaire de l'Union dans le domaine des sûretés pourrait ne pas seulement venir harmoniser leur traitement conflictuel, mais aussi et surtout unifier les dispositions substantielles applicables.

221. ***Unification des règles matérielles***. Une règlementation commune en matière des garanties réelles pourrait également prendre la forme de normes matérielles censées remplacer le vide législatif de la dérèglementation réalisée par la reconnaissance mutuelle. Une solution similaire est là encore proposée en matière de sociétés, comme alternative à l'harmonisation des normes conflictuelles[1060]. Seulement, rien ne préjuge les choix politiques relatifs au contenu de cette règlementation commune. En effet, les inconvénients des discriminations à rebours se dépasseraient tout aussi bien par des dispositions censées valider les

---

[1056] M. Polak (cité *supra*, n. 872), p. 117-130. V. *supra*, §§203-209.

[1057] V. *supra*, §§206-207.

[1058] B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 33: "*the CJEU allows the lex rei sitae rule to govern the mortgage system, but is it not the lex rei sitae rule itself that forms the restriction to the movement of capital in this example, in the same way as it does in case of free movement of goods dealt with above? It is allowing the national law of Member State B to apply that increases the costs of the mortgage from Member State B. In other words, it is the lex rei sitae rule in combination with national property law from Member State B that restricts access to the capital market*".

[1059] V. *infra*, §299.

[1060] H. J. Sonnenberger (cité *supra*, n. 969), p. 101.

hypothèques indépendantes, qu'inversement par une interdiction uniforme de celles-ci dans tous les Etats Membres. Préparés justement à cet effet, les textes relatifs à une eurohypothèque viendraient alors, quand même, servir de modèle pour la première alternative. Ceux-ci envisageaient précisément dès le début leur applicabilité non seulement aux crédits transfrontaliers, mais aussi dans les rapports internes[1061]. Tout cela signifie en bref que l'idée derrière la reconnaissance des hypothèques étrangères au titre des impératifs du marché intérieur serait de confronter les législateurs internes et européens à un certain fait accompli en matière de crédit. Elle préparerait le terrain pour une harmonisation législative dans ce domaine, le cas échéant calquée sur les projets pour une eurohypothèque. Il reste de correctement situer le rôle de la volonté individuelle dans cette course règlementaire au plus petit dénominateur commun.

222. ***Volonté des parties et dérégulation***. Certains auteurs estiment, en effet, que la mise en concurrence des garanties internes au titre de la reconnaissance mutuelle abandonnerait aux parties le choix du pays dont les règles seront applicables à la constitution et aux effets des sûretés réelles[1062]. Cette liberté de choix ressemblerait à celle désormais prévue par le règlement Rome I en matière contractuelle[1063]. D'autres déduisent des libertés économiques de circulation le rattachement des garanties à la loi du pays d'origine, ou, alternativement, à la loi la plus favorable pour l'opérateur concerné si celle du pays destinataire lui profite davantage[1064]. Or, tous ces éléments se trouvent à la portée des personnes intéressées, libres ainsi de provoquer, par leur choix ou par la localisation du rapport juridique en pays étranger, les circonstances de la reconnaissance mutuelle. Cependant, cela suppose de contredire le rattachement classique *lex rei sitae* des

[1061] Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque, p. 13, B. II., point nº 4.1; H. G. Wehrens, p. 775 et O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 210.

[1062] V. not. P. Von Wilmowsky, p. 94-152.

[1063] Art. 3.1 du règlement Rome I.

[1064] V. not. J. Basedow, pp. 22-25 et 41-45; J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 227-228; P. Von Wilmowsky, pp. 1-3: "*die Herrschaft der lex rei sitae bildet das wesentliche Hindernis für einen Binnenmarkt der Sicherungsrechte* (…) *im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten bedarf die zwingende Anknüpfung dinglicher Rechtsverhältnisse an den Lagerort der Rechtsfertigung durch überragende Gemeinwohlbelange. Die Situsdoktrin ist nicht imstande, die abverlangte Rechtfertigung zu leisten*"; E.-M. Kieninger, pp. 122-126; G. Wunsch, pp. 317-334 reste quand même sceptique vu l'attraction intellectuelle exercée par la loi de situation.

sûretés réelles, en particulier pour ce qui est du traitement conflictuel de la nature accessoire. Mais cette explication fausse les observations sur le fondement de la reconnaissance mutuelle. Elle se limite en effet à reprendre une traduction plus générique en termes de droit international privé, désormais désuète, des libertés économiques[1065]. Or, celles-ci sauraient uniquement se voir contredites par les règles matérielles applicables aux rapports commerciaux, non pas également par des normes conflictuelles[1066]. Elles rappellent, ainsi, plutôt la théorie classique des droits acquis[1067]. Mais la volonté individuelle semble, par conséquence, regagner en importance, car le droit européen interdit de contrôler la réalité des liens entretenus par une relation économique avec son pays prétendument d'origine[1068].

B. Opacité du rattachement

223. ***Rattachement au pays d'origine***. Les recherches sur la reconnaissance mutuelle des garanties réelles étrangères laissent parfois entendre que le rattachement *lex rei sitae* de celles-ci contreviendrait aux exigences européennes. Il résulte cependant que les juges devraient alors remplacer ce rattachement par un autre, qui concrétiserait mieux la localisation du pays d'origine des rapports juridiques en question[1069]. Cette optique reflète ainsi une théorie plus ancienne, en ce sens que les libertés économiques reposent nécessairement sur une structure

---

[1065] V. par ex., J. Basedow, pp. 22-25; Peter Von Wilmowsky, *EG-Vertrag und kollissionsrechtliche Rechtswahlfreiheit*, RabelsZ nr. 62/1998, p. 1; L. Radicati Di Brozolo, §2; B. Akkermans/E. Ramaekers (cité *supra*, n. 878), pp. 22-23.

[1066] M. Audit, §26.

[1067] Horatia Muir Watt, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, Rev. crit. DIP 1986, pp. 425-455.

[1068] E. Pataut, p. 92, revendique dès lors "*l'exigence somme toute assez vague d'un «lien» avec le territoire d'un Etat Membre*" qui se revendiquerait d'origine.

[1069] V. par ex. J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 227-228: "*la disparition d'une sûreté par l'effet des règles de conflit serait en effet une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative* (…) *il faut ou bien remplacer la lex situs par la loi du pays d'origine ou bien compléter la lex situs par une règle matérielle qui préserve la validité d'une sûreté valablement constituée selon le droit d'origine*"; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 33: "*it is allowing the national law of Member State B to apply that increases the costs of the mortgage from Member State B. In other words, it is the lex rei sitae rule in combination with national property law from Member State B that restricts access to the capital market*"; E.-M. Kieninger, pp. 122-126.

conflictuelle. Selon celle-ci, il y aurait entre les lignes des Traités une "*norme conflictuelle cachée*", repérée dès les années cinquante dans une étude prémonitoire par René Savatier[1070]. Le professeur Basedow généralisera par la suite cette déduction, en affirmant que tous les rapports impliqués par le déplacement international des travailleurs ou des marchandises importées ainsi que la prestation transfrontière des services et la circulation des capitaux seraient, au titre des Traités, par principe soumis aux lois de leur pays d'origine[1071]. Les arrêts C-212/97, *Centros* et C-208/00, *Überseering*, sur la reconnaissance des personnes morales viendraient précisément confirmer cette perspective, en rattachant les sociétés ayant déplacé leur siège à la loi de leur pays initial[1072]. Le tout bien sûr, sauf intérêt public dûment justifié qui légitimerait, malgré tout, les rattachements classiques en vigueur[1073]. Les prolongements de cette théorie vont jusqu'à retenir que les activités de crédit seraient elles-mêmes régies de manière générale par la loi de la banque, localisée dans le pays de son siège social[1074]. Aucune surprise, dès lors, à ce que des recherches exhaustives se tachent de vérifier même la légitimité du rattachement *lex rei sitae* aux yeux de la reconnaissance mutuelle, vu l'importance des garanties pour le crédit[1075].

[1070] "*La libre circulation des marchandises* [...] *inclut un appel inévitable à une règle favorable de conflit de lois, celle qui, dans les rapports internationaux, respectera, sur les marchandises* [...] *circulant de pays à pays toute la plénitude des droits qui s'exerçaient initialement sur* [elles]": R. Savatier, *Le Marché commun au regard du droit international privé*, p. 237, cité par P. Lagarde, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Rev. crit. DIP 1997, p. 390.

[1071] J. Basedow, p. 5: "*der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gleichwertiger Regelungen in der Sache der Recht der Herkunftslandes für maßgeblich erkläre und dass die Normen des IPR der Mitgliedstaaten am Maßstab dieses Herkunftlandprinzips zu messen seien*". Contre cette perspective, v. déjà M. Audit, §58.

[1072] H. J. Sonnenberger (cité *supra*, n. 969), p. 131.

[1073] L. Radicati Di Brozolo, §4.1.

[1074] "*Si dans l'exercice de son activité bancaire dans les douze Etats membres, le banquier doit respecter les douze législations en matière contractuelle, n'est-ce pas là un obstacle de fait à la libre circulation de ses services ?* (…) *Dès lors, on est en droit de se demander si la libre circulation des services bancaires et la reconnaissance mutuelle des agréments n'impliquent pas la compétence de la loi de la banque dans toutes les relations contractuelles que cette banque pourrait nouer*": B. Sousi-Roubi (cité *supra*, n. 930), p. 183. Cela renforce les arguments exprimés en dehors de toute obligation internationale pour une application généralisée de la loi de la banque à ses activités étrangères: Jean-Pierre Mattout, «Droit bancaire international», 4e Edition, Revue Banque Edition, Paris, 2009, pp. 11-64.

[1075] V. not. B. Akkermans, *passim.*

224. ***La territorialité comme restriction commerciale***. A priori, même la solution sur le *Cassis de Dijon* semble venir en conséquence d'un raisonnement conflictuel, à cela près que les règles allemandes écartées relèvent du droit public[1076]. La conduite incriminée résulterait, dans cette perspective, de l'application territoriale de la loi locale allemande en lieu et place de celle française d'origine aux questions relatives à la commercialisation des liqueurs à faible teneur alcoolique. La décision reconnaitrait ainsi, implicitement, compétence règlementaire au droit français pour gouverner les rapports litigieux, comme s'il s'agissait d'un renvoi aux lois du pays exportateur. L'entrave aux principes du marché intérieur résulte alors nécessairement des rattachements conflictuels traditionnels[1077]. Ceux-ci empièteraient sur l'intégration européenne même lorsqu'ils ne discrimineraient pas ouvertement selon la nationalité ou l'origine des éléments pertinents[1078]. La difficulté devient néanmoins visible, dans cette perspective, lorsqu'il s'agit de localiser plus précisément le pays vers lequel devrait pointer ce raisonnement conflictuel tiré des libertés économiques.

225. ***Inadéquation du rattachement***. Déjà, les critères pour déterminer le pays d'origine, vers lequel devrait pointer le rattachement conflictuel dans chaque contexte donné, semblent assez aléatoires et varient selon les différentes hypothèses[1079]. Cela ne suffit pourtant pas comme contre-argument, car ces difficultés ne contredisent pas la légitimité comme telle de la norme conflictuelle sous-entendue entre les lignes des Traités. À long terme, la jurisprudence saura

---

[1076] "*Le droit européen, véritable droit d'intégration, ne se contente plus d'accomplir ses impératifs dans le seul droit privé* (…) *C'est le droit public et la territorialité traditionnelle, principe accompagnateur, qui succombent à la force de l'intégration*": Ch. Pamboukis, §3 n. 17.

[1077] H. Spamann, p. 30: "*the ECJ, it is argued, does not invalidate substantive rules of a state when applying the burden-test. Instead, the ECJ simply states a choice-of-law rule which says that the substantive rules of the state under scrutiny cannot be applied to interstate commerce, and that such interstate commerce is instead subject to the rules of its country of origin*"; L. Idot, §42, note 89; Léna Gannagé, *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. L'exemple du droit de la famille*, Rev. crit. DIP 2001, p. 1: "*la loi la plus appropriée n'est plus nécessairement celle qui entretient les liens les plus étroits avec le litige, elle est celle qui assure au mieux les objectifs du Marché commun*".

[1078] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 9 affirment que la *lex rei sitae* discriminerait en fait les opérations internationales. V. pourtant H. Spamann, pp. 5-6: "*is it discriminatory to apply a different law to a person in function of her different residence/nationality, because non-discrimination requires that people in otherwise (i.e., apart from residence/nationality) identical situations are submitted to the same rules? Or is it discriminatory not to apply a different law in function of her different residence/nationality, because equal treatment requires that everybody be submitted to their "own" law?*".

[1079] V. Heuzé, p. 408.

peut-être orienter une théorie détaillée sur la localisation des rapports économiques intracommunautaires selon leurs pays d'origine respectifs. Reste que ce caractère "*caché*", voir occulte des rattachements conflictuels déduits des Traités reflète, comme justement déduit par le professeur Heuzé, une vision assez contestable en termes politiques sur la cohérence démocratique du marché intérieur[1080]. Par ailleurs, ces rattachements impératifs directement déduites des Traités devraient, obligatoirement, primer aussi les normes conflictuelles des règlements européens adoptés en matière civile, hiérarchiquement inferieures aux libertés économiques garanties par le droit originaire[1081]. Cela viendrait même à l'encontre de la liberté de choix en matière contractuelle, prévue, comme vu ci-dessus, par l'art. 3.1 du règlement Rome I[1082], au moins, tant que les parties ne la subordonneraient pas loyalement à une préférence pour les lois du pays d'origine[1083]. Ensuite, les diverses règles de traitement conflictuel favorables aux consommateurs devraient elles-mêmes justifier point par point leur nécessité particulière, sauf à être supprimées comme contraires au rattachement vers le pays d'origine[1084]. Mais ces observations ne contredisent, là encore, pas de manière frontale la validité du raisonnement. Il en va uniquement de ses conséquences au niveau des détails. La principale critique contre ce rattachement conflictuel censé résulter des libertés économiques vise plutôt la difficulté de clarifier son contenu. Concrètement, le renvoi aux lois du pays d'origine, quelle que soit la localisation de celui-ci, risque parfois, paradoxalement, de gêner davantage le commerce que ne le feraient les règles matérielles désignées par les rattachements traditionnels, écartés au titre des libertés économiques.

[1080] V. Heuzé, p. 394: "*reconnaitre l'existence de règles cachées dans le traité de Rome obligerait à assumer l'idée que les citoyens européens, consultés pour leur conserver l'utile illusion de la paternité des règles, ont été délibérément trompés*".

[1081] Favorables à cette hiérarchie, B. Sousi-Roubi (cité *supra*, n. 930), p. 188 et L. Radicati Di Brozolo, §3-4. Selon le dernier, la Convention de Rome qui précède le règlement Rome I serait de ce fait paradoxalement désuète, car "*élaborée avant le développement de la nouvelle approche en matière de marché unique, à une époque ou en droit communautaire régnait encore l'illusion de la possibilité d'une harmonisation approfondie des législations*".

[1082] V. *supra*, §207.

[1083] V. Heuzé, pp. 400-409: "*le principe d'autonomie ne peut être utile qu'en tant qu'il permet de déroger à la compétence de la loi du pays d'origine; ou bien, en tant seulement qu'il incite le fournisseur à ne consentir à l'application de celle-ci qu'après s'être assuré qu'elle est pour lui la plus avantageuse*". Egalement en ce sens, M. Audit, §42; L. Idot, §43.

[1084] M. Audit, §43.

226. ***Loi d'origine défavorable***. Le renvoi au pays d'origine méconnaitrait certainement les objectifs de l'intégration économique lorsqu'il désignerait une loi d'origine qui s'avère, en fin de compte, plus restrictive que les règles normalement applicables dans le pays de destination[1085]. Les Etats Membres peuvent, en effet, également restreindre les échanges par leurs règlementations applicables comme pays d'origine, non seulement en tant que lieu de destination finale des produits ou des services. Il n'y a logiquement aucune raison pour imputer les entraves incriminées par les Traités exclusivement aux lois du pays importateur[1086]. L'art. 35 T.F.U.E. lui-même se tache de manière explicite à sanctionner également les restrictions commerciales imposées par les Etats à l'exportation des marchandises, non seulement celles à l'importation. Une telle restriction se manifesterait, par exemple, dans l'hypothèse renversée de l'affaire sur le *Cassis de Dijon*, si c'était la France et non pas l'Allemagne qui avait interdit la vente à l'étranger des liqueurs faiblement alcoolisés. Même plus, dans l'arrêt C.J.C.E., 59/82, *Schutzverband*, la Cour de Luxembourg a condamné précisément le rattachement conflictuel, par voie de règles internes, des opérations économiques aux lois du pays d'origine. Dans cette affaire en effet, le droit allemand avait changé complètement de perspective en conditionnant la commercialisation des vins importés par le respect des prescriptions requises dans la législation du pays exportateur. Or, cela empêchait la vente en Allemagne de certains vins produits en Italie, car celle-ci fixait elle-même un seuil minimal de concentration alcoolique pour les boissons proposées aux consommateurs sur son marché local. Au vu de cette conséquence, la Cour a considéré que le renvoi que réalise ainsi le droit allemand, même de cette manière si abstraite, vers les lois du pays exportateur, entravait la circulation des marchandises, dans les circonstances spécifiques de l'affaire[1087]. Dans le domaine de services, les juges arrivèrent à une solution similaire, par la décision C.J.C.E., C-384/93, *Alpine Investments*. Celle-ci porte sur une réglementation néerlandaise qui sanctionnait le démarchage téléphonique réalisé par des intermédiaires financiers, même lorsqu'il viserait des clients potentiels installés à l'étranger. Or, les Pays-Bas venaient ainsi précisément rattacher certaines activités transfrontières

[1085] J. Basedow, pp. 15-17; P. Von Wilmowsky, p. 94-152.

[1086] V. *infra*, §282.

[1087] C.J.C.E., 59/82, *Schutzverband*, point n° 12.

des opérateurs financiers à leurs lois d'origine, la loi néerlandaise en l'espèce. Les juges relevèrent pourtant l'effet restrictif de cette mesure sur la prestation intracommunautaire de services, là encore, dans les circonstances spécifiques de l'affaire[1088]. Ces arrêts confirment ainsi, par leur exemple, que les principes économiques des Traités ne commandent pas un rattachement absolu des relations commerciales aux lois de leur pays d'origine[1089]. La Cour de Luxembourg reconnait cela désormais même en termes formels[1090].

227. ***Rattachement plus favorable***. Il parait quand même envisageable de maintenir la thèse de cette norme conflictuelle cachée parmi les lignes des Traités, avec seulement une adaptation, en ce sens que les libertés économiques pointeraient en fait non pas vers le pays d'origine, mais vers celle des lois en conflit qui entrainera, dans les circonstances de chaque affaire, les conséquences les moins restrictives pour les échanges[1091]. Au moins, cela ne conduira plus à des entraves commerciales contraires aux règles européennes. Seulement, cette approche suppose, pour chaque problème posée par les affaires intracommunautaires, une analyse complexe quant à l'impact commercial potentiel de toutes les législations en conflit[1092]. Le professeur Basedow a tenté de faciliter cette tâche par une personnalisation des libertés économiques, en ce sens que cette meilleure loi pour les échanges correspond toujours à celle qui favorise le plus les producteurs ou les prestataires de services, parmi les lois en conflit sur un

---

[1088] C.J.C.E., C-384/93, *Alpine Investments*, points n[os] 26-39.

[1089] V. Heuzé, pp. 394-395; M. Audit, note n[o] 21.

[1090] C.J.C.E., C-233/94, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, point n[o] 64: "*il convient de constater, d'abord, qu'il n'a pas été démontré que le législateur communautaire a posé le principe du contrôle de l'État d'origine dans le domaine du droit bancaire avec l'intention de lui subordonner de manière systématique toutes les autres règles en ce domaine. Ensuite, ne s'agissant pas d'un principe établi par le traité, le législateur communautaire pouvait s'en écarter pourvu qu'il n'abuse pas de la confiance légitime des intéressés*".

[1091] J. Basedow, p. 15; H. Spamann, p. 31.

[1092] Selon certains, les juges devraient en raison de la complexité de cette tâche s'abstenir à statuer sur la conformité des normes conflictuelles aux exigences européennes. V. par ex., H. Spamann, p. 2: "*if one does not make unwarranted simplifying assumptions* (…) *the ECJ should therefore simply abstain from controlling non-discriminatory state choice-of-law rules* (…) *the whole discussion is nothing a federal court should bother about, unless it goes so far as to create its own federal choice-of-law rules*". La conclusion vise certainement par analogie tout juge interne qui applique le droit européen.

rapport donné[1093]. Son argument présume ainsi que "*les véritables moteurs de l'intégration économique*" sont "*non pas les demandeurs, mais les offreurs*"[1094] sur chaque marché donné. Le titre suivant critiquera plus en détail cette manière de personnaliser les libertés européennes[1095]. Mais cette présomption semble déjà, de par son affirmation même, assez spéculative. Le commerce ne saurait certainement pas fonctionner sans sécuriser les intérêts des consommateurs, ou plus généralement, des contractants respectifs des agents économiques impliqués dans le commerce international, eux-mêmes parfois des entrepreneurs actifs[1096]. Si jamais elle existe, une quelconque volonté des agents économiques ou de leurs contractants à se voir appliquée leur propre loi d'origine annulerait ainsi de manière réciproque celle des autres parties prenantes[1097]. De surcout, les sûretés réelles confirment, par leur régime, que le développement rationnel des échanges présuppose de ne jamais ignorer les intérêts des tiers, par exemple, en leur qualité de potentiels créanciers ultérieurs. Ceux-ci interviennent, par ailleurs, à leur tour en des opérations similaires comme parties. La course aux lois les plus favorables pour l'une seule des personnes impliquées dans les rapports d'affaires conduirait, dès lors, à un résultat de somme nulle, par rapport aux intérêts de toutes les parties prenantes. Par exemple, un créancier serait intuitivement content de se voir appliquée une règlementation qui rend sa garantie opposable aux intervenants ultérieurs sans publicité préalable[1098]. Mais celle-ci lui deviendrait subitement répugnante, lorsqu'un autre créancier se prévaudrait contre lui d'une garantie tout aussi occulte. De même, la réserve de propriété ou l'aliénation à titre de garantie lui

---

[1093] J. Basedow, 22-25: "*es gilt das dem Anbieter günstigere Recht; man kann von einem favor venditoris oder allgemeiner von einem favor offerentis sprechen*".

[1094] J. Basedow, p. 18 dans la traduction de V. Heuzé, p. 398.

[1095] V. *infra*, §271.

[1096] V. Heuzé, p. 397: "*les libertés communautaires s'entendent passivement aussi bien qu'activement* (…) *systématiquement avantager les fournisseurs dans leurs rapports avec leurs clients, c'est, en méconnaissance du traité privilégier un aspect des libertés communautaires au détriment de l'autre*".

[1097] H. Spamann, p. 47: "*it is dubious if one can even speak of the interest of a party to have her law applied as specifically "her" law, if (and only if!) that law happens to be favourable to her in a given case* (…) *why should any party's interest in having "her" law applied trump the symmetrical interest of the other party? Shouldn't the two cancel out?*".

[1098] J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 226-227. Selon l'auteur, la règle française qui impose la publication des garanties mobilières représente une restriction commerciale. Egalement en ce sens, E.-M. Kieninger, p. 181.

permettent certainement d'éviter le concours[1099]. Elles réduisent néanmoins la solvabilité du constituant aux dépens de tous ses autres créanciers[1100]. Défavorable à ceux-ci, la solution risquerait alors précisément à son tour l'accusation d'entrave.

228. ***Libre choix comme alternative***. Le rôle des tiers dans ce raisonnement empêche également de considérer, comme certains auteurs étrangers, que les libertés économiques abandonneraient aux parties le choix des lois applicables à leurs rapports[1101]. C'est une déduction réalisée à partir du droit européen originaire, parfois retenue également dans le domaine des garanties réelles[1102]. Mais l'autonomie de volonté, comme règle de rattachement conflictuel, ne devrait elle-même pas empiéter sur les échanges. Or, selon les statistiques, la liberté de choix en matière contractuelle ne semble pas même profiter à ses bénéficiaires directs, dans chaque opération[1103]. D'autant moins iraient alors ces derniers jusqu'à sacrifier, si besoin, leurs propres intérêts au nom des relations interétatiques, afin de protéger les tiers pour le besoin des échanges. Il suffit de penser à la tendance naturelle des gens à s'engager en des pratiques restrictives de concurrence[1104]. Or, l'affectation des garanties réelles est justement à même de préjuger la situation de tous les autres créanciers du constituant. Au moins dans ce cas, il semblerait très hypocrite de présumer les parties comme étant intéressées de soumettre leur relation aux lois les plus favorables pour les tiers[1105]. C'est justement la raison pour

---

[1099] Michael Wilderspin/Xawier Lewis, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats* membres, Rev. crit. DIP 2002, p. 1. Sur l'emploi de la propriété comme garantie des créances, v. not. P. Crocq (cité *supra*, n. 20), p. 9 et s.

[1100] V. par ex. L. Aynès (cité *supra*, n. 11), §19: "*une garantie de cette nature, surtout, risque d'aboutir à l'aliénation totale du patrimoine de l'entrepreneur, entièrement affecté à la dette, tant qu'un centime reste dû*".

[1101] V. par ex., J. Basedow, pp. 27-28; H. Spamann, p. 36; L. Radicati Di Brozolo, §4.1. Cet auteur valide paradoxalement l'autonomie de volonté seulement pour autant que les parties renvoient loyalement au pays d'origine.

[1102] P. Von Wilmowsky, p. 94-152; G. Wunsch, pp. 319-321. V. aussi, Georges Khairallah, «Les sûretés mobilières en droit international privé», Coll. Droit Civil, Economica, 1984, *passim*, pour un principe de libre choix en dehors des fondements spécifiques à l'intégration économique.

[1103] V. Heuzé, p. 400.

[1104] Sur le rapport entre l'intégration européenne et l'autonomie de volonté, v. plus largement, Josef Drexl, *La Constitution économique européenne – l'actualité du modèle ordolibéral*, Rev. int. dr. ec., n° 2011/4 (t. XXV), pp. 435-436.

[1105] H. Spamann, p. 45: "*contractual choice-of-law clauses are no solution in all those cases where the parties affected by the choice-of-law are not in a contractual relationship. Contractual choice-of-law clauses work only for contracts, and only for those problems of the contract that affect only the parties themselves*".

la préférence traditionnellement accordée dans cette matière à la loi de situation, en tant qu'élément stable de référence[1106]. Il résulte que l'autonomie de volonté risquerait elle aussi de restreindre les échanges transfrontières, seulement, cette fois-ci, par l'œuvre des parties[1107]. Cela signifie simplement que les Traités ne lui délèguent certainement pas, à titre général, le choix des lois applicables aux rapports économiques internationaux. Des critiques identiques compromettraient, ainsi, la légitimité de tous les autres rattachements imaginés pour traduire les principes du marché intérieur, également, par exemple, celui qui accorderait compétence à la loi de la banque pour régir toutes ses relations de crédit[1108]. Aucun de ces rattachements ne serait à même de garantir dans toutes les hypothèses contre les résultats potentiellement nuisibles pour les échanges, tant que le contenu substantiel des règles ainsi rendues applicables continue de relever des législateurs internes[1109]. Il convient de démontrer que cette impossibilité de cerner le contenu du renvoi conforme aux exigences européennes vient du fait que, apurée de toutes ces présomptions, le rattachement à la loi plus favorable pour le commerce au titre des libertés économiques ne saurait se traduire en raisonnement conflictuel[1110].

229. ***Préjugé sur le fonds***. Même dépersonnalisée des présomptions favorables à certains opérateurs économiques, une "*norme conflictuelle cachée*" qui serait centrée sur la recherche de la meilleure loi pour les échanges parmi celles en conflit dans chaque rapport donné conditionne visiblement son application par les effets concrets des règles matérielles qu'elle désigne. Déjà que la possibilité qui en découle pour les juges internes de prendre position sur la rationalité économique et la justification commerciale des lois étrangères semble assez inacceptable en

---

[1106] Y. Flour, §§110-113. La *lex rei sitae* semble précisément mieux vérifier le test d'opportunité économique que les autres options de rattachement: Boudewijn Bouckaert, *Divergences of the Law on Securities. A Law and Economics Approach*, dans Ulrich Drobnig/Henk J. Snijders/Erik-Jan Zippro (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 175, pp. 175-194: "*as parties could contract relatively exotic securities, not well known in the jurisdiction where the litigation occurs, information costs within credit markets would increase a lot* (…) *abandoning the «lex situ» is very inefficient*".

[1107] V. plus largement, *infra*, §§276-278.

[1108] V. *supra*, §223.

[1109] H. Spamann, p. 54: "*if a federal choice-of-law rule allocates legislative authority badly, a state whose policies are undermined by the choice-of-law rule is left entirely to the mercy of those other states whose law will be applicable under the rule*".

[1110] H. Spamann, p. 39: "*the very costs which may constitute a burden under the burden-test, choice-of-law costs, are not only hard to ascertain, but do not point in any fixed direction*".

termes politiques[1111]. Mais la difficulté vient surtout du fait que par définition, les normes conflictuelles classiques ne préjugent jamais la solution concrète des litiges[1112]. Or, les libertés européennes convoitent certainement une finalité spécifique, la suppression des entraves au commerce. Leur intervention se montre dès lors insensible non pas au résultat concret du litige, mais, bien inversement, à la méthode pour l'atteindre. Dès lors, leur violation elle-même ne saurait se réparer en bouleversant les normes conflictuelles traditionnelles ou la territorialité du droit public, mais en intervenant directement sur les faits ou sur les règles matérielles incriminées[1113]. Les principes du marché intérieur rappellent ainsi plutôt les «principes de préférence» dégagés par la doctrine américaine, qui soumettent, par exemple, la responsabilité délictuelle à la loi la plus favorable pour la victime[1114]. En revanche, un raisonnement conflictuel traditionnel ne préjugerait pas la solution sur le fonds à ce point de rendre inutile tout critère de rattachement[1115].

230. ***Légitimité des rattachements internes***. Il existe certainement des autres règles similaires en droit international privé, qui conditionnent, en quelque sorte, la détermination de la loi applicable par la solution concrète qu'entrainera son application dans un du litige donné, comme en droit de la famille, par exemple[1116]. Mais celles-ci impliquent quand même un raisonnement conflictuel préalable, pour correctement identifier les lois applicables, parmi lesquelles il s'agira de choisir, par

---

[1111] H. Spamann, p. 18.

[1112] H. Spamann, pp. 17-18.

[1113] Paul Lagarde, *Rapport de synthèse*, dans Angelika Fuchs/Horacia Muir Watt/Etienne Pataut (dir.) «Les conflits de lois et le système juridique communautaire», Dalloz, 2004, §1.

[1114] P. Mayer/V. Heuzé, §142.

[1115] L. Idot, §§8-10: "*la construction communautaire a eu pour premier objectif la création d'un marché commun* (…) *tel n'est pas l'objet, sinon du droit international privé, du moins du droit des conflits de lois qui, dans sa conception contemporaine, constate les particularismes nationaux* (…) *le droit international privé s'intéresse avant tout aux méthodes de règlement des conflits tandis que le droit communautaire, largement indifférent aux méthodes, se préoccupe du résultat final*"; E. Pataut, p. 84: "*l'intervention du droit communautaire, pour sa part, ne sera justifiée qu'au vu du résultat, la reconnaissance, et non des conditions, la règle de conflit de lois*".

[1116] V. art. 10 du règlement (UE) nº 1259/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Celui-ci renvoie à la loi du for si la règle indiquée par le rattachement normalement applicable "*ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps*". V. aussi P. Mayer, p. 29, sur les rattachements alternatifs pour un rapport valable selon au moins l'une des lois en conflit.

la suite, celle qui est la plus favorable. Leur mécanisme reflète ainsi non pas une incompatibilité, mais plutôt une juxtaposition à la méthode conflictuelle. Tout cela signifie que les libertés économiques ne sauraient, en raison de leur nature même, abriter une "*norme conflictuelle cachée*" qui contredirait les règles internes de droit international privé[1117]. Si tel était le cas en effet, les juges nationaux devaient à chaque fois indiquer au visa de leurs arrêts les règles matérielles étrangères applicables au titre des principes du marché intérieur en vertu desquelles ils ont rendu leur jugement. Or, la C.J.U.E. n'a jamais mis à leur charge une telle obligation[1118]. Reste quand même l'argument des coûts engagés par les opérateurs pour s'informer et se conformer aux différentes lois applicables à leurs activités internationales, comme justification du renvoi au pays d'origine[1119]. Mais ces coûts ne disparaitraient pas même en cas de rattachement uniforme, car les opérateurs devraient là aussi prendre connaissance des dispositions matérielles pertinentes. Par ailleurs, le contenu substantiel des lois étrangères, autres que celles auxquelles les parties étaient habituées, pourrait en fait, selon le cas, s'avérer plus favorable aux échanges que la loi du pays d'origine ou que les autres renvois imaginés en déduction des principes du marché intérieur. Or, les critiques pour incompatibilité avec les libertés économiques se relativiseraient alors selon les conséquences concrètes de chaque litige[1120]. En fin de compte, tout dépendrait nécessairement, dans cette perpsective, des règles substantielles applicables[1121]. De même alors pour la conformité contestée de la *lex rei sitae* aux exigences européennes.

[1117] V. par ex. P. Mayer/V. Heuzé, §130: "*il faudrait que la règle de conflit dont elle contrarie le jeu* (…) *fut elle-même imposée par le droit communautaire. Or, tel n'est pas le cas: dans le silence du Traité, les Etats membres sont totalement libres de soumettre les relations privées aux règles de leur choix*". V. aussi, T. Ballarino (cité *supra*, n. 969), §7.

[1118] T. Ballarino (cité *supra*, n. 969), §2.

[1119] V. Heuzé, p. 397: "*l'unique justification que l'on avance en faveur de la loi du pays d'origine est que la diversité des législations* (…) *oblige les entreprises à se tenir informés de l'état du droit en vigueur dans chacun des pays dans lesquels elles envisagent d'exercer leur activité et, le cas échéant, à se confirmer à ses exigences*".

[1120] L. Radicati Di Brozolo*,* §4.1 admet lui-même que l'incompatibilité des règles conflictuelles internes avec les exigences européennes "*ne semblerait toutefois pouvoir se fonder que sur une appréciation une fois pour toutes des effets restrictifs de la règle de conflit considérée en elle-même, abstraction faite des conséquences de son application dans les cas d'espèce*".

[1121] L. Idot, §45 : "*il n'est pas possible pour autant d'en déduire l'existence d'une règle de conflit cachée* (…) *la Cour de justice n'opère pas un contrôle horizontal et ne choisit pas entre la loi d'origine et la loi du marché, elle exerce un contrôle vertical et matériel en confrontant aux exigences communautaires la norme nationale*".

231. ***Conclusion de section. Compatibilité de la lex rei sitae***. Aucune disposition des Traités ne postule en fin de compte le droit pour le banquier de pratiquer son activité selon la loi de son pays d'origine, afin de proposer des services ou de recevoir des sûretés interdites par la législation des autres Etats où il exercerait ses activités [1122]. Sinon, les consommateurs, ainsi que toutes les autres parties prenantes devraient, eux aussi, bénéficier de la même possibilité, car ils méritent à leur tour la protection offerte par chacune de leurs lois respectives. Il se confirme ainsi, de manière générale que les normes conflictuelles internes ne sauraient, de par leur nature, jamais empiéter sur les principes du marché intérieur. Les libertés économiques, tout comme le droit originaire européen dans son ensemble, s'intéressent en effet strictement aux conséquences concrètes, sur le fonds de chaque affaire, non pas aux méthodes pour les atteindre, ce qui les différencie de manière structurelle par rapport aux règles de droit international privé. Cette chasse aux rattachements conflictuels unifiés qui traduiraient de manière adéquate les impératifs économiques du marché intérieur reflète ainsi plutôt, selon le professeur Spamann, une "*campagne de la désespoir*" contre les rattachements conflictuels traditionnels [1123]. Il en va de même alors en particulier pour les règles locales applicables à une quelconque garantie réelle en tant que loi de situation. Sans doute que celles-ci seraient, le cas échéant, capables de rendre les garanties étrangères totalement ou partiellement inefficaces. Mais cette inefficacité reste certainement imputable aux dispositions matérielles applicables, non pas à la *lex rei sitae*, comme norme conflictuelle [1124]. Dans un autre contexte et selon les règles nationales incidentes, ce même rattachement pourrait en effet designer des lois indiscutablement favorables aux échanges. Or, la cohérence du raisonnement interdit de considérer le renvoi *lex rei sitae* parfois conforme, mais autrefois contraire aux libertés économiques. Il vaut, dès lors, mieux considérer que la prohibition des entraves au marché intérieur se traduit tout au plus par une interdiction d'appliquer certaines règles substantielles normalement compétentes, sans emprunter la

[1122] E. van den Haute, §417.

[1123] H. Spamann, p. 42: "*it looks almost like an act of desperation to scrutinize national choice-of-law rules under a highly complicated burden-test analysis with, usually, little results*".

[1124] J. W. Rutgers, p. 11: "*the choice of law rule does not indicate any effects of the lex rei sitae on the free movements. Only when the content of French substantive law is also taken into account, it is possible to determine whether the lex rei sitae results in an impediment of trade*".

méthode du rattachement aux lois d'origine ou à la loi la plus favorable[1125]. Sans doute que les différences règlementaires entre les pays entrainent parfois des restrictions commerciales. Si les juges estiment que ces divergences empiètent sur les échanges, le droit européen maintiendra les relations ou les expectatives légitimement rattachées à l'étranger, malgré les éventuelles interdictions locales. Toute *"norme conflictuelle cachée*" qui désignerait une quelconque loi spécifique comme applicable ou en accorderait le choix aux parties supprimerait précisément le conflit de rattachements entre les pays impliqués[1126]. Or, celui-ci reste par définition nécessaire pour justifier la reconnaissance mutuelle[1127]. Néanmoins, cela rappelle non pas un raisonnement conflictuel, mais plutôt la reconnaissance des situations comme théorie classique du droit international privé.

Section 2. Conditionnement économique

232. ***Fondements divergents***. Les similarités, en termes de contenu, entre la reconnaissance mutuelle et la théorie homonyme des droits acquis à l'étranger semblent confirmer les conclusions optimistes sur une harmonisation négative des techniques de garantie réelle. Sans doute, la reconnaissance des situations, comme méthode de droit international privé, touche à ses limites précisément en matière de sûretés réelles, vu le conflit avec les droits tout aussi légitimement acquis par les autres parties prenantes, telles que les créanciers subséquents. Or, le droit européen écarte ces critiques par la teneur impérative des dispositions applicables (***A***). Mais les questions liées au fondement du principe en droit européen posent problème (***B***), car les Traités ne retiennent aucun principe autonome de reconnaissance mutuelle qui sécuriserait toutes les prévisions des individus impliqués dans les rapports économiques internationaux. Le but des libertés économiques n'est en effet pas de garantir aux particuliers la cohérence de leurs

[1125] M. Audit, §§26-37; M. Fallon (cité *supra*, n. 936), §46.

[1126] V. *supra*, §208.

[1127] E. Pataut, p. 84: "*il ne s'agit donc pas d'une règle de conflit de lois libérale, permettant aux parties de choisir le droit applicable* (…) *c'est bien parce que les règles de rattachement sont différentes d'un Etat à l'autre que les associés peuvent profiter de cette diversité pour se placer sous l'empire d'une règle qu'ils jugeront particulièrement accueillante*".

relations juridiques, mais strictement de favoriser le développement des échanges interétatiques.

A. Protection apparente des droits acquis

233. ***La reconnaissance traditionnelle***. La reconnaissance des situations comme méthode classique de droit international privé propose de valider, avec l'entièreté de leurs effets, les relations légitimement nouées à l'étranger, alors même que cela méconnaitrait certaines interdictions retenues par la loi rendue applicable selon les normes conflictuelles du for[1128]. Son principe tend à préserver la cohérence des rapports internationaux. Il se rapproche ainsi, par ses objectifs, de l'*exequatur*, qui vise la reconnaissance des jugements étrangers, duquel il ne se différencie qu'en termes quantitatifs, par le volume des effets acclimatés en droit local[1129]. Sans doute que l'*exequatur*, censé simplement confirmer une certaine équivalence des jugements rendus par les tribunaux étrangers aux décisions internes parait plus ponctuel dans ses ambitions[1130]. Mais il se dispense tout aussi bien des règles conflictuelles applicables dans le pays requis, celui dans lequel le jugement étranger sera utilisé[1131]. Ces méthodes se justifient de manière similaire, par une certaine universalité des concepts juridiques et des institutions sociales, qui permettrait, selon la théorie, de passer outre les différences internes[1132]. Le mariage, la filiation

[1128] Dominique Bureau/Horatia Muir Watt, «Droit international privé. Tome I Partie générale», 3ème édition, Thémis Droit, P.U.F., Paris, 2014, §§569-581. V. aussi, particulièrement en matière de garanties mobilières: Y. Flour, §117.

[1129] Ch. Pamboukis, §8: "*les rapports juridiques privés acquièrent une «suffisance normative» - à l'instar des sentences arbitrales* (…) *la conséquence majeure au niveau de l'analyse est que normalement on devra respecter l'intégrité du rapport juridique au plan international ou, en d'autres termes, éviter que l'extranéité ne perturbe son intégrité, sa cohérence internationale*".

[1130] P. Mayer (cité *supra*, n. 1044), p. 547. La reconnaissance des jugements étrangers "*s'épuise dans la constatation de l'aptitude de la décision étrangère à produire un effet normatif quant aux points de droit qu'elle tranche*": Note de H. Muir Watt sous CA Paris, 4 juin 1998: Rev. crit. DIP 1999, p. 116.

[1131] Paul Lagarde, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés*, dans Paul Lagarde (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 20.

[1132] "*Il serait inadmissible qu'en passant d'un Etat dans un autre un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille, qu'il avait régulièrement acquises*", selon Antoine Pillet, cité par P. Mayer, p. 28.

ou même les relations contractuelles[1133] transcenderaient ainsi leur sanction étatique, variable selon les systèmes de droit[1134]. Cependant, les règles internationales actuelles codifient assez rarement les expressions concrètes de la reconnaissance des situations[1135]. Par ailleurs, son principe comme tel n'a pas "*bonne réputation*" en droit français[1136]. Toutefois, des plumes autorisées en assimilent la méthode à celle de la reconnaissance mutuelle, telle que déduite du contentieux sur le *Cassis de Dijon* en droit européen[1137]. Celle-ci représenterait une renaissance-métamorphose de la reconnaissance des droits acquis en droit international privé[1138], elle-même contraire à la technique conflictuelle, qui vient précisément respecter les rattachements conflictuels prévus par la loi du for saisi[1139]. Les deux négligent en effet de manière similaire les rattachements internes et préjugent la solution sur le fonds du litige, en ce sens de privilégier la validité des rapports litigieux[1140]. Néanmoins, cette délimitation de la logique conflictuelle amorce les principales critiques apportées contre la méthode des droits acquis. La similarité avec la reconnaissance mutuelle suppose une prise de position sur les éventuelles analogies à cet égard.

[1133] Ch. Pamboukis, §21, note nº 55.

[1134] Ch. Pamboukis", §14 en déduit parfois uniquement une présomption relative de validité, contestable devant les juges de destination. Mais tout rapport interpersonnel se présume légal jusqu'à la preuve contraire.

[1135] V. les quelques applications recensées par Hans van Loon, *La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye*, dans Paul Lagarde (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, pp. 121-133 et par Ch. Pamboukis", §3 note nº 16.

[1136] P. Mayer (cité *supra*, n. 1044), p. 548; E. Pataut, p. 72.

[1137] E. Pataut, p. 83; D. Bureau/H. Muir Watt (cité *supra*, n. 1128), §581; S. Bollée (cité *supra*, n. 1005), p. 113; Christian Kohler, *La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union Européenne: le cas du nom patronymique*, dans Paul Lagarde (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, pp. 67-68; P. Callé/P. Pasqualis/P. Wautelet/C. Nourissat, p. 6: "*les exigences de libre circulation semblent ainsi impliquer* (…) *la reconnaissance des situations qui se sont cristallisées dans un ordre juridique*"; Erik Jayme/Christian Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?*, IPRax 2001, pp. 501-514; Ch. Pamboukis", §10; P. Mayer, pp. 27-28 considère qu'en droit européen, la théorie viserait "*la reconnaissance de normes, et non de situations*", mais il resterait de vérifier l'impact de cette distinction.

[1138] Ch. Pamboukis, §12.

[1139] P. Mayer/V. Heuzé, §113.

[1140] Ch. Pamboukis, §39: "*la conséquence* (…) *est, bien entendu, l'inapplicabilité de la règle de conflit en tant que méthode de localisation, car l'existence du rapport rend cette recherche inutile*".

234. ***Localisation de l'acquisition***. Les critiques contre la théorie des droits acquis affirment que tout droit subjectif se légitime uniquement par l'ordre normatif qui valide son existence. En bref, les prérogatives qui en découlent "*n'existent pas dans l'absolu*"[1141], de manière universelle et sans une quelconque sanction étatique. Cela pose le défi de déterminer un critère, nécessairement diffèrent de la méthode conflictuelle, pour identifier le système selon lequel tel ou tel droit serait ou non traité comme valablement acquis, en préalable à sa reconnaissance en pays étranger[1142]. Déjà, ce problème rappelle précisément les difficultés de vérifier la condition de légalité initiale inspirée de l'arrêt sur le *Cassis de Dijon*[1143] pour les besoins de la reconnaissance mutuelle, ainsi que le défi de clarifier les critères uniformes pour localiser le pays d'origine selon les règles européennes[1144]. Or, si le for requis appliquerait comme critère de localisation internationale du droit prétendument acquis ses propres rattachements conflictuels, la reconnaissance des situations ferrait simplement double emploi aux raisonnements classiques de droit international privé[1145]. De même si les instances saisies se tacheraient de vérifier la mesure en laquelle la situation litigieuse présente "*des liens suffisants avec l'Etat d'origine pour justifier que des droits y soient d'abord acquis*"[1146]. Les critères le cas échéant imaginés à cet effet par le juge se limiteraient en effet à remplacer les normes conflictuelles explicites prévues par sa législation nationale avec les

---

[1141] P. Mayer/V. Heuzé, §114: "*un droit subjectif n'existe pas dans l'absolu. Il n'en est rien d'autre que l'application d'une règle de droit objectif à une situation de fait individuelle*"; E. Pataut, p. 73: "*pour reconnaitre si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devons juger de leur acquisition*".

[1142] Ch. Pamboukis, §§13-16: "*contre la théorie des droits acquis, Savigny, semble-t-il, mais certainement Bartin repris par Pillet, défendant le légalisme, ont objecté que pour reconnaître si des droits étaient bien acquis, il fallait d'abord savoir d'après quel droit local nous devions juger leur acquisition, en faisant de la règle de conflit l'outil incontournable et enlevant à la doctrine des droits acquis toute utilité*".

[1143] V. Heuzé, pp. 395-396, n. n° 5: "*dans la mesure cependant ou les droits subjectifs n'ont aucune existence indépendamment de la loi qui les consacre, cette approche n'a de sens qu'en tant qu'elle postule que la loi en question est celle du pays d'origine*".

[1144] V. *supra*, §225.

[1145] S. Bollée (cité *supra*, n. 1005), p. 116: "*tout le sens de la méthode de la reconnaissance est de déconnecter le traitement de la situation de la règle de conflit bilatérale du for*"; Ch. Pamboukis, §§9-18: "*il convient de sauvegarder autant que possible la cohérence internationale du rapport juridique privé en cause, qu'il convient d'éviter au maximum les situations et rapports boiteux. Et cela au prix de l'effacement partiel de la règle de conflit*".

[1146] O. Cachard, §352.

produits de sa création, tout en partageant leur structure[1147]. Faire de la reconnaissance une méthode à part supposerait alors pour le juge de considérer "*avec beaucoup de libéralisme*"[1148], qu'il ne lui appartient pas de localiser par lui-même ou au titre des rattachements conflictuels du for la situation déduite devant lui. Les règles substantielles applicables par voie de conséquence ne relèveraient, dans cette perspective, pas à proprement parler des volontés individuelles[1149]. Mais les effets en seraient similaires[1150]. Il ne resterait, comme solution, qu'à s'incliner devant la localisation des rapports litigieux réalisée par un quelconque pays étranger, dont les règles matérielles valident le comportement en question[1151]. La reconnaissance réaliserait dès lors "*un alignement du droit international privé du for sur celui d'un autre Etat*"[1152]. Ce véritable abandon de la souveraineté règlementaire nationale se justifie, parfois, afin de respecter les prévisions des particuliers dans la conduite de leurs affaires[1153]. Mais la théorie des droits acquis touche à ses limites justement en matière de sûretés réelles.

235. ***Conflit des droits acquis en matière de sûretés***. Dans le domaine des garanties réelles, la reconnaissance des situations étrangères rentre en conflit avec les intérêts tout aussi légitimes des autres parties prenantes impliquées. Il en va de la protection que méritent par la suite aussi les rapports subséquents articulés sur l'assiette. Valider des droits étrangers inconnus dans le pays de situation bouleverserait en effet les prévisions des autres créanciers actuels ou potentiels du

---

[1147] P. Lagarde, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés*, pp. 22-23, selon lequel une condition "*de proximité* (…) *risque de vider la reconnaissance de sa substance et de ressusciter indirectement la condition relative à la loi applicable*"; Ch. Pamboukis, §56 se montre néanmoins plutôt favorable à une telle condition.

[1148] O. Cachard, §353.

[1149] E. Pataut, p. 91.

[1150] P. Callé/P. Pasqualis/P. Wautelet/C. Nourissat, p. 6.

[1151] P. Mayer/V. Heuzé, §115; Y. Flour, §124bis: "*déclarer un droit «acquis», donc intangible, c'est tout simplement affirmer que la question posée est du ressort de la loi ancienne*"; Ch. Pamboukis, §15; P. Lagarde (cité *supra*, n. 1113), §3: "*cette obligation de reconnaitre ce qui s'est passé à l'étranger conformément à la loi locale* (…) *c'est aussi, pour l'Etat de reconnaissance, renoncer à imposer le respect de ses propres lois, notamment de ses règles de rattachement, à la situation constituée à l'étranger*".

[1152] E. Pataut, p. 75, qui cite les professeurs Droz et Francescakis.

[1153] P. Mayer, pp. 32-33; Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, «L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé», thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Coll. «Bibliothèque de droit privé», t. CLXXVIII, 1984, p. 95.

constituant, qui se fiaient aux règles matérielles et aux interdictions normalement applicables au titre de la *lex rei sitae*[1154]. Même les partisans des droits acquis privilégient dans cette hypothèse les intérêts des autres parties prenantes qui parient sur les solutions prévues par la loi de situation. Leurs conclusions pour cette matière se tiennent, dès lors, explicitement fidèles au rattachement classique *lex rei sitae*, au motif que les sûretés réelles restent des droits sans exportation juridique possible[1155]. En fin de compte, l'objectif de garantir autant que possible l'efficacité des rapports internationaux allait inévitablement se retrouver dans l'impasse devant le défi d'arbitrer entre la prévisibilité des différentes relations de crédit[1156]. Son fondement intuitif le trahit ici, vu l'équivalence des intérêts à défendre[1157]. Cependant, la reconnaissance mutuelle de droit européen semble précisément reposer sur un autre fondement juridique, plus robuste.

236. ***Impératif européen***. Dans la reconnaissance mutuelle déduite de l'affaire sur le *Cassis de Dijon*, la courtoisie de la reconnaissance traditionnelle de droit international privé, qui se limite à une simple invitation d'accepter l'emprise des souverainetés étrangères pour garantir la prévisibilité des rapports individuels se trouve remplacée par l'impératif des Traités. Au titre de cet impératif justement, la Cour de Luxembourg interdit aux juges internes de censurer la légitimité de l'appropriation d'un quelconque rapport juridique par les règlementations en vigueur dans un autre Etat Membre[1158]. C'est particulièrement le cas en matière de

[1154] Y. Flour, §§124bis: "*la même vertu* (…) *qui fait qu'un droit régulièrement acquis dans un pays a sa valeur dans tous les autres, doit aussi avoir, pour les mêmes raisons, encore cet effet qu'un nouveau droit acquis dans un pays quelconque détruit totalement, ou pour partie, un droit ancien acquis dans un pays diffèrent et inconciliable avec lui*".

[1155] Y. Flour, §§124bis-125.

[1156] S. Bollée (cité *supra*, n. 1005), p. 116.

[1157] P. Lagarde (cité *supra*, n. 1131), pp. 24-25.

[1158] P. Lagarde (cité *supra*, n. 1113), §3: "*lorsque la loi d'un Etat membre s'est appliquée à une situation déterminée, il n'est pas rare que le principe de libre circulation impose la reconnaissance de la situation ainsi créée dans un autre Etat membre, même lorsque cette situation a des liens étroits avec cet autre Etat membre*".

sociétés[1159], de noms patronymiques[1160] ou de la nationalité régulièrement acquise à l'étranger[1161]. Cela contraint les autorités nationales, comme dans la théorie des droits acquis, à ne pas invalider les relations qui en découlent au titre de la loi normalement compétente. Or, la Commission souligne, comme vu ci-dessus, depuis quelque temps déjà, la vocation universelle de la reconnaissance mutuelle [1162]. Elles concerneraient également, selon celle-ci, les techniques hypothécaires étrangères[1163]. Cette équivalence des résultats avec la théorie des droits acquis justifie dès lors certainement les recherches quant à son application aux sûretés en général et aux hypothèques indépendantes en particulier [1164]. Néanmoins, cette conclusion présuppose que les Traités sous-entendent une reconnaissance générique des droits régulièrement acquis dans un quelconque Etat Membre qui en revendique l'origine. Or, tel n'est pas le cas.

B. Identification nécessaire de la restriction commerciale

237. ***Réticence envers la reconnaissance mutuelle***. Déjà, la Commission admet elle-même combien la reconnaissance des techniques bancaires et financières provoquerait des complexités imprévisibles dans les législations nationales, car "*le domaine n'est pas homogène*"[1165]. En opportunité par ailleurs, ces difficultés étaient

---

[1159] Stefania Bariatti, *Reconnaissance et droit de l'Union Européenne*, dans Paul Lagarde (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 65; P. Callé/P. Pasqualis/P. Wautelet/C. Nourissat, p. 6: "*un État peut ainsi être tenu de reconnaître une situation, notamment familiale, constituée à l'étranger, même si cette situation ne serait pas valable au regard de la loi désignée par la règle de conflit dudit État* (…) *les arrêts Centros, Überseering et Inspire Art illustrent une tendance similaire en matière de reconnaissance des sociétés*".

[1160] C. Kohler (cité *supra*, n. 1137), pp. 67-68.

[1161] C.J.C.E., C-148/02, *Garcia Avello*, point nº 28: "*il n'appartient pas à un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité*".

[1162] V. *supra*, §193.

[1163] Considérant nº 104 du livre blanc de la Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310 final: "*la Commission est en train de mener des travaux en vue de la reconnaissance mutuelle des techniques financières utilisées par les établissements de crédit hypothécaire*".

[1164] V. *infra*, §§197-199.

[1165] Commission européenne, *La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du Plan d'action pour le Marché intérieur*, COM (1999) 299, p. 4. V. aussi, E. van den Haute, §20.

évidentes dès le début. Les "*produits financiers*" qui doivent librement circuler[1166] se différencient nettement des valeurs ou prestations matérielles, exportables par simple déplacement physique. Ils comprennent sous cette dénomination générique une palette très diverse de rapports juridiques. Dans la pratique aussi, ces ambitions restèrent jusqu'à présent lettre morte. Malgré ses intentions initiales, depuis les années 2000, la Commission ne retient plus de manière explicite la reconnaissance mutuelle des services comme principe du marché intérieur[1167]. Surtout, les institutions européennes se limitent à invoquer son application seulement contre les normes techniques qui entraveraient l'importation ou l'exportation des marchandises[1168]. Ce principe n'a en fait jamais été transposé comme impératif de droit originaire dans les procédures législatives ou juridictionnelles relatives aux techniques bancaires. Or, loin d'un simple oubli, cette désuétude contemporaine trahit l'absence de tout fondement textuel pour une obligation générique de reconnaissance mutuelle déduite du droit européen.

238. ***Conséquence des restrictions injustifiées***. Justement que l'arrêt sur le *Cassis de Dijon* ne se réfère lui-même pas expressément au principe de reconnaissance mutuelle qu'il est censé avoir consacré. Il se limite en effet à écarter au titre des libertés économiques l'interdiction prévue par les dispositions allemandes applicables[1169]. Sans doute que cette solution suggère un renvoi aux règles françaises initialement applicables à la production des liqueurs, comme si par voie de reconnaissance des droits acquis en application de ces lois étrangères. Cependant, ce renvoi ne se légitime pas, comme dans la reconnaissance traditionnelle de droit international privé, par un souci de protéger autant que possible les prévisions des particuliers contre les aléas des divergences réglementaires internationales. C'est uniquement au titre des contrôles imposés désormais dans le T.F.U.E., qui sanctionnent comme mesures d'effet équivalent

---

[1166] Commission européenne, *La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du Plan d'action pour le Marché intérieur*, COM (1999) 299, p. 5; Considérant nº 102 du livre blanc de la Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310 final.

[1167] V. dernièrement, Commission européenne, *La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du Plan d'action pour le Marché intérieur*, COM (1999) 299, p. 2.

[1168] V. par ex. l'arrêt C-110/05, *Commission c. République italienne* : Europe 2009, comm. 158, obs. A. Rigaux, point nº 34.

[1169] V. *supra*, §188.

aux restrictions quantitatives les entraves injustifiées aux échanges interétatiques[1170]. Or, cela présuppose premièrement une divergence législative parmi les Etats Membres, mais aussi que la règle incriminée, qui contredit les prévisions initiales des particuliers, représente bel et bien une restriction commerciale. Sans doute qu'une quelconque restriction semble déjà disproportionnée si les autres pays impliqués dans la relation commerciale se montrent capables de répondre aux mêmes considérations publiques par le biais d'une législation plus permissive[1171]. Mais alors, l'effet spécifique des libertés économiques c'est de directement écarter l'application de la disposition incriminée, sans passer par une reconnaissance mutuelle, justement absente comme telle des Traités[1172]. Cela signifie que la reconnaissance mutuelle, comme garantie de maintien des prévisions individuelles acquises en pays étranger, intervient seulement comme conséquence potentielle des entraves écartées, non pas inversement, comme cause en soi-même de la restriction commerciale alléguée[1173]. Déjà que le constat en ce sens qu'il y aurait une entrave aux échanges causée par une mesure interne ne suppose pas nécessairement la divergence règlementaire entre les pays impliqués.

239. ***Résultats alternatifs***. Les libertés économiques couvrent certainement aussi les hypothèses en lesquelles il y aurait une restriction commerciale en l'absence de toute divergence règlementaire parmi les pays impliqués dans un rapport donné. Il suffit en effet que ces derniers entravent les échanges par voie de législations identiques. Cela contredit déjà sans aucun doute la réduction des libertés économiques à une norme conflictuelle qui pointerait vers le pays d'origine, car elle

[1170] M. Audit, §34.

[1171] J. H. H. Weiler, p. 367: "*for all the attention Cassis received, «mutual recognition» or functional parallelism is not a radial hermeneutic departure, but in fact a very conservative and fully justified application of the principle of proportionality. For a Member State to insist on a specific technical standard, even if a different standard is functionally parallel in achieving the desired result, is to have adopted a measure which is not the least restrictive possible*".

[1172] M. Audit, §25.

[1173] M. Audit, §§19-20: "*la Cour de justice pouvait se contenter de définir les critères de l'entrave pour, ensuite, confronter ceux-ci à telle ou telle mesure prise par l'État membre dont le marché est convoité* (…) *la référence faite aux règles du pays d'origine des produits étaye donc le raisonnement de la Cour de justice; en aucun cas, elle ne le fonde*". En sens contraire, Ch. Pamboukis, §10: "*la vérification de la non-reconnaissance d'une situation constituerait une entrave à l'exercice d'une liberté communautaire*".

présuppose que les lois impliquées aient un impact diffèrent sur les échanges[1174]. Si cet impact est identique en effet, le rattachement caché parmi les lignes des Traités se retrouverait dans l'impasse de choisir entre des solutions tout aussi restrictives[1175]. Mais la formule large retenue dans l'arrêt *Dassonville* pour définir les entraves aux échanges concerne indiscutablement aussi la situation en laquelle les législations concernées par une affaire donnée sont identiques[1176]. Surtout, une solution contraire conduirait à l'aporie. Conditionner l'entrave par la disparité règlementaire présupposerait par la suite de déterminer celle des législations en conflit qui sera sanctionnée pour injustement restreindre le commerce. Les considérer toutes les deux en infraction reviendrait, sinon, à dérèglementer toutes les dispositions nationales, en dépit de leur impact diffèrent sur les échanges. Toutefois, n'importe quel critère retenu pour cette détermination devrait valoir en termes absolus, afin de justifier le choix. Le contraire relativiserait tout raisonnement au titre des libertés économiques selon les circonstances propres à chaque espèce, jusqu'à rendre impossible tout pari sur leurs effets. Cela signifie néanmoins que le critère ainsi déduit viendrait également écarter une mesure similaire, le cas échéant adoptée par les autres pays impliqués. Or, une telle application des libertés économiques, en dehors de toute divergence règlementaire, n'a visiblement rien de la reconnaissance mutuelle. Même plus, elle pourrait, si nécessaire pour écarter des restrictions commerciales imputables non pas aux Etats, mais aux comportements des particuliers, tout aussi bien, inversement, supprimer certains droits a priori légitimement acquis par ceux-ci en pays étranger. En effet, l'intégration économique ne protège indiscutablement pas la liberté individuelle en tant que telle[1177]. Les particuliers restent naturellement tentés par des agissements anticoncurrentiels ou, plus généralement, par ceux qui limitent les prérogatives des tierces parties prenantes potentiellement impliquées dans leurs affaires. Or, dans ces hypothèses, les libertés économiques devraient inversement privilégier les

[1174] V. *supra*, §223.

[1175] M. Fallon (cité *supra*, n. 936), §10.

[1176] C.J.C.E., 8/74, *Dassonville*, point nº 5: "*toute réglementation commerciale des Etats Membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives*". V. aussi, E. van den Haute, §15.

[1177] V. *infra*, §276.

règles qui sanctionnent ces comportements individuels[1178]. Le droit européen ne garantit dès lors aucune reconnaissance automatique des prévisions plus ou moins légitimes rattachées par les particuliers au respect des lois étrangères et encore moins, de manière générale, la cohérence de leurs rapports internationaux.

240. ***Conclusion de chapitre***. ***Inutilité du détour.*** Au vu des développements ci-dessus, il devient clair que la reconnaissance mutuelle n'existe pas comme principe autonome du droit européen, ni même en application d'une norme conflictuelle déduite des Traités, censée soumettre tous les rapports économiques internationaux aux règles de leurs pays d'origine. C'est uniquement l'une des conséquences possibles lorsqu'il s'agit d'écarter une restriction injustifiée qui entrave le commerce intracommunautaire. Elle complique dès lors inutilement, par double emploi, la détermination de la teneur réelle des libertés économiques. C'est sans doute la cause de sa désuétude contemporaine. Une fois la reconnaissance mutuelle écartée de l'analyse, il n'y a plus aucune raison pour problématiser les circonstances ponctuelles de son application, telles que des conflits de rattachement entre les pays impliqués sur la nature accessoire des hypothèques ou une condition de légalité initiale selon les lois d'un quelconque pays d'origine[1179]. Pour le projet relatif à une eurohypothèque, cela signifie que toute harmonisation négative des législations nationales selon ses objectifs présuppose de démontrer la mesure en laquelle une éventuelle interdiction des hypothèques indépendantes au titre du caractère accessoire compromet le développement du crédit international.

241. ***Conclusion de titre. Preuve de l'entrave***. Il résulte de ce qui précède, afin de prendre position sur une potentielle reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes, que les principes du marché intérieur couvrent certainement aussi les sûretés immobilières, dans la mesure en laquelle elles sécurisent les prêts ou accompagnent un investissement[1180]. En opportunité, une telle application de la reconnaissance mutuelle permettrait de faire concrétiser les projets relatifs à une

---

[1178] V. *supra*, §228 et *infra*, §276.

[1179] V. *supra*, §208. H. Spamann, p. 25: "*the ECJ usually refers to products «lawfully produced and marketed in one of the Member States*» (…) *the wording of the ECJ's decisions might be redundant, or it might indicate that legality in another Member State is a warning sign that the measure might not be justified by legitimate interests*".

[1180] V. *supra*, §201.

eurohypothèque, simplement par effet direct des libertés économiques, au motif que la pratique privilégiera dans ses affaires les garanties immobilières indépendantes, telles que la dette foncière allemande[1181]. Par la suite, les législateurs nationaux se verraient contraints de volontairement valider le concept d'une hypothèque indépendante similaire à celle promue dans les textes relatifs à une eurohypothèque, afin d'éviter toute discrimination à rebours contre les opérateurs internes. À long terme alors, la seule solution contre la dérégulation progressive resterait une règlementation européenne, soit pour harmoniser les rattachements conflictuels des garanties réelles, soit pour directement configurer le régime de la technique, le cas échéant selon les lignes envisagées par les textes relatifs à une eurohypothèque. Dans ce contexte, la reconnaissance mutuelle interdirait aux Etat de situation de contester la validité ou les effets des hypothèques indépendantes légitimement rattachées en quelque sorte à des lois étrangères. Il suffit que les pays concernés traitent de manière différente le rattachement conflictuel de la nature accessoire, afin que se vérifie la légalité initiale de la garantie selon les lois du pays d'origine[1182]. Il demeure que si le pays de situation exige une authentification par notaire local des opérations immobilières, celui-ci ne se hasarderait certainement pas à parier sur la contradiction entre les règles normalement applicables au titre du renvoi *lex rei sitae* et les impératifs européens[1183]. Seulement, les Traités ne prévoient aucun principe autonome de la reconnaissance mutuelle. Ses applications, telles que parfois identifiées dans la jurisprudence viennent en fait uniquement comme conséquence possible des restrictions commerciales identifiées parmi les lois internes, non pas inversement, comme cause par soi-même de l'entrave. Le titre suivant se posera, en conséquence, précisément le problème si une interdiction des hypothèques indépendantes en droit interne au titre des impératifs accessoires limite ou non, de manière injustifiée, la réalisation des libertés économiques.

[1181] S. Nasarre-Aznar, p. 92; Ch. Schmid, pp. 61-62; M. Wolf, p. 1942.

[1182] V. *supra*, §208.

[1183] V. *supra*, §210.

Titre 2. Suppression des entraves au marché intérieur

242. ***Règles indistinctement applicables***. Il convient de vérifier en premier la mesure en laquelle le caractère non-discriminatoire des normes applicables interdit tout raisonnement dans ce contexte au titre du droit européen. En effet, toute discussion sur les entraves aux échanges le cas échéant imputables aux législations internes en matière de sûretés semblerait inutile, tant que la prohibition des hypothèques indépendantes dans certains Etats Membres, comme la plupart des règles relatives aux garanties, ne réalise pas en tant que telle une discrimination explicite selon la nationalité ou la résidence des parties, ou fondée sur le caractère international de l'opération. Mais il est clair depuis quelque temps que les restrictions commerciales qui sont sanctionnées au titre des libertés européennes ne se limitent pas aux mesures nationales discriminatoires ou protectionnistes. Elles impliquent en effet beaucoup plus largement la suppression de toutes les règles internes qui gênent ou restreignent les activités économiques internationales, qu'elles soient ou non discriminatoires[1184]. Ce principe se reflète justement dans la formule très générique retenue depuis l'arrêt *Dassonville* pour définir les entraves aux échanges intracommunautaires. Selon cette décision en effet, "*toute réglementation commerciale des Etats Membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives*"[1185]. La Cour de Luxembourg aurait délibérément entendu résoudre par cette décision une question fondamentale pour tout régime international de libre-échange. Le défi était de savoir si les ambitions des Communautés Européennes se limitent à écarter les mesures protectionnistes ou tendent plus largement à faire supprimer toutes les barrières règlementaires internes lorsqu'elles empièteraient sur les relations internationales[1186]. La solution

[1184] C.J.C.E., C-76/90, *Säger*, point nº 12 en matière de services, ainsi que C.J.C.E., C-282/04 et C-283/04, *Commission c. Pays-Bas*, point nº 18 en matière de capitaux.

[1185] C.J.C.E., 8/74, *Dassonville*, point nº 5. V. aussi, Olivier Blin, Répertoire de droit europeen Dalloz, «Capitaux», octobre 2016, Dalloz, §55: "*le caractère discriminatoire de la réglementation importe peu aujourd'hui dès lors que cette dernière est de nature à dissuader les résidents de contracter des prêts ou de faire des investissements dans d'autres États membres*"

[1186] J. H. H. Weiler, p. 352.

prononcée marque ainsi une préférence pour la deuxième perspective, beaucoup plus vaste, comme principe de l'intégration européenne[1187]. Cette préférence serait en fait entièrement fidèle aux textes des Traités. Contrairement aux barrières pécuniaires, en ce qui concerne les restrictions quantitatives et les mesures à effet équivalent, aucune règle ne limite le domaine des interdictions aux règles qui discriminent ouvertement les opérations internationales par rapport aux relations internes[1188]. Dans le domaine des capitaux par exemple, le professeur Juillard définit la restriction aux échanges, telle qu'interdite par le droit européen, comme venant en conséquence "*de toutes législations, de toutes réglementations et, en fait, de toutes pratiques de l'administration qui auraient pour objet ou pour effet soit de paralyser purement et simplement le mouvement de capitaux, soit de les assujettir à des conditions de fond ou de forme qui rendraient plus difficile la réalisation de ces opérations*"[1189]. Pourtant, la Cour de Luxembourg remettait en cause jusqu'à peu le principe générique proclamé dans la décision *Dassonville* par une distinction selon le contenu des règles internes incriminées, qu'il convient d'examiner par la suite.

243. ***Typologie désuète des règles internes***. Les affaires jointes C-267/1 et C-268/91, *Keck et Mithouard*, tranchées dans les années quatre-vingt-dix par la Cour de Luxembourg, différencient précisément les mesures internes accusées de restreindre les échanges selon qu'elles viennent conditionner l'accès au marché ou affectent le commerce seulement dans une phase subséquente[1190]. Selon la décision prononcée, les règles relatives aux "*modalités de vente*", c'est-à-dire celles applicables après que l'accès au marché se soit réalisé, entravent les échanges seulement si leur contenu ou leurs conséquences gênent davantage les opérations internationales que leurs équivalentes internes[1191]. Parfois défendue par la

[1187] P.C. De Sousa, pp. 88-89; H. Spamann, p. 20.

[1188] J. H. H. Weiler, pp. 351-364. V. aussi, A. Mattera, *L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence 'Cassis de Dijon' et le principe de la reconnaissance mutuelle*, p. 18, en ce sens des effets restrictifs potentiels suffisent pour incriminer la mesure interne aux yeux des libertés économiques. V. par ex. C.J.C.E., 248/81, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, point nº 29.

[1189] Patrick Juillard, *Commentaire de l'article 67*, dans Vlad Constantinesco/Jean-Paul Jacqué/Robert Kovar/Denys Simon (coord.), «Traité instituant la CEE, commentaire article par article», Economica, Paris, 1992, p. 352. V. par ex. C.J.C.E., C-484/93, *Svensson et Gustavsson*, point nº 10.

[1190] J. H. H. Weiler, p. 372.

[1191] C.J.C.E., C-267/91 et C-268/91, *Keck et Mithouard*, point nº 16.

doctrine[1192], cette classification ne repose quand même visiblement sur aucun fondement textuel dans les Traités[1193]. Son opportunité sera par ailleurs âprement contestée par la suite[1194]. En effet, la catégorie purement prétorienne des "*modalités de vente*" reste beaucoup trop vague, "*novation introduite de manière brutale et peu réfléchie*"[1195]. La distinction entre ces deux catégories de règles internes parait même assez artificielle. C'est effectivement clair qu'à la limite, l'interdiction de certaines modalités de vente qui seraient essentielles pour la commercialisation rend l'accès préalable au marché à ce point inutile qu'il pourrait tout aussi bien lui-même se considérer atteint[1196]. D'où les confusions fréquentes entre les deux catégories de mesures nationales[1197]. Mais la délimitation ainsi que les interrogations dogmatiques qui en découlent sont actuellement désuètes. Sans doute sensibles aux critiques formulées au fil du temps, les juges de Luxembourg ne retiennent désormais dans leurs décisions plus aucun renvoi au "*diverticule*"[1198] envisagé dans l'arrêt *Keck et Mithouard*. Ils retournent ainsi clairement à la formule

[1192] V. par ex., Robert Kovar*, Dassonville, Keck et les autres: de la mesure avant toute chose*, RTD eur. 2006, p. 213.

[1193] Anne Rigaux, *Symphonie déconcertante ou keckophonie? À propos des dissonances de l'arrêt Morellato (CJCE, 18 sept. 2003, aff. C-416/00)*, Europe, n° 11, Novembre 2003, chron. 13; Valerie Michel, *Prestations de services et obligations bancaires des médecins* dans Europe, n^{os} 8-9, Août 2009, comm. 314.

[1194] V. par ex., Conclusions de l'Avocat General Bot dans l'affaire C-110/05, *Commission c. République italienne*, points n^{os} 90-93: "*l'établissement de distinctions entre différentes catégories de réglementations n'est pas approprié. Un tel procédé est artificiel et peut être une source de confusion pour le juge national* (…) *le contrôle juridictionnel auquel procède la Cour selon la «grille d'analyse classique» définie dans les arrêts précités Dassonville et Cassis de Dijon est, à notre avis, pleinement satisfaisant et nous ne voyons aucune raison de nous en écarter*".

[1195] Observations par A. Rigaux sous C-110/05, *Commission c. République italienne*: Europe 2009, comm. 158.

[1196] Conclusions de l'Avocat général Tesauro dans l'affaire C-292/92, *Hünermund*, point n° 18.

[1197] P.C. De Sousa, p. 105.

[1198] Observations par A. Rigaux sous C.J.U.E., C-333/14, *Scotch Whisky Association*: Europe 2016, comm. 50.

générique consacrée depuis l'affaire *Dassonville*[1199], parfois réinterprétée comme test quant à l'accès "*effectif*" des marchandises étrangères au marché concerné[1200].

244. ***Inapplicabilité en matière hypothécaire***. Surtout, aucune délimitation inspirée de la solution *Keck et Mithouard* n'a jusqu'à présent été tentée dans le domaine des services et des capitaux, seuls pertinents en matière hypothécaire[1201]. Quelques recherches envisagèrent parfois une application par analogie, dans le domaine des garanties réelles, de cette classification des mesures internes tirée de la décision précitée, mais sans, toutefois, atteindre une conclusion tranchante[1202]. Cela signifie simplement que l'absence de discriminations explicites dans les règles applicables aux garanties réelles, en général, et aux hypothèques, en particulier, n'écarte pas d'emblée tout conflit potentiel avec les libertés économiques. Il reste quand même de rappeler que ces dernières, comme tous les autres principes du marché intérieur, sont censées spécifiquement protéger le commerce international. Or, cela semble de nouveau renvoyer à la condition de discrimination ou de protectionnisme retenue par l'arrêt *Keck et Mithouard*, invoquée par cette décision afin de sanctionner les restrictions commerciales ultérieures à l'accès proprement dit au marché concerné[1203]. Cette solution reste dès lors au moins partiellement pertinente pour ce développement[1204]. Il en découle en effet que toute accusation en ce sens que la nature accessoire des hypothèques contredit les libertés économiques (***chapitre***

[1199] A. Rigaux (cité *supra*, n. 906): "*on voit mal la nuance fondamentale entre ce raisonnement et l'antique utilisation du point 5 de l'arrêt Dassonville* (…) *fallait-il vraiment passer par le psychodrame d'un revirement annoncé* (…) *pour obtenir ce surprenant résultat?*"; Ann Fromont/Christophe Verdure, *La consécration du critère de l'«accès au marché» en matière de libre circulation des marchandises: mythe ou réalité ?* RTD eur. 2011, p. 717; B. Akkermans (cité *supra*, n. 944), p. 9; P.C. De Sousa, p. 114; L. Vogel, §255.

[1200] Jean-Guy Huglo, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 710: «Droit d'établissement et libre prestation de services», 1er août 2011, LexisNexis, §98. V. par ex., C.J.U.E., C-333/14, *Scotch Whisky Association*: Europe 2016, comm. 50, obs. A. Rigaux; C.J.U.E., C-543/08, *Commission c. Portugal*, points nos 68-72; C.J.C.E., C-384/93, *Alpine Investments*, §38.

[1201] Fabrice Picod, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 890: «Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement», 1 mai 2014, LexisNexis, §70; B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 7; V. Michel (cité *supra*, n. 1193).

[1202] V. par ex. G. Wunsch, p. 324.

[1203] C.J.C.E., C-267/1 et C-268/91, *Keck et Mithouard*, point no 16: "*l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres*".

[1204] V. *infra*, §280.

1), de même que la compétence normative de l'Union dans les projets relatifs à une eurohypothèque (***chapitre 2***), impliquent une démonstration spécifique quant aux effets négatifs de la restriction imputée au principe de l'accessoire sur les courants internationaux de crédit[1205].

[1205] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 10.

Chapitre 1. Restrictions imputables à la nature accessoire

Chapitre 2. Règlementation sur une hypothèque indépendante

Chapitre 1. Restrictions imputables à la nature accessoire

245. ***La diversité comme obstacle***. En préalable, il est intéressant de clarifier que toute entrave aux libertés économiques accusée en matière de sûretés réelles devrait aller au-delà des arguments tirés exclusivement des différences législatives entre les pays sur la question visée. De tels raisonnements aboutissent invariablement à stigmatiser les difficultés génériques liées aux coûts nécessaires pour adapter les activités économiques aux droits étrangers[1206]. C'est effectivement le cas de certaines conclusions trop transversales atteintes tant par les recherches plus vastes quant à la reconnaissance mutuelle des garanties en général qu'en particulier, par celles dédiées aux projets relatifs à une eurohypothèque[1207]. Souvent, celles-ci incriminent justement une restriction commerciale abstraite dans le domaine des règlementations hypothécaires nationales, qui renvoie en fin de compte au constat assez banal que les opérateurs économiques ne sont pas habitués aux lois des marchés étrangers dans lesquels ils envisagent de développer par la suite leurs activités. La généralité de ces arguments permet ainsi de couvrir la plupart des règles impératives de droit national applicables, réunies, en matière de sûretés réelles, autour du concept de *numerus clausus*[1208]. Pourtant, il convient de démontrer que, particulièrement dans le domaine des garanties réelles, les entraves aux échanges ne sauraient jamais résulter de la seule diversité règlementaire.

246. ***Organisation uniforme des entreprises***. Il est ainsi parfois soutenu que les différences règlementaires quant à la validité ou la mise en œuvre des garanties réelles empietent presque toujours sur les échanges en tant qu'elles imposent aux créanciers des frais de familiarisation avec le droit local de l'assiette[1209]. Sinon, ceux-ci risquent la nullité ou l'inefficacité d'une sûreté réelle parfaitement efficace

---

[1206] E. Espada-Muńiz, p. 395. *Comp.* en droit de la famille, L. Gannagé (cité *supra*, n. 1077), p. 1.

[1207] V. par ex. Ch. Schmid, pp. 61-63; S. Nasarre-Aznar, pp. 79-122; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, pp. 6-9; B. Akkermans/E. Ramaekers, pp. 19-21; E.-M. Kieninger, pp. 122-152; M. Wolf, pp. 1941-1943; S. Nasarre-Aznar, p. 80-92; B. Akkermans (cité *supra*, n. 944), p. 9; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), pp. 1-57.

[1208] B. Akkermans, pp. 489-563.

[1209] V. par ex. B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 6.

selon les lois d'un autre pays. Cela les contraint dès lors aux dépenses nécessaires afin de consulter les juristes compétents sur les dispositions en vigueur dans chaque pays ou l'assiette de la garantie pourrait parvenir. Même plus, après avoir pris connaissance des règles applicables, les créanciers devraient réorganiser leurs activités et la gestion de leurs portefeuilles afin de respecter toutes les contraintes étrangères le cas échéant applicables. Ils se trouvent ainsi obligés aux frais nécessaires pour gérer la fourniture transfrontière des services[1210]. C'est vrai que tout operateur, même cantonné au cadre national, doit lui aussi connaitre le droit local applicable, comme coût normal de son accès aux activités exercées sur un marché donné. Mais les acteurs internationaux éprouvent en plus une démultiplication des coûts afférents, proportionnelle au nombre de pays visés. Leurs employés requièrent, par exemple, une formation professionnelle spécifique aux lois de chaque pays. De même, les pôles décisionnels le cas échéant décentralisés dans chaque pays multiplieront le budget administratif de l'entreprise. Cela limite les possibilités d'aboutir sur une organisation uniforme des activités commerciales, laquelle pourrait apporter des économies d'échelle sur les frais de gestion[1211]. Or, il est dit que cette organisation uniforme des activités fait l'attrait principal de l'intégration européenne[1212].

247. ***Gestion commune des refinancements***. La décision 286/81, *Oosthoek*, rendue par la Cour de Luxembourg, confirme justement que cette organisation uniforme des activités représente bel et bien un objectif de l'intégration européenne. Il sanctionne au titre des libertés économiques, au vu des circonstances concrètes de l'espèce, toute mesure interne qui contraint les opérateurs à planifier des

---

[1210] V. par ex. L. Radicati Di Brozolo, §2: "*ces obstacles découlent essentiellement des diversités entre les législations des États membres quant aux règles en matière d'accès et d'exercice de certaines activités. En effet, dans la mesure où un prestataire de services établi dans un Etat membre désirant opérer dans un autre Etat membre (l'Etat d'accueil selon la terminologie communautaire) est contraint de respecter la législation de cet Etat alors que celle-ci diffère de celle de son Etat d'établissement (l'Etat d'origine), il peut en résulter, le cas échéant, une impossibilité ou une difficulté d'accéder à l'activité visée (ne fut-ce qu'en raison des coûts inhérents à la nécessité de respecter également une autre série de règles)*"; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, pp. 45-46: "*there are also psychological barriers resulting from the various uncertainties of international trade relations: differences in languages and commercial practices, uncertainties concerning private international law and the foreign substantive law*".

[1211] G. Wunsch, 294-295; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 211; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), pp. 32-40; Livre blanc de la Commission européenne, *L'intégration du marché européen du crédit hypothécaire*, COM (2007) 807 final, p. 4.

[1212] J. Basedow, p. 8; E.-M. Kieninger, pp. 131-147; H. Spamann, p. 38.

systèmes différents, selon les lois de chaque pays, pour la publicité ou la promotion des ventes[1213]. De ce fait, cette solution revient souvent comme argument pour démontrer de manière générique les effets restrictifs sur les échanges des divergences législatives entre les Etats[1214]. Son raisonnement est explicitement transposé aux sûretés réelles par certains auteurs, au motif, par exemple, qu'un crédit accordé par le vendeur à son acheteur, garanti par des techniques uniformes dans tous les pays, permettrait une gestion commune de la promotion des produits commercialisés[1215]. Il en irait alors de même en ce qui concerne les sûretés rattachées aux services bancaires et financiers. À la limite, cet argument validerait alors également, par déduction, les hypothèques indépendantes reconnues par le pays de résidence du créancier ou de son debiteur, en dépit de leur éventuelle interdiction par les règles internes applicables dans les pays de situation. C'est vrai qu'en ce qui concerne spécifiquement cette forme de garantie immobilière autonome, les frais de consultation juridique seraient insignifiants. Dans la plupart des pays en effet, la technique est interdite ou inconnue par la pratique[1216]. Il n'y a donc rien à apprendre sur leur régime dans ces Etats. La première partie confirme cependant son importance dans les refinancements du créancier hypothécaire[1217]. Cela signifie que les divergences en ce qui concerne sa validité parmi les législations des différents Etats Membres peuvent être considérées comme un obstacle à l'organisation uniforme des refinancements envisagées par les banques internationales[1218]. Aux termes de ce raisonnement, celles-ci seraient contraintes en effet à renoncer aux avantages des hypothèques indépendantes dans ces opérations et à les soumettre, en tout ou en partie, aux mêmes procédés que leurs homologues accessoires. Mais le problème c'est qu'un tel argument reposerait

[1213] C.J.C.E., 286/81, *Oosthoek*, point nº 15.

[1214] J. Basedow, pp. 8-9; C.J.C.E., C-267/91 et C-268/91, *Keck et Mithouard*: JCP E 1994, p. 592, comm. L. Vogel, §6.

[1215] E.-M. Kieninger, pp. 58-59; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), p. 51; G. Wunsch, p. 322.

[1216] E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 423; T. Wachter (cité *supra*, n. 36), p. 174; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), p. 51.

[1217] V. *supra*, §62.

[1218] Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, points nºs 109-117; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 211.

exclusivement sur la diversité règlementaire quant à la validité des hypothèques indépendantes. Or, celle-ci ne saurait jamais suffire comme telle pour démontrer le défaut de conformité des règlementations internes aux libertés économiques.

248. ***Victimes potentielles de la diversité***. Il s'agit déjà de noter que le raisonnement ci-dessus focalise les arguments sur l'une seule des parties prenantes impliquée dans les crédits internationaux, concrètement, l'entreprise bancaire intéressée par une organisation uniforme de ses activités. Cependant, les entraves accusées aux échanges intracommunautaires devraient prendre en compte non pas une seule, mais l'ensemble des parties prenantes aux opérations bancaires intracommunautaires [1219]. Au niveau de la rationalité commerciale justement, il parait que les économies structurelles, comme objectif de l'intégration européenne devraient être mises à la charge non pas du client, mais plutôt à celle de son contractant, un opérateur intuitivement plus avisé qui se trouve mieux placé pour faire les frais de la diversité règlementaire[1220]. En appréciation quantitative, il est en effet moins rentable de contraindre les consommateurs ou les clients à supporter les coûts pour connaitre les règles applicables aux prestations de services étrangères, plutôt que de mettre ces frais à la charge des professionnels qui se trouvent impliqués de manière quotidienne en de telles activités[1221]. Une conclusion contraire pourrait quand même reposer sur la perspective de voir les banques répercuter les économies ainsi réalisées sur leurs clients, en rabaissant par exemple les taux d'intérêt dans les prêts internationaux[1222]. Il n'existe sans doute aucune garantie que ce comportement se réalisera, car tout dépend en fin de compte des décisions prises par les entreprises. Néanmoins, un climat de libre concurrence sur les marchés laisse supposer que les consommateurs profiteraient eux-mêmes, en dernier ressort, des gains ainsi escomptés par les

[1219] V. Heuzé, p. 397.

[1220] H. Spamann, p. 35: "*if there were a "right" for suppliers to operate under their home state's law, there also would have to be a "right" for consumers to consume under their home state's law – the two rights would cancel each other out in a supplier-consumer transaction* (…) *on average, it would seem that it would be cheaper to apply the consumer's law and shift the task of learning about a foreign law to the supplier. This is because the supplier usually enters into many transactions of the same kind, and can therefore realize economies of scale*".

[1221] V. Heuzé, pp. 398-399; M. Audit, §67.

[1222] O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 211; M. Lukas (cité *supra*, n. 870), p. 95; O. Stöcker/R. Stürner, p. 66.

professionnels[1223]. Mais cela vise de toute façon un faux problème. La question des meilleurs moyens afin d'écarter les différences législatives entre les Etats Membres pour la seule raison de leur existence ne devrait pas même se poser comme problème de droit européen.

249. ***Légitimité de la différence règlementaire***. Les frais pour connaitre la teneur du droit étranger ou pour adapter à celui-ci la gestion des activités internationales des entreprises n'adressent visiblement aucun problème spécifique posé par les règles internes incriminées comme contraires aux libertés économiques. Ils répondent en effet seulement aux difficultés génériques causées par les divergences législatives entre les pays, indifférentes comme telles au contenu concret des normes internes incriminées[1224]. En fin de compte, les entraves potentielles aux échanges qui en découlent résultent alors simplement du fait que les Etats Membres n'ont pas encore abandonné toutes leurs compétences normatives à l'Union. Supprimer toute différence législative comme étant contraire aux libertés économiques de circulation heurterait ainsi des considérations essentielles sur le fondement et la nature de l'intégration européenne[1225]. Or, malgré les critiques subies au fil du temps, la décision ci-dessus présentée, *Keck et Mithouard*[1226], témoignerait selon certains justement la recherche de certains équilibres entre la centralisation absolue et une nécessaire autonomie des législations internes[1227]. Identifier une infraction contre le droit européen au niveau de la seule divergence règlementaire impliquerait, en effet, de totalement nier la

[1223] E. Espada-Muńiz, pp. 392-395: "*ce qui se répercutera logiquement sur les débiteurs*".

[1224] S. Weatherill, p. 105.

[1225] S. Weatherill, p. 81.

[1226] V. *supra*, §242.

[1227] Commentaire de L. Vogel sous C.J.C.E., C-267/91 et C-268/91, *Keck et Mithouard*: JCP E 1994, p. 592, §§6-7: "*la discrimination requise ne peut plus résulter, dans le domaine de la réglementation commerciale, de la seule différence existant entre les législations des États membres*"; Stephen Weatherill, *Diversity between National Laws in the Internal Market*, dans Ulrich Drobnig/Henk J. Snijders /Erik-Jan Zippro (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 149; V. Sagaert, p. 1045; Frank Verstijlen, *General Aspects of Transfer and Creation of Property Rights including Security Rights*, dans Ulrich Drobnig/Henk J. Snijders/Erik-Jan Zippro (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 23: "*it is at least doubtful whether a proper working of the internal market dictates that the rules throughout the market are the same or that it is sufficient that the rules are the same for everyone. Although there is no level playing field throughout Europe, at least the playing field is the same for every player*".

compétence normative des Etats Membres et leur possibilité d'adopter, à un moment ou un autre, des législations hétérogènes. Or, l'Union Européenne exerce seulement une compétence d'attribution, selon l'art. 5-2 du T.U.E. Dès lors, tant que les pays gardent la possibilité de légiférer, les opérateurs doivent nécessairement engager les frais de consultation juridique pour connaitre la teneur actuelle des droits étrangers applicables[1228]. Par ailleurs, même au simple niveau des principes, une entrave tirée directement de la différence règlementaire aboutit en aporie. Elle supposerait en effet de clarifier laquelle des normes internes en question sera écartée pour assurer la primauté du droit européen. Or, la divergence en général est imputable à l'ensemble des éléments en conflit. Tout critère retenu par la suite pour localiser et caractériser la restriction commerciale parmi les différentes lois impliquées sur un rapport commercial donné devrait valoir de manière absolue, autrement dit, même si les règlementations des pays concernés étaient identiques. Mais ce critère suffirait alors à lui seul pour caractériser l'entrave, qui ne devrait alors logiquement plus rien à voir avec la différence règlementaire comme telle. Nullement nécessaire à cet effet, comme vu ci-dessus[1229], la diversité règlementaire n'intervient dès lors pas même comme condition suffisante pour relever une contradiction entre les mesures internes et les libertés économiques. C'est clair alors que la solution dans la décision *Oosthoek* devrait se considérer plutôt comme spécifiquement déterminée par ses circonstances factuelles, celles "*des systèmes différents de publicité ou de promotion des ventes*"[1230]. Du reste cependant, il résulte que les différences législatives ne devraient aucunement présumer une entrave aux échanges, sauf preuve spécifique des effets restrictifs imputables à chaque règlementation donnée[1231]. Il en va de même alors pour caractériser le rôle potentiel des impératifs européens en matière de sûretés réelles, ainsi que particulièrement pour la question des hypothèques indépendantes.

[1228] M. Audit, §35: "*affirmer que la diversité des législations d'origine nationale est en contradiction avec les règles communautaires relatives à l'entrave aux libertés de circulation, c'est porter indirectement - mais très nettement - atteinte au principe selon lequel l'Union européenne ne dispose que d'une compétence d'attribution*".

[1229] V. *supra*, §239.

[1230] C.J.C.E., 286/81, *Oosthoek*, point nº 15.

[1231] M. Audit, §36.

250. ***Spécificité de l'entrave***. La difficulté repose visiblement sur le fait que rien dans les dispositions pertinentes du Traité ne précise davantage la méthode requise pour démontrer de manière concrète les restrictions commerciales qui découlent des règlementations internes[1232]. Dès lors, la seule manière a priori légitime envisagée par la doctrine pour caractériser les entraves imputées aux interdictions en matière de sûretés réelles repose sur une analyse comparative de la mesure en laquelle les différentes techniques de garantie prévues par les législations des Etats Membres permettent à leurs bénéficiaires des gains en termes d'efficacité. Il en résulterait que les règles internes qui invalident une technique de sûreté donnée ou modifient ses conditions de mise en œuvre empiètent sur les échanges par cela qu'elles refusent ainsi aux créanciers la possibilité de se servir des instruments plus efficaces. Mais il n'existe aucune raison pour apprécier la restriction commerciale prohibée seulement à partir des intérêts du créancier (***section 1***), au détriment de toutes les autres parties prenantes (***section 2***)[1233]. Les recherches quant à l'impact des libertés économiques en matière de sûretés réelles relèvent, dès lors, nettement combien les gains en efficacité réalisées par l'une seule des personnes impliquées dans les rapports d'affaires viennent nécessairement au prix de pertes ou de risques mis à la charge de toutes les autres parties prenantes[1234]. Pour les hypothèques indépendantes, cela pose le défi de correctement localiser la restriction commerciale qui leur technique est censée remédier, entre les pays qui rendent impérative la nature accessoire de la garantie et ceux qui, inversement, permettent aux parties d'y déroger.

[1232] H. Spamann, p. 23: "*the authors of the EC Treaty and especially of the US Constitutions would probably be very surprised by a substantive reading of, or into, the Freedoms and the Commerce Clause, respectively, that goes beyond a general vote for a market economy*".

[1233] M. Fervers, p. 7.

[1234] V. Heuzé, p. 413: "*parce qu'il s'agit de réaliser un arbitrage entre des intérêts antagonistes* (…) *il est donc impossible de donner ou de garantir à l'un sans retirer ou imposer à l'autre*".

Section 1. Intérêts du créancier bénéficiaire

251. ***Application aux hypothèques indépendantes***. Selon les recherches qu'il conviendra de présenter ci-dessous, lorsqu'un système de droit refuse aux créanciers certaines techniques de sûreté particulièrement efficaces, ces derniers se trouvent conduits à prétendre des garanties additionnelles de la part de leurs débiteurs ou à renchérir les coûts des emprunts, voir même découragés à investir dans le pays en question. C'est nécessaire justement afin de compenser les éventuelles pertes en termes d'efficacité. Or, cela réduirait le volume des crédits accordés dans un espace donné, voir même cloisonne à due concurrence les marchés nationaux du crédit. Les observations sur l'utilité des hypothèques indépendantes dans la mobilisation des créances valident alors justement la pertinence de cet argument, en particulier aussi pour les besoins des projets relatifs à une eurohypothèque[1235]. Les économies que la technique permettrait de réaliser sur les coûts et les efforts requis par le refinancement du créancier initial donneraient, dès lors, la mesure de l'entrave aux échanges imputable à son interdiction au titre des impératifs accessoires (***A***). Qui plus est, il ne semblerait pas y avoir de justification pour l'entrave ainsi déterminée au titre des intérêts publics légitimés par les dérogations textuelles et les raisons impérieuses déduites en jurisprudence (***B***). La protection du propriétaire ou de ses autres créanciers relève, en effet, de considérations purement privées, au moins tant que le débiteur n'intervient pas en qualité de consommateur. Reste seulement un certain besoin de protéger l'ordre juridique national établi, particulièrement en matière de droits réels, comme argument générique de justification.

A. Quantification des avantages

252. ***Efficacité comparative des garanties***. La reconnaissance des hypothèques indépendantes au titre des libertés économiques européennes implique

[1235] V. *supra*, §62.

certainement de prouver combien leur interdiction restreindrait, à défaut, les relations financières. Or, non seulement le projet relatif à une eurohypothèque, mais aussi la plupart des études pertinentes relatives aux garanties réelles convergent vers un argument commun à cet égard. Cet argument met en avant les gains en efficacité comparative que peuvent rapporter certaines techniques de garantie proposées par le pays ou le créancier agit habituellement, interdites ou limitées par hypothèse dans l'Etat Membre de situation. Les pertes ou les risques encourus par celui-ci de ce fait concrétisent alors de manière assez mathématique les restrictions commerciales, telles que prohibées par le droit européen[1236]. Pour les garanties mobilières, les éventuelles restrictions imposées par le droit des sûretés du pays importateur limiteraient, par exemple, les politiques des ventes à tempérament consenties par le producteur[1237]. Ces restrictions découragent, par ailleurs, certainement aussi, de manière plus générale, tout ce qui relève des financements transfrontières. Aussi, les divergences législatives qui en représentent la cause devraient logiquement augmenter les taux des intérêts dans les crédits accordés par un agent économique en direction des pays de situation qui proposent des garanties réelles moins efficaces que celles de son marché habituel[1238]. Ou bien, pour compenser les risques entrainés par des garanties moins efficaces, le créancier pourrait se considérer conduit à exiger de son débiteur de sûretés supplémentaires par rapport à celles normalement requises dans son pays

[1236] F. Verstijlen (cité *supra*, n. 1227), pp. 17-22; M. Wolf, p. 1942; B. Akkermans, pp. 536-537; G. Wunsch, pp. 351-352; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, pp. 27-33; J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 226-227; J. Basedow, p. 45; E.-M. Kieninger, pp. 41-121; L. Radicati Di Brozolo, §6; B. Akkermans (cité *supra*, n. 944), p. 20; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), pp. 1-57.

[1237] P. Lagarde, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Rev. crit. DIP 1997, p. 390: "*la non-reconnaissance des sûretés, même si elle s'applique indistinctement aux produits importés et aux produits nationaux, va contraindre les exportateurs à renoncer à des procédés de vente particulièrement efficaces, et donc réduire le volume des échanges de produits. Par exemple, la garantie donnée au vendeur par la réserve de propriété lui permet de consentir des délais de paiement à l'acheteur et de se lancer dans une politique hardie de promotion des ventes, qui sera compromise dans l'État qui ne reconnaîtra pas la réserve de propriété, puisque l'exportateur devra alors, ou refuser les délais de paiement, ou demander à l'acheteur la fourniture d'une caution bancaire, ce qui rendra son offre nettement moins attractive*".

[1238] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 6: "*the creditor may need to make costs to obtain a more expensive property security right, usually a letter of credit, to ensure his position in a cross-border setting. He may decide to sell the object at a higher price to compensate for the risk of losing his security. Any increase in price may however cause a competitive disadvantage for the seller and make the object less attractive to the buyer (consumer). Worst of all, the seller may choose to no longer do business with a particular Member State, or not to do cross-border business at all anymore*".

d'origine, par exemple, une lettre de crédit consentie par les banques locales[1239]. Dans les deux cas, les coûts additionnels se répercuteront par la suite naturellement sur le débiteur. Or, il est dit que les libertés économiques européennes protègent également les bénéficiaires de telles prestations contre les pertes économiques, en leur assurant la possibilité de choisir l'offre de crédit la plus favorable pour leurs intérêts[1240]. L'argument c'est en effet que pas mal de clients décideront sans doute de renoncer à leurs projets de financement au vu des sûretés additionnelles demandées ou du renchérissement du crédit par augmentation de son taux. Leur nombre et le volume des financements qui ne se réaliseraient pas de ce fait donnent ainsi la mesure des entraves aux échanges accusés. C'est vrai que ces conséquences ne semblent pas directement imputables à la règlementation locale des garanties réelles, mais plutôt aux décisions économiques adoptées par chaque créancier en raison de cette législation. Mais les banques doivent certainement prendre position sur le coût et les conditions des financements proposés sur chaque marché, comme décision relative à la gestion de leurs affaires, sauf à ne plus solliciter les clients étrangers au vu de la qualité inferieure des sûretés qu'ils peuvent offrir[1241]. Le volume de crédits auxquels le créancier devrait renoncer, tant qu'il ne supporterait pas lui-même les risques afférents, refléterait ainsi, à nouveau, la dimension de la restriction commerciale imputable à la règlementation des sûretés[1242].

253. ***Critère absolu de l'inefficacité***. Le problème demeure qu'à lui seul, le critère de l'efficacité comparative des techniques de garantie se résume là encore à localiser la restriction commerciale au niveau de la diversité règlementaire. Elle présuppose justement une mise en balance des législations impliquées. Mais la restriction aux échanges ainsi identifiée devrait certainement valoir en termes absolus, non seulement de manière circonstanciée selon chaque raisonnement comparatif. Autrement dit, sa localisation dans une quelconque interdiction impérative en matière de sûretés ne devrait pas se limiter à la situation en laquelle

[1239] B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 15.

[1240] M. Wolf, p. 1942.

[1241] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 6.

[1242] G. Wunsch, p. 318.

il aurait une divergence règlementaire[1243]. Cela signifie que l'inefficacité accusée des garanties réelles dans un système donné doit elle-même nécessairement se vérifier selon un critère abstrait de performance économique dans le recouvrement des crédits. Or, les dispositions des Traités ne clarifient pas davantage ce critère substantiel pour apprécier les entraves aux échanges[1244]. Cela implique, dès lors, une démonstration empirique des effets de chaque restriction commerciale incriminée sur les relations économiques internationales. Une telle démonstration reste dès lors nécessaire y compris afin de justifier les entraves imputées au caractère accessoire des hypothèques.

254. ***Impact des contraintes prudentielles***. Les agents bancaires ne disposent souvent pas même d'un libre choix qui leur serait plus ou moins imputable entre leurs intérêts et ceux de leurs clients. Ce choix leur est en effet parfois refusé en raison des contraintes prudentielles qu'ils doivent respecter[1245]. Ces contraintes plafonnent le volume des financements qui peuvent être accordés, de manière proportionnelle à la dimension de leurs actifs facilement valorifiables. Adoptés par le Comité de Bale et ayant désormais atteint leur troisième version, ces contraintes obligent ainsi les banques à une attitude prudente dans l'octroi des crédits et définissent des critères qui départagent, parmi leurs opérations, les prêts plus risqués[1246]. Ces derniers comptent plus que ceux à récupération plus certaine pour les besoins du calcul requis afin de vérifier le dépassement du plafond. Cela signifie, tout simplement, que les perspectives de recouvrement du crédit ainsi que l'efficacité des garanties rattachées conditionnent dans une certaine mesure le volume des financements que les banques peuvent accorder[1247]. Elles doivent, en effet, impérativement respecter soit ces critères de pondération communs pour apprécier la qualité des débiteurs et des garanties apportées, soit des critères établis au même effet dans des modèles propres approuvés par les autorités

[1243] V. *supra*, §249.

[1244] H. Spamann, p. 29.

[1245] O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), pp. 74-75.

[1246] Ces exigences prudentielles de troisième génération sont désormais implémentées dans l'ordre européen par le règlement (UE) nº 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement.

[1247] L. Aynès/P. Crocq, §7.

compétentes[1248]. Mais cela limite, là aussi, la liberté des banques dans leurs décisions et cette fois-ci, de manière obligatoire. En termes macroéconomiques, celles-ci doivent en conséquence plafonner les crédits en direction des pays qui proposent des garanties réelles moins efficaces, à défaut de pouvoir demander à leurs débiteurs des sûretés additionnelles plus intéressantes[1249]. Dès lors, ces contraintes mises à la charge des banques reflètent, là encore, assez fidèlement la dimension de la restriction aux relations financières internationales imputable aux interdictions en matière de sûretés. Pourtant, en dépit de leur invocation au soutien des projets relatifs à une eurohypothèque[1250], ces arguments ne semblent pas aisément transposables aux hypothèques indépendantes.

255. ***Hypothèque indépendante et modèles propres***. Les contraintes prudentielles établies par voie règlementaire ne différencient en effet pas les crédits hypothécaires selon la nature accessoire ou indépendante de la sûreté rattachée. Elles retiennent seulement quelques critères qui quantifient, de manière générique, les perspectives de recouvrement du crédit par voie de mise en œuvre de la sûreté[1251]. En bref, si ces critères ne sont pas réunis, les crédits afférents seront déclassés dans une catégorie plus risquée, censée compter davantage dans le plafond maximal des prêts à consentir. Mais le rattachement d'une hypothèque indépendante en garantie des crédits ne compte aucunement parmi les critères communs de pondération de la dette dans volume total des financements permis[1252]. La reconnaissance ou, inversement, la prohibition de cette technique par un système donné compte donc uniquement si la banque déroge des règles communes par un modèle propre qui retiendrait une distinction selon la nature accessoire ou autonome de la garantie. Seulement dans ce cas pourrait-elle se prétendre contrainte à réduire le volume des crédits accordés en direction des pays qui rendent impératif le caractère accessoire des hypothèques et, en conséquence, spécifiquement gênée par une telle interdiction. Sans doute que les conséquences

[1248] La fréquence de ces modèles propres rend difficilement quantifiable l'efficacité réelle des garanties: L. Aynès/P. Crocq, §7.

[1249] B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 33.

[1250] V. par ex. E. Espada-Muńiz, p. 395.

[1251] O. Stöcker/R. Stürner, p. 134.

[1252] O. Stöcker/R. Stürner, p. 66.

sont, là aussi, plutôt spécifiquement imputables à cette décision, prise par la banque en question, de déroger aux contraintes prudentielles communes. Mais cela ne change en rien la réalité de la restriction commerciale imputable dans cette hypothèse à l'efficacité comparative des garanties réelles[1253]. De manière globale en effet, le comportement plus ou moins volontaire des créanciers dépend certainement de la qualité des garanties prévues dans un système donné. Ils sont en effet naturellement portés à se réorienter vers les pays aux cadres réglementaires les plus favorables à leurs intérêts. En fin de compte, qu'il repose sur un modèle propre ou sur les contraintes prudentielles communes, le résultat se trouve indiscutablement en lien de causalité avec le cadre normatif en vigueur dans le pays ou se situe l'assiette de la sûreté en question. Reste, dès lors, à reprendre les observations de la première partie, afin de confirmer en particulier combien l'impossibilité d'avoir recours aux hypothèques indépendantes en garantie des crédits accordés induit des pertes en efficacité aux dépens du créancier. Une confirmation à cet égard impliquerait pour les autorités étatiques de modifier la règle afin de rendre supplétive la nature accessoire proprement dite de la sûreté.

256. ***Efficacité des hypothèques indépendantes***. Les hypothèques indépendantes ne se différencient en effet pas de leurs homologues accessoires par un rang privilégié de préférence ou par une accélération de la saisie en procédure individuelle ou collective. Elles ne visent ni à supprimer les charges cachées qui seraient susceptibles d'affecter leur mise en œuvre. Leur technique comme telle n'augmente donc pas de manière perceptible la qualité originaire de la garantie. Toutefois, cette observation vaut uniquement pour le créancier initial qui exercerait ses activités dans les cadres d'un modèle bancaire traditionnel, en lequel la créance ne change jamais de mains jusqu'à son remboursement intégral. Mais les banques anticipent désormais à chaque fois leur propre refinancement par la mobilisation des créances qui se trouve dans leur patrimoine[1254]. Or, même si la nature accessoire des hypothèques n'affecte pas la situation du premier créancier,

[1253] V. *supra*, §252.

[1254] O. Stöcker/R. Stürner, p. 142: "*heute werden grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen geändert, abgelöst, anfänglich und nachträglich syndiziert, abgetreten, verbrieft, durch mehrere Objekte gesichert, geteilt und teilweise verkauft. Maßnahmen der Refinanzierung, der Eigenkapitaloptimierung, der Risikosteuerung und der Diversifikation machen es heute zunehmend erforderlich, große Portfolios von Hypothekendarlehen zu übertragen*". V. *supra*, §62.

elle implique l'opposabilité des exceptions contre les éventuels cessionnaires du principal [1255]. Ces derniers risquent alors de subir les conséquences des informations erronées fournies par le cédant quant à la situation actuelle des obligations acquises. De même, les remboursements entre les mains du premier créancier continuent de libérer le débiteur jusqu'à ce que l'opération lui devienne opposable selon les formes requises par la loi [1256]. Dans ces hypothèses, l'acquéreur disposerait, à défaut de garantie autonome, seulement des recours prévus par la loi ou stipulés par la convention contre son propre contractant, le cédant de la créance, dont il assume ainsi l'insolvabilité potentielle. Il demeure sans doute possible pour lui de tenter une vérification détaillée quant à l'état réel des créances transmises, mais cela ne le garantirait pas contre les déclarations incorrectes ou les documents incomplets, le cas échéant transmis par le cédant[1257]. En revanche, les hypothèques indépendantes fonctionneraient ici comme un effet de commerce et accorderaient droit de saisie pour l'ensemble de leur montant stipulé, moins les remboursements préalablement portés à la connaissance du cessionnaire[1258]. Le caractère accessoire de la sûreté hypothécaire rend ainsi le refinancement du créancier globalement moins intéressant pour le créancier, ne serait-ce qu'en raison des diligences à déposer pour vérifier l'état réel des créances acquises [1259]. Il est dit, par ailleurs, que les pertes encourues par voie de conséquence se répercuteront par la suite sur les débiteurs, contraints à des conditions de crédit plus sévères ou à des taux d'intérêt majorés[1260]. À la limite, ces perspectives pourraient aussi influencer les décisions économiques prises par les créanciers, ainsi découragés à développer leurs activités dans un pays qui interdit le recours aux hypothèques indépendantes [1261]. Reste quand même que la

[1255] Ch. Schmid, pp. 61-63; S. Nasarre-Aznar, p. 92; M. Wolf, p. 1942; S. Kircher, *passim*; Ch. Kiesgen (cité *supra*, n. 34), *passim*; O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), p. 72; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 211; G. Wunsch, pp. 296-300; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), pp. 1-57.

[1256] V. *supra*, §60.

[1257] O. Stöcker/R. Stürner, p. 66.

[1258] V. *supra*, §§77-78. V. aussi, A. J. M. Stevens, p. 425.

[1259] Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, points nos 109-117.

[1260] O. Stöcker (cité *supra*, n. 954), pp. 16-17.

[1261] O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 211.

dimension de la restriction commerciale qui en découle semble insignifiante, ce qui écarterait la sanction encourue au titre du droit européen.

257. ***Restriction potentiellement insignifiante***. Le problème c'est que les arguments sur l'entrave commerciale imputable à l'interdiction des hypothèques indépendantes reposent visiblement sur pas mal de spéculations. Il existe dès lors toujours un risque perceptible de voir les restrictions ainsi identifiées contredites par des analyses macroéconomiques sur les coûts de la mobilisation des créances. Ces analyses pourraient en effet aboutir sur une conclusion en ce sens que les avantages des hypothèques indépendantes, tout comme inversement l'impact de l'impératif accessoire, restent insignifiants pour les opérations de crédit. Aux yeux des libertés européennes, ce constat se traduirait par un argument en ce sens que les effets de la restriction incriminée sur le commerce intracommunautaire sont incertains ou trop aléatoires. En effet, la jurisprudence de la Cour retient apparemment un seuil *de minimis* en dessous duquel les entraves imputées aux mesures internes, même si confirmées, restent trop insignifiantes pour subir les sanctions spécifiques. C'est justement le cas dans l'arrêt C.J.C.E., C-69/88, *Krantz*, confirmé sur ce point par les décisions ultérieures[1262]. La solution de cette affaire intéresse particulièrement ce développement, car il s'agit du seul jugement rendu jusqu'à présent qui prend position sur l'impact des libertés économiques en matière de garanties mobilières.

258. ***Impact aléatoire des garanties réelles***. Dans l'affaire *Krantz*, un vendeur allemand n'a pu opposer sa réserve de propriété consentie en pays étranger aux autorités fiscales néerlandaises, en raison des règles locales qui privilégiaient les créances publiques. Il invoqua, dès lors, la restriction commerciale causée par cette mesure, au vu de son impact négatif sur les ventes à tempérament vers les Pays-Bas. Mais la Cour de Luxembourg écarta ses prétentions. Ainsi, les juges estimèrent que l'impact de cette préférence fiscale sur les ventes à tempérament demeure "*trop aléatoire et indirect*" pour être sanctionné comme entrave aux libertés économiques[1263]. Mais cela ne pose quand même aucun problème dans le contexte

[1262] C.J.C.E., C-44/98, *BASF*, point nº 16; C.J.C.E., C-266/96, *Corsica Ferries France*, point nº 31.

[1263] C.J.C.E., C-69/88, *Krantz*, point nº 11. Certains considèrent que le jugement anticiperait ainsi les décisions plus favorables à la diversité règlementaire, retenues à partir de l'arrêt *Keck et Mithouard*, présenté *supra*, §243: S. Weatherill (cité *supra*, n. 1227), p. 149.

spécifique des hypothèques indépendantes. Déjà, la décision n'écarte certainement pas au niveau des principes l'incidence des libertés économiques sur les garanties réelles, ou, plus généralement, en matière de droit privé[1264]. Les arrêts relatifs aux personnes morales ou aux noms patronymiques confirment cette lecture[1265]. En plus, rien ne laisse supposer que la restriction commerciale, le cas échéant imputée à l'interdiction des hypothèques indépendantes serait "*trop aléatoire et indirecte*". La décision précitée, *Trummer et Mayer*, démontre ainsi justement la disponibilité des juges à contrôler les entraves repérées dans le régime des garanties immobilières[1266]. De toute façon, les Traités ne prévoient de manière explicite aucun seuil *de minimis* qui validerait les mesures internes dont les effets restrictifs seraient trop insignifiants[1267]. Dès lors, il pourrait se considérer plutôt que dans l'affaire *Krantz*, les juges envisagèrent simplement de constater que l'opérateur n'a pas démontré de manière suffisante la restriction commerciale alléguée. Il en résulte que la simple existence du seuil *de minimis* ne préjuge pas en soi la possibilité d'écarter, comme contraire aux intérêts du créancier, la règle de l'accessoire, en tant qu'elle empêche la reconnaissance des hypothèques indépendantes. Même plus, la restriction commerciale ainsi caractérisée ne saurait se justifier au titre d'un quelconque intérêt public. Les arguments envisagés à cet égard ne dépassent pas, en effet, la nature privée des intérêts en conflit.

B. Justification des interdictions

259. ***Défi de la justification***. Même si un raisonnement comparatif confirmerait les effets restrictifs sur les échanges de la nature accessoire, il demeure nécessaire de vérifier si les entraves qui en découlent ne se justifient pas au titre des dérogations pour intérêt public prévues par les Traités ou des raisons impérieuses reconnues

[1264] B. Akkermans/E. Ramaekers, pp. 15-17.

[1265] V. *supra*, §236.

[1266] V. *supra*, §201.

[1267] Conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire C-44/98, *BASF*, point nº 18: "*l'article 30 précité ne pose pas une règle, pour ainsi dire, de minimis, de sorte que, pour qu'il y ait violation de cette disposition, il suffit d'un obstacle au commerce interétatique même de faible ampleur*".

en jurisprudence. Or, la potentielle interdiction des hypothèques indépendantes en droit national semblerait a priori nécessaire, ne serait-ce que pour protéger le propriétaire contre le risque de double paiement induit par l'inopposabilité des exceptions. C'est encore plus vrai lorsque celui-ci agirait en qualité de consommateur[1268]. Sans doute qu'en ce qui concerne les autres parties prenantes, telles que par exemple créanciers subséquents du constituant, la technique présente un impact plutôt négligeable. Elle n'accorde effectivement pas à son bénéficiaire une exclusivité sur son assiette, ni une priorité supplémentaire par rapport aux garanties accessoires. Les créanciers subséquents du propriétaire ne redoutent, dès lors, aucune aggravation de leur situation. Mais cela vaut seulement tant qu'ils ne parieraient pas sur l'extinction accessoire de la garantie, une fois remboursée la dette initiale. Si en revanche, ils escomptaient en profiter pour monter en rang, leurs expectatives se trouveraient détrompées, car la garantie indépendante persiste malgré la disparition de la créance initiale. La nature accessoire des hypothèques semblerait ainsi facilement se justifier par le besoin de protéger, quoiqu'en des proportions différentes, les intérêts des autres parties prenantes.

260. ***Approche globale***. Il convient de noter que la protection des autres parties prenantes comme justification potentielle pour la prohibition des hypothèques indépendantes reprend en fait les considérations de principe envisagées dans les recherches plus extensives relatives à l'impact du droit européen sur l'ensemble des sûretés réelles[1269]. Cependant, même si certains estiment que les règles internes incriminées comme contraires aux libertés économiques devraient chacune trouver une justification individuelle au titre d'une considération légitime d'intérêt public[1270], une approche globale reste quand même nécessaire. La plupart des interdictions en matière de garanties ne reflètent en effet aucune considération publique, sociale, culturelle ou de sécurité intérieure. Elles tendent plutôt à

[1268] S. Van Erp (cite *supra*, n. 3), p. 9; A. J. M. Stevens, p. 423; L. van Vliet, p. 169; E. van den Haute, §415.

[1269] V. déjà par ex., B. Akkermans, p. 534; B. Akkermans/E. Ramaekers, pp. 12-13: "*another ground for justification can be the protection of creditors. The existence of property rights outside the property rights recognised by the national systems of property law may lead to difficulties in insolvency situations*"; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, pp. 10-14; E.-M. Kieninger, p. 178.

[1270] P. Von Wilmowsky, pp. 122-149.

harmoniser ou arbitrer entre les intérêts des différentes parties prenantes au crédit[1271]. Tant qu'il ne s'agira pas des garanties contraires à l'ordre public, la recherche de cet équilibre restera la seule justification possible des restrictions imputables dans ce domaine.

261. ***Protection des parties prenantes***. Les risques ci-dessus identifiés à la charge du constituant des hypothèques indépendantes ou de ses autres créanciers confirment simplement un constat intuitif en matière de sûretés réelles. C'est que les gains ou les avantages obtenus par les bénéficiaires de celle-ci viennent nécessairement au prix de pertes ou de risques à la charge de toutes les autres parties prenantes[1272]. En effet, les garanties réelles sont par essence même censées rayonner sur les tiers[1273]. Elles sont, dès lors, par définition défavorables aux autres créanciers, qui se retrouvent confrontés à une cause supplémentaire de préférence ou d'exclusivité[1274]. Elles fournissent par ailleurs à leur titulaire le fondement juridique de la saisie, le cas échéant dirigée contre les acquéreurs ultérieurs de la chose. Les hypothèques indépendantes en particulier empiètent, comme précédemment mentionné, sur les intérêts des créanciers subséquents qui prendraient des décisions conditionnées par l'extinction accessoire de la garantie. C'est le cas par exemple lorsqu'ils refinanceraient eux-mêmes le remboursement de la dette initiale. Ces autres créanciers devraient, dès lors, au moins engager les frais nécessaires pour se familiariser avec la technique. Mais l'inopposabilité des exceptions qui la caractérise reste certainement plus risquée pour le constituant. Afin de prévenir les doubles paiements, il doit faire des efforts pour rendre ses

[1271] Ch. Schmid, p. 63.

[1272] L. Aynès/P. Crocq, §408: "*l'avantage considérable qui est conféré au créancier peut constituer un préjudice et pour le débiteur – dont, de surcroit, le crédit est gaspillé – et surtout pour les autres créanciers, notamment ceux qui sont réunis dans une procédure collective*", spécialement pour les garanties qui reposent sur l'exclusivité.

[1273] Lynn LoPucki, *The Unsecured Creditor's Bargain*, dans Va. L. Rev., Vol 80, Nº 8 (Nov., 1994), p. 1899: "*security is an agreement between A and B that C take nothing* (…) *the 'consent' of the unsecured creditor is implied in the best case and a blatant fiction in the worst*".

[1274] L. Aynès/P. Crocq, §14: "*le droit des sûretés personnelles est traditionnellement dominé par la liberté des conventions, tandis que celui des sûretés réelles, créant un droit de préférence contraire au principe d'égalité des créanciers, met en jeu l'intérêt des tiers et même de l'économie en général*".

remboursements, à chaque fois, opposables aux tiers, dans la mesure que lui permet le droit interne applicable[1275].

262. ***Intérêts privés en conflit***. Le problème néanmoins, c'est que la protection du propriétaire ou de ses autres créanciers ne saurait, comme telle, légitimer des mesures contraires aux libertés économiques. Il en va en effet seulement de leurs intérêts privés, comme particuliers. Or, ces intérêts sont par définition antinomiques aux considérations publiques censées légitimer les restrictions commerciales. Surtout, une attitude cohérente dans la protection des parties prenantes aux diverses opérations commerciales obligerait les Etats Membres à supprimer tout le reste des règles de contenu similaire. Sinon, le droit européen leur interdirait de faire valoir cet argument de justification pour inconséquence[1276]. Par exemple, la protection des créanciers subséquents invoquée comme justification des impératifs en matière de sûretés réelles impliquerait pour les Etats en question de faire disparaitre toutes les autres causes de préférence qui empièteraient elles-mêmes sur leurs intérêts[1277]. Mais l'aporie qui en découle vient précisément de la nature individuelle de ces intérêts. De ce fait, ceux-ci ne sauraient jamais légitimer comme tels les obstacles aux échanges[1278]. Ainsi, la disparition accessoire des garanties, tout comme la règle du concours par exemple, peuvent certainement profiter à des catégories telles que le propriétaire ou ses créanciers subséquents[1279]. Cependant, aucun intérêt général ne vient justifier ces solutions, qui reposent strictement sur les arbitrages législatifs ainsi réalisés entre les revendications contradictoires des

---

[1275] V. *supra*, §§79-87.

[1276] B. Akkermans, p. 530.

[1277] P. Von Wilmowsky, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, RabelsZ nr. 64/2000, p. 161.

[1278] C'est affirmé que la jurisprudence sur reconnaissance mutuelle des sociétés valide certaines entraves censées protéger les intérêts des différents créanciers, des associés minoritaires ou des salariés: J. W. Rutgers, p. 13. Mais ces jugements contrediraient alors eux-mêmes l'intérêt général exigé par définition pour justifier les entraves. Ce serait aussi grossièrement incohérent par rapport aux conditions très restrictives inversement exigées pour invoquer la sécurité comme objectif légitime, selon par ex. C.J.U.E., C-543/08, *Commission c. Portugal*, point nº 85. Toutefois, le droit européen ne protège certainement pas les créanciers comme tels contre les risques de leur décisions. Il vise plutôt la prévisibilité de leur situation contre les surprises néfastes des règles étrangères. L'arrêt C-212/97, *Centros*, point nº 36, rejette ces arguments justement au motif que les créanciers de la société "*sont informés de ce qu'elle relève d'une législation différente*". Or, l'objectif de transparence dépasse les intérêts individuels impliqués et vaut de manière plus générale. V. *infra*, §§266-268.

[1279] Ch. Schmid, p. 63: "*a solution affecting nobody adversely is not available*".

particuliers impliqués. C'est sans doute diffèrent dans certaines autres branches du droit privé, telles que la concurrence ou la consommation, vu le rôle de direction ou de protection pour la vie civile qu'assument les règles en question[1280]. Mais la plupart des dispositions en matière de crédit ou de sûretés ne viennent pas de telles considérations publiques et se limitent à partager les risques des diverses opérations entre les personnes impliquées. Pourtant, cet arbitrage en tant que tel a quand même fondé certaines tentatives de justifier les règles en matière de garanties réelles au-delà des intérêts individuels en conflit.

263. ***Protection de l'ordre national établi.*** Certaines idées de justification partent ainsi du constat que le circuit civil ne saurait régulièrement fonctionner à défaut de solutions prédictibles pour arbitrer les conflits entre les individus[1281]. La règle du concours, les causes de préférence ou la nature accessoire des garanties, telle que reniée par les hypothèques indépendantes, viennent ainsi justement départager leurs différentes prétentions. En effet, l'absence de ces choix législatifs bouleverserait certainement la vie des affaires. D'intérêt général serait alors non pas le contenu, mais l'existence même de telles règles, censées trancher les disputes entre particuliers[1282]. Cela vaut particulièrement dans le domaine des garanties réelles, pour toutes les dispositions qui déterminent l'ordre de préférence entre les créanciers et leurs sûretés ainsi que le contenu respectif de leurs droits[1283]. Les choix législatifs du moment à cet égard relèveraient ainsi de l'ordre national établi quant au rang censé départager les intérêts des différents créanciers[1284]. Le maintien de cet ordre établi serait ainsi une condition nécessaire pour le fonctionnement du circuit civil, vu la sensibilité des opérateurs aux changements les

[1280] Ph. Malaurie/L. Aynès/P. Stoffel-Munck (cité *supra*, n. 187), §650.

[1281] M. Fervers, p. 5.

[1282] V. Heuzé, p. 413, selon lequel le droit privé "*a pour objet d'arbitrer les intérêts privés qui s'affrontent à propos ou à l'occasion d'un type de situation de fait donnée. Et, dès lors que l'Etat acteur a fait le choix d'assurer cet arbitrage, les règles au moyen desquels il s'oblige à l'opérer, par le biais de ses tribunaux, ne peuvent évidemment être exprimés sous la forme d'une alternative entre l'action et l'abstention: il doit prendre parti, en formulant une solution*".

[1283] E.-M. Kieninger, p. 173: "*der Schaffung einer bestimmten Rangfolge zwischen den verschiedenen Gruppen von Gläubigern und Sicherungsrechten, der Festlegung eines bestimmten Inhalts solcher Rechte sowie der Steuerung ihres Volumens und damit des Kreditvolumens insgesamt dienen*".

[1284] E.-M. Kieninger, p. 174: "*die nationale Güter und Gläubigerordnung*".

plus insignifiants[1285]. La cohérence systémique du droit des biens deviendrait ainsi un objectif public, de nature à justifier les potentielles restrictions commerciales qui en découlent[1286]. Cet ordre établi dans les rapports du propriétaire avec ses créanciers ainsi qu'entre ces derniers se constituerait même en véritable Constitution économique des marchés du crédit, du moins selon le professeur Basedow[1287]. La protection de cette dernière viendrait ainsi en défense de l'ordre public, lequel représente une considération expressément retenue comme justification des entraves par les articles 36, 45 al. 3, 52 al. 1 ou 65 al. 1 T.F.U.E.[1288] C'est néanmoins évident que l'argument n'a rien de spécifique au droit des biens, encore moins aux seules sûretés réelles.

264. ***Confusion entre les entraves et leur justification***. En fin de compte, la plupart des règles traditionnellement rattachées au droit privé sont elles-mêmes censées réaliser un arbitrage entre les sphères de liberté respectivement revendiquées par les personnes impliquées dans la vie civile[1289]. Par ailleurs, cette même protection de l'ordre établi devrait également pouvoir justifier pas mal de mesures qui relèvent du droit public. Elle validerait ainsi en fin de compte les effets restrictifs de presque n'importe quelle disposition censée arbitrer entre les individus. Or, cela viderait à peu près de tout contenu les libertés économiques reconnues par les Traités. Cet argument de justification serait, par ailleurs, toujours proportionnel à son objectif. En effet, le maintien de l'ordre établi suppose une application au pied de la lettre des lois en vigueur, sans aucune déviation pour méconnaissance des libertés européennes[1290]. Seul le maintien intégral de cet ordre national établi fournirait le gage absolu de sa stabilité. Sur un plan plus technique, ce raisonnement pêche

---

[1285] E.-M. Kieninger, p. 174-179; L. Aynès/P. Crocq, §407: "*modifiez le rang, ou l'assiette de l'une d'entre elles, ajoutez une nouvelle sûreté, tout le système s'en trouve modifié - comme un château de cartes: la pratique délaissera telle sûreté si elle est dégradée, pour se précipiter sur une autre*".

[1286] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 12; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 10.

[1287] J. Basedow, p. 45: "*im Übrigen besitzt aber die Güterordnung, d.h. die eindeutige Umschreibung der dinglichen Rechte an Handelsgütern, eine geradezu wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung für die Organisation von Märkten; insofern ist die Güterordnung Teil der öffentliche Ordnung*".

[1288] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 11; G. Wunsch, p. 325.

[1289] Y. Flour, §§118-119: "*de même que pour Kant, la liberté individuelle de chacun s'arrête où commence celle d'autrui, de même, pour Pillet, le respect dû à tout droit acquis s'arrête ou commence le respect dû à tout autre droit, lui-même régulièrement acquis, incompatible avec le premier*".

[1290] E.-M. Kieninger, p. 174: "*das Funktionieren der Ordnung*".

aussi visiblement en tant qu'il assimile toujours, très originellement, les entraves identifiées à leur propre justification. En matière de garanties réelles par exemple, les solutions pour arbitrer les conflits entre les différentes parties prenantes couvrent en fait presque tout le cadre règlementaire applicable[1291]. En particulier dans cette optique, la prohibition des hypothèques indépendantes resterait nécessaire du seul fait de son existence, sans aller plus loin en ce qui concerne le contenu des intérêts protégés. Mais ce maintien de l'ordre établi représente tout au plus la conséquence des justifications potentielles, non pas inversement la justification comme telle des restrictions incriminées.

265. ***Inconséquence de l'ordre établi***. Qui plus est, la justification au titre du maintien de l'ordre établi semblerait hypocrite pour les pays qui sacrifient eux-mêmes la cohérence de celui-ci, lors de chaque réforme qui modifie au fur et à mesure les choix traditionnels de politique législative. C'est valable y compris en matière de garanties réelles. À chaque nouvelle cause de préférence ou d'exclusivité reconnue par la loi, l'argument perdrait toute son impérativité initiale. En droit européen, cela trahirait une poursuite incohérente des objectifs invoqués[1292]. Or, cela rendrait la justification intégralement artificielle. Elle risque alors de ne pas pouvoir être prise en compte en tant que telle[1293]. Cela vaut également, en particulier, pour les arguments le cas échéant envisageables afin de valider une éventuelle interdiction des hypothèques indépendantes. En France comme en Roumanie, les créanciers subséquents sont déjà pleinement conscients que le remboursement du principal n'est pas toujours à même d'éteindre l'hypothèque, non seulement depuis la possibilité de recharger la garantie pour une nouvelle créance[1294], mais aussi plus traditionnellement en cas de novation avec maintien des sûretés initiales[1295]. Tout aussi contradictoire semblerait une justification par les choix politiques établis afin de protéger le propriétaire contre les risques de double paiement induits par l'inopposabilité des exceptions, comme effet

[1291] P. Von Wilmowsky, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, RabelsZ nr. 64/2000, p. 160.

[1292] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 12; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 12.

[1293] B. Akkermans, p. 530.

[1294] V. *supra*, §123.

[1295] V. *supra*, §139.

spécifique des hypothèques indépendantes. Cela refléterait en effet assez péniblement une préoccupation constante pour les législateurs qui autorisent déjà les particuliers à consentir des engagements autonomes, tels que des effets de commerce ou d'autres titres similaires, lesquels sont, de surcout, de nature personnelle et engagent, ainsi, la responsabilité du constituant sur tout son patrimoine [1296]. En bref, la protection de l'ordre juridique établi ne saurait certainement justifier aucune entrave aux échanges, ni en particulier la nature accessoire des hypothèques.

266. ***Prévisibilité de l'ordre établi.*** Pour ne pas argumenter la validité des règles nationales établies par le simple fait de leur existence, certains auteurs traitent parfois cet argument de manière plus subjective. Les dispositions censées arbitrer entre les différentes parties prenantes protègeraient ainsi non pas l'ordre établi en tant que tel, mais plutôt la confiance investie dans son maintien par les opérateurs impliqués[1297]. Cela traduit l'impératif de prévisibilité, particulièrement nécessaire pour le crédit. Les parties prenantes à ces opérations devraient en effet, autant que possible, ne pas se voir confrontées à des causes de préférence ou à des techniques de garantie étrangères inattendues, même si celles-ci seraient exigées par les impératifs du marché intérieur. À défaut, leurs expectatives se trouveraient bouleversées. La décision *Trummer et Mayer*, ci-dessus précitée[1298], viendrait, par les conséquences de sa solution, également confirmer que la prévisibilité des règlementations applicables en matière de garantie réelles représente bel et bien une raison impérieuse d'intérêt général. Ses considérants légitiment en effet de manière explicite les restrictions commerciales censées protéger la transparence des droits réels rattachés aux créances hypothécaires [1299]. D'ailleurs, la jurisprudence retient déjà de manière explicite la prévisibilité juridique comme considération générique de justification pour les entraves aux échanges, même au-

[1296] V. *supra*, §§41-43.

[1297] E.-M. Kieninger, pp. 179-180: "*um den Schutz einer bestimmten Ordnung und des in die Integrität dieser Ordnung gesetzten Vertrauens*".

[1298] V. *supra*, §201.

[1299] C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point nº 30 confirme que les Etats peuvent "*prendre les mesures nécessaires pour que le régime hypothécaire fixe de manière certaine et transparente les droits respectifs des créanciers hypothécaires entre eux ainsi que les droits de l'ensemble des créanciers hypothécaires, d'une part, et ceux de l'ensemble des autres créanciers, d'autre part*".

delà des règles applicables aux sûretés réelles[1300]. Mais elle reste certainement plus pertinente pour ces dernières, si par exemple certains raisonnements au titre des libertés économiques modifieraient les rangs de préférence établis sur l'assiette[1301]. L'explication couvrirait facilement aussi l'interdiction des hypothèques indépendantes, tant que leur potentielle réaffectation déjouerait les prévisions des créanciers subséquents, qui espéraient monter en rang de préférence[1302]. Surtout, cela vaudrait également pour le propriétaire, s'il est habitué à considérer les hypothèques comme un engagement accessoire, sans risque de double paiement[1303]. La légèreté du propriétaire semble d'autant plus pardonnable lorsqu'il intervient en qualité de consommateur, présumé ne pas connaitre les implications des garanties autonomes[1304]. Néanmoins, le problème vient du fait que cet argument peine à préciser le contenu spécifique de la confiance légitime, comme considération publique censée justifier les entraves.

267. ***Pari sur la stabilité législative****.* Apparemment, la protection imaginée devrait directement viser la confiance des parties prenantes au crédit qu'ils ne seraient pas confrontés à des règles différentes de celles habituellement applicables dans le pays de situation[1305]. Mais cela présuppose visiblement une certaine naïveté de leur part, encore plus nécessaire pour considérer ces prévisions comme légitimes. Tout individu qui possède le discernement nécessaire pour traiter ses affaires est conscient que les lois applicables évoluent de temps à autre, que ce soit à cause des changements internes ou pour contradiction avec certaines exigences internationales. Culture juridique oblige, celui-ci devrait se présumer tout aussi capable que les représentants de la doctrine à comprendre l'emprise du droit

---

[1300] C.J.U.E., C-50/08, *Commission c. France*, point nº 87 précise que "*garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers constitue une raison impérieuse d'intérêt général qui permet de justifier d'éventuelles restrictions*".

[1301] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 12: "*creditors can be expected to take the existence of national security rights into account, and may even be expected to find out if their debtor has created property security rights, but cannot be expected to know about the existence and scope of foreign rights that also give priority*" et spécifiquement contre la reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes: L. Radicati Di Brozolo, §6.

[1302] V. *supra*, §261.

[1303] V. *supra*, §256.

[1304] A. J. M. Stevens, p. 423.

[1305] Ch. Schmid, pp. 61-63; G. Wunsch, pp. 327-332; E.-M. Kieninger, pp. 165-167; B. Akkermans, p. 529.

européen sur le cadre règlementaire national. Faire produire des effets juridiques à des expectatives en sens contraire reviendrait sinon à ouvertement nier l'idée que nul n'est censé ignorer la loi[1306]. L'effet direct horizontal des libertés économiques, désormais reconnu par la jurisprudence, implique justement leur invocabilité y compris dans les litiges entre particuliers[1307]. En opportunité par ailleurs, l'argument mériterait des critiques identiques à celles contre la justification des entraves par maintien ou pétrification de l'ordre juridique national établi[1308]. Effectivement, il n'a rien de spécifique aux sûretés réelles, ce qui le rendrait transposable dans tous les autres domaines. La plupart des dispositions comprises dans les législations nationales trouverait ainsi justification à ce titre, car il n'existe aucune manière alternative pour garantir aux individus l'immutabilité des règles invocables à leur encontre.

268. ***Prévisibilité générique des relations***. Il resterait alors seulement de traiter la transparence des droits réels ou la sécurité des actes juridiques civils comme objectif en soi, autrement dit sans que cela repose sur le maintien des règles habituellement applicables. Cela se traduirait par une certaine prévisibilité nécessaire dans la vie des affaires, maltraitée par l'invocation trop brutale des libertés économiques[1309]. Elle légitimerait aussi l'interdiction des hypothèques indépendantes, vu que les gens ne s'attendent sans doute pas à l'inopposabilité des exceptions qui la différencie des affectations traditionnelles. Celle-ci serait encore plus inattendue par des propriétaires qui traiteraient en qualité de consommateurs, généralement moins avertis que les professionnels sur les effets de leurs actions[1310]. Mais une protection générique des parties prenantes contre toute surprise désagréable ne devrait presque jamais valider le maintien des obstacles aux libertés économiques. Effectivement, même si une exigence de prévisibilité justifierait les entraves identifiées, il demeure nécessaire pour ces

[1306] *Comp. supra*, §209.

[1307] R. Mehdi (cité *supra*, n. 903), §28.

[1308] V. *supra*, §263.

[1309] Parfois en ce sens, E.-M. Kieninger, p. 168.

[1310] Ph. Malaurie/L. Aynès/P. Stoffel-Munck (cité *supra*, n. 187), §521.

dernières de respecter la condition de proportionnalité[1311]. Celle-ci interdit aux restrictions commerciales de dépasser un critère abstrait de nécessite, fondé sur la "*règle de raison*" applicable en cette matière[1312]. Or, le maintien des entraves le cas échéant identifiées en matière de sûretés semblerait excessif, tant qu'il s'agit strictement de protéger la transparence des relations de crédit. Tout comme les informations publicitaires préalables suggérées dans l'affaire sur le *Cassis de Dijon*[1313], il suffirait, pour protéger cette transparence, de convenablement porter à la connaissance des individus l'impact potentiel des libertés économiques sur la garantie visée. En particulier, les créanciers subséquents qui parieraient sur la disparition accessoire de l'hypothèque indépendante ne sauraient se prétendre surpris de sa réaffectation, si préalablement avertis de sa nature autonome. Selon le cas, une mention dans le registre de publicité compètent devrait suffire pour leur information[1314]. Quant à lui, le propriétaire ne risque visiblement pas un bouleversement de ses prévisions. Dans cette hypothèse, il a lui-même consenti en connaissance de cause au risque de double paiement qui traduit l'inopposabilité des exceptions et l'autonomie de son engagement. Reste seulement que l'affirmation mérite quelques nuances exigées par la protection des consommateurs.

269. ***Protection des consommateurs***. Par sa nature, l'hypothèque indépendante semble structurellement défavorable au constituant. Le risque de double paiement supporté par celui-ci reste en effet de manière définitive à sa charge si le créancier initial devient insolvable. Or, tout cela vient habituellement sans contrepartie au profit du propriétaire. La diminution potentielle des taux ou des autres coûts afférents ne compte pas ici, car elle dépend des décisions prises par le

[1311] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 12: "*in order to satisfy the proportionality requirement the measure must be suitable and necessary in relation to the aim. Suitability requires an assessment of the effect of the measure in relation to the aim pursued. Necessity requires a Member State to show that the measure chosen is the least invasive measure*".

[1312] V. *supra*, §192.

[1313] V. *supra*, §188.

[1314] B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 35: "*if third parties are unfamiliar with a certain property right, a special form or registration, that includes an explanation of the most important elements of the property security right, might achieve the same aim in a less restrictive manner*"; G. Wunsch, p. 326.

créancier[1315]. Ces mêmes sensibilités avaient justement conduit le législateur français à interdire par exemple les lettres de changes rattachées aux crédits à la consommation[1316]. De même pour les hypothèques rechargeables à des fins autres que professionnelles, selon l'actuel art. 2.422 al. 1 C.civ., quoique leur assimilation aux engagements autonomes se cantonne, comme vu ci-dessus, sur un plan assez théorique[1317]. Mais de manière similaire aux avertissements par étiquetage dans l'affaire du *Cassis de Dijon*[1318], une information précontractuelle sur les risques de double paiement impliqués par une hypothèque indépendante pourrait être considérée suffisante afin de protéger les consommateurs[1319]. Ils apprendraient ainsi, le cas échéant, des moyens nécessaires pour rendre opposables aux tiers les remboursements progressifs de la dette[1320]. Cette information préalable des intéressés représente précisément la solution préconisée dans les projets relatifs à une eurohypothèque. Son affectation devrait impérativement être consentie devant le notaire, lequel conseillera les parties quant aux conséquences de leur engagement[1321].

270. ***Conclusion de section. Restriction injustifiée***. En bref, aucune considération publique, pas même la protection des consommateurs, ne saurait convenablement justifier la restriction imputable à une interdiction des hypothèques indépendantes en droit interne. La prévisibilité de la nature accessoire, comme composante de l'ordre national établi, ne légitimerait effectivement pas son maintien aux yeux des exigences européennes. Elle suppose tout au plus de correctement informer les particuliers quant aux implications de leurs engagements, surtout lorsqu'ils interviennent en tant que consommateurs. Du reste, la protection des autres parties prenantes ne reflète certainement pas une préoccupation dans l'intérêt général, nécessaire pour déroger aux libertés économiques. La conclusion vaut même pour la plupart des entraves commerciales, le cas échéant identifiables parmi les règles

---

[1315] V. *supra*, §248.

[1316] Th. Granier/P. Le Cannu/R. Routier, §§379-381. V. *supra*, §45.

[1317] V. *supra*, §131.

[1318] V. *supra*, §191.

[1319] P. Von Wilmowsky, pp. 148-149. L'auteur vise l'ensemble des garanties réelles.

[1320] V. *supra*, §84.

[1321] O. Stöcker (cité *supra*, n. 954), p. 17.

en matière de sûretés réelles, tout aussi détachées des considérations culturelles, sociales ou de sécurité publique. Mais cette conclusion, a priori très choquante, relève l'erreur méthodologique du raisonnement. Sans doute que la qualité des garanties disponibles conditionne plus ou moins les décisions prises par les parties prenantes aux financements. Néanmoins, il convient de démontrer qu'il n'existe aucune raison pour cantonner les restrictions commerciales, le cas échéant accusées en matière de sûretés réelles, dans les pays dont les législations sont comparativement défavorables aux créanciers. En effet, les libertés européennes ne protègent pas de manière spécifique le producteur, le fournisseur ou l'investisseur contre toutes les autres parties prenantes.

Section 2. Protection des autres parties prenantes

271. ***Efficacité objective***. Les idées recueillies par la section précédente identifient sans hésitations les restrictions commerciales interdites par les Traités aux pertes subies ou au moins risquées par le créancier garanti[1322]. Elles incriminent ainsi cependant l'inefficacité des sûretés réelles exclusivement à partir de ses intérêts. Les frais potentiellement mis à la charge du propriétaire ou de ses autres créanciers ne sont intervenus que par la suite, comme justification rigoureusement contrôlée d'une entrave considérée comme acquise. Cependant, rien ne laisse supposer que les libertés économiques protègent uniquement le créancier titulaire de la garantie, comme prestataire de services. C'est vrai qu'elles semblent transmettre cette image. Par exemple, les considérations publiques qui en légitiment les éventuelles dérogations correspondent souvent à certains intérêts des tierces parties prenantes ou de la société dans son ensemble. Mais ces objectifs publics retenus par les textes ou déduits en jurisprudence répondent visiblement à des préoccupations culturelles ou sociales, détachées de tout calcul économique. Or, en matière de sûretés comme dans tous les autres domaines, les gains obtenus par une personne interviennent intuitivement aux dépens des autres parties prenantes[1323]. Une logique similaire devrait alors inversement critiquer au même titre la gêne causée à ces dernières. En particulier, le risque de se voir exigée une garantie autonome telle qu'une hypothèque indépendante influencerait sans doute tout aussi défavorablement les propriétaires ou ses autres créanciers dans leurs choix. Cela pose le défi de correctement localiser la restriction commerciale imputée à l'efficacité asymétrique des garanties réelles et en particulier à la nature accessoire des hypothèques entre les pays impliqués (***B***). Il devient clair à cet égard que les risques ou les bénéfices qui en découlent pour les différentes parties prenantes doivent se cumuler, car toute personnalisation des libertés économiques fausserait le raisonnement (***A***).

[1322] J. Basedow, pp. 22-25; E.-M. Kieninger, pp. 122-152; B. Akkermans, p. 536.

[1323] M. Fervers, p. 5.

A. Dépersonnalisation des libertés économiques

272. ***Simple justification des entraves.*** Il semblerait intuitif de présumer l'obstacle aux échanges interétatiques à chaque fois que les règles internes de certains pays mettent des frais ou des risques à la charge de l'importateur, du fournisseur ou de l'investisseur en raison de leurs activités. Une solution favorable à leurs intérêts se considère ainsi souvent comme étant par cela même la plus profitable pour le développement des relations économiques internationales dans son ensemble[1324]. En revanche, les coûts ou les risques évités aux autres parties prenantes n'interviennent habituellement que par la suite, comme justification pour une entrave considérée déjà comme établie. C'est vrai que le texte du T.F.U.E. lui-même suggère cette manière de personnaliser les libertés économiques. Les dérogations textuelles à ces dernières répondent précisément aux intérêts des autres parties prenantes impliquées dans les opérations commerciales, de manière collective, comme expression des considérations publiques. De même pour les raisons impérieuses déduites par la jurisprudence, telles que la protection des consommateurs, la loyauté des transactions commerciales ou la sécurité des actes entre particuliers[1325]. Cela transmet l'image d'une certaine opposition entre les libertés économiques et les intérêts des parties prenantes, autres que l'opérateur qui intervient comme prestataire du service spécifique. Ainsi, dans le contentieux sur le *Cassis de Dijon* par exemple, les pertes des consommateurs éventuellement déçus par leurs achats étaient seulement prises en considération comme justification potentielle, non pas de manière autonome, pour leur impact sur le développement économique[1326]. Les considérations publiques, culturelles ou sociales légitimées par les Traités ne visent effectivement pas à favoriser l'implication commerciale de ces autres parties prenantes, afin qu'elles ne renoncent pas à contracter les opérations internationales. Cependant, leurs intérêts

[1324] "*Les véritables moteurs de l'intégration économique européenne*" seraient "*non pas les demandeurs, mais les offreurs*": J. Basedow, p. 18, dans la traduction de V. Heuzé, p. 398; H. Spamann, p. 35. V. plus largement, *supra*, §225.

[1325] V. *supra*, §190 et §266.

[1326] C.J.C.E., C-254/98, *TK-Heimdienst*, point nº 33: "*des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre circulation des marchandises*".

doivent également compter à ce titre, en tant qu'élément nécessaire pour correctement apprécier, dès le départ, l'effet restrictif des règles nationales incriminées.

273. ***Développement générique du commerce***. Les libertés économiques proclamées dans les Traités se limitent à interdire par principe toute restriction contraire à la circulation des services, des travailleurs, des produits ou des capitaux. Elles visent ainsi le développement générique des relations commerciales internationales. Mais elles ne déterminent certainement pas un bénéficiaire personnalisé qui pourrait s'en prévaloir contre toute mesure nationale qui lui serait défavorable[1327]. Visiblement déjà, les textes applicables ne laissent entendre aucun parti-pris en ce sens. Ni même la formule de l'arrêt *Dassonville* ne concerne pas les mesures internes spécifiquement défavorables à certains opérateurs, mais plutôt les restrictions commerciales comme telles, prises de manière générale[1328]. L'absence de présomptions favorables à un agent économique ou un autre reflète ainsi fidèlement les théories ordolibérales de Walter Eucken et Franz Böhm, censées avoir inspiré la rédaction initiale des textes[1329]. Pour ces théories effectivement, la protection des consommateurs ou des tiers compte non seulement à titre de préoccupation sociale, mais surtout afin de favoriser leur implication active dans la vie des affaires[1330]. Par ailleurs, une lecture différente des libertés économiques en ce sens qu'elles personnalisent leurs bénéficiaires semblerait hautement inacceptable ne serait-ce que pour l'opinion publique. Celle-ci aurait

---

[1327] M. Audit, §67: "*parmi les différents – et nombreux – intérêts mis en cause par une relation juridique intracommunautaire, seul l'un d'entre eux est pris en considération par le principe de la loi du pays d'origine: celui de l'opérateur. On pourrait évidemment objecter que cet intérêt coïncide en dernière analyse avec celui de la Communauté européenne dans son ensemble et, avec elle, de l'ensemble des citoyens européens en ce qu'une telle règle va permettre un développement économique plus important des opérateurs concernés, créant ainsi plus de richesses au sein de l'Union, ce qui sera bénéfique pour tous. Mais* (…) *une telle incidence sur la croissance économique en Europe du principe d'origine reste à prouver*".

[1328] C.J.C.E., 8/74, *Dassonville*, point nº 5: "*toute réglementation commerciale des Etats Membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives*".

[1329] J. Drexl (cité *supra*, n. 1104), pp. 419-452.

[1330] J. Drexl (cité *supra*, n. 1104), pp. 431-432: "*l'ordolibéralisme protège la liberté économique du consommateur, ou plutôt l'individu en général quel que soit son rôle en tant qu'acteur sur le marché* (…) *les garanties sociales ne sont pas vues comme de simples mesures mises en place dans le but de corriger les résultats économiques injustes liés à l'économie de marché* (…) *la reconnaissance de l'économie de marché est une condition de la sécurité sociale, de même que la sécurité sociale apparaît aussi comme une condition au bon fonctionnement de l'économie de marché*".

alors en effet obligatoirement dû être mise au courant lors des adhésions successives que les Traités protègent de manière spécifique l'agent économique prestataire des services spécifiques contre tout ce qui empièterait sur ses intérêts [1331]. De plus, les juges identifient désormais souvent une restriction commerciale y compris au niveau de la simple passivité des autorités publiques. Celles-ci doivent en effet limiter la liberté individuelle, lorsqu'elle porterait attente aux relations commerciales interétatiques[1332]. Or, une personnalisation véritable des libertés économiques reviendrait dès lors à tout faire en sorte par les Etats Membres afin de faciliter la pénétration de leurs marchés par les opérateurs étrangers. En matière de crédits, cela obligerait les pays non seulement à valider toute sorte de sûretés étrangères, mais aussi, à la limite, à se porter activement cautions dans les prêts ou les refinancements contractés par les banques internationales. Cependant, les garanties illimitées accordées par les Etats Membres aux entreprises représentent des aides publiques, interdites par principe, ne serait-ce que pour éviter le dérapage vers une économie planifiée[1333]. Une telle présomption favorable aux opérateurs étrangers contredit donc ouvertement les principes de libre concurrence, eux-mêmes garantis par les Traités.

274. ***Identification renversée de l'entrave***. Pour correctement localiser la restriction commerciale qui entrave les libertés économiques, il n'existe aucune raison pour ne pas traiter les autres parties prenantes aux rapports internationaux de la même manière que l'opérateur en situation spécifique. À partir de leurs intérêts justement, la même analyse aboutirait sur des conclusions diamétralement opposées [1334]. Sans doute qu'un faible niveau de contraintes règlementaires favorise le producteur ou le fournisseur. Ceux-ci réduisent ainsi leurs coûts opérationnels. Cependant, les risques mis à la charge de leurs clients ou des consommateurs devraient par principe tout autant décourager ces derniers à contracter qu'inversement les règlementations trop sévères pour les prestataires. Les acquéreurs se désintéressent intuitivement des marchés dont la règlementation

[1331] V. Heuzé, p. 394.

[1332] V. plus largement, *infra,* §276.

[1333] C.J.U.E., C-559/12 P, *France c. Commission*, points n^{os} 93-109.

[1334] H. Spamann, p. 35.

ne veille par exemple pas à la loyauté des transactions civiles[1335]. Ils aimeraient sans doute eux-mêmes choisir le pays plus favorable à leurs besoins de ce point de vue, ce qui diminuera au fur et à mesure les échanges vers les Etats qui ne les protègent pas de manière adéquate. C'est encore plus visible en matière de garanties réelles[1336]. Par exemple, la solution dans l'affaire *Trummer et Mayer* se trouverait renversée si les règles incriminées étaient appréciés non pas à partir des intérêts du bénéficiaire de la garantie, mais selon la perspective des créanciers subséquents[1337]. La confiance dans leur débiteur ainsi que l'espoir de ne pas voir son patrimoine désespérément obéré par la première garantie consentie mérite certainement une protection toute aussi forte au titre des libertés économiques que les intérêts du créancier initial[1338]. En bref, à défaut de considérations plus importantes, la recherche des meilleures sûretés pour sécuriser le crédit, comme critère de la restriction commerciale dans la mesure des limites que lui apportent les règlementations internes, protège en fait elle-même un intérêt de nature purement individuelle. Aux yeux de l'intégration économique, celle-ci se trouve donc placée au même niveau que les prétentions de toutes les autres parties prenantes. En particulier pour les hypothèques indépendantes, tout cela invite de prendre en compte les intérêts du propriétaire ou de ses autres créanciers, comme participants actifs à l'affectation de la garantie.

275. ***Effet restrictif des hypothèques indépendantes***. La prise en compte des intérêts des autres parties prenantes renverserait certainement la conclusion de la section précédente sur la restriction commerciale nécessairement causée par le caractère accessoire des hypothèques. En effet, le maintien du rang contre les prévisions des créanciers subséquents découragerait sans doute ces derniers à

[1335] V. Heuzé, pp. 397-398: "*pour contracter, il faut être deux* (…) *les libertés communautaires s'entendent passivement aussi bien qu'activement: la liberté de circulation des marchandises est autant celle d'importer que d'exporter; la liberté de prestation des services est autant celle de requérir que d'offrir des services dans l'ensemble de l'espace communautaire*".

[1336] Y. Flour, §119: "*les tribunaux se sont attribués le rôle de gardien de la sécurité de l'ensemble des créanciers, fut-ce au prix de la sécurité du bénéficiaire de la sûreté* (…) *à vouloir opposer trop radicalement des intérêts également légitimes, risque-t-on de s'enfermer dans un impasse*"; v. *supra*, §261.

[1337] Ch. Schmid, p. 63.

[1338] L. Aynès (cité *supra*, n. 11), §19: "*une garantie de cette nature, surtout, risque d'aboutir à l'aliénation totale du patrimoine de l'entrepreneur, entièrement affecté à la dette, tant qu'un centime reste dû*", sur la propriété comme garantie pour l'exécution de la créance.

fournir des financements additionnels au propriétaire. Surtout, même correctement informés des risques impliqués, les emprunteurs éviteraient certainement les créanciers qui leur demandent une hypothèque indépendante comme garantie. Ils rechercheraient, selon le même raisonnement, à contracter moins de crédits dans les pays qui valident une telle affectation. Tout ceci conduirait à une réduction proportionnelle des financements internationaux, similaire à celle-ci-dessus imputée au caractère accessoire de la sûreté. Justement que pas mal de recherches trouvent désormais les affectations traditionnellement accessoires comme beaucoup plus appropriées, vu leur prévalence, pour favoriser le développement intracommunautaire des crédits[1339]. Cela signifierait, de manière paradoxale, que les entraves aux libertés économiques résultent plutôt, inversement, des règles qui valident les hypothèques indépendantes. Celles-ci se justifieraient tout aussi difficilement au titre des considérations publiques ci-dessus recensées[1340]. L'inopposabilité des exceptions qui fait le principal attrait de l'instrument répond seulement aux intérêts particuliers de son titulaire actuel. De plus, les autres techniques disponibles à cet effet, tels que les effets de commerce ou les autres garanties autonomes[1341] infirment la nécessite particulière des hypothèques indépendantes comme techniques pour faciliter le refinancement des préteurs. De manière plus générale, tout cela relativise visiblement la plupart des conclusions sur l'impact des libertés économiques en matière de sûretés réelles. Une lecture de celles-ci favorable au seul créancier bénéficiaire ne refléterait en effet qu'une seule des thèses en présence dans la dialectique entre les intérêts des différentes parties prenantes qui caractérise l'évolution des garanties[1342]. Les arguments favorables aux hypothèques indépendantes expriment, ainsi, une dialectique plus technique entre les engagements autonomes et les sûretés proprement dites accessoires[1343]. À l'image des aliénations fiduciaires, ces engagements reposent en effet sur la

[1339] E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 423; T. Wachter (cité *supra*, n. 36), p. 174.

[1340] V. *supra*, §§261-269.

[1341] V. *supra*, §41, §43 et §61.

[1342] L. Aynès/P. Crocq, §407; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1050; Ph. Simler, §4.

[1343] V. par ex. sur l'aliénation fiduciaire, L. Aynès/P. Crocq, §408: "*garantie énergique qui répond pleinement à la loi de l'efficacité des sûretés* (…) *le risque: le créancier, en trompant la confiance du débiteur, peut ne pas lui restituer la chose et même l'aliéner a un tiers*".

fides, la confiance investie par le constituant que le créancier ne viendra pas abuser de ses pouvoirs. Cela les oppose aux sûretés accessoires classiques, fondées sur l'opposabilité des exceptions relatives à la créance garantie. Le problème reste néanmoins qu'il semble contradictoire de présupposer, même pour les besoins du raisonnement, que des règles internes qui se limitent à valider une quelconque technique de garantie empiètent sur les échanges. En fin de compte, elles ne font que confirmer la liberté contractuelle. Toutefois, les principes du marché intérieur ne visent indiscutablement pas une dérégulation totale des législations internes, en ce sens de légitimer par principe toutes les conduites individuelles, mais plutôt un développement rationnel des relations économiques internationales.

276. ***Effet restrictif de la liberté contractuelle***. A priori, les règles permissives en matière de sûretés réelles, qui valident justement la liberté contractuelle, ne devraient rationnellement pas être censées empiéter sur les échanges. Elles se limitent en effet à refléter l'autonomie de volonté[1344]. Cela reviendrait, sinon, à considérer que la liberté contractuelle empiète parfois par elle-même sur les libertés économiques. Or, l'homonymie des concepts semble transmettre ici une identité partielle au niveau de leur contenu. Cette identité impliquerait de présumer la conduite des particuliers toujours conforme aux objectifs du marché intérieur. Toutefois, les comportements anticoncurrentiels ou les pratiques déloyales confirment déjà que tel n'est pas nécessairement le cas[1345]. Contrairement aux analyses économiques néoclassiques, la protection ordolibérale de la concurrence en droit européen ne vise par exemple pas le bien-être du consommateur, mais à favoriser son implication active afin de stimuler le développement du marché[1346]. En ce sens, la décision C-265/95, *Commission c. France*, fournit l'image même de la restriction commerciale imputable aux comportements individuels. Elle concerne certains producteurs de fruits qui se sont efforcés de physiquement bloquer les importations de fraises en provenance de l'Espagne[1347]. La solution rendue par la

[1344] P. Von Wilmowsky, 94-152. Explicitement contre cette conclusion: V. Heuzé, n. 25.

[1345] J. Drexl (cité *supra*, n. 1104), pp. 435-436.

[1346] J. Drexl (cité *supra*, n. 1104), pp. 447-448.

[1347] "*L'entrave n'est donc plus alors constituée par une norme positive du pays de destination mais par son absence. En ne sanctionnant pas ladite pratique, l'État de destination l'autorise et c'est cette permissivité qui est constitutive d'une entrave*": M. Audit, n. 22.

C.J.C.E. dans cette affaire sanctionne ainsi non pas les particuliers en question, mais l'Etat Membre compètent, la France en l'espèce, pour n'avoir pas prévenu les comportements privés de nature à empiéter sur les échanges[1348]. De même pour la liberté contractuelle, toujours au titre de la philosophie ordolibérale, qui exige de limiter les conduites permises aux particuliers pour les besoins du développement économique[1349]. Il n'y a, dès lors, aucune raison pour différencier selon la nature publique ou privée des restrictions commerciales sanctionnées par les libertés économiques. Les pays sont en effet obligés d'interdire les comportements individuels qui affecteraient le fonctionnement durable du marché intérieur. Celui-ci ne vise donc pas nécessairement la dérégulation des législations nationales, car il demande inversement aux pays de prendre toutes les mesures appropriées pour sécuriser la vie des affaires et la loyauté du commerce. C'est encore plus vrai en matière de garanties réelles.

277. ***Affectation des garanties réelles***. En particulier pour les sûretés réelles, une liberté absolue ne favoriserait certainement pas les échanges, à ce point de ne jamais empiéter sur les libertés de circulation. Certains auteurs affirment quand même que la C.J.C.E. dans l'arrêt C-339/89, *Alsthom* aurait retenu un *obiter dictum* en ce sens que les règles permissives des Etats Membres qui viennent simplement confirmer la liberté contractuelle ne sauraient représenter des restrictions contraires aux libertés européennes[1350]. Mais une lecture plus attentive démontre que les considérants de cette décision traitent de la liberté contractuelle seulement pour infirmer l'accusation que les règles supplétives incriminées empiètent sur les échanges. En d'autres termes, la Cour a considéré qu'il n'y a pas une entrave dans les circonstances concrètes du litige spécifiquement parce que les parties peuvent

---

[1348] C.J.C.E., C-265/95, *Commission c. France*, point nº 31: "*le fait pour un État membre de s'abstenir d'agir ou, le cas échéant, de rester en défaut d'adopter les mesures suffisantes pour empêcher des obstacles à la libre circulation des marchandises, créés notamment par des actions de particuliers sur son territoire à l'encontre de produits originaires d'autres États membres, est de nature à entraver les échanges intracommunautaires tout autant qu'un acte positif*".

[1349] M. Audit, n. 65; J. Drexl (cité *supra*, n. 1104), p. 435-448: "*la théorie la plus appropriée est peut-être celle déclarant que les libertés fondamentales en tant que telles ne garantissent pas la liberté contractuelle*" car "*comme la liberté politique – la concurrence libre, elle aussi, est affectée par le «paradoxe de la liberté»*".

[1350] J. Basedow, pp. 27-28; P. Von Wilmowsky, p. 40 et J. W. Rutgers, pp. 11-12.

à tout moment y déroger, au titre de la liberté contractuelle[1351]. Or, cela ne confirme pas, inversement, que l'autonomie de volonté ne serait jamais incompatible avec les libertés économiques. Par exemple, les bénéficiaires potentiels des garanties réelles entendraient sans doute pouvoir déroger aux règles sur la publicité ou sur le rang des causes de préférence[1352]. Mais le caractère impératif des dispositions qui s'y opposent ne représente certainement pas, comme tel, une entrave contraire aux libertés économiques, tellement est-ce évident qu'il existe précisément pour favoriser les échanges. L'insécurité qui résulterait à défaut de ces dispositions ne saurait que péniblement se prétendre bénéfique pour la vie des affaires. Par ailleurs, les rôles respectifs que se partagent les parties prenantes au crédit diffèrent dans chaque opération ou transaction donnée. Les bénéficiaires des garanties très avantageuses importées des autres Etats Membres interviennent en effet comme créanciers subséquents ou chirographaires en des autres rapports similaires. Et, mis à part ces tiers visiblement périclités si le droit européen était censé par principe reconnaitre une liberté absolue en matière de garanties, même les parties directement impliquées se trouvent souvent en position de force asymétrique. Les propriétaires mécontents par une hypothèque indépendante ou par certaines autres garanties très risquées exigées par leurs créanciers ne disposent parfois que du choix entre se conformer ou renoncer aux opérations projetées. Or, leur désistement par crainte des risques encourus réduirait visiblement pour autant le volume des crédits accordés sur le marché pertinent. Sans doute que ces conséquences négatives sur les échanges procèdent alors des décisions volontairement prises par les propriétaires en question. Mais les alternatives ci-dessus présentées au libre choix des banques en présence de garanties défavorables ne suffirent inversement pas afin de réfuter les entraves qui en découlent[1353]. Il devrait y en aller de même alors pour les effets restrictifs imputables au comportement de leurs clients. Reste néanmoins qu'il parait techniquement

[1351] C-339/89, *Alsthom*, point n° 15: "*les parties à un contrat de vente internationale sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français*".

[1352] J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, p. 226; E.-M. Kieninger, p. 190. V. *supra*, §227.

[1353] V. *supra*, §252.

difficile de sanctionner les Etats Membres pour leurs conduites purement passives au regard des comportements individuels.

278. ***Suppression des abstentions étatiques***. Même si la conduite des particuliers empièterait sur les libertés économiques, ces dernières semblent difficilement imposer la suppression des abstentions règlementaires contre les agissements individuels. Selon certains auteurs en effet, ces principes n'interdisent que les mesures actives qui mettent en péril les échanges et ne sauraient venir sanctionner les simples inactions étatiques[1354]. En cas de litige en effet, tout juge interne se trouve techniquement obligé à ne pas appliquer les normes nationales contraires aux exigences européennes directement applicables, telles que les libertés fondamentales. Ne pas tenir compte des éventuelles inactions règlementaires devant un comportement individuel contraire à l'intégration économique signifierait alors en quelque sorte pour lui de se transformer en législateur[1355]. Il se trouverait en effet conduit à fonder son raisonnement sur une quelconque norme impérative qui remplacerait le vide législatif, donc à déterminer de son autorité la meilleure solution pour le litige. Cependant, la nature de son intervention reste quand même très similaire à celle requise de lui dans les hypothèses typiques en lesquelles il devrait simplement écarter une règle nationale contraire au droit européen. Dans la mesure possible pour éviter les décisions *contra legem*, le juge pourrait ainsi réinterpréter ses lois pour lui permettre de sanctionner en quelque sorte le comportement illicite des particuliers, voir afin de prononcer la nullité, par exemple, de la convention litigieuse[1356]. Surtout, ces difficultés n'écartent certainement pas le constat qu'il pourrait y avoir une restriction commerciale le cas échéant imputable aux comportements individuels. Or, le problème de ce développement, celui de déterminer les critères pour qualifier l'existence des entraves, le cas échéant imputables en matière de sûretés réelles, ne vise pas spécifiquement de vérifier si elles peuvent être écartées y compris dans les litiges entre des simples particuliers. Cette question relève de l'effet direct horizontal, désormais acquis pour toutes les

[1354] P. Von Wilmowsky, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, RabelsZ nr. 64/2000, p. 162.

[1355] P.C. De Sousa, p. 121: "*the market freedoms are inherently deregulatory, since the Court of Justice can only strike down legislative measures but cannot legislate itself*".

[1356] P.C. De Sousa, pp. 205-206.

libertés économiques[1357]. Mais elle demeure totalement indifférente à la question de l'interdiction, ou, inversement, à celle de l'éventuelle reconnaissance mutuelle des garanties réelles autonomes. Si confirmé, le cas échéant, par voie de démonstration, ce devoir de reconnaissance mutuelle au titre des impératifs européens devrait en effet incomber aux Etats Membres nonobstant le problème de son éventuel effet direct. À défaut de remèdes internes, sa méconnaissance se sanctionnerait à tout le moins par des recours en manquement devant la Cour de Luxembourg[1358]. Les détails techniques de cette invocabilité ne contredisent, dès lors, pas la possibilité de sanctionner, si besoin, la liberté des individus dans la constitution des garanties réelles pour ses effets contraires aux objectifs de l'intégration économique[1359]. Il en va de même alors en particulier pour la validité des hypothèques indépendantes. Celle-ci n'échapperait pas elle-même aux éventuelles accusations de restreindre les échanges seulement par cela qu'elle représente un produit de l'autonomie de volonté. Pourtant, cette identification de la restriction commerciale à partir des autres parties prenantes ne fait que renverser l'approche tentée par la section précédente, fondée sur les intérêts du créancier garanti. Mais ces deux perspectives pèchent de manière similaire, par une personnalisation erronée des libertés économiques européennes. La restriction commerciale imputée à l'interdiction des hypothèques indépendantes se confirmerait, dès lors, exclusivement par une appréciation cumulative des différents intérêts en conflit.

B. Additionnement des effets internationaux

[1357] R. Mehdi (cité *supra*, n. 903), §28.

[1358] P.C. De Sousa, pp. 200-214: "*horizontal effect is commonly, and imprecisely, used in the academic literature when dealing with the question of whether private behaviour can infringe on free movement rights* (…) *upholding the effect of market freedoms on private relationships can be done by granting the market freedoms direct or indirect horizontal effect or by imposing on the State a duty to protect them, without any difference in the substantive outcome of a case* (…) *even though private action would not be able to restrict this free movement right per se, States could still be held liable for their failure to regulate such private activity*".

[1359] E.-M. Kieninger, p. 196.

279. ***Cumul des intérêts en conflit.*** La détermination des entraves aux échanges à partir des autres parties prenantes que le bénéficiaire de la garantie laisse visiblement supposer une certaine imprévisibilité des libertés économiques, tantôt favorables, tantôt défavorables aux hypothèques indépendantes. Par ailleurs, les individus interviennent nécessairement en des positions différentes par rapport à chaque garantie concrète. Cela signifie que toute personnalisation des libertés économiques se trouverait en même temps intéressante ou gênante pour les acteurs impliqués dans chaque opération sur un marché donné. C'est sans doute moins visible dans le fonctionnement des hypothèques indépendantes et plus apparent, par exemple, en ce qui concerne les garanties qui confèrent une exclusivité. Même si techniquement avantageuses pour leurs titulaires respectifs, ces derniers risquent à leur tour de se voir opposées des garanties similaires par des autres créanciers de leurs débiteurs. En définitive alors, toute personnalisation des libertés économiques aboutira sur un jeu à somme nulle. Dès lors, celles-ci ne devraient jamais être présumées dans l'intérêt spécifique de certains opérateurs, pris selon leurs qualités abstraites dans les rapports civils. Une identification correcte des restrictions commerciales qui empiètent sur le marché intérieur suppose ainsi de cumuler les intérêts des différentes personnes potentiellement affectées par chaque opération donnée. Elle se limiterait en conséquence aux seules mesures objectivement défavorables au commerce. Dans l'affaire du *Cassis de Dijon* par exemple, cette perspective aurait supposé pour la Cour de prendre par deux fois en considération les intérêts des consommateurs, tant comme justification potentielle, mais aussi dans une phase initiale, afin de correctement déterminer l'entrave. Les juges devaient en effet préalablement constater que les avantages qui en découlent pour les échanges par inapplication des restrictions allemandes relatives aux liqueurs de fruits dépassent en ampleur les pertes imputables à l'impact négatif de cette suppression sur le comportement des consommateurs. En bref, il s'agissait d'établir que les risques de confusion en ce qui concerne ces derniers étaient insignifiants, à ce point de ne pas les décourager dans leurs choix économiques. Les restrictions commerciales imputables à la prohibition des hypothèques indépendantes doivent, dès lors, elles-mêmes prendre en

considération de manière cumulative les conséquences qui en découlent pour son bénéficiaire et les créanciers subséquents de ce dernier.

280. ***Impact quantitatif des restrictions***. En matière de sûretés réelles néanmoins, la plupart des règles ne protègent pas des considérations publiques majeures, mais réalisent seulement un arbitrage nécessaire entre les intérêts des particuliers impliqués[1360]. Tout juge saisi de contestations au titre des libertés économiques dans ce domaine devrait dès lors apprécier la qualité de chacun de ces arbitrages respectifs pour les besoins du marché intérieur[1361]. Mais les intérêts individuels de chaque personne impliquée dans les crédits fournissent bien peu de particularités de nature à les différencier pour les besoins du calcul. Ils se limitent en effet à leurs espoirs de tirer le meilleur parti de chaque affaire. Par ailleurs, tout critère ou présomption pour les départager ou favoriser certains opérateurs serait illégitime, comme vu ci-dessus. Cela suggère dès lors une certaine imprévisibilité des libertés économiques en matière de garanties réelles, ainsi que plus généralement, dans les relations de droit privé. Le seul moyen pour éviter tout aléa lors de ces raisonnements serait une lecture plus fidèle des textes applicables. Cette lecture, proposée par le professeur Weiler, suppose de considérer comme artificielle toute équivalence incriminée des règles internes aux restrictions commerciales, tant que l'impact sur les échanges des dispositions en question ne serait pas démontré en termes quantitatifs [1362]. En matière de marchandises justement, les textes

[1360] V. *supra*, §264.

[1361] H. Spamann, pp. 20-22: "*taken to its extreme, the analysis would have to be an overall efficiency analysis of the measure at issue, weighing its commerce-impeding consequences against its commerce-enabling, and more generally against all its beneficial consequences* (…) *the burden-test is special in the breadth of its application (almost any measure can "indirectly" and "potentially" affect trade), and in the scope of the analysis required (in the extreme view, it would be an overall efficiency analysis of the measure)*".

[1362] J. H. H. Weiler, p. 360: "*what measures can be said to be truly equivalent to straightforward quantitative restrictions (quotas)? On one reading, it is perhaps more of a stretch to claim, as the Court does in Dassonville and its progeny, that any internal measure regulating the market place (such as a prohibition on smoking in public places) by the mere fact that it 'hinders' trade (and it surely does in the sense that if the cigarette smoking is to fall, so will the consumption of imported cigarettes) is equivalent to a formal quantitative restriction. Is a ban on smoking in a public place really equivalent to a quota on imported cigarettes? A total ban on smoking would be equivalent – to a zero quota. It would, exactly as a quota does, bar access to the market. But is a regulatory measure which merely hinders, even if appreciably, though without the ability to gauge with precision the exact effect on imports, really equivalent to a quota restricting with precision the number of allowable cigarette imports? Is not the essence of the quota, even the non-zero quota – the pre-emptory and sharp bar to access into the market of imported products which do not fall within the quota? On this reading, a measure merely*

applicables n'interdisent les mesures nationales que pour leurs effets équivalents aux restrictions quantitatives proprement dites. Cela devrait valoir, dès lors, également pour les capitaux ou les services. Il s'agirait de concrètement prouver chaque entrave, au-delà des présomptions extrinsèques aux Traités qui personnaliseraient les bénéficiaires des libertés fondamentales. Pourtant, la Cour de Luxembourg ne semble actuellement pas encline à prétendre de telles démonstrations quantitatives lors des litiges contre les règles nationales censées empiéter sur les échanges[1363]. Les Etats Membres tentèrent pourtant de souligner parfois l'absence de ces quantifications dans les restrictions commerciales respectivement alléguées par la Commission[1364]. Mais à chaque fois, les juges n'analysèrent cet argument que par la suite, comme justification pour une entrave qu'ils considérèrent préalablement acquise, malgré les contestations sur son existence[1365]. Toutefois, ces solutions ne devraient certainement pas valoir comme précèdent, vu la confusion qu'elles réalisent entre la détermination et la justification de l'entrave imputée. Ces appréciations quantitatives demeurent encore plus nécessaires en matière de sûretés réelles, tant semble-t-il parfois difficile de vérifier l'impact économique de chaque reforme nationale dans ce domaine[1366]. En particulier alors, la reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes implique de précisément quantifier les effets négatifs de la nature accessoire sur les relations de crédit. Surtout qu'il ne suffit pas de limiter cette appréciation aux conséquences génériques des interdictions internes sur les courants de financement. Les textes sanctionnent en effet seulement les mesures nationales qui préjudicient de manière spécifique les relations transfrontières.

281. ***Impact spécifique sur les opérations internationales***. Le problème reste qu'en tant que telles, les règles génériquement nuisibles pour les échanges n'empêchent pas les opérateurs étrangers de pénétrer sur le marché local. Ils pourraient ainsi, le cas échéant, réduire à néant en ce qui les concerne les

hindering the marketing of a product which had free access to that market is not equivalent to a quantitative restriction".

[1363] P.C. De Sousa, p. 92.

[1364] C.J.U.E., C-543/08, *Commission c. Portugal*, points n[os] 31-38.

[1365] C.J.U.E., C-543/08, *Commission c. Portugal*, points n[os] 83-97.

[1366] F. Verstijlen (cité *supra*, n. 1227), pp. 17-36.

conséquences négatives des mesures incriminées[1367]. Par exemple, un créancier étranger, même si habitué à recevoir des garanties efficaces chez lui, se trouve dans les pays en lesquels il entend développer ses activités dans une situation juridique identique à celle de ses homologues internes. Si par exemple, les imperfections dans le régime local des garanties le conduiraient à renchérir le cout du crédit, cela devrait par définition se vérifier y compris pour ses concurrents plus traditionnellement établis dans le pays en question. C'est donc vrai que l'inefficacité des sûretés risque de préjudicier les étrangers. Mais à défaut de particularités additionnelles, ciblées sur les opérateurs étrangers en question, les règles du jeu restent identiques pour tous les concurrents impliqués[1368]. Or, cela ne suffit pas afin d'accuser une infraction aux libertés économiques. En effet, le droit européen n'interdit pas de manière absolue toutes les entraves aux échanges. Il sanctionne seulement les mesures qui touchent à l'importation ou à l'exportation des marchandises[1369] ou à la circulation transfrontière des services ou des capitaux entre les Etats Membres[1370]. De même, la formule retenue par la décision *Dassonville* ne vise que les règles susceptibles de restreindre spécifiquement le commerce intracommunautaire[1371]. Cela rappelle la condition de la discrimination indirecte ou du protectionnisme, telle que retenue par l'arrêt *Keck et Mithouard*, pour sanctionner les entraves aux échanges causées par les "*modalités de vente*", ultérieures à l'importation[1372]. En conséquence, la prohibition des hypothèques indépendantes en droit national contredirait les principes du marché intérieur seulement dans la mesure de son impact négatif quantifiable sur le crédit international, ce qui semble difficilement vérifiable. Il reste bien sûr à fixer les

[1367] J. H. H. Weiler, p. 360: "*a regulation which appreciably affects sales but does not differentiate between imports and domestic products is really not equivalent in this sense to a quota larger than zero. This is not simply a formal distinction, but one with great substance. Even when a state regulation affects the volume of sales, the imported product can compete on the domestic market and, if better in quality and price, can displace all its domestic competitors*".

[1368] F. Verstijlen (cité *supra*, n. 1227), p. 23: "*it is at least doubtful whether a proper working of the internal market dictates that the rules throughout the market are the same* (…) *although there is no level playing field throughout Europe, at least the playing field is the same for every player*".

[1369] Articles 34-35 T.F.U.E.

[1370] Articles 56.1 et 63.1 T.F.U.E.

[1371] C.J.C.E., 8/74, *Dassonville*, point nº 5: "*toute réglementation commerciale des Etats Membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives*".

[1372] C.J.C.E., C-267/1 et C-268/91, *Keck et Mithouard*, point nº 16. V. *supra*, §243.

critères de cette internationalité, mais le droit européen semble retenir une perspective très généreuse à cet égard. En matière de capitaux par exemple, l'annexe I de la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité considère comme internationales les opérations en lesquelles il existe une différence entre les parties impliquées au niveau de leur résidence, identifiée selon "*les définitions établies par la réglementation sur les changes, en vigueur dans chaque État membre*". Or, même si actuellement abrogée, cette directive "*conserve la valeur indicative qui était la sienne*", car les textes du T.F.U.E. ont "*repris en substance le contenu de l'article 1er de la directive 88/361*"[1373]. Pour la libre circulation des services, le caractère interétatique des relations concernées par le droit européen se traite de manière encore plus large. En effet, "*la Cour a reconnu à plusieurs reprises, et en dernier lieu dans l'arrêt Säger, que l'article 59 est également applicable dans le cas particulièrement fréquent en matière de services financiers où le service est fourni d'un Etat Membre à l'autre sans que ni le fournisseur du service ni le destinataire ne se déplacent* (…) *l'on peut donc dire que, sous réserve de l'applicabilité des autres libertés, les dispositions communautaires relatives à la libre prestation de services seront applicables dès qu'un élément pertinent de l'activité en cause se situe dans un autre Etat Membre*" [1374] . Cela signifie qu'en définitive, tout élément étranger est susceptible de faire glisser un rapport dans le domaine du marché intérieur. Mais la C.J.U.E. n'a jamais développé une théorie exhaustive sur les éléments internationaux pertinents requis pour placer un rapport juridique donné dans le domaine couvert par les principes européens[1375].

282. ***Détermination ou localisation de l'entrave***. Lors des divergences législatives entre les Etats Membres, le défi de caractériser la restriction commerciale imputée à certaines règles internes en cas de divergences législatives entre les Etats implique sa localisation correcte parmi les différents systèmes de droit en présence. Or, deux réponses contradictoires fournies par plusieurs pays à une seule et même question signifient qu'au moins l'un des régimes en conflit se trouve moins favorable

[1373] Pour cet argument, v. par ex. l'arrêt C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point nº 21.

[1374] W. Van Gerven (cité *supra*, n. 892), §5.

[1375] P.C. De Sousa, pp. 176-181: "*behind these developments lies the fact that the Court of Justice never provided a coherent normative theory for the "purely internal situations" doctrine to begin with*".

aux échanges. Il se déduirait en particulier que les libertés économiques exigent des Etats Membres nécessairement soit de valider, soit inversement de refuser aux particuliers la technique des hypothèques indépendantes. En termes dogmatiques, ce défi de localiser les entraves parmi les Etats impliqués a précisément vu émerger cette préférence instinctive en faveur du pays d'origine pour les marchandises, les capitaux ou les services visés par les libertés économiques. Mais les juges admettent désormais de manière explicite que les Traités ne retiennent aucune présomption favorable aux lois du pays d'origine[1376]. Dès lors, le simple constat des effets antagoniques sur les échanges imputables aux règles en conflit n'écarte certainement pas la démonstration quantitative nécessaire afin de pouvoir localiser les entraves aux échanges internationaux. En conséquence, la reconnaissance des hypothèques indépendantes en particulier ne saurait elle-même pas se résumer à une prise de position axiomatique basée sur une localisation de l'entrave parmi les règles du pays considéré de destination pour les besoins du raisonnement, en l'espèce, celui où se trouve situé l'immeuble, et celles qui s'en revendiqueraient d'origine.

283. ***Développement durable du crédit***. Le problème avec le droit des sûretés réelles reste pourtant qu'à bref délai, la mesure la plus favorable pour les échanges serait paradoxalement celle qui invaliderait toute garantie, cause de préférence ou autre dérogation aux règles du concours entre les créanciers[1377]. Un bien débarrassé de toutes les sûretés qui l'affectaient à l'origine circule par exemple beaucoup plus librement à l'étranger. Il devient en effet beaucoup plus intéressant à acheter et renforce la confiance des différentes parties prenantes dans la solvabilité de son propriétaire[1378]. La suppression des garanties réelles deviendrait ainsi la solution nécessaire pour ne pas restreindre les échanges dans la mesure des crédits ultérieurs ou des revenus additionnels perdus par le propriétaire. Néanmoins, les sûretés réelles apportent clairement une contribution essentielle au

[1376] V. *supra*, §226.

[1377] P. Von Wilmowsky, compte-rendu sur Kieninger (Eva-Maria), *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, RabelsZ nr. 64/2000, p. 161: "*ein Mitgliedstaat, der z.B. gar keine Sicherungsrechte an Gegenständen des Schuldnervermögens zuließe und damit jedweden grenzüberschreitenden Verkehr mit Sicherungsrechten ausschlösse, wäre mit dieser Maßnahme per se gerechtfertigt*".

[1378] L. Aynès/P. Crocq, §7: "*certaines sûretés* (…) *peuvent entraver la circulation des biens: on revend difficilement un immeuble hypothéqué ou un meuble donné en gage*".

fonctionnement de l'économie moderne[1379]. Les libertés européennes de circulation ne se limitent elles-mêmes pas à favoriser un développement commercial sauvage, limité aux besoins du moment. Le marché intérieur vise logiquement une évolution rationnelle à long terme de la vie des affaires. Inversement aussi, la prohibition de certaines techniques de garantie extrêmement avantageuses pour leur titulaire se justifierait sans doute au même titre afin de ne pas affecter le développement durable du crédit international. Cela reflèterait le constat des professeurs Aynès et Crocq, selon lesquels "*l'inflation des sûretés, de même que celle de la monnaie ou des diplômes, portant en elle-même les germes de leur disparition*"[1380], car "*trop de sûretés*" signifie "*pas de sûreté*" [1381], en termes plus brefs. Seulement, les appréciations quantitatives requises pour démontrer les entraves aux échanges mettent en cause les difficultés inhérentes aux prises de positions sur l'avenir. En ce qui concerne les hypothèques indépendantes, ce calcul devrait, par exemple, intégrer la solvabilité prospective des banques pour répondre des éventuels doubles paiements, le cas échéant exigés aux propriétaires. Or, au vu de tous ces éléments dont il convient de tenir compter pour ne pas fausser la démonstration de la restriction commerciale imputable aux interdictions des hypothèques indépendantes, toute prise de position à cet égard semble complètement aléatoire. La Commission européenne finance sans doute parfois des ambitieuses prévisions macroéconomiques sur l'impact respectif des techniques internes de garantie

[1379] L. Aynès/P. Crocq, §1: "*sans sûretés, pas de crédit, sans crédit pas d'économie moderne*". Aucun système juridique n'a su fonctionner sans reconnaitre les sûretés. De plus, les techniques de garantie réelle se trouvent dans leur ensemble protégées comme «biens» par l'art. 1 du Protocole nº 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales: B. Vișinoiu (cité *supra*, n. 608), pp. 470-471. V. par ex. C.E.D.H., 15375/89, *Gasus Dosier c. Pays-Bas*, §53: "*la notion de 'biens' (en anglais: possessions) de l'article 1 du Protocole nº 1 a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels: certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des 'droits de propriété' et donc pour des 'biens' aux fins de cette disposition. Dans le présent contexte, il importe dès lors peu de savoir si le droit* (…) *doit être considéré comme un droit de propriété ou comme une sûreté réelle. De toute manière, la saisie puis la vente de la machine constituaient une 'atteinte' aux droits de la société requérante au 'respect' d'un 'bien', au sens de l'article 1 du Protocole nº 1*".

[1380] L. Aynès/P. Crocq, §17: "*cette inflation des sûretés produit, au deuxième degré, des effets pervers. L'avantage conféré à un créancier est supporté par les autres en cas d'insolvabilité du débiteur. Ce qui enlève, d'abord et progressivement, aux créanciers chirographaires la possibilité d'obtenir une quote-part de leur créance. Puis, dans un second stade, retire, rang après rang, toute utilité aux sûretés elles-mêmes, au moins lorsqu'il s'agit de sûretés réelles*".

[1381] L. Aynès (cité *supra*, n. 11), §2: "*dans l'évolution du droit, la multiplication des sûretés, la course aux sûretés est un symptôme de maladie. Rechercher une sûreté efficace*" viendrait seulement en "*soigner le symptôme. La période que nous vivons l'atteste: l'inflation des sûretés ne rend pas le droit plus sûr*".

hypothécaire [1382] . Mais elle prépare ces recherches exclusivement comme fondement du processus normatif de l'Union. Leurs conclusions demeurent ainsi difficilement utilisables en tant que preuves pour les besoins du débat judiciaire.

284. ***Conclusion de chapitre. Difficulté de la démonstration***. Il s'est avéré, en fin de compte, que toute reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes ou légitimation de celles-ci au titre des impératifs européens implique de précisément quantifier leur impact à long terme sur les crédits internationaux. Cet impact devrait cumulativement prendre en compte la qualité et les conséquences de la garantie pour toutes les parties prenantes impliquées, y compris, par exemple, pour les créanciers subséquents. Les libertés économiques ne personnalisent pas leurs bénéficiaires, donc ne favorisent pas spécifiquement le titulaire de la sûreté, comme prestataire de services ou investisseur. Seulement, les complexes prévisions macroéconomiques impliquées par cette démonstration relèvent sa difficulté draconienne[1383]. Or, l'effet direct reconnu à l'ensemble des libertés économiques en confie l'appréciation à tout juge interne qui se trouverait, le cas échéant, saisi de la question. Ceux-ci devraient dès lors au moins faire preuve de modération en de telles hypothèses, vu la complexité des analyses requises non seulement par cette question ponctuelle, mais aussi, de manière plus générale, dans le domaine du droit privé[1384]. La Cour de Luxembourg elle-même en donne l'exemple, spécifiquement en matière de garanties réelles. Dans l'affaire *Krantz*, ses juges refusèrent en effet de retenir la restriction commerciale alléguée par le requérant, à défaut de clarifications supplémentaires quant à son impact économique[1385]. La difficulté de

[1382] V. les analyses recueillies dans le Livre blanc de la Commission européenne, *L'intégration du marché européen du crédit hypothécaire*, COM (2007) 807 final, pp. 4-6.

[1383] Sceptiques par rapport à cette perspective, H. Spamann, p. 22: "*the idea that the courts can objectively determine the precise effects of a measure is, of course, misleading.* (…) *if evaluating different policy options were such an easy and objective task, we could dispense with much of our philosophical and political debate and institutions*"; P. Mayer/V. Heuzé, §130: "*le Traité de Rome ne contient aucun critère qui puisse ne fut-ce que guider leur appréciation de la légitimité et de la proportionnalité des règles nationales* (…) *la Cour de Luxembourg ne dispose pas des moyens matériels et humains lui permettant de se prononcer sur la légalité de toutes les règles impératives auxquelles les législateurs nationaux soumettent les rapports de droit privé*". Rationnellement en tout cas, "*il appartient au législateur, non au juge, de déterminer la politique économique et sociale de la société; par exemple, fixer le montant maximum des loyers ou minimum de salaires et taxer les prix, ou au contraire décider s'il faut une liberté des loyers, des salaires ou des prix*": Ph. Malaurie/L. Aynès/P. Stoffel-Munck (cité *supra*, n. 187), §650.

[1384] H. Spamann, p. 24.

[1385] V. *supra*, §258.

la démonstration requise pour quantifier l'impact des impératifs accessoires sur le financement international représente dès lors sans doute la raison pour laquelle les textes relatifs à une eurohypothèque attendent surtout à se voir concrétisés non pas au titre de l'harmonisation négative, mais plutôt par une intervention normative de l'Union[1386]. En effet, l'adoption des directives ou des règlements ne pose que le défi de respecter les limites des compétences explicitement déléguées aux institutions européennes. En droit privé néanmoins, la compétence législative de l'Union suppose, là aussi, de correctement déterminer les restrictions commerciales que le projet de règlementation en question entend écarter.

[1386] B. Akkermans/E. Ramaekers, p. 27; U. Drobnig (cité *supra*, n. 870), pp. 105-114.

Chapitre 2. Règlementation sur une hypothèque indépendante

285. ***Accueil mitigé de l'eurohypothèque***. Les projets relatifs à une eurohypothèque entendent principalement se voir concrétisées par des actes normatifs spécifiques au droit dérivé de l'Union, qui imposeraient un traitement uniforme de son régime au niveau des Etats Membres[1387]. La forme du règlement est considérée préférable à celle de la directive, tout comme ce qui avait été proposé pour concrétiser le Code civil européen, âprement débattu à certains moments[1388]. Il est dit, en effet, que le règlement diminuerait, par sa nature plus impérative, le risque des éventuelles divergences dans le contenu des mesures nationales de transposition, nuisibles, sinon, pour la cohérence de l'instrument dans les différents pays[1389]. Au niveau politique, l'initiative pourrait certainement affronter pas mal de difficultés[1390]. La consultation lancée sur son contenu n'a effectivement reçu qu'un accueil mitigé de la part des usagers, des entreprises, ainsi que des acteurs étatiques[1391]. Cette consultation a pu aisément identifier les applications pratiques de la technique dans la mobilisation des créances[1392]. Mais les risques de double paiement qu'elle met à la charge des propriétaires ont fourni l'argument principal des craintes formulées par les particuliers[1393]. Cependant, ces positions ne préjugent certainement pas les résultats des votes le cas échéant exprimés au sein

[1387] F. et J. Baur/R. Stürner, §64.72.

[1388] J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 47.

[1389] Ch. Schmid, p. 65.

[1390] Ch. Schmid, p. 65.

[1391] V. not. Commission européenne, *Feedback on the consultation on the Green Paper on mortgage crédit*, MARKT/H3/JR D(2006), p. 45.

[1392] V. not. Commission européenne, *Feedback on the consultation on the Green Paper on mortgage crédit*, MARKT/H3/JR D(2006), p. 46.

[1393] Commission européenne, *Feedback on the consultation on the Green Paper on mortgage crédit*, MARKT/H3/JR D(2006), p. 46: "*the link (accessoriness) between the mortgage collateral and the mortgage credit would be weakened and thus the creation and transfer of mortgages would be facilitated* (…) *the weakening of the link between the collateral and credit was amongst the key concerns of the responses* (…) *consequently, a few responses proposed that a comparative analysis of accessory and non-accessory mortgages be undertaken to determine which system is most beneficial. On the other hand, those supporting the Euromortgage argued that the weaker accessoriness link is a key factor to integration and competitive markets*".

du Conseil ou du Parlement européen, lesquels dépendent seulement des positions respectives des Etats Membres.

286. ***Contrôle politique de la subsidiarité***. Certaines opinions formulées lors des consultations publiques ont rappelé que toute règlementation censée implémenter une eurohypothèque devrait respecter le principe de subsidiarité, comme condition de l'activité normative de l'Union[1394]. Désormais codifiée par l'art. 5 T.U.E., la subsidiarité confie, en règle générale, l'adoption des mesures contraignantes, normatives ou individuelles, à l'échelon de pouvoir qui se trouve le plus proche des destinataires en question, pour autant que les problèmes visées ne se résolvent pas de manière plus efficace par un niveau supérieur. Cela représente dès lors un garde-fou contre l'homogénéisation inutile des divergences règlementaires[1395]. Les interrogations relatives au respect de ce principe accueillent justement de manière fréquente les initiatives de règlementations européennes en droit privé [1396]. Néanmoins, le contrôle de subsidiarité relève toujours plutôt d'une appréciation politique qu'à proprement parler juridique. Il se concrétise par le droit d'alerte que les Parlements nationaux, dument informés des actes normatifs pertinents, pourraient déclencher pour invoquer la violation de la subsidiarité. Du reste, la possibilité de son contrôle judiciaire dans l'ordre communautaire reste très controversée[1397]. Quoique la C.J.U.E. déclare parfois la justiciabilité du principe, les juges reconnaissent en même temps aux institutions européennes une marge de manœuvre qui leur a permis jusqu'à présent de toujours se défendre contre les accusations au titre de la subsidiarité[1398]. Dès lors, ce principe dépendra lui-même

---

[1394] V. not. Commission européenne, *Feedback on the consultation on the Green Paper on mortgage crédit*, MARKT/H3/JR D(2006), p. 45.

[1395] Koen Lenaerts/Patrick van Ypersele, *Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE*, Cah. dr. europ. (Bruxelles) nº 1-2/1994, p. 7.

[1396] G. Wunsch, pp. 357-358.

[1397] Vlad Constantinesco, *La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses Etats membres. L'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité*, dans Christian Engel/Wolfgang Wessels (coord.), «From Luxembourg to Maastricht, Institutional Change in the European Community after the Single European Act», Europa Union Verlag, Bonn, 1992, p. 126.

[1398] Marc Blanquet, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 175: «Compétences de l'Union. Exercice des compétences. Régulation», 9 septembre 2014, LexisNexis, §§43-48; Aurélien Raccah, *Les faux espoirs du principe de subsidiarité post-Lisbonne*, contribution au Colloque de lancement de l'Institut de Sciences Politiques Louvain-Europe, Louvain-la-Neuve, 13 et 14 octobre 2010, consulté le 3 septembre 2019 sur https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/spri/documents/Communication_raccah.pdf, p. 8.

surtout des appréciations réalisées par les facteurs politiques. Le problème dans ce contexte vise justement plutôt les éventuels blocages décisionnels à ce niveau.

287. ***Alternatives au blocage décisionnel***. Si les conditions politiques, telles que par exemple la majorité requise, feraient défaut, une solution alternative suggère de faire concrétiser le projet relatif à une eurohypothèque seulement dans les Etats Membres qui en seraient favorables. À cet effet, le droit européen lui-même propose le concept de la coopération renforcée, c'est-à-dire la possibilité d'adopter une règlementation contraignante, exclusivement applicable dans les pays qui le souhaitent[1399]. Ses conditions figurent désormais dans l'art. 20 T.U.E., comme variante de dernier ressort si une prise de décision selon les conditions de majorité normalement requises s'avère impossible. Le risque viendrait alors, il est dit, des agents économiques en position de "*freerider*", qui profiteraient de la "*course libre*", ainsi devenue possible entre les Etats favorables et ceux qui se sont tenus en dehors de la coopération renforcée. En particulier pour l'eurohypothèque, cela viserait les banques implantées dans les pays qui souhaiteraient ne pas adhérer au projet. Celles-ci pourraient ainsi, le cas échéant, bénéficier de cet instrument sur les immeubles situés dans les Etats qui sont devenus parties à la coopération renforcée, tandis que leurs concurrents étrangers se trouveraient, inversement, en impossibilité de s'en servir dans les pays qui refusent le projet, ceux en lesquels se trouvent installés les bénéficiaires de la "*course libre*"[1400]. Mais au moins, les pays réfractaires au début pourraient par la suite quand même rejoindre le mécanisme, notamment sous pression du lobby bancaire[1401]. Du reste, si les conditions de la coopération renforcée ne se réalisent pas, il reste aux pays intéressés la variante de consentir à une convention internationale classique au même effet dans le

[1399] Ch. Schmid, p. 66. V. par ex., le règlement nº (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et le règlement nº (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, adoptés en procédure de coopération renforcée.

[1400] Ch. Schmid, p. 66.

[1401] Ch. Schmid, p. 66: "*good experiences in some Member States might convince others to introduce it as well – also, internal economic operators, mortgage banks in particular, might put pressure on their home State to do so*".

domaine des garanties immobilières[1402]. Seulement, cette dernière option n'a manifestement rien à voir avec le droit européen. La méthode présente dès lors le risque de "*rigidification*", comme inconvénient inhérent au droit international public traditionnel. Cela signifie en effet que toute modification, interprétation ou amendement de cette convention impliquerait une démarche beaucoup plus procédurière que celle normalement requise à cet égard par les actes normatifs de l'Union[1403].

288. ***Respect des compétences attribuées***. Le problème plus technique d'un éventuel projet normatif censé concrétiser l'eurohypothèque reste toutefois l'obligation qui pèse sur lui de respecter les cadres des compétences règlementaires confiées à l'Union. Il en va particulièrement du principe d'attribution, qui limite, selon l'art. 5 T.U.E., le mandat législatif européen aux matières explicitement prévues dans les Traités[1404]. Cela suppose, dès lors, de déterminer les bases d'une intervention normative de l'Union en matière de garanties réelles, car aucun texte ne prévoit de manière spécifique une telle compétence. La seule possibilité à cet égard serait de fonder le projet de règlementation sur les habilitations reconnues afin de consolider le fonctionnement du marché intérieur, déjà maintes fois employés par des autres instruments optionnels dans le domaine du droit privé (***section 1***). Mais les perspectives des interventions normatives européennes en matière de sûretés réelles semblent contredites par l'art. 345 T.F.U.E. (***section 2***). Selon ce texte en effet, "*les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats Membres*". Or, prise au pied de la lettre, cette disposition imposerait non seulement une limite aux compétences de l'Union, mais aussi une interdiction de contrôler les règles nationales pertinentes au titre des libertés économiques. Il convient cependant de démontrer que cette lecture viendrait au prix de totalement vider de contenu les dispositions régissant la réalisation du marché intérieur.

[1402] G. Wunsch, p. 355.

[1403] Ch. Schmid, p. 65.

[1404] J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, pp. 43-49.

Section 1. Intégration du marché hypothécaire

289. ***Suppression des obstacles***. Les articles 114-115 et 308 T.F.U.E. légitimeraient en effet, selon certains auteurs, une règlementation de l'Union censée implémenter les projets relatifs à une eurohypothèque[1405]. Seulement, ces deux textes se différencient selon la structure de l'intervention normative qu'ils rendent possible par leur contenu. Mais qu'il s'agisse d'un instrument optionnel proprement dit ou d'un modèle règlementaire qui obligerait à un rapprochement véritable des législations internes, les règles nationales pertinentes en matière de sûretés devraient rester compétentes à titre de droit commun pour combler les lacunes (***A***). Le problème vient, dès lors, surtout du fait que la Cour de Luxembourg exige là encore une démonstration concrète des entraves écartées par l'acte normatif projette, au-delà des complications inhérentes à la diversité législative (***B***). Mais, contrairement au contrôle subi par les mesures internes accusées de contredire les principes du marché intérieur, en matière de compétence normative de l'Union, les juges ne considèrent pas que les textes applicables obligent les institutions européennes à prendre les mesures les plus favorables possibles pour les échanges[1406]. Cela écarte le défi de quantifier leur impact à long terme sur les échanges, mais signifie aussi que l'Union se trouve tout aussi compétente pour œuvrer contre les projets relatifs à une eurohypothèque, par exemple, en interdisant de manière généralisée les garanties autonomes sur les immeubles dans tous les Etats Membres.

A. Moyens alternatifs

290. ***Circulation des capitaux***. Les textes des Traités ne mentionnent visiblement aucune compétence de l'Union en droit privé, hormis l'harmonisation des règles conflictuelles prévue par l'art. 81.1 c) T.F.U.E., au titre de la coopération judiciaire

[1405] V. déjà, E. van den Haute, §386.

[1406] Marc Blanquet, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 170: «Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation», 1er janvier 2012, LexisNexis, §68.

en matière civile[1407]. D'autant moins ne visent-ils spécifiquement les sûretés réelles[1408]. Les projets relatifs à l'eurohypothèque restent quand même optimistes à cet égard. Le texte le plus approprié en ce qui les concerne semblait sans doute l'ancien art. 69 T.C.E., qui habilitait la Communauté Européenne à œuvrer pour concrétiser la circulation des capitaux. En effet, selon l'arrêt précité, *Trummer et Mayer*, rendu par la Cour de Luxembourg, le régime des hypothèques relève indiscutablement de ce domaine[1409]. Mais le Traité de Maastricht avait abrogé cette disposition, au motif que la libre circulation des capitaux était déjà pleinement implémentée à ce moment. Pourtant, cela ne rend certainement pas l'Union incompétente pour œuvrer dans les matières couvertes par la circulation des capitaux[1410]. Ses interventions, qui restent, malgré cette abrogation, intuitivement nécessaires dans ce domaine, doivent néanmoins reposer désormais sur les textes généraux relatifs à la compétence de principe des institutions communautaires pour règlementer la mise en place du marché intérieur[1411]. Cette compétence générique relève des anciens articles 95-96 T.C.E., actuellement devenus les articles 114-115 T.F.U.E.[1412]

291. ***Regulation du marché intérieur***. Les articles 114-115 T.F.U.E. habilitent en effet les institutions européennes à rapprocher les règles internes pertinentes pour le fonctionnement du marché intérieur. Seulement, si l'objet des règlementations visées par ces textes est substantiellement identique, leurs conditions de procédures diffèrent beaucoup[1413]. C'est surtout que l'art. 115 T.F.U.E. implique

---

[1407] J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, pp. 44-45; S. Weatherill, p. 80. V. déjà, avant le Traité de Lisbonne: E. van den Haute, §391.

[1408] S. Weatherill (cité *supra*, n. 1227), p. 138.

[1409] C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point n° 24. V. *supra*, §202.

[1410] Ch. Schmid, p. 64.

[1411] G. Wunsch, p. 355; J. W. Rutgers, p. 7.

[1412] Selon l'art. 114 T.F.U.E., "*le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur*" et selon l'art. 115 T.F.U.E., "*le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur*".

[1413] S. Weatherill, p. 84; G. Wunsch, p. 356.

l'unanimité des voix au sein du Conseil de l'Union. Il exige aussi, de manière impérative, le recours à la directive. Cela interdit donc l'emploi du règlement, pourtant préféré dans les projets relatifs à une eurohypothèque[1414]. En revanche, l'art. 114 T.F.U.E. se contente de la majorité qualifiée, spécifique à la procédure législative ordinaire des institutions de l'Union, l'ancienne codécision. De plus, il permet également l'utilisation du règlement, comme instrument pour matérialiser le projet normatif. Aucune surprise, dès lors, que l'art. 115 T.F.U.E. se retrouve désormais obsolète, car il est visiblement moins accessible en termes de conditions et de résultats que l'autre base de compétences. Leur coexistence se justifie en fait surtout pour des raisons historiques. Concrètement, l'actuel art. 114 T.F.U.E. avec ses conditions plus allégées ne figurait pas à l'origine dans les Traités. Son introduction par l'Acte Unique Européen avait précisément marqué le passage au vote à la majorité qualifiée dans les procédures législatives communautaires[1415]. Or, ces textes accordent à l'Union justement le mandat nécessaire pour supprimer les entraves aux échanges qui affectent l'exercice des libertés économiques[1416].

292. ***Harmonisation des obstacles justifiés***. Contrairement à l'harmonisation négative, telle que développée par le titre précèdent, les articles 114-115 T.F.U.E. permettent aussi le rapprochement des dispositions nationales qui limiteraient de manière justifiée les entraves aux échanges[1417]. Il suffit en effet que le domaine matériel des règles en question puisse influencer l'intégration du marché intérieur[1418]. Le maintien de l'ordre établi ou la prévisibilité des situations, même s'ils étaient considérés légitimes en tant qu'arguments pour justifier les interdictions internes des hypothèques indépendantes ne sauraient, dès lors, pas venir empêcher l'adoption d'un règlement censé implémenter l'eurohypothèque. Surtout, la compétence normative de l'Union dans cette matière devrait facilement pouvoir se légitimer à ce titre, vu l'importance des garanties pour l'activité bancaire, couverte

---

[1414] E. van den Haute, §396.

[1415] S. Weatherill, p. 85; J. W. Rutgers, p. 7.

[1416] C.J.C.E., C-376/98, *Publicité du Tabac*, points n[os] 84 et 95, selon lesquels le législateur européen doit démontrer que l'acte adopté "*contribue effectivement à l'élimination d'entraves à la libre circulation* (…) *ainsi qu'à la suppression de distorsions de concurrence*".

[1417] P. Von Wilmowsky, pp. 10-18; J. H. H. Weiler, p. 362; S. Weatherill, pp. 88-89.

[1418] J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 45.

par les Traités en tant que prestation de services[1419]. Sur cette même base de compétences avaient effectivement été adoptées la plupart des règlementations européennes en vigueur qui touchent au droit privé[1420]. C'est le cas même pour certaines techniques de garanties, telles que la réserve de propriété jusqu'à paiement du prix ou l'aliénation fiduciaire des instruments financiers à titre de sûreté, lesquels ont été introduites par voie de directive[1421]. Or, rien ne semblerait empêcher l'invocation de ces textes en matière de sûretés immobilières. Ceux-ci concrétiseraient alors justement le mandat normatif mis à la disposition de l'Union pour faire implémenter les projets relatifs à une eurohypothèque[1422].

293. ***Moyens de l'intervention***. Il demeure que la base de compétences précitée, telle que prévue par les articles 114-115 T.F.U.E., limite le contenu de l'éventuelle intervention normative adoptée sur son fondement. En effet, ces dispositions visent seulement la technique du rapprochement des législations nationales. Dès lors, selon la doctrine, elles ne permettraient pas également la création des "*instruments optionnels*" adoptés sur leur fondement, qui coexisteraient à côté des techniques prévues par les droits internes dans les mêmes domaines[1423]. Parmi les instruments optionnels déjà adoptés figurent justement aussi des solutions de droit privé, telles que par exemple certaines techniques de propriété intellectuelle ou les formes sociétaires désormais dotées d'une euro-dénomination[1424]. Seulement, la Cour de Luxembourg considère que l'adoption de tels instruments optionnels devrait se fonder non pas sur les articles 114 ou 115 T.F.U.E., mais plutôt sur l'actuel art. 352

[1419] J. W. Rutgers, p. 15.

[1420] S. Weatherill, pp. 80-83.

[1421] Art. 9 al. 1er de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales; Art. 6 al. 1er de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière. V. aussi, L. Aynès/P. Crocq, §774; Thomas Keijser, «Financial Collateral Arrangements: The European Collateral Directive Considered from a Property and Insolvency Law Perspective», Kluwer, Deventer, 2006.

[1422] J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 46; O. Stöcker (cité *supra*, n. 954), p. 18.

[1423] Ch. Schmid, p. 64.

[1424] Jacobien W. Rutgers, *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument*, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1542533 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542533, p. 7.

T.F.U.E.[1425] Les conditions exigées par ce texte sont effectivement différentes, car il suppose un vote unanime au sein du Conseil, après une approbation par le Parlement européen[1426]. Les institutions de l'Union respectent jusqu'à présent fidèlement cette délimitation dans leur activité législative[1427]. Cela compterait donc également pour les projets relatifs à une eurohypothèque[1428]. Ceux-ci hésitent en effet entre leur concrétisation par voie d'instrument optionnel, complémentaire aux techniques internes[1429] ou plutôt par simple rapprochement qui imposerait aux pays de valider les hypothèques indépendantes et rendre supplétive la règle de l'accessoire[1430]. Mais il sera démontré qu'il n'y a pas vraiment de différences structurelles entre ces deux modalités alternatives de mise en œuvre.

294. ***Rapport avec les droits internes***. En définitive, ni même une eurohypothèque le cas échéant concrétisée par voie d'un instrument optionnel, doté d'un régime autonome, ne pourrait intégralement supprimer tous ses rapports avec les droits internes. Apparemment sans doute, la technique serait exclusivement régie par les dispositions uniformes[1431]. Mais l'environnement juridique des garanties réelles se

---

[1425] C.J.C.E., 1/94, *Avis sur l'adhésion de la Communauté européenne à l'Organisation Mondiale du Commerce*, point n° 59; C-436/03, *Parlement c. Conseil*, points n°s 36-38; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 44.

[1426] Selon l'art. 352 T.F.U.E., "*si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées*".

[1427] J. W. Rutgers, pp. 6-7. V. par ex. règlement (CE) n° 40/1994 du Conseil du 20 décembre 1994 sur la marque communautaire, désormais abrogé et remplacé par le règlement (UE) n° 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015.

[1428] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, p. 165, §26 et 177, §14 qui propose aussi bien "*l'instauration d'une sûreté immobilière uniforme dans tous les Etats membres*" et "*le rapprochement ou l'harmonisation des statuts juridiques des sûretés immobilières dans les Etats membres*". V. également, Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, recommandations n°s 36 et 38; V. Sagaert, p. 1060: "*the Eurohypothec starts from the idea that, instead of harmonizing the mortgage laws of all EU Member States, it is more practicable to introduce uniform legal provisions in order to provide mortgage credit across the borders. The Eurohypothec would thus be at the disposition of financial institutions as an alternative to the traditional national hypothec forms*".

[1429] H. G. Wehrens, pp. 773-780; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 46; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 22, B. IV., point n° 11.

[1430] Ch. Schmid/Ch. Hertel, p. 102.

[1431] J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 46; O. Stöcker (cité *supra*, n. 954), pp. 17-18, ainsi que les observations rapportées par H. G. Wehrens, p. 773 et Bénédict Foëx, *L'eurohypothèque*, dans Franz Werro (coord.), «L'européanisation du droit privé – Vers un Code civil européen?», Fribourg, Editions universitaires de Fribourg, 1998, p. 482.

place au carrefour de plusieurs matières, telles que le droit des faillites, de la saisie, ainsi que le régime de la publicité immobilière applicable[1432]. Or, ces domaines sont classiquement assez réfractaires aux interventions externes, vu notamment leur diversité ainsi que l'ampleur de l'harmonisation nécessaire[1433]. Sauf intervention européenne de dimensions colossales qui viendrait unifier toutes les dispositions nationales pertinentes, le renvoi vers celles-ci reste dès lors nécessaire à titre de droit commun pour combler les lacunes règlementaires de l'eurohypothèque[1434]. C'est d'ailleurs également le cas en ce qui concerne les sociétés européennes, pourtant conçues comme des instruments optionnels. Elles doivent en effet être constituées dans une forme prévue par une quelconque règlementation nationale, applicable en subsidiaire[1435]. De manière similaire justement, les textes sur l'eurohypothèque admettent désormais que la technique devrait, autant que possible, garder un rattachement au cadre normatif de la loi de situation, pertinent en matière de garanties réelles[1436]. Par ailleurs, malgré l'autonomie de régime revendiquée, tout instrument optionnel tend logiquement à s'intégrer dans l'environnement règlementaire national, qu'il modifie en conséquence. En bref,

---

[1432] A. J. M. Stevens, p. 423: "*harmonisation would need to go far deeper. Take the following example. David owns a flat in Dundee. He is offered mortgage funding by the Bank of Bulgaria in Sofia. How does the bank ensure it gets a good security? It needs to examine David's title. To examine a title requires more than a knowledge of the rules of land registration. It requires an ability to understand real burdens, servitudes, and the law of tenement and so on and so forth. Unless property law as a whole is harmonised, the Bank of Bulgaria will have to use local agents in Scotland to check the title. These agents may as well be asked to prepare a standard security rather than a Euromortgage. The cost may be little different*".

[1433] Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point nº 98; Ch. Schmid/Ch. Hertel, pp. 94-102; E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, pp. 428-434; Commission européenne, *Le crédit hypothécaire dans l'Union Européenne*, COM (2005) 327 final, considérant nº 42; L. Aynès/P. Crocq, §631; U. Drobnig (cité *supra*, n. 870), pp. 105-114; M. Béhar-Touchais/B. Fauvarque-Cosson (cité *supra*, n. 21), p. 575; Commission of the European Communities, «The law of property in the European Community», Studies, Competition – Approximation of legislation series Nº 27, Brussels, December 1972, p. 13; G. Wunsch, p. 354.

[1434] Sceptiques quant aux perspectives des règlementations unifiées en droit des biens: S. Van Erp (cite *supra*, n. 3), pp. 11-12; A. J. M. Stevens, p. 423.

[1435] V. en ce sens, E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 419.

[1436] *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 10, B. II., point nº 2.3; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point nº 117. Ce rattachement ne vise sans doute pas à modifier les autres règles conflictuelles applicables, telles que pour la loi du contrat ou pour la loi de la faillite, selon leurs domaines respectifs. V. *supra*, §207.

l'eurohypothèque comme instrument optionnel proprement dit resterait, dès lors, structurellement similaire à une mesure de rapprochement qui imposerait de valider les hypothèques indépendantes comme garanties autonomes selon le cadre règlementaire tracé dans les projets relatifs à une eurohypothèque. Cette identité se confirme également au niveau des conditions matérielles exigées par leurs bases de compétence normative respectives[1437].

295. ***Double base de compétences***. Il n'y a en effet aucune différence sensible dans le contenu substantiel des bases de compétence normative requises pour implémenter une eurohypothèque par voie d'instrument optionnel ou par simple rapprochement législatif. Ainsi, l'art. 352 T.F.U.E. présuppose textuellement que la mesure vienne concrétiser "*l'un de objectifs visés par les traités*". Or, parmi ces objectifs figure notamment la réalisation du marché intérieur (art. 3 al. 3 T.U.E.). Cette réalisation du marché intérieur était même très explicitement prévue comme objectif normatif des textes adoptés à ce titre dans la rédaction initiale de l'art. 352 T.F.U.E. Or, comme vu ci-dessus, les règlementations basées sur les articles 114-115 T.F.U.E. se justifient elles-mêmes aussi par le besoin de sécuriser le fonctionnement du marché intérieur. La concrétisation de l'eurohypothèque par instrument optionnel ou par simple rapprochement législatif suppose, dès lors, une démonstration identique des obstacles aux échanges le cas échéant écartées par une telle intervention règlementaire de l'Union. En effet, l'adéquation aux besoins du marché intérieur implique, quelle que soit la forme de l'intervention communautaire parmi ces deux alternatives, une prise de position sur les difficultés économiques induites par la nature accessoire des sûretés, censée interdire les hypothèques indépendantes[1438]. Ce développement analysera donc de manière unitaire la possibilité de mettre en valeur ces bases de compétence pour implémenter les projets relatifs à une eurohypothèque. Tout comme dans le contexte des libertés économiques invoquées contre les mesures internes, le problème semble plutôt que la suppression de la diversité normative entre les Etats Membres en matière de garanties immobilières ne justifie pas à elle seule la compétence de l'Union.

[1437] G. Wunsch, p. 355.

[1438] J. W. Rutgers, p. 17.

B. Conditions impératives

296. ***Au-delà de la divergence règlementaire***. Les difficultés dans l'interprétation des articles 114-115 T.F.U.E. comme bases de compétences normatives restèrent inaperçues jusqu'à l'Acte Unique Européen. La condition de l'unanimité pour adopter toute règlementation sur ce fondement évitait effectivement toute discussion sur l'adéquation des mesures prises à ce titre aux besoins du marché intérieur. Dès lors, les différents pays ne se tachèrent pas de contester la compétence des Communautés pour adopter des actes auxquels leurs propres représentants avaient préalablement consenti. Le défi de démontrer l'adéquation des règlementations européennes aux besoins du marché commun se réduisait ainsi aux calculs politiques inhérents, soustraits au contrôle juridictionnel. Mais le passage au principe du vote majoritaire conduisit les Etats mécontents des actes adoptés malgré leur opposition à réclamer l'incompétence des institutions européennes sur les points en débat[1439]. Les juges de Luxembourg en profitèrent alors pour établir les conditions juridiques du recours à ces textes, comme fondement du processus décisionnel. La décision la plus connue à cet égard, l'arrêt C-376/98, *Publicité du Tabac*, porte précisément sur la nullité demandée par l'Allemagne de la directive 98/43/CE. La solution rendue par les juges retient, comme dans le recours aux libertés économiques contre les entraves commerciales résultant des mesures internes, que la diversité des législations nationales ne légitime pas à elle seule la compétence de l'Union pour intervenir sur le fonctionnement du marché commun[1440]. C'est effectivement nécessaire que les auteurs des projets normatifs en question démontrent en des termes plus spécifiques les difficultés ou les entraves concrètes aux échanges interétatiques résolues ou dépassées par la règlementation visée[1441]. Au moins, le caractère unitaire des règles européennes évite les apories logiques ci-dessus repérés, qui empêchent toute localisation concrète des obstacles aux échanges imputables à la

[1439] S. Weatherill, p. 91.

[1440] S. Weatherill, p. 94; E. van den Haute, §388.

[1441] C.J.C.E., C-376/98, *Publicité du Tabac*, point nº 84.

seule diversité législative dans l'un ou l'autre des pays concernés[1442]. Selon la Cour, l'argument c'est qu'à défaut de concrètement démontrer les obstacles à la réalisation du marché intérieur dépassés par la règlementation projetée, la compétence de l'Union serait illimitée, vu que toutes les dispositions nationales peuvent être considérées comme touchant plus ou moins au développement des échanges[1443]. Cela contredirait en effet franchement le principe d'attribution, qui limite le mandat normatif européen aux domaines textuellement prévus par les Traités[1444]. Or, cet argument revient souvent afin de critiquer l'intervention de l'Union pour légiférer au titre de ses pouvoirs relatifs à la réalisation du marché intérieur dans les relations civiles et particulièrement en matière hypothécaire[1445].

297. ***Arguments génériques de compétence.*** Le contentieux sur la *Publicité du Tabac* confirme, comme vu ci-dessus, que l'uniformité législative ne représente pas un objectif capable de justifier par soi-même la régulation du marché commun[1446]. Cela pose le problème de vérifier la spécificité des arguments retenus par les diverses initiatives règlementaires pour justifier leur légitimité à ce titre. À cet égard, il semblerait naturellement difficile de cibler l'intérêt concret qui légitimerait, par exemple, l'idée même de réaliser une Code civil européen, c'est-à-dire quel que soit son objet spécifique. En effet, à défaut de clarifications concrètes sur le contenu de ces projets, le seul moyen pour justifier leur adoption serait d'invoquer des arguments universels de compétence, qui se limitent nécessairement aux observations génériques quant aux périls de la diversité législative[1447]. De même pour une eurohypothèque, dans la mesure en laquelle les explications relatives à son opportunité se limiteraient aux conséquences stéréotypes du rapprochement

---

[1442] V. *supra*, §248.

[1443] C.J.C.E., C-376/98, *Publicité du Tabac*, point nº 107.

[1444] C.J.C.E., C-376/98, *Publicité du Tabac*, point nº 107.

[1445] M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), p. 30; V. Sagaert, p. 1045.

[1446] S. Weatherill (cité *supra*, n. 1227), p. 149.

[1447] V. par ex., J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 45: "*there are also psychological barriers resulting from the various uncertainties of international trade relations: differences in languages and commercial practices, uncertainties concerning private international law and the foreign substantive law and the risk of unenforceability of judgements in foreign countries*"; S. Weatherill, p. 105: "*an alternative – and frankly no less plausible – view is that Tobacco Advertising is aimed at suppressing precisely such woolly, open-ended claims to assert legislative competence pursuant to Article 95*".

normatif. L'exemple typique de ces arguments vise les coûts que devraient engager sinon les préteurs pour se familiariser ou adapter leurs activités de crédit aux règles de droit étrangères en matière de garanties immobilières[1448]. Particulariser l'intérêt de l'eurohypothèque à cet effet suppose néanmoins de repasser par les démonstrations envisagées par le chapitre précèdent sur les restrictions commerciales concrètes qui seraient imputables à la nature accessoire proprement dite des sûretés. Or, cela impliquerait, comme vu ci-dessus, de caractériser l'impact quantitatif de la règle sur le développement à long terme des crédits internationaux[1449]. Pour identité de raisons, la compétence normative de l'Union semblerait alors elle-même devoir se justifier par une démonstration quantitative similaire de son opportunité commerciale. Les juges ne retiennent pourtant pas une telle condition lorsqu'ils apprécient la légitimité des règlementations européennes. Celle-ci limiterait sinon de manière significative l'activité législative des institutions communautaires.

298. ***Aucune quantification de l'impact***. La compétence de l'Union pour intervenir sur le fonctionnement du marché commun ne se limite certainement pas à l'adoption des mesures les plus efficaces possibles pour l'intégration économique. Sinon, la solution du contentieux sur la *Publicité du Tabac* remettrait intuitivement en question la légitimité de presque toutes les règlementations européennes de droit dérivé[1450]. Contrairement aux législations nationales, les mesures de l'Union relatives au marché intérieur ne se voient, dès lors, pas contrôlées au titre de leur impact quantitatif sur les échanges ou sur les opérations financières intracommunautaires. Ce contrôle impliquerait, sinon, des difficultés tout aussi complexes que celui nécessaire pour quantifier les entraves imputables aux règles internes. Il serait de ce fait assez inutile. En effet, la charge de la preuve dans les actions en annulation ou les questions préjudicielles sur la validité des normes européennes repose sur

[1448] V. par ex., O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 211; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point nº 113; G. Wunsch, pp. 356-357: "*die durch die lex rei sitae, den numerus clausus und die Unterschiedlichkeit der Grundpfandrechtssysteme verursachten Wettbewerbsverzerrungen sind folglich nicht geringfügig. Eine Eurohypothek könnte helfen, diese Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen. Sie hat die Errichtung des Binnenmarktes zum Gegenstand*".

[1449] V. *supra*, §279.

[1450] S. Weatherill, pp. 93-103.

les demandeurs. Ceux-ci devraient alors eux-mêmes convenablement démontrer l'inadéquation des règlementations attaquées pour le développement à long terme des échanges. La démarche aurait donc nécessairement des chances infimes à prospérer. Par ailleurs, même les juges confirment qu'il n'existe aucune obligation pour les institutions européennes de toujours adopter les mesures les plus opportunes en termes commerciaux.

299. ***Au-delà des intérêts économiques***. Indiscutablement, la décision sur la *Publicité du Tabac* confirme que les règlementations européennes censées contribuer à la mise en place du marché intérieur devraient toujours en quelque sorte se tacher de supprimer les entraves aux échanges ou les distorsions de concurrence qui existent au niveau des Etats Membres[1451]. Mais la Cour de Luxembourg retient dans le même arrêt que cette base de compétence permet également de poursuivre certains intérêts différents, au-delà des considérations purement économiques[1452]. Déjà, la décision elle-même portait spécifiquement sur la défense de la santé publique. Des jurisprudences ultérieures ajoutèrent ensuite la protection des consommateurs, comme objectif indirect que pourraient poursuivre les règlementations censées éliminer les entraves repérées à l'intégration des marchés[1453]. Le paradoxe de ces objectifs a priori si divergents trouve actuellement ses fondements dans la lettre même de l'art. 114 T.F.U.E. Le troisième alinéa de ce texte oblige effectivement l'Union à prendre "*pour base un niveau de protection élevé*" "*en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs*" lors de tout recours à cette base de compétences[1454]. De plus, contrairement aux mesures internes incriminées comme contraires aux libertés économiques, aucun principe de proportionnalité ne vient limiter l'activité normative de l'Union aux mesures les moins restrictives possibles pour les échanges. La règle de proportionnalité prévue par l'art. 5 al. 4 T.U.E. ne

[1451] C.J.C.E., C-376/98, *Publicité du Tabac*, point nº 95.

[1452] C.J.C.E., C-376/98, *Publicité du Tabac*, point nº 88: "*le législateur communautaire ne saurait être empêché de se fonder sur cette base juridique du fait que la protection*" d'un autre intérêt général "*est déterminante dans les choix à faire*".

[1453] M. Blanquet (cité *supra*, n. 1406), §68.

[1454] S. Weatherill, p. 85: "*the purpose of legislative harmonization is not simply to prise open markets but also to serve the interests of parties intended to enjoy regulatory protection* (…) *consumers, most prominently*".

vise qu'un principe général de modération. Celui-ci vient par ailleurs également modérer en quelque sorte les interventions normatives censées favoriser le développement commercial[1455]. Cela signifie que même la poursuite de cet objectif devrait autant que possible être réduite au niveau strictement nécessaire. Aucune surprise qu'en pratique, les juges de Luxembourg abandonnent intégralement ce contrôle extensif de proportionnalité entre les mains du législateur européen[1456]. Dès lors, les règlementations européennes adoptées pour le développement du marché commun peineraient souvent à se considérer les plus favorables pour les échanges, vu les autres objectifs politiques qu'elles pourraient légitimement poursuivre[1457]. Ce paradoxe repose en fait sur l'évolution historique du processus décisionnel communautaire. Au fil du temps, les Etats Membres exploitèrent en effet le mécanisme normatif de l'Union pour adopter également des mesures qui dépassèrent les impératifs de l'intégration économique [1458] . Il serait donc contradictoire de considérer que les règlementations européennes adoptées sur ce fondement doivent désormais, inversement, se limiter à la suppression des entraves. Or, tout cela rend visiblement inutile toute détermination quantitative de la restriction commerciale le cas échéant imputable à l'impératif accessoire, comme

[1455] Selon ce texte, "*le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités*". Le but visiblement générique demeure que les actes de l'Union "*ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés*": M. Blanquet (cité *supra*, n. 1398), §80.

[1456] M. Blanquet (cité *supra*, n. 1398), §88: "*le jugement sur la proportionnalité d'un acte de l'Union ne saurait dépendre d'appréciations rétrospectives concernant son degré d'efficacité. Lorsque le législateur de l'Union est amené à apprécier les effets futurs d'une réglementation à prendre alors que ces effets ne peuvent être prévus avec exactitude, son appréciation ne peut être censurée que si elle apparaît manifestement erronée au vu des éléments dont il disposait au moment de l'adoption de la réglementation en cause*" (…) "*le self-restraint du juge correspond à deux raisons, une raison objective liée à la complexité des appréciations à mener, complexité à la fois pour le législateur européen et le juge, et une raison plus subjective, consistant à refuser le gouvernement des juges qui se substituerait aux choix qu'est appelé à faire un législateur au plein sens du terme, la Cour soulignant parfois qu'il s'agit de «choix politiques»*"; G. Wunsch, pp. 357-358.

[1457] V. par ex. particulièrement en matière de garanties réelles, J. W. Rutgers, p. 10: "*political issues which must be decided with respect to security interests are, for instance, who deserves better protection: i.e. the money lender or the goods supplier and the ranking of the harmonised rules within the national systems*".

[1458] S. Weatherill, p. 89: "*the Member States were committed to developing a richer texture to EC policy-making, beyond mere trade integration* (…) *this was not «Brussels» imposing unwelcome new rules, although it was often deftly and mendaciously presented as such, this was political elites in the Member States participating cheerfully in exploitation of the EC's law-making system as a source of constitutionally questionable intervention*".

règle interne que les projets relatifs à une eurohypothèque se tacheraient de rendre supplétive.

300. ***Uniformisation de l'accessoire***. Pour les besoins de la compétence normative, il suffit de constater que le domaine des sûretés réelles intéresse certainement la pratique bancaire. Mais cela signifie que l'Union pourrait non seulement consacrer l'eurohypothèque, comme forme de garantie immobilière indépendante, mais aussi, inversement, supprimer par exemple les dettes foncières allemandes ou les autres techniques équivalentes prévues par les droits nationaux. Les différences règlementaires à cet égard empiètent en effet indiscutablement sur les activités des opérateurs du crédit, vu la prévalence des formes hypothécaires accessoires. Du reste, l'impact économique d'une telle mesure ne devrait pas compter pour justifier sa légitimité, pour identité de raisons avec une règlementation de contenu contraire. Des propositions déjà formulées en ce sens allèguent justement la rareté des hypothèques indépendantes, ainsi que le nombre limité des pays qui les valident[1459]. Surtout, leur interdiction se justifierait aisément par la protection des consommateurs, textuellement reconnue comme objectif que doivent respecter les interventions normatives européennes[1460]. Une telle règlementation n'a, par ailleurs, aucunement à respecter une quelconque exigence de proportionnalité ou de modération au niveau de son impact économique, comme le doivent, en revanche, les règles nationales contrôlées au titre des libertés fondamentales. Or, cela signifie que les institutions européennes sont compétentes non seulement pour implémenter les projets relatifs à une eurohypothèque, mais aussi, inversement, pour résoudre les défis la divergence règlementaire par une interdiction généralisée des hypothèques indépendantes, y compris dans les pays qui s'y trouvent actuellement favorables.

301. ***Conclusion de section. Choix politique sur l'intervention***. Le choix entre les différents moyens de l'intervention européenne dans le domaine des sûretés hypothécaires relève en définitive surtout des calculs politiques. Du reste, l'Union bénéficie certainement de la compétence d'attribution nécessaire pour règlementer

---

[1459] T. Wachter (cité *supra*, n. 36), p. 174; E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 423: "*si l'on veut harmoniser, il est, en principe, préférable de s'orienter vers le plus grand dénominateur commun plutôt que l'inverse*".

[1460] V. *supra*, §299.

ce domaine au titre des mesures censées assurer le fonctionnement du marché intérieur. Les précédents posés par les mesures communautaires adoptées en matière de garanties mobilières le confirment justement par leur exemple[1461]. Dans ce contexte, rien n'exclut que la volonté des représentants étatiques réunis au sein du Conseil vienne incliner en faveur de l'eurohypothèque proposée depuis le rapport Segré des années soixante[1462]. Ce choix serait concevable, ne serait-ce qu'au vu de la préférence marquée pour cette technique, préférable à leurs intérêts, par les acteurs bancaires dans les consultations publiques[1463]. Mais rien n'exclut a priori une mesure de sens contraire, qui se proposerait d'écarter les problemes posés par la divergence règlementaire au niveau des Etats Membres par une règlementation uniforme censée interdire les hypothèques indépendantes partout dans l'Union. Il reste seulement qu'une disposition assez contestée, l'art 345 T.F.U.E., semble textuellement limiter la compétence des institutions européennes en matière hypothécaire. Celle-ci prévoit en effet que "*les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats Membres*". Il interdirait, dans cette lecture, toute règlementation de l'Union qui empiéterait sur le régime des biens en droit interne. Il demeure donc nécessaire de vérifier si cet article 345 T.F.U.E. ne contredit pas d'emblée les ambitions des projets relatifs à une eurohypothèque. Surtout que dans l'affirmative, la disposition interdirait également tout contrôle des règles nationales pertinentes, en particulier la nature accessoire des sûretés, au titre des libertés économiques de circulation. Elle confirmerait alors aussi bien l'incompétence de l'Union pour consacrer ces projets, que l'inexistence de tout devoir qui impliquerait la reconnaissance mutuelle des garanties réelles étrangères.

[1461] V. *supra*, §292.

[1462] V. *supra*, §2.

[1463] V. *infra*, §256.

Section 2. Empiètement sur le droit des biens

302. ***Intervention constante en droit des biens***. L'art. 345 T.F.U.E. est régulièrement invoqué contre les projets de réglementations européennes qui touchent au droit des biens et à l'environnement juridique des garanties réelles. Cependant, les autorités législatives ou juridictionnelles de l'Union interviennent souvent dans cette matière. Cela pose le problème de vérifier si les instances internes ne devraient pas elles-mêmes se charger de défendre une lecture fidèle de la disposition, en écartant des litiges les règles européennes adoptées en méconnaissance de l'art. 345 T.F.U.E. Les juges nationaux revendiqueraient ainsi la "*compétence de la compétence*" pour arbitrer entre l'Union et ses Etats Membres (***A***). Des analyses historiques récentes démontrent pourtant que l'intention de ses rédacteurs visait moins le droit des biens en tant que tel, et plutôt de préserver la liberté des Etats Membres à nationaliser les entreprises ou les moyens de production (***B***). Mais dans cette perspective, l'art. 345 T.F.U.E. se trouve foncièrement incompatible avec le reste du contenu substantiel des Traités. Il contredirait en effet systématiquement le sérieux des engagements pris par les différents pays au titre de l'intégration économique européenne. Cela signifie qu'une interprétation *contra legem* de cette disposition reste le seul moyen possible pour éviter l'implosion des Traités européens.

A. Désuétude de l'art. 345 T.F.U.E.

303. ***Invocation du texte***. L'art. 345 T.F.U.E. se retrouve souvent invoqué comme argument contre la compétence législative de l'Union pour adopter des règlementations qui touchent au droit des biens des différents Etats Membres[1464]. Par exemple, certains règlements censés harmoniser des règles conflictuelles en droit privé écartent explicitement de leur domaine les droits relatifs aux biens

[1464] V. les discussions préalables à l'adoption des règlementations européennes présentées par Bram Akkermans/Eveline Ramaekers, *Article 345 TFEU (ex. 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, 29 juillet 2009, ELJ, Vol 16, No. 3, mai 2010, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1436478, pp. 15-18.

meubles ou immeubles qui relèvent du *numerus clausus*[1465]. De plus, les Etats Membres invoquèrent parfois cet article dans les litiges sur la conformité aux libertés économiques des règles nationales qui limitent ou conditionnent l'exercice des prérogatives déduites du droit de propriété. C'est le cas par exemple des affaires en lesquelles certains pays étaient accusés par la Commission de restreindre les échanges interétatiques par la voie des "*actions spécifiques*" (*golden shares*) qu'ils se sont réservées dans le capital des entreprises privatisées. Lors de ces contentieux, les Etats défendeurs prétendirent en effet que le droit de veto qu'ils entendaient conserver sur les décisions stratégiques de ces entreprises représentait justement une prérogative qui relève du droit de propriété sur les actions de ces entreprises. Dès lors, son régime serait compris dans la limite posée par l'art. 345 T.F.U.E. au domaine de l'intégration européenne[1466]. De manière plus générale, le droit des biens dans son ensemble, même si variable selon les pays, échapperait par voie de conséquence à la prohibition des entraves aux échanges intracommunautaires, alors même que leur effet restrictif serait adéquatement démontré[1467]. Mais cela rendrait les institutions européennes incompétentes en matière de sûretés réelles, ainsi que, de manière plus spécifique, pour consacrer une eurohypothèque. En droit français par exemple, la nature accessoire de la

[1465] V. par ex. le 15ème considérant du règlement (UE) nº 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen: "*le présent règlement devrait permettre la création ou le transfert par succession d'un droit mobilier ou immobilier tel que prévu par la loi applicable à la succession. Il ne devrait toutefois pas porter atteinte au nombre limité («numerus clausus») de droits réels que connaît le droit national de certains États membres. Un État membre ne devrait pas être tenu de reconnaître un droit réel en rapport avec des biens situés dans cet État membre, s'il ne connaît pas un tel droit réel dans son droit*". Le texte est très similaire à celui du 24ème considérant du le règlement nº (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, ainsi qu'à celui du 24ème considérant du règlement nº (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

[1466] C.J.C.E., C-483/99, *Commission c. France*, point nº 44; B. Delaunay, note nº 47.

[1467] B. Akkermans, pp. 508-509; B. Akkermans/E. Ramaekers (cite *supra*, n. 1464), p. 1; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), p. 51; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 34; V. Sagaert, p. 1045; Sjef Van Erp, *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism*, Maastricht University Faculty of Law Working Paper, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=995979, pp. 6-13; Sjef Van Erp, *Deconstruction and Reconstruction of European Property Law: A Research Agenda* (16 mars 2010) dans E. Cashin Ritaine (dir.), «L'ingénierie juridique et le droit comparé. Rapport du colloque du 25ème anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé du 29 aout 2009)», disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1572574, p. 106.

garantie, que vient contredire ce projet, relève du statut réel, a priori couvert par l'art. 345 T.F.U.E.[1468] De plus, les raisonnements sur la reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes au titre de l'harmonisation négative deviennent eux-mêmes illégitimes, car les libertés européennes ne devraient en conséquence à leur tour pas empiéter sur le droit national des biens[1469].

304. ***Désuétude contemporaine de l'argument***. Cette lecture favorable à la suprématie de l'art. 345 T.F.U.E. sur le reste des dispositions comprises dans les Traités semble pourtant actuellement désuète. Tant le Conseil et le Parlement européen par leurs actes, que la Cour de Justice dans certains de ses arrêts interviennent en effet constamment en droit des biens[1470]. Ils défient par cela la prohibition apparemment déduite de la disposition analysée[1471]. Les directives sur la réserve de propriété ou la transmission fiduciaire des titres financiers en garantie des créances démontrent utilement cette tendance[1472]. En fin de compte, les impératifs de l'intégration économique sembleraient ainsi avoir requis une relecture des limites posées par l'art. 345 T.F.U.E., ainsi qu'une perspective plus réductrice quant à son contenu. La C.J.U.E. elle-même se montre explicitement favorable à réviser la rigidité littérale du texte. Ses juges rejetteraient, dès lors, certainement les arguments d'incompétence européenne en matière de sûretés réelles tirés de cette disposition, car ils retiennent constamment que "*ledit article n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriétés existant dans les Etats Membres aux règles fondamentales du traité*"[1473]. De toute façon, il n'existe aucun précèdent, car la Cour n'a jamais eu à directement statuer, jusqu'à présent, sur la compétence de l'Union à légiférer en droit des biens. Son interprétation de l'art. 345 T.F.U.E. résulte

---

[1468] V. *supra*, §212.

[1469] E-M. Kieninger, «Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt», p. 128.

[1470] B. Akkermans/E. Ramaekers (cite *supra*, n. 1464), pp. 14-21; B. Akkermans, p. 524; J. W. Rutgers, p. 4. V. par ex. C.J.C.E., 182/83, *Fearon*, point nº 7; C.J.C.E., C-519/99 jusqu'à C-524/99 et C-526/99 jusqu'à C-540/99, *Reisch*, point nº 38; C.J.C.E., C-302/97, *Konle*, point nº 38.

[1471] "*Un article qui a pour lui le poids d'une tradition cinquantenaire mais qui a progressivement été débarrassé de tout contenu*" selon B. Delaunay, §5.

[1472] Art. 9 al. 1er de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et art. 6 al. 1er de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière. Pour les autres exemples de règlementations européens censées empiéter sur le droit des biens: B. Akkermans, p. 8, notamment sur le concept de propriété à temps partagé.

[1473] V. par ex., C.J.C.E., C-483/99, *Commission c. France*, point nº 44.

strictement de certains recours en manquement ou questions préjudicielles relatives aux dispositions nationales qualifiées de restrictions au droit de propriété. Il s'agissait par exemple des conditions de résidence ainsi que des autorisations administratives parfois exigées pour l'achat des immeubles. Dans quelques affaires, les juges écartèrent ainsi certaines de ces règles internes, à titre de sanction, comme contraires aux libertés prévues par les Traités[1474]. En bref, selon cette lecture, l'art. 345 T.F.U.E. se trouverait donc hiérarchiquement subordonné aux principes du marché intérieur, tels que la libre circulation ou la non-discrimination [1475] . La disposition ne remettrait dès lors pas en cause la reconnaissance des garanties étrangères au titre des libertés économiques. Surtout, une eurohypothèque le cas échéant consacrée par voie de règlementation européenne triompherait ainsi des éventuelles critiques d'incompétence, fondées sur cet article, pour empiètement sur le droit des biens. Le problème reste néanmoins que cette interprétation repose visiblement sur une lecture *contra legem* de l'art. 345 T.F.U.E. Or, les instances et les autorités nationales pourraient alors quand même vouloir défendre le contenu littéral de la disposition.

305. ***Application par les autorités nationales***. La relecture ci-dessus présentée de l'art. 345 T.F.U.E. conduit à ce que "*le régime de la propriété*", loin de ne se voir aucunement préjugé par les dispositions des Traités, se trouve en fait entièrement soumis à ces dernières et rigoureusement contrôlé pour son impact sur les échanges[1476]. Dans l'attente des éventuels revirements par la C.J.U.E. sur ce point, le problème se pose si les juges internes ne pourraient-ils pas de leur propre autorité tenter de préserver une lecture littérale de la disposition. Cela signifierait pour eux de ne pas appliquer les règles européennes dont le contenu affecterait le droit national des biens ou les garanties réelles, telles que prévues en droit interne. Ce problème soulève néanmoins la question de la "*compétence de la compétence*", qui suppose de correctement identifier les autorités investies à se prononcer sur la

[1474] V. par ex., C.J.C.E., C-519/99 jusqu'à C-524/99 et C-526/99 jusqu'à C-540/99, *Reisch*; C.J.C.E., C-302/97, *Konle*; C-213/04, *Burtscher*. V. aussi, B. Akkermans/E. Ramaekers (cite *supra*, n. 1464), n. 3.

[1475] J. W. Rutgers, p. 5.

[1476] B. Delaunay, sommaire: "*si l'article 295 CE (ex 222) pose en principe que «le présent Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres» on peut poser, de façon volontairement iconoclaste, le constat exactement inverse que le droit communautaire préjuge en tout le régime de la propriété dans les États membres*".

question si l'Union méconnait ou non par ses agissements les limites de ses compétences[1477]. Il s'agit toutefois de traiter cet aspect strictement au niveau du droit européen. Du reste, les réponses apportées par chaque système national à cet égard divergent intuitivement selon les règles constitutionnelles applicables[1478]. Par exemple, les juridictions constitutionnelles allemandes ou danoises revendiquèrent parfois à leur bénéfice le droit de procéder à un tel contrôle de l'*ultra vires*[1479]. Ce concept désigne justement leur habilitation de se prononcer sur la mesure en laquelle les règlementations européennes respectent les limites des compétences attribuées à l'Union, pour ordonner, à défaut, leur inapplication[1480].

306. ***"Compétence de la compétence" communautaire***. Le contentieux le plus connu sur cette question vient du tribunal constitutionnel fédéral allemand. Celui-ci a du se prononcer dans une affaire *Gauweiler*, jugée en 2017, sur la compétence de la Banque Centrale Européenne à recevoir comme garanties pour ses divers financements des titres d'obligations publiques souscrites par la Grèce[1481]. Les juges avaient alors heureusement confirmé la légitimité de ce comportement au regard des compétences attribuées à l'Union. Le problème reste néanmoins que

---

[1477] Joseph Halevi Horowitz Weiler, *The Transformation of Europe*, YLJ, Vol. 100, Nº 8, Symposium: International Law (Jun., 1991), pp. 2414-2415, n. 26: "*the principle of supremacy can be expressed, not as an absolute rule whereby Community (or federal) law trumps Member State law, but instead as a principle whereby each law is supreme within its sphere of competence. This more accurate characterization of supremacy renders crucial the question of defining the spheres of competence and in particular the concomitant institutional question which court will have the final decision as to the definition of spheres, i.e. the question of Kompetenz-Kompetenz. The European Court has never addressed this issue squarely, but implicit in the case law is the understanding that the Court has, as a matter of Community law, the ultimate say on the reach of Community law*".

[1478] Conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villlalón dans l'affaire C.J.U.E., C-62/14, *Gauweiler*, point nº 30; Hélène Gaudin, *Primauté «absolue» ou primauté «relative»?*, dans Hélène Gaudin (dir.), *Droit Constitutionnel. Droit Communautaire. Vers un respect réciproque mutuel?*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 118; Elena-Simina Tănăsescu, *Sur la possible constitutionnalisation du droit communautaire*, AUB-D, nr. 1/2004, p. 24.

[1479] Joël Rideau, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 110: «Union Européenne. Nature, valeurs et caractères généraux», 5 janvier 2015, LexisNexis, §25.

[1480] "*Plusieurs Cours constitutionnelles ou suprêmes ont jugé opportun de formuler ou d'énoncer l'hypothèse, normalement conçue comme extrême, d'une rupture du «pacte constitutionnel» de l'Union sous-jacent au processus d'intégration* (…) *en conséquence d'une action entreprise par l'une quelconque des institutions de l'Union*": Conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villlalón dans l'affaire C.J.U.E., C-62/14, *Gauweiler*, points nºs 37-38.

[1481] Denys Simon, *La Cour constitutionnelle allemande s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de Justice dans l'affaire «OMT»*, Europe, nº 7, Juillet 2016, comm. 228; Denys Simon, *L'Europe monétaire et financière devant ses juges: la réponse de la Cour de justice à la Cour constitutionnelle allemande*, Europe, nºs 8-9, Août 2015, étude 7; Conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villlalón dans l'affaire C.J.U.E., C-62/14, *Gauweiler*, points nºs 65-66.

dans les différents ordres de droit national, cette question de la "*compétence de la compétence*" relève non pas des Traités européens, mais des règles constitutionnelles propres à chaque pays[1482]. La Cour constitutionnelle tchèque passa même une fois des menaces à l'action et déclara comme *ultra vires* un arrêt prononcé par les juges de Luxembourg[1483]. Seulement, ces solutions internes contredisent la position constante du droit européen sur la même question. Selon celui-ci en effet, la C.J.U.E. représente la seule instance habilitée à contrôler la légitimité du droit dérivé, y compris pour dépassement des compétences attribuées à l'Union[1484]. Ses interprétations ou ses décisions à titre préjudiciel sur la validité des règlementations européennes ainsi que sur le respect des bases de compétence normative dévolues au droit européen sont considérées obligatoires pour toutes les autorités et les juridictions nationales[1485]. Il en irait de même alors pour une intervention en matière de garanties réelles, en particulier pour implémenter les projets relatifs à une eurohypothèque. Les juges européens défendraient sans doute la légitimité de celle-ci, malgré les dispositions de l'art. 345 T.F.U.E. Reste néanmoins que ces éventuelles divergences entre les ordres juridiques internes et, respectivement, européenne sur la compétence normative de l'Union risque de poser des difficultés systémiques[1486]. La manière pour dépasser

[1482] Elena-Simina Tănăsescu, *Constitutionnalisation ou codification du droit européen*, dans «Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu», Dalloz, Paris 2007, p. 1418: "*le contrôle de constitutionnalité qu'elles exercent ne s'effectue pas au regard des normes internationales, notamment communautaires et le droit qu'elles appliquent est toujours le droit national, plus particulièrement celui de la Constitution*".

[1483] U.S., TZ 8/12, dont le rapport de presse mentionne que "*in the view of the Constitutional Court, the Court of Justice of the EU accidentally overlooked these facts which otherwise must lead to the conclusion of inapplicability of European law in the instant situation. As a result of this, an excess of the European body and a conduct ultra vires occurred*".

[1484] Selon l'art. 263 T.F.U.E., "*la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne* (…) *à cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence*". Or, l'art. 274 T.F.U.E. écarte justement la compétence des juges internes pour se prononcer sur ces mêmes questions: "*les litiges auxquels l'Union est partie ne sont pas, de ce chef, soustraits à la compétence des juridictions nationales*" seulement "*sous réserve des compétences attribuées à la Cour de justice de l'Union européenne par les traités*".

[1485] C.J.U.E., C-62/14, *Gauweiler*, point nº 16.

[1486] Conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villlalón dans l'affaire C.J.U.E., C-62/14, *Gauweiler*, point nº 60; E. S. Tănăsescu (cite *supra*, n. 1482), p. 1416: "*la position de principe adoptée par la Cour de Justice sur la question de la primauté du droit communautaire* (…) *n'est pas fondée sur une logique juridique ayant à la base les systèmes normatifs des Etats Membres, mais sur une légitimité directe que le droit européen aurait acquis en vertu des transferts de souveraineté consentis dès le départ de la construction européenne par les mêmes Etats*".

ces conflits dépend toujours du dialogue des juges ainsi que de la confiance réciproque, le cas échéant acquise par les systèmes juridiques en conflit[1487]. Cependant, il semble que l'art. 345 T.F.U.E. ne devait historiquement pas viser le droit des biens, encore moins en particulier les garanties réelles.

B. Incohérence de l'art. 345 T.F.U.E.

307. ***Interprétation historique du texte***. Les recherches relatives à l'art 345 T.F.U.E. relèvent que les intentions initiales de ses rédacteurs ne portaient pas de manière spécifique sur le droit des biens. Elles entendaient plutôt garantir la neutralité des Communautés Européennes envers les manifestations de l'économie planifiée. Concrètement, cela signifie qu'en vertu de cet article, aucune disposition ou règle du Traité de Rome ne devait empiéter sur la nationalisation des entreprises, ni inversement obliger les Etats à privatiser les moyens de production[1488]. Repris de la célèbre déclaration prononcée par Robert Schuman le 9 mai 1950, le but du texte se limiterait en conséquence à garantir le statut de la propriété publique dans le système juridique de l'Union[1489]. Or, dans cette perspective, ses dispositions "*ne préjugent*" justement en rien les interventions normatives européennes en matière de sûretés réelles[1490]. En particulier, la nature accessoire des sûretés que les

---

[1487] Conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villlalón dans l'affaire C.J.U.E., C-62/14, *Gauweiler*, point nº 67; D. Simon (cité *supra*, n. 1481), §6: "*il convient ici de faire prévaloir le souci de coopération juridictionnelle et le fonctionnement harmonieux du « dialogue de juge à juge », qui sont au cœur de la logique du renvoi préjudiciel*".

[1488] B. Akkermans/E. Ramaekers (cite *supra*, n. 1464), p. 11; J. W. Rutgers, European Competence and a European Civil Code, pp. 14-15; G. Wunsch, p. 354. La disposition vise plus spécifiquement "*l'ensemble idéal de règles de toute nature, issues aussi bien du droit privé que du droit public, qui sont susceptibles de conférer le contrôle économique d'une entreprise, c'est-à-dire qui permettent à celui qui le possède d'exercer une influence décisive sur la définition et l'exécution de tous ses objectifs économiques ou de certains d'entre eux*": Conclusions de l'Avocat General Colomer dans l'affaire C.J.C.E., C-483/99, *Commission c. France*, point nº 54.

[1489] Robert Schuman, *Déclaration du 9 mai 1950*, consultée sur https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_fr le 3 septembre 2019: "*l'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété des entreprises*".

[1490] B. Akkermans/E. Ramaekers (cite *supra*, n. 1464), p. 25; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), pp. 51-52; B. Delaunay, §2: "*lorsqu'ils invoquaient le régime de la propriété dans les États membres, les auteurs du Traité avaient, à l'époque, davantage en vue l'existence d'un contrôle économique sur les moyens de production qu'un régime juridique de la propriété. Il en est résulté jusqu'à présent que chaque État membre doit disposer, en droit, de la plus grande liberté pour nationaliser ou privatiser ses structures*".

projets relatifs à une eurohypothèque visent à rendre supplétive n'a visiblement rien à voir avec la nationalisation des entreprises.

308. ***Argument a fortiori***. Cependant, cette justification historique de la disposition ne saurait en réalité que difficilement limiter sa portée. En fin de compte, si les pays gardent la compétence nécessaire pour aller même jusqu'à nationaliser des entreprises, cette marge de manœuvre si généreuse pourrait a fortiori couvrir également le cadre règlementaire des biens ou des garanties réelles. Dans cette perspective, le texte continuerait en effet de protéger les dispositions internes pertinentes en matière de droits réels. Justement que son contenu semble concerner l'ensemble des règles nationales qui concrétisent les interventions publiques dans l'économie, sans considération de leur domaine matériel. Cela signifie logiquement que tout rapprochement européen entrepris au titre de l'eurohypothèque par voie normative ou juridictionnelle risque quand même de se voir paralysé en application de l'art. 345 T.F.U.E. Il suffit pour les Etats Membres de prétendre que leur opposition au projet ainsi que la nature accessoire des sûretés réelles matérialisent leur droit de procéder à des interventions publiques dans l'économie. Cela fonctionnerait en effet comme une limite imposée par le droit positif aux prérogatives exercées par les constituants potentiels de l'instrument au titre de leurs droits de propriété. La nullité des hypothèques indépendantes, le cas échéant consenties en méconnaissance de leur interdiction, semblerait ainsi justement synonyme à leur transfert dans le domaine public. Combien audacieuse, cette lecture viendrait en fait seulement concrétiser la marge de manœuvre retenue par les pays selon la lecture historique de l'art. 345 T.F.U.E.

309. ***Nationalisation des entreprises***. Une difficulté de lecture de l'art. 345 T.F.U.E. résulte néanmoins des lignes interprétatives déduites depuis 1950 de la déclaration donnée par Robert Schuman, censée avoir représenter la source d'inspiration du texte analysé[1491]. En effet, cette déclaration visait spécifiquement la nationalisation des entreprises ou des moyens de production. L'art. 345 T.F.U.E. ne couvrirait dès lors pas les éléments individuels de patrimoine qui relèvent de l'activité courante des opérateurs économiques, par exemple, les marchandises importées ou

[1491] R. Schuman (cité *supra*, n. 1489): "*l'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété des entreprises*".

exportées, ou les produits des investissements réalisés par les particuliers, tels que les immeubles acquis à des autres fins que pour leur exploitation commerciales. Or, les garanties réelles relèvent de tels éléments individuels, puisqu'elles ne représentent pas des entreprises ou des moyens de production à part entière, étant strictement "*liées à un mouvement de capitaux*"[1492]. C'est vrai que, contrairement au projet initial du texte, dans sa rédaction finale, l'art. 345 T.F.U.E. ne se limite pas à la nationalisation des entreprises. La raison réelle de cette modification par rapport au projet initial reste inconnue[1493]. Si le changement était intentionnel, le texte porterait en fin de compte également sur des éléments individuels tels que les marchandises ou les investissements. Dans cette perspective, il couvrirait aussi les garanties hypothécaires ainsi que les modifications de leur cadre législatif. La reformulation du texte initial se justifiait peut-être afin de faire contrepoids à la circulation des capitaux que le T.C.E. entendait garantir. Mais il semble difficile de considérer que les pays envisagèrent de se préserver ainsi une marge de liberté absolue pour réquisitionner les valeurs qui matérialisent les investissements des particuliers. Cela ne viendrait en effet aucunement concrétiser le choix entre planification et économie de marché. La disposition devrait dès lors plutôt spécifiquement concerner les prérogatives qui portent de manière directe sur les entreprises ou les moyens de production[1494].

310. ***Eléments individuels du patrimoine bancaire***. Le débat sur le contenu réel de l'art. 345 T.F.U.E. présente néanmoins une importance réduite pour les besoins de ce développement. En effet, les sûretés immobilières se trouvent habituellement placées dans le patrimoine des entreprises bancaires ou financières. Or, même si le texte visait la nationalisation des entités économiques dans leur ensemble, il devrait couvrir a fortiori chacune de leurs composantes individuelles. Il porterait dès lors également sur les garanties hypothécaires, au moins lorsqu'elles relèvent des entreprises bancaires. Mais tout cela pose problème, car par mal de raisonnements a fortiori similaires restent envisageables au titre de l'art. 345 T.F.U.E., non

[1492] C.J.C.E., C-222/97, *Trummer et Mayer*, point n° 24.

[1493] B. Akkermans/E. Ramaekers (cite *supra*, n. 1464), p. 9.

[1494] B. Akkermans/E. Ramaekers (cite *supra*, n. 1464), p. 12: "*the Article should still be interpreted as though that reference was still there. On the basis of a historical interpretation, Article 345 TFEU therefore relates to the neutrality of the Treaty in respect to the ownership, private or public, of undertakings only*".

seulement en matière de biens, mais dans tous les autres domaines. Indiscutablement, le pouvoir de nationaliser les entreprises privées ou certains éléments de leur patrimoine ne compte pas parmi les plus faibles. Il se trouverait ainsi systématiquement invocable contre toutes les entraves aux échanges incriminées parmi les règles nationales, ainsi que plus généralement, à chaque fois que les Etats Membres méconnaitraient un quelconque principe de l'intégration économique. Des raisonnements similaires aboutiraient alors en fait à totalement vider de contenu le domaine substantiel du droit européen. Cela justifie certainement un acquiescement à la relecture contemporaine de l'art. 345 T.F.U.E. par la Cour de Justice de l'Union Européenne.

311. ***Généralisation du raisonnement***. La généralisation des raisonnements similaires à celui ci-dessus envisagé pour le cadre spécifique du droit des biens affecterait sans aucun doute le sérieux de la plupart des engagements souscrits par les pays au titre de l'intégration européenne. Les pouvoirs apparemment retenues ainsi par les Etats Membres au titre de l'art. 345 T.F.U.E. risquent en effet de décourager toute possibilité de contester des mesures internes pour infraction aux principes européens. Cela permettrait en effet à chaque fois aux pays de justifier leurs agissements comme étant moins graves que la nationalisation des entreprises ou de leurs patrimoines, elles-mêmes légitime au titre du droit européen. Dans cette perspective par exemple, l'Allemagne aurait facilement pu paralyser la libre circulation des marchandises dont se prévalait l'importateur dans l'affaire sur le *Cassis de Dijon*. Il lui suffisait de défendre sa règlementation au motif que de toute façon, le droit local pouvait même aller jusqu'à nationaliser l'entreprise de l'importateur ou son patrimoine avec tout son stock de produits. A fortiori alors, ses ambitions pouvaient légitimement se limiter à une interdiction de vendre les liqueurs de fruits en dessous de la concentration alcoolique requise. Mais ce résultat contredit de manière visible la cohérence des principes essentiels pour le fonctionnement du marché commun.

312. ***Fondement ordolibéral de l'intégration.*** Il revient à l'avocat général Tesauro de surprendre pour la première fois de manière tranchante, dans une affaire *France c. Commission* de 1991, la contradiction structurelle entre l'art. 345 T.F.U.E. et les

principes essentiels du marché intérieur[1495]. Par ailleurs, la neutralité présupposée de l'Union Européenne envers les manifestations de l'économie planifiée renierait en fait même le fondement ordolibéral sur lequel il était originairement envisagé de fonder les Communautés Européennes[1496]. C'est vrai que les Traités ne contenaient jusque récemment aucune prise de position explicite favorable à l'économie de marché. Le "*principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre*" remonte seulement à l'art. G B 4 du Traité de Maastricht. Celui-ci révolutionna en effet de manière tranchante une certaine neutralité idéologique sur laquelle il parait que devait initialement reposer la règlementation communautaire du marché, selon le professeur Weiler[1497]. Mais les juges se méfièrent jusqu'à présent de reconnaitre une quelconque force contraignante à ce principe de l'économie de marché, nouvellement proclamé[1498]. Le Traité de Lisbonne vient par ailleurs même remplacer cette déclaration par un objectif plus modéré, celui de réaliser "*l'économie sociale de marché*", textuellement prévu dans l'art. 3 al. 3 T.U.E. Ce choix plutôt favorable à l'économie de marché se confirme actuellement aussi en pratique, vu la méfiance constante des institutions européennes contre les interventions publiques. Cette hostilité se concrétise de manière très visible dans les contentieux lors desquels les juges considérèrent les entreprises publiques comme bénéficiaires par leur nature même de subventions incompatibles en tant

[1495] Conclusions de l'Avocat General Tesauro dans l'affaire C.J.C.E., C-202/88, *France c. Commission*, point nº 11: "*cette difficulté procède, à notre avis, de la contradiction de fond* (…) *entre, d'une part, la prévision ponctuelle d'un marché commun et d'un régime de libre concurrence et, d'autre part, le maintien des choix de politique économique par les États membres, sous réserve de coordination. Ladite contradiction a abouti en termes formels aux articles 222*", désormais l'art. 345 T.F.U.E.

[1496] V. *supra*, §273.

[1497] J. H. H. Weiler (cite *supra*, n. 1477), pp. 2476-2477: "*the Community political culture which developed in the 1960s and 1970s led both the principal political actors and the political classes in Europe to an habituation of all political forces to thinking of European integration as ideologically neutral in, or transcendent over, the normal debates on the left-right spectrum* (…) *1992 changes this* (…) *it is at the same time a highly politicized choice of ethos, ideology and political culture: the culture of the "market"* (…) *this need for a successful market not only accentuates the pressure for uniformity, but also manifests a social (and hence ideological) choice which prizes market efficiency and European-wide neutrality of competition above other competing values*".

[1498] C.J.C.E., C-9/99, *Echirolles*, point nº 25: "*ils constituent des dispositions qui n'édictent pas à la charge des États membres des obligations claires et inconditionnelles pouvant être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales. En effet, il s'agit d'un principe général qui exige pour son application des appréciations économiques complexes qui relèvent de la compétence du législateur ou de l'administration nationale*".

qu'aides d'Etat avec les Traités[1499]. Elle résulte aussi des privatisations parfois exigées par la Commission aux Etats Membres pour autoriser certaines atteintes aux principes de libre concurrence[1500]. De même pour les entreprises chargées des services d'intérêt économique général, dont le régime se traite comme une dérogation rigoureusement conditionnée aux règles de concurrence de droit commun, applicables aux autres opérateurs[1501]. Mais nul besoin de présupposer, pour atteindre la conclusion de ce chapitre, que les Traités interdisent désormais par principe les manifestations de l'économie planifiée. Il suffit de constater que l'art. 345 T.F.U.E. se trouve foncièrement incompatible avec le reste du droit originaire européen. Pris au pied de la lettre en effet, il délaisserait au gré des Etats Membres le respect de la plupart de leurs engagements assumés au titre de l'intégration économique. Il résulte par ailleurs de ce qui précède que la disposition trouvait sa place dans l'architecture juridique des Traités seulement en tant que réserve politique au profit des Etat Membres en contrepoids de leur adhésion aux Communautés Européennes et, actuellement, à l'Union. En termes dogmatiques néanmoins, la liberté de nationaliser les entreprises contredit visiblement le sérieux des principes essentiels pour le marché intérieur, toujours menacées sinon par le veto que semble légitimer l'art. 345 T.F.U.E. Dès lors, les difficultés logiques à faire concilier le droit de nationaliser les entreprises avec les principes de la liberté commerciale et de la concurrence non-faussée demeurent à ce point évidentes qu'elles semblent insurmontables. La lecture plus modérée de cette disposition, telle qu'assumée par la jurisprudence de la C.J.U.E. ci-dessus mentionnée[1502], se justifie ainsi au moins dans l'opportunité pour éviter une implosion généralisée des impératifs déduits du marché intérieur[1503]. Mais cette lecture confirme aussi une

[1499] C.J.U.E., C-559/12 P, *France c. Commission*, avec une critique par B. Delaunay, §§21-25: "*la qualité même de personne publique ne saurait être considérée sans discussion comme un avantage* (…) *elles se trouvent même handicapées par un tel statut comme le montrent les règles de la domanialité publique, de l'insaisissabilité des biens ou de l'interdiction de l'arbitrage. En effet, pèsent sur les opérateurs publics certaines contraintes particulières de service public qui peuvent avoir pour effet de limiter leur liberté commerciale. Or, la balance communautaire ne prend généralement en compte que les avantages liés à la qualité de personne publique*".

[1500] B. Delaunay, §§29-30.

[1501] B. Delaunay, §§8-9.

[1502] V. *supra*, §304.

[1503] Robert Kovar, *Actions spécifiques et entreprises privatisées: donner et retenir ne vaut ?*, dans RJEP, nº 593, Décembre 2002, chron. 100190: "*quoiqu'en dise l'article 295 CE (anc. 222 CEE)*", l'actuel article 345 T.F.U.E., les "*entreprises publiques* (…) *se révèlent à l'usage difficiles à intégrer dans la logique*

certaine désuétude de l'art. 345 T.F.U.E. Cela devrait suffire pour empêcher son emploi comme argument contre la compétence normative de l'Union en matière hypothécaire. L'implémentation des projets relatifs à une eurohypothèque par règlementation européenne ne contredit donc pas le principe des compétences attribuées aux institutions de l'Union.

313. ***Conclusion de chapitre***. ***Larges perspectives de compétence***. La compétence normative de l'Union Européenne pour intervenir en matière hypothécaire repose désormais essentiellement sur ses pouvoirs de règlementer le marché intérieur. Il résulte néanmoins que cette habilitation lui permet non seulement de consacrer les projets relatifs à une eurohypothèque, mais aussi de contredire les perspectives de ceux-ci en interdisant de manière uniforme dans tous les Etats Membres le recours aux hypothèques indépendantes. Tout dépend en fait des positions politiques le cas échéant exprimées par les représentants des différents pays. En effet, les règlementations européennes ne doivent pas nécessairement atteindre la solution la plus favorable pour les échanges, comme c'est le cas, en revanche, des mesures nationales contrôlées au titre des libertés économiques. Reste quand même le texte de l'art. 345 T.F.U.E., qui suggère une certaine immunité des règles nationales en matière de biens ou de garanties réelles aux principes du marché intérieur. Mais les origines historiques de cette disposition, censée garantir aux Etats Membres la liberté de nationaliser les entreprises, contredisent désormais ouvertement les règles de libre concurrence, comme fondement substantiel du droit européen. La relecture contemporaine du texte, qui vient le subordonner aux principes essentiels des Traités, concrétise dès lors sa désuétude. Il n'y a donc aucun argument juridique pour contredire la compétence européenne en matière hypothécaire.

314. ***Conclusion de titre. Opacité des entraves***. Dans le contexte des observations relatives à la reconnaissance mutuelle des hypothèques étrangères, comme moyen pour concrétiser les projets relatifs à une eurohypothèque, il comptait pour ce deuxième titre de prendre position sur les éventuelles restrictions commerciales imputables à la règle de l'accessoire dans cette matière. Or, il s'est avéré que de

économique du traité". Il semblerait alors "*abusif d'affirmer que l'article 295 CE (anc. 222 CEE) l'emporte sur toutes les autres normes du traité CE*".

telles restrictions ne sauraient certainement pas se déduire des seules différences règlementaires sur ce point entre les différents pays. Quel que soit l'objet concret d'une telle divergence législative, il serait en effet logiquement impossible de considérer qu'un seul pays en est responsable, car la divergence suppose par définition plusieurs éléments de référence. Les entraves en cette matière doivent, dès lors, être appréciées non pas de manière relative, par rapport au comportement des autres Etats, mais d'après un critère abstrait de rationalité économique. À cet égard, il était intéressant de rappeler les avantages pratiques des hypothèques indépendantes dans la mobilisation des créances par leur titulaire ainsi que dans les opérations consortiales étalées dans le temps. Les pertes en efficacité commerciale entrainées par les éventuelles augmentations de taux ou les diminutions des courants de crédit relèveraient alors la dimension de la restriction aux échanges qui en découle. Comme la plupart des entraves identifiées par la doctrine en matière de garanties réelles, une telle interdiction trouverait assez difficilement une considération publique pour se faire légitimer aux yeux des impératifs économiques. C'est vrai que par un arrêt *Krantz*, la C.J.U.E. a retenu le caractère insignifiant des restrictions commerciales imputées à une disposition nationale qui limitait les effets de la réserve de propriété. Mais cette appréciation du caractère insignifiant relève obligatoirement des analyses au cas par cas, selon les circonstances concrètes de chaque espèce[1504]. Elle ne saurait donc valoir de manière générale pour les entraves le cas échéant identifiées dans le domaine des sûretés réelles. Le problème cependant c'est que la restriction ainsi caractérisée pêche par une personnalisation des libertés européennes. Elle vérifie en effet la qualité des sûretés au regard du droit européen exclusivement à partir des intérêts des créanciers qui en bénéficient. Mais à raisonner selon les besoins des autres parties prenantes, une interdiction de certaines techniques de garanties a priori très avantageuses pour leurs titulaires se justifierait, par exemple, afin de faciliter le développement rationnel des échanges. En particulier pour ce qui intéresse ce développement, certaines recherches présument, inversement, que la nature accessoire des hypothèques profiterait davantage au crédit immobilier que sa

[1504] V. *supra*, §§257-258.

suppression, telle qu'envisagée dans les projets relatifs à une eurohypothèque[1505]. Mais le raisonnement ne saurait ni se limiter aux intérêts des autres parties prenantes. Une lecture fidèle des textes applicables suppose, en conséquence, de quantifier les conséquences à long terme sur le crédit international de la nature accessoire, comme en général, de toutes les entraves alléguées en matière de sûretés réelles. Cette quantification devrait ainsi cumuler les effets qui en découlent pour toutes les parties prenantes impliquées, car le débiteur et ses autres créanciers interviennent eux-mêmes dans les rapports d'affaires comme participants actifs, tout aussi sensibles aux évolutions dans le cadre législatif applicable à leurs opérations. Néanmoins, cette dépersonnalisation des vérifications requises pour apprécier l'existence de l'entrave aux échanges rend toute prise de position à cet égard extrêmement aléatoire. En particulier pour une éventuelle reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes, cette prise de position impliquerait des appréciations à long terme sur l'impact de l'impératif accessoire dans la mobilisation des créances, de surcout, spécifiquement quantifié au niveau des rapports internationaux, car les libertés économiques ne couvrent pas les relations internes. Or, de telles appréciations reposent sur des calculs à ce point spéculatifs qu'ils relativisent complètement leurs conclusions. Il demeure donc juridiquement impossible de raisonner sur la conformité des impératifs accessoires en matière hypothécaire aux libertés économiques. En revanche, la compétence normative de l'Union pour implémenter l'eurohypothèque ne présuppose aucune appréciation quantitative de son impact sur les échanges. Il suffit de constater que cela contribuerait à la réalisation du marché intérieur, vu l'importance des garanties réelles pour le crédit. Un règlement le cas échéant adopté dans ce domaine dépend, dès lors, seulement des choix politiques exprimés par les représentants des Etats Membres au sein du Conseil et du Parlement européen.

315. ***Conclusion de partie. Perspectives aléatoires.*** La reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes étrangères semblerait en fin de compte trop incertaine comme moyen pour faire pression sur les législateurs internes pour implémenter volontairement l'eurohypothèque. En effet, en dépit de ce que pourrait

[1505] E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, p. 423; T. Wachter (cité *supra*, n. 36), p. 174; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), p. 51.

suggérer une observation intuitive[1506], les principes du marché intérieur sur lesquels repose la reconnaissance mutuelle ne tendent pas simplement à une dérégulation de tous les impératifs applicables en droit national. Elles ne sauraient par ailleurs certainement pas contredire les règles nationales de droit international privé, telles qu'en particulier la *lex rei sitae*, comme rattachement traditionnel des sûretés réelles. Les conséquences de la reconnaissance mutuelle se rapprochent en effet plutôt de la théorie classique des droits acquis, censée justement écarter la méthode conflictuelle. Néanmoins, le problème c'est que, malgré certaines applications en matière de noms ou de sociétés, les Traités ne prévoient aucune obligation autonome de reconnaissance mutuelle. Celle-ci ne représente en effet pas la cause, mais seulement l'une des conséquences possibles lorsque des entraves au titre de certaines considérations publiques légitimes. Les Traités protègent dès lors droits acquis en pays étranger uniquement en tant que nécessaire pour les besoins du développement économique. Cela signifie que toute reconnaissance des hypothèques indépendantes invoquée en tant que devoir déduit des Traités présuppose des appréciations quantitatives afin de vérifier si la nature accessoire des garanties hypothécaires affecte réellement de manière spécifique le crédit international. Cette appréciation devrait aussi, autant que possible, éviter les problemes économiques exclusivement imputables aux divergences législatives relatives à cette question entre les pays. Il s'agit, en revanche, de cumuler les conséquences pratiques des impératifs accessoires en matière hypothécaire, pour toutes les parties prenantes au crédit, ainsi que de manière spécifique, pour ce qui est des rapports internationaux, car les libertés économiques ne personnalisent pas leurs bénéficiaires. Les effets des techniques de sûreté intéressent justement aussi le propriétaire et ses créanciers subséquents. Or, cela relativise toute prise de position sur la légitimité de la reconnaissance mutuelle dans ce domaine. En pratique surtout, celle-ci semblait de toute façon inconcevable dans les pays qui réclament une intervention des notaires nationaux dans toute opération immobilière. Ces officiers publics hésiteraient en effet à parier

[1506] V. par ex. P. C. de Sousa, «The European Fundamental Freedoms. A contextual approach», p. 121: "*the market freedoms are inherently deregulatory, since the Court of Justice can only strike down legislative measures but cannot legislate itself – in other words, the greater the degree of centralization in the Court of Justice (via the free movement rules), the greater the prospect of deregulation of national markets*".

sur un imprévisible devoir de reconnaissance mutuelle contre les règles normalement applicables selon leur législation interne. Reste quand même la perspective de consacrer les projets relatifs à une eurohypothèque par une règlementation proprement dite de l'Union. En termes de compétences normatives justement, il n'y a aucune difficulté à cet égard, car les interventions européennes en droit privé se légitiment facilement par leur utilité dans la réalisation du marché intérieur. La C.J.U.E. ne quantifie effectivement jamais les conséquences économiques des mesures adoptées par les institutions européennes pour le développement commercial. Il suffit que la règlementation visée se tache de supprimer en quelque sorte des entraves aux échanges concrètement identifiées. Ce titre de compétence permet donc sans difficultés une intervention normative de l'Union en matière de garanties réelles, sans toutefois préjuger de son contenu. Mais une concrétisation législative des projets relatifs à une eurohypothèque reste quand même incertaine pour des raisons politiques, vu que son idée viendrait bouleverser la nature traditionnellement accessoire de la sûreté immobilière dans la plupart des Etats Membres[1507].

[1507] Ch. Schmid, p. 65; B. Akkermans, p. 508.

Conclusion générale

Cette influence journalière et immédiate de l'hypothèque sur la propriété et la circulation des capitaux a souvent fait élever des plaintes amères sur la complication des rouages qui servent à la mettre en action. Je reconnaitrai, tant qu'on voudra, que notre régime hypothécaire est susceptible de grandes améliorations. Mais espérer que l'on pourra jamais y introduire cette simplicité de combinaison qui séduit dans la pratique, et que l'on envie au coupon des rentes sur l'Etat ou au billet de banque, me parait à la fois un désir irréfléchi et une utopie impossible à réaliser. Le régime hypothécaire restera toujours la partie la plus ardue du Code Napoléon. Car il remue les intérêts les plus nombreux et les plus graves, il met en conflit les droit les plus opposés et en même temps les plus dignes de faveur. Et le législateur manquerait à sa mission si, par amour pour une simplicité systématique, il les courbait tyranniquement sous un joug absolu, plutôt que de les concilier par des tempéraments opportuns, au risque de sacrifier la simplicité à la justice civile[1508]*.*

Raymond-Théodore TROPLONG,
Première page de la Préface au Commentaire des privilèges et des hypothèques

316. ***Les projets relatifs à une eurohypothèque.*** En termes concrets, les ambitions du développement ci-dessus étaient de correctement situer les conditions et le cadre juridique requis par la technique d'une hypothèque indépendante, censée totalement renier la fidélité accessoire de la garantie. Le concept parait a priori allogène aussi bien en France qu'en Roumanie. Il ressort en effet surtout des recherches de droit comparé. Il n'était pas nécessaire d'approfondir l'opportunité de son mécanisme, déjà largement étudié au fil du temps, mais plutôt de différencier celui-ci par rapport aux limites déjà retenues en droit positif à la nature accessoire de la sûreté. Tout cela permit d'apprécier l'impact du droit européen à cet égard, en particulier celui des libertés économiques, censées aussi bien imposer aux Etats

[1508] R.-T. Troplong (cité *supra*, n. 86), pp. V-VI.

Membres le devoir de valider le concept, qu'appeler une règlementation commune pour clarifier son régime. Les déductions qui en résultèrent ont pris en tant que point de départ justement certaines recherches réalisées depuis les années soixante sur la technique d'une eurohypothèque, comme instrument unitaire de garantie immobilière pour les Etats Membres de l'Union[1509]. Le fonctionnement envisagé pour celle-ci repose sur le régime traditionnel de la dette foncière allemande, forme hypothécaire qui écarte, elle aussi, sa dépendance accessoire de régime envers la créance garantie[1510]. Son autonomie proclamée de régime relève sans difficultés les principaux éléments de son opportunité. Elle rentabilise, en effet, le refinancement de son titulaire lorsqu'il mobilise les créances couvertes sur les marchés secondaires du crédit, tout comme celui du propriétaire, par la possibilité de réutiliser le même instrument dans ses crédits subséquents, sans engager les frais d'une nouvelle affectation hypothécaire[1511]. Les impératifs du droit européen interviendraient, selon ces projets, au secours de leur concrétisation, soit directement par un audacieux devoir de reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes consenties en quelque sorte en pays étranger, soit indirectement, par le biais de potentielles règlementations communes adoptées au niveau de l'Union[1512]. Ces règlementations pourraient ainsi venir consacrer un instrument optionnel de garantie autonome mis à la disposition des particuliers, comme

[1509] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, pp. 159-165; Commission des Affaires Européennes de l'Union Internationale du Notariat Latin (cité *supra*, n. 36), *passim*; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, B. I., p. 8, point nº 1.11; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, Annexe nº VI (uniquement disponible en anglais). V. aussi, O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 216; Ch. Albiges (cité *supra*, n. 8), pp. 74-81; E. van den Haute, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?*, pp. 417-436; S. Kircher, p. 499; L. van Vliet, p. 156; E. Espada-Muńiz, p. 394; Ch. Schmid/Ch. Hertel, p. 101; O. Stöcker/R. Stürner, p. 142; H. Simón-Moreno (cité *supra*, n. 34), pp. 191-231; B. Foëx (cité *supra*, n. 34), pp. 169-182; T. Wachter, (cité *supra*, n. 36), p. 49. V. *supra*, §5.

[1510] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, p. 177. V. aussi M. Elser/L. Julien-Saint-Amand (cité *supra*, n. 19), p. 59; Ph. Dupichot, §661; F. et J. Baur/R. Stürner, §64.85; E. van den Haute, §127. V. *supra*, §3.

[1511] H. G. Wehrens, pp. 771-779; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point nº 110; M. Béhar-Touchais/B. Fauvarque-Cosson (cité *supra*, n. 21), p. 574; M. Fervers, p. 123.

[1512] B. Akkermans, pp. 542-546; E-M. Kieninger, «Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt», pp. 122-214; M. Lukas (cité *supra*, n. 870); U. Drobnig (cité *supra*, n. 870); P. Von Wilmowsky, pp. 80-93. V. *supra*, §184.

alternative aux sûretés immobilières nationales[1513]. Seulement, il n'a jamais été question jusqu'à présent de matérialiser ces impératifs devant les juges internes ou à travers le processus législatif européen. Néanmoins, les recherches à cet égard renforcent un débat sur la rigueur de la dépendance accessoire rattachée aux hypothèques, qui intrigue la doctrine et la pratique, depuis pas mal de temps déjà. Cela vaut aussi bien en droit roumain, que dans la tradition française, dans laquelle les questions liées à la légitimité des dérogations au principe de l'accessoire remontent jusqu'aux commentateurs des anciennes coutumes.

317. ***Nature des actions hypothécaires.*** Des auteurs comme Loyseau ou De Ferrière se tachèrent, en effet, depuis le droit médiéval à disséquer la nature des "*charges foncières*" de la coutume parisienne, forme archaïque de sûreté immobilière qui revendiquait déjà une certaine autonomie de régime envers la dette de référence[1514]. D'autres comme Brodeau ou Basnage débattaient déjà le problème si la saisie des immeubles affectés par voie de garantie hypothécaire intervient directement au titre même de la sûreté, comme action réelle, ou seulement par l'intermédiaire de la créance[1515]. Ils réalisèrent ainsi, comme leurs continuateurs plus récents, que cette deuxième perspective présuppose nécessairement une fiction de dette personnelle mise à la charge des propriétaires successifs de la chose, garants pour autrui ou tiers acquéreurs[1516]. Dans ce contexte, les démonstrations du développement ci-dessus permirent de convenablement délimiter la question du fondement de la saisie par rapport aux problèmes qui remettent à proprement parler en cause la fidélité accessoire de la

---

[1513] Commission de la CEE, *Le développement d'un marché européen des capitaux*, p. 165; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 22, B. IV., point n° 11; V. Sagaert, p. 1060; H. G. Wehrens, pp. 773-780; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 46; O. Stöcker (cité *supra*, n. 954), pp. 17-18; B. Foëx, (cité *supra*, n. 1431), p. 482; Ch. Schmid/Ch. Hertel, p. 102. V. *supra*, §293

[1514] Loyseau, cité par A. Egger, p. 181: "*les charges foncières diffèrent des simples hypothèques, en ce que l'hypothèque est une obligation accessoire ou subsidiaire de la chose, pour confirmer et assurer la promesse et obligation de la personne qui est débitrice: mais la charge foncière est une redeuance deuë proprement et directement par l'héritage, et non par la personne et ce que la personne la paye, c'est à cause de la chose, non pour y estre obligée de son chef, pource que la chose qui est inanimée, ne la peut payer sans le ministère de la personne*". V. plus largement *supra*, n. 810.

[1515] Brodeau, cité par A. Egger, pp. 184-185, selon lequel le tier acquéreur répond par un engagement personnel présumé: "*en feignant que dès l'instant de sa détention, il a contracté avec le bailleur de l'héritage, créancier de la rente foncière, et s'est obligé personnellement luy payer tous les arrérages, qui courrerunt pendant le temps de cette détention*". V. plus largement *supra*, n. 734 et n. 808.

[1516] V. par ex., Ch. Gijsbers, §73; Ph. Dupichot, §794. V. plus largement *supra*, §165.

sûreté hypothécaire[1517]. La première vise en fait strictement le caractère autonome des poursuites le cas échéant exercées au titre de la garantie, non pas sa structure en tant que telle, comme affectation consentie pour le compte du principal. Une délimitation similaire existe justement aussi dans le domaine du cautionnement, dont le contenu se différencie, aux termes de l'analyse dualiste, dans un *debitum* partagé avec celui de la créance garantie, et un *obligatio* autonome, qui fait le fondement des poursuites[1518]. Nonobstant sa nature réelle ou personnelle, cette autonomie de la saisie au titre de l'hypothèque concrétise, donc, seulement un accès direct sur la valeur économique de la chose, accordé par ses prérogatives. Elle n'est ainsi pas spécifique à la figure des hypothèques indépendantes. En dépendent pourtant les applications pratiques de ces dernières dans la mobilisation des créances. À défaut en effet, ces instruments de garantie autonome ne permettraient pas aux tiers de bonne foi de toucher le montant présumé des créances acquises, sans pour autant entièrement protéger le propriétaire contre les risques de double paiement[1519].

318. ***Cohérence du droit de saisie.*** Sur ce point, il resta seulement de proposer une certaine cohérence dogmatique parmi les différentes solutions relatives à la nature de la responsabilité mise à la charge du propriétaire de la chose affectée. Le problème vient en effet de certaines évolutions divergentes à cet égard. Ainsi, les systèmes de référence confirment, par exemple, la persistance de la garantie malgré la prescription de la dette couverte[1520]. De plus, ils écartent actuellement la qualification nécessaire de "*cautionnement réel*" pour caractériser la situation du propriétaire qui n'est pas tenu de manière personnelle à la dette[1521]. Assez

[1517] V. *supra*, §168.

[1518] V. *supra*, §147.

[1519] V. *supra*, §67.

[1520] Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: Bull. civ. II nº 48, p. 41; D. 2015.964, n. Ph. Théry; D. 2015.1339, obs. A. Leborgne; D. 2015.1810, obs. P. Crocq; JCP N 2015, p. 1149, n. crit. C. Brenner; JCP G 2015, I, 496, obs. crit. V. Brémond, JCP 2015, I, 604 obs. L. Lauvergnat; RTD civ. 2015, p 652, obs. W. Dross; RD banc. fin. 2015, p. 95, n. S. Piedelièvre. En droit roumain, l'art. 2.504 C.civ.roum. prévoit désormais que "*la prescription du droit d'agir relatif à la créance principale n'entraîne pas l'extinction du droit à l'action hypothécaire. Dans ce dernier cas, le créancier hypothécaire peut saisir, dans les conditions de la loi, uniquement les biens meubles ou immeubles grevés d'hypothèque*": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.504. Sur ce texte, v. not. A.-A. Moise, pp. 525-528. V. plus largement *supra*, §159.

[1521] Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: Bull. chambre mixte nº 7, p. 17; D. 2006.734, avis de J. Sainte-Rose, n. L. Aynès; Defrénois 2006, p. 586, obs. R. Libchaber; Defrénois 2006, p. 1600, obs. G.

largement consacrée auparavant, cette qualification ne reflétait que certains ressorts instinctifs, similaires à ceux derrière les concepts plus traditionnels des obligations réelles ou *propter rem*. Il en va, plus précisément, des difficultés intellectuelles à justifier les poursuites au titre de l'hypothèque en l'absence d'un engagement personnel qui lierait a priori plus solidement le propriétaire[1522]. Or, ces solutions semblent ainsi purifier la nature réelle des actions hypothécaires. Mais leur fondement intellectuel se trouve contredit par des évolutions en sens contraire, notamment la nature de titre exécutoire, désormais reconnue aux actes hypothécaires[1523], ainsi que tout particulièrement par la pratique consacrée des procédures collectives. Les diverses hypothèses en lesquelles le titulaire de la sûreté agit dans ce contexte contre le propriétaire en faillite se traitent en effet, dans la plupart des cas, comme si les poursuites se légitimaient exclusivement au titre de la créance visée, sans reposer sur une quelconque action hypothécaire de nature réelle[1524]. Par ailleurs, l'art. 2.424 al. 1 C.civ., de même que l'art. 2.427 C.civ. al. 1 C.civ.roum. conditionne explicitement les transmissions à titre principal des hypothèques par une quelconque créance que leur bénéficiaire devrait exhiber[1525]. Les potentielles poursuites sembleraient alors obligatoirement intervenir pour le compte de cette dernière, ce qui confirmerait leur nature personnelle et écarterait la thèse de l'accès direct sur la valeur de la chose. Mais la saisie viendra toujours en application du droit de suite, comme prérogative essentielle de l'hypothèque, ce qui

---

Champenois; JCP G 2005, II, 10183, n. Ph. Simler; RTD civ. 2006, p. 594 obs. P. Crocq; RTD com. 2006, p. 465 obs. D. Legeais. En droit roumain, l'art. 163 de la loi nº 71/211 codifie les solutions assez constantes des tribunaux, en ce sens que (nous traduisons) "*si l'hypothèque est consentie par un tiers, celui-ci aura les droits et les obligations de tout débiteur hypothécaire, sans être soumis au régime juridique des garanties personnelles*". V. plus largement *supra*, §155.

[1522] S. Ginossar (cité *supra*, n. 709), pp. 89-93; J. François, p. 1220; J.-J. Ansault, p. 148; V. Mazeaud, §§278-281; F. T'Kint (cité *supra*, n. 215), §14; Ph. Simler, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, §11; J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1553; B. Maubru, §112; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §1184; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §306; H. et L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, §468; Ph. Simler (cité *supra*, n. 710). V. plus largement *supra*, §149.

[1523] Ch. Gijsbers, «Sûretés réelles et droit des biens », §73; Ph. Dupichot, §794; Observations de Ph. Théry sous Civ. 2ème, 25 mars 2010, 09-12.127: Defrénois 2011, p. 1289: "*s'il y a, comme le dit la Cour de cassation, un titre exécutoire, alors, pour soutenir le titre exécutoire, il doit bien exister une obligation*". En droit roumain, selon l'art. 2.431 C.civ.roum., "*les contrats d'hypothèque valablement conclus valent titres exécutoires aux conditions de la loi*": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 2.431. V. plus largement *supra*, §171.

[1524] V. *supra*, §163.

[1525] V. *supra*, §173.

relativise toute prise de position sur la fiction d'un engagement personnel mis à la charge du propriétaire. Pour les besoins de ce développement en tout cas, il avait suffi de noter qu'une action hypothécaire, individualisée comme telle, ne rapprocherait de toute façon pas la sûreté aux garanties véritablement indépendantes, car même le cautionnement se caractérise par un droit de poursuite autonome. Or, le but de cette analyse était surtout de cerner le concept des hypothèques indépendantes parmi quelques-unes de ses expressions apparentes, consacrées déjà en droit positif. Il était effectivement question de mesurer la tendance à l'abstraction accusée par les recherches de droit comparé dans ce domaine, dont la pratique semble constamment vouloir défier les limites[1526].

319. ***Applications pratiques.*** La problématique envisagée pour mesurer ces tendances à l'abstraction entendait prendre directement position sur la validité des hypothèques indépendantes dans le droit positif actuel des systèmes analysés. Du reste, les applications du concept se trouvent déjà convenablement traitées dans pas mal de recherches qui notent son opportunité dans la mobilisation des créances pour le refinancement de leur premier titulaire[1527]. Cette opportunité se concrétise très prévisiblement dans les économies en termes de frais ou de démarches procédurales que permet au créancier l'inopposabilité des exceptions censée traduire son autonomie de régime, car celle-ci protège les tiers de bonne foi contre les vices inconnus des obligations acquises. Cela justifie les moyens préventifs ou curatifs que les règles applicables devraient mettre à la disposition du propriétaire, afin de couvrir le risque de double paiement mis à sa charge[1528]. Pourtant, la technique reste utile même à défaut de cette inopposabilité, comme le témoigne justement le régime actuel de la dette foncière allemande. Il y a quelques années en effet, le législateur du pays a reformé son fonctionnement en ce sens de rendre opposables de manière automatique aux tiers acquéreurs les exceptions relatives à la créance[1529]. La technique conserve ainsi son intérêt pour le refinancement du

---

[1526] V. Sagaert, pp. 1046-1051; E. van den Haute, §166; E. Dirix (cite *supra*, n. 51), pp. 69-94. V. plus largement *supra*, §9.

[1527] V. par ex. G. Stoïcesco (cité *supra*, n. 85); Jules Challamel (cité *supra*, n. 85); M. J. Chérest (cité *supra*, n. 2); H. Westendorf (cité *supra*, n. 85). V. plus largement *supra*, §60

[1528] V. *supra*, §75 et s.

[1529] Actuel §1.192 al. 1a B.G.B. (nous traduisons): "*si la dette foncière est constituée en garantie d'une créance, les exceptions que le débiteur tire de la convention de garantie convenue avec le créancier*

propriétaire, qui peut la réaffecter à ses éventuels crédits ultérieurs, comme avec une hypothèque rechargeable de droit français ou son équivalent roumain[1530]. Mais le problème c'est que si cette inopposabilité des exceptions n'est pas écartée, rien ne permet de différencier en termes d'opportunité les hypothèques indépendantes des autres engagements autonomes habituellement employés dans la mobilisation des créances[1531]. Il en va par exemple des dettes parallèles ou, plus classiquement, des lettres de change. Contrairement à ceux-ci cependant, ainsi qu'aux cédules hypothécaires ou aux autres instruments plus consacrés en matière immobilière, les hypothèques à proprement parler indépendantes devraient conserver leur nature de droit exclusivement réel[1532]. Cette dernière fait ainsi toute la difficulté des questions relatives à la légitimité de la technique, vu le problème du *numerus clausus* applicable en droit des biens.

320. ***Relativité de la liberté contractuelle.*** Comme tel, le concept des hypothèques indépendantes a jusqu'à présent strictement servi de référence conceptuelle négative, par rapport à laquelle la doctrine se tachait constamment de délimiter les évolutions dans le régime de la sûreté[1533]. Or, le problème c'est qu'une fois ses conditions précisément localisés, la validité des hypothèques indépendantes semble triompher de tous les arguments envisageables pour la contester. Elle pourrait déjà se déduire directement de la marge de manœuvre accordée à la liberté contractuelle, même en matière de sûretés réelles, vu que la technique ne déroge pas aux causes de préférence explicitement prévues par la loi[1534]. Surtout, la pléthore de garanties autonomes déjà validées dans le domaine des engagements personnels, même sans fondement textuel spécifique en ce qui les concerne, confirme que le risque de double paiement entrainé par l'inopposabilité des

antérieur contre la dette foncière, ou qui résultent de cette convention de garantie peuvent être opposées à tout acquéreur de la dette foncière". Sur ce texte, v. par ex. F. et J. Baur/R. Stürner, §45.34; R. Koch (cité *supra*, n. 225) p. 179; L. van Vliet, p. 167; M. Fervers, p. 59. V. plus largement *supra*, §40.

[1530] V. *supra* §124.

[1531] V. *supra* §41.

[1532] V. *supra* §43.

[1533] J. Mestre/E. Putman/M. Billiau, «Droit spécial des sûretés réelles», §1060; B. Maubru, §96. Dans le système roumain, v. par ex. A.-A. Moise, pp. 212-213. V. plus largement *supra*, §9.

[1534] V. *supra*, §16.

exceptions ne contredit pas les principes fondamentaux applicables aux sûretés[1535]. Reste quand même que cela se vérifie strictement pour ce qui est des garanties personnelles. Or, celles-ci n'avaient pas du confronter le *numerus clausus*, qui synthétise les impératifs du cadre pertinent en matière de sûretés réelles. Une prise de position tranchante sur la transposabilité de ce raisonnement aux garanties immobilières, afin de passer outre leur caractère accessoire, semblait dès lors assez divinatoire. Elle contredisait, par ailleurs, le rejet constant des hypothèques indépendantes par la doctrine, laquelle traite souvent son concept comme exotique, voire même purement spéculatif.

321. ***Structure autonome.*** Au moins, le renvoi aux garanties personnelles avait permis de localiser le fondement concret de l'autonomie de régime revendiquée par les hypothèques indépendantes parmi les conditions de leur acte constitutif. Il ne s'agit en effet certainement pas d'une affectation en garantie pour des créances indéterminées, comme dans le cas des sûretés *omnibus* ou *flottantes*. Cette conclusion évite ainsi toute confusion entre les exigences requises par la spécialité hypothécaire et celles déduites en cette matière de la fidélité accessoire[1536]. En effet, les garanties flottantes consenties en dérogation au principe de spécialité viennent habituellement couvrir un ensemble compris de toutes les obligations qu'assumera une personne donnée auprès de son créancier, sur une période précisément délimitée ou non[1537]. Mais celles-ci ne renient pas nécessairement leur dépendance de régime, tant qu'elles suivent le destin de cet ensemble, comme principal de référence. Inversement aussi, les hypothèques indépendantes impliquent presque toujours en pratique une ou plusieurs obligations dont elles remplacent ou sécurisent le recouvrement, sans pour autant garantir de manière nécessaire une sphère indéterminée de créances. Il n'y a, dès lors, aucune interdépendance entre les deux techniques[1538]. Par ailleurs, les garanties autonomes ne se réduisent certainement pas à une suppression du rôle de la cause

[1535] V. *supra*, §44.

[1536] V. *supra*, §29.

[1537] D. Houtcieff, §5; M. Planiol/G. Ripert, «Traité pratique de droit civil français» tome XII par E. Becqué, §417; C. Aubry/C.-F. Rau, p. 386; P. Crocq (cité *supra*, n. 171), p. 58; V. Mazeaud, §349; M. Bourassin/V. Brémond, §2030; M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §873; B. Maubru, §15; L. Aynès/P. Crocq, §663.

[1538] V. *supra*, §32.

par les parties à leur convention constitutive, en ce sens de faire en sorte que les vices de cette dernière ne soient plus invocables contre les tiers. L'argument c'est que la perspective de sécuriser le recouvrement du crédit ne saurait que péniblement représenter le but, en tant que tel, poursuivi par le constituant de la garantie avec son engagement[1539]. Les éléments relatifs à la dimension réelle de la créance couverte tiennent, dès lors, non pas à la cause, mais plutôt à l'objet même du service que le garant fournit au créancier. Comme déjà fréquemment observé en doctrine, les garanties autonomes se différencient donc, par rapport à leurs homologues accessoires, surtout par cela qu'elles ne sont pas censées intervenir au profit du principal, mais au titre et pour le compte d'une prestation distincte, parallèle à celui-ci[1540]. Sans doute que la nature de droit réel de celles-ci rend assez problématique une transposition pure et simple de la délimitation dualiste, qui traduit le caractère accessoire des sûretés personnelles par un partage de leur *debitum* avec celui de la créance garantie. Mais il demeure que les affectations hypothécaires accessoires interviennent certainement elles aussi pour le compte du principal. Elles ne sont effectivement pas censées couvrir une prestation distincte, déterminée par ses propres modalités ou par un montant spécifique, comme c'est le cas par exemple des dettes foncières allemandes, selon leur définition même dans le B.G.B. [1541] Pour éviter une conclusion aléatoire sur la validité des hypothèques indépendantes, comme problématique de recherches assumée, il restait, dès lors, à vérifier si les dérogations déjà consacrées en droit positif de la nature accessoire ne viennent-elles justement pas écarter la dépendance structurelle de la garantie, ainsi caractérisée.

322. ***Infidélités accessoires.*** Déjà, la possibilité parfois affirmée de consentir une hypothèque dont le montant dépasse la valeur du principal semblait précisément matérialiser une dérogation visible à la structure accessoire de la sûreté[1542]. Les

[1539] L. Aynès/P. Crocq, §337; C. Gavalda/J. Stoufflet (cité *supra*, n. 251), §8; Ph. Simler, §938. V. plus largement *supra*, §48.

[1540] Ph. Dupichot, §312; Stéphane Piedelièvre (cité *supra*, n. 295); G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §628; Ph. Dupichot, §309; L. Aynès/P. Crocq, §319. V. *supra*, §49.

[1541] V. *supra*, §52.

[1542] Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 70; O. Salvat (cité *supra*, n. 58), §3; M. Grimaldi, §4; L. Aynès/P. Crocq, §662; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 44; Ph. Simler/Ph. Delebecque, §406; Y. Picod (cité *supra*, n. 58), §308; G. Daublon/E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), p. 1096; E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), §2; D. Houtcieff, §§38-44; A.-A. Moise, p. 428.

applications pratiques de cette possibilité pourraient néanmoins se légitimer aussi par une simple requalification de ce montant supérieur, tel que convenu par les parties. en simple somme plafond, censé seulement fixer la dimension maximale de la préférence dont jouirait le titulaire de l'instrument. Nul besoin, en conséquence, de considérer que l'étendue patrimoniale des prérogatives hypothécaires dépasse, dans ce cas, réellement la valeur actuelle de la créance, ce qui, de toute façon, ne suffirait pas afin de détacher en termes structurels la sûreté de son principal[1543]. De même pour les hypothèques en garantie de créances futures ou éventuelles. Les éventuelles imprécisions au niveau de leur détermination par les parties dans leur acte constitutif relèveraient surtout un problème au niveau de la spécialité du rattachement convenu, plutôt qu'une incohérence dans la fidélité accessoire de la sûreté[1544]. Aussi, la survie de la garantie hypothécaire à la nullité[1545] ou à la prescription de la dette ne représente certainement pas une expression spécifique aux hypothèques indépendantes[1546]. Il suffit de noter que la créance ne disparait alors pas dans sa totalité. La prescription ne touche effectivement pas au *debitum* de la dette, réduit en obligation naturelle[1547]. Aussi, la créance de restitution comme telle demeure juridiquement extrinsèque aux conventions de prêt, ce qui légitime de manière convenable la survie des sûretés, même si les opérations en question se verraient annulées. Du reste, les garanties au profit des autres contrats que les prêts peuvent persister malgré la nullité du rapport fondamental, sans abjurer de leur fidélité accessoire de régime, en redéfinissant leur principal conceptuel[1548]. Celui-ci devra simplement intégrer, en subsidiaire, les obligations inhérentes à la remise en l'état qui pourrait intervenir par la suite, une fois établi que la sûreté ne survit qu'afin de sécuriser leur recouvrement. Enfin, le fait que les hypothèques ne disparaissent que par radiation du registre immobilier en droit roumain, tout comme certaines

[1543] V. *supra*, §92.

[1544] V. *supra*, §98.

[1545] Art. 1.635 al. 3 C.civ.roum., selon lequel l'obligation de restitution consécutive à l'inefficacité de n'importe quelle convention "*bénéficie des sûretés constituées pour le paiement de l'obligation initiale*": «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée», sous l'art. 1.635. En droit français, l'art. 1.352-9 C.civ. énonce désormais que "*les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme*".

[1546] V. *supra*, §318.

[1547] V. *supra*, §107.

[1548] V. *supra*, §102.

solutions ponctuelles envisagées par la doctrine, qui se rapprochent à une *hypothèque sur soi-même* afin de protéger le propriétaire, ne signifient là encore pas que la garantie répond pour une autre prestation que la créance de référence[1549]. En revanche, les divers mécanismes qui permettent, aussi bien en France qu'en Roumanie, une réaffectation des hypothèques au service de créances ultérieures indéterminées, absentes comme telles de la convention constitutive de la garantie, posent problème à cet égard. C'est que les éventuelles poursuites au titre de la garantie n'interviennent alors certainement plus pour le compte exclusif de la dette initiale.

323. ***Réaffectations conventionnelles.*** Il est nécessaire d'écarter en préalable les problèmes posés par les transmissions à titre principal des hypothèques. Leur régime actuel, aussi bien dans le système français qu'en droit roumain, ne concrétise pas nécessairement une réaffectation réelle de la garantie, laquelle supposerait un changement au niveau de sa structure, dans la détermination de son principal de référence. Selon le traitement actuel de cette opération en droit positif, la sûreté continue, en effet, de suivre la dette initiale dans sa chute. Cela vaut par ailleurs même si la garantie était consentie pour un montant supérieur à la créance de base[1550]. Surtout, la mise en œuvre de la sûreté, même par un tiers qui ne détient aucune créance contre le propriétaire, réduit à due concurrence son principal originaire, vu leur interdépendance de régime, justifiée par le partage de leur *debitum*[1551]. Mais tout cela ne se vérifie plus dans la technique du rechargement, récemment réintroduite en droit français, ainsi que pour le mécanisme similaire désigné comme *maintien* des hypothèques pour un nouveau crédit, prévu par le nouveau Code civil roumain[1552]. Leurs objectifs défient déjà de manière frontale la logique accessoire, car ils visent précisément à ce que la garantie survive malgré le remboursement de la créance initiale, ainsi que de toutes les autres obligations rattachées par la suite. Ils permettent ainsi justement de réaliser les applications

[1549] V. *supra*, §109.

[1550] V. *supra*, §118.

[1551] V. *supra*, §121.

[1552] V. par ex., M. Cabrillac/Ch. Mouly/S. Cabrillac/Ph. Pétel, §895; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, p. 74; M. Grimaldi, §1; E. Frémeaux (cité *supra*, n. 58), §5; Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 48; Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés (cité *supra*, n. 595); M. Fervers, p. 33; A.-A. Moise, p. 478.

pratiques résiduelles des dettes foncières allemandes, privées de l'inopposabilité des exceptions qui les caractérisait jusqu'à peu. Le problème plus visible déjà c'est que les équations accessoires ne peuvent alors plus se vérifier selon leur formule typique, encore moins si la sûreté avait préalablement été transmise à titre principal par le créancier initial. Or, ces difficultés témoignent un certain détachement structurel de la garantie envers les créances qu'elle devrait progressivement sécuriser[1553]. La simple mention de ces dernières, en tant que cause de la sûreté, dans les documents pertinents, tout comme le consentement du propriétaire au rechargement, ne répondent en effet pas à eux seuls aux exigences de la fidélité accessoire[1554]. Ni même les engagements autonomes proprement dits ne sauraient en effet fonctionner sans un quelconque rapport fondamental, consenti et individualisé comme tel par le constituant. A priori, il resterait alors de témoigner qu'au moins en termes logiques, la perspective du rechargement rend les hypothèques formellement indépendantes par rapport à tout principal de référence identifié comme tel. Le seul moyen pour écarter cette conclusion serait, au niveau dogmatique, de réduire à une simple métaphore la continuité proclamée d'une seule et même sûreté hypothécaire censée persister en dépit des remboursements successifs[1555].

324. ***Continuité métaphorique***. Ainsi, le rechargement ou le maintien entraineraient, à la rigueur juridique, pour tout sauf le nom, la constitution de sûretés subséquentes, entièrement fidèles à leur dépendance accessoire envers chaque créance de rattachement respective[1556]. Cette lecture permet, par ailleurs, de couvrir aussi les incohérences tout-à-fait similaires qui accompagnent le report beaucoup plus classique des sûretés, en cas de novation de la créance initiale. Les problèmes ne sont ici que moins visibles, car la réaffectation des garanties par conséquence de la novation suit instantanément la chute du principal. Mais il est

[1553] V. *supra*, §131.

[1554] V. *supra*, §132.

[1555] V. par ex. Ph. Théry, *L'hypothèque rechargeable*, p. 47: "*on pourrait le dire autrement: la disparition du caractère rechargeable de l'hypothèque lui restitue les traits d'une hypothèque accessoire classique, ne garantissant que la créance visée dans l'acte d'affectation*".

[1556] L. Aynès/P. Crocq, §664; P.-F. Cuif (cité *supra*, n. 595), p. 27; Ph. Dupichot, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, pp. 71-73; M. Fervers, p. 85. De même en droit roumain: A.-A. Moise, p. 474 n. 1. V. plus largement *supra*, §138.

tout aussi impossible de considérer, au vu de ce maintien, que les garanties ainsi réaffectées se rattachent par leur structure à l'une quelconque des créances impliquées. Pour éviter une paralysie de la logique accessoire là encore, il convient de considérer que la novation conduit, elle aussi, en réalité, à la naissance de sûretés subséquentes, classiquement dépendantes envers chaque obligation[1557]. Cela, sauf à considérer, inversement, que c'est plutôt la disparition de la créance initiale qui représente une simple métaphore, et que celle-ci vient en fait uniquement se "*métamorphoser*" dans la nouvelle obligation, censée prend naissance par voie de novation. Ainsi complétées, ces observations rendent, en fin de compte, complètement aléatoires les tendances à l'abstraction accusées dans le domaine des sûretés hypothécaires et confirment les intuitions du professeur Troplong, ci-dessus présentées, sur les adaptations normatives requises pour faire acclimater les hypothèques indépendantes en droit positif[1558]. La technique de ces dernières pourrait en effet strictement se légitimer par des spéculations théoriques sur le domaine de la liberté contractuelle en matière de sûretés réelles. Une incertitude similaire caractérise, par ailleurs, la teneur des impératifs européens invoqués dans ce domaine, plus particulièrement la réalisation du marché intérieur comme argument juridique pour concrétiser les projets relatifs à une eurohypothèque.

325. ***Reconnaissance mutuelle des hypothèques.*** La reconnaissance mutuelle des garanties étrangères, parfois invoquée au soutien des projets relatifs à une eurohypothèque, semble trop aléatoire, en fin de compte, pour parier sur le sérieux de son applicabilité. Le but des arguments favorables à sa transposition en matière de sûretés réelles était de faire pression sur les législateurs internes, afin que ceux-ci entament de manière volontaire un rapprochement règlementaire en direction du modèle des hypothèques indépendantes[1559]. Mais la reconnaissance mutuelle, telle qu'envisagée par le droit européen, suppose déjà une certaine disparité des rattachements conflictuels entre les pays concernés. La garantie devrait, en bref, être considérée valable au moins dans son pays d'origine, selon les lois désignées

[1557] V. *supra*, §139.

[1558] V. *supra*, §1508.

[1559] S. Nasarre-Aznar, p. 92; Ch. Schmid, pp. 61-62. V. *supra*, §216.

par le rattachement de ce dernier[1560]. Or, les notaires le cas échéant appelés à intervenir se méfieraient certainement de spéculer sur la contradiction qui en découlerait entre les impératifs accessoires, le cas échéant déduits des règles applicables dans le pays de situation, et les principes européens de liberté économique[1561]. Surtout que ces derniers ne sauraient se résumer en norme conflictuelle favorable aux échanges, censée annuler les effets du rattachement classique *lex rei sitae* des sûretés réelles, comme parfois soutenu[1562]. Il s'est effectivement avéré que la reconnaissance mutuelle se rapproche plutôt de la théorie classique des droits acquis, qui se propose de valider les rapports juridiques internationaux en dépit des sanctions prévues par les règles normalement applicables selon le droit du for[1563]. Cependant, leur similarité s'arrête à ce niveau des conséquences. Sur le plan des fondements en effet, le droit européen protège les relations civiles nouées en pays étranger seulement dans la mesure en laquelle cela profite au développement commercial. Il se peut en effet aussi que les principes du marché intérieur viennent, inversement, elles-mêmes interdire un quelconque comportement des particuliers, lorsque celui-ci nuit aux échanges, par exemple en matière de concurrence[1564]. La reconnaissance mutuelle des hypothèques indépendantes suppose, dès lors, la démonstration d'une restriction quantitative aux financements internationaux directement imputable au principe de l'accessoire[1565].

[1560] V. *supra*, §208.

[1561] V. *supra*, §210.

[1562] J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 227-228; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, p. 33; E.-M. Kieninger, pp. 122-126. De manière plus generale, sur le rattachement conflictuel "*caché*" parmi les dispositions des Traités, v. not. R. Savatier, *Le Marché commun au regard du droit international privé*, p. 237, reproduit par P. Lagarde (cité *supra*, n. 1070), p. 390; J. Basedow, p. 5; L. Radicati Di Brozolo, §4.1; B. Sousi-Roubi (cité *supra*, n. 930), p. 183; P. Von Wilmowsky, p. 94-152; G. Wunsch, pp. 319-321. V. *supra*, §223.

[1563] D. Bureau/H. Muir Watt (cité *supra*, n. 1128), §§569-581; P. Lagarde (cité *supra*, n. 1147), p. 20; Ch. Pamboukis, §8; P. Mayer, p. 28. V. aussi, particulièrement en matière de garanties mobilières: Y. Flour, §117. V. *supra*, §233.

[1564] M. Audit, n. 65; J. Drexl (cité *supra*, n. 1104), p. 435-448: "*la théorie la plus appropriée est peut-être celle déclarant que les libertés fondamentales en tant que telles ne garantissent pas la liberté contractuelle*" car "*comme la liberté politique – la concurrence libre, elle aussi, est affectée par le «paradoxe de la liberté»*". V. *supra*, §276

[1565] J. H. H. Weiler, p. 367: "*for all the attention Cassis received, «mutual recognition» or functional parallelism is not a radial hermeneutic departure, but in fact a very conservative and fully justified application of the principle of proportionality. For a Member State to insist on a specific technical*

326. ***La nature accessoire comme restriction***. Les problèmes procèdent cependant du constat nécessaire que les entraves aux libertés économiques ne sauraient résulter des simples difficultés inhérentes aux divergences législatives entre les Etats Membres, qui obligent, par exemple, les opérateurs à engager des frais de consultation juridique et d'adaptation de leurs activités. Il s'agit en effet plutôt de caractériser les effets négatifs spécifiquement imputables à chaque règlementation interne accusée de restreindre les échanges[1566]. Certains auteurs semblaient quand même facilement identifier une restriction à cet égard, valable, a priori, de manière générale dans le domaine des sûretés réelles. Elle résulterait des pertes subies par les créanciers en raison des garanties moins efficaces que leur propose un pays de situation donné, par rapport à celles de leur Etat habituel[1567]. Cela se vérifie, au moins en théorie, également pour les hypothèques indépendantes, vu leur utilité dans la mobilisation des créances par leur premier titulaire[1568]. Surtout que leur éventuelle interdiction au titre de l'impératif accessoire se justifierait assez difficilement par une quelconque considération publique. Les intérêts des parties prenantes, en conflit dans le domaine des sûretés réelles, sont en effet tous de nature purement privée[1569]. Seulement la protection des consommateurs pourrait intervenir comme objectif légitime de dimension publique pour justifier une interdiction de cette technique de garantie autonome. Toutefois, un avertissement préalable quant aux risques de double paiement qu'assume le constituant, en raison de l'inopposabilité des exceptions, devrait suffire pour

standard, even if a different standard is functionally parallel in achieving the desired result, is to have adopted a measure which is not the least restrictive possible". V. plus largement *supra*, §238.

[1566] S. Weatherill (cité *supra*, n. 1227), p. 23: "*it is at least doubtful whether a proper working of the internal market dictates that the rules throughout the market are the same or that it is sufficient that the rules are the same for everyone. Although there is no level playing field throughout Europe, at least the playing field is the same for every player*"; M. Audit, §35: "*affirmer que la diversité des législations d'origine nationale est en contradiction avec les règles communautaires relatives à l'entrave aux libertés de circulation, c'est porter indirectement - mais très nettement - atteinte au principe selon lequel l'Union européenne ne dispose que d'une compétence d'attribution*". V. plus largement *supra*, §249.

[1567] F. Verstijlen (cité *supra*, n. 1227), pp. 17-22; M. Wolf, p. 1942; B. Akkermans, pp. 536-537; G. Wunsch, pp. 351-352; B. Akkermans, *Property Law and the Internal Market*, pp. 27-33; J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, pp. 226-227; J. Basedow, p. 45; E.-M. Kieninger, pp. 41-121; L. Radicati Di Brozolo, §6; B. Akkermans (cité *supra*, n. 944), p. 20; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), pp. 1-57. V. *supra*, §252.

[1568] Ch. Schmid, pp. 61-63; S. Nasarre-Aznar, p. 92; Ch. Kiesgen (cité *supra*, n. 34), *passim*; O. Stöcker (cité *supra*, n. 15), p. 72; O. Stöcker, «Die Eurohypothek», p. 211; G. Wunsch, pp. 296-300. V. plus largement *supra*, §255.

[1569] V. *supra*, §262.

satisfaire à cette finalité[1570]. Les autres arguments potentiels de justification, par exemple, le maintien de l'ordre établi ou la sécurité des prévisions individuelles, fonctionneraient comme justification universelle, invocable pour toutes les restrictions commerciales possibles. La légitimité apparente de ces arguments se trouverait par ailleurs transgressée lors de chaque réforme législative que les autorités internes trouveraient à implémenter dans le même domaine. Mais la difficulté vise la définition même de la restriction commerciale ainsi caractérisée, car elle met en cause strictement les intérêts du créancier titulaire de la garantie. Or, les libertés économiques ne personnalisent pas leurs bénéficiaires. Elles visent en effet, de manière beaucoup plus large, le développement rationnel et à long terme des échanges[1571]. Il en résulta que toute prise de position sur une légitimation des hypothèques indépendantes au titre des principes du marché intérieur présuppose une quantification des conséquences restrictives entrainées par leur interdiction au titre des impératifs accessoires pour toutes les parties prenantes impliquées. Ce cumul devrait par ailleurs isoler les effets de la prohibition sur les opérations internationales, seules protégées par les libertés européennes[1572]. Une telle démonstration semblerait cependant à ce point hasardée, ne serait-ce qu'au vu des spéculations requises quant au comportement futur des parties prenantes, que toute conclusion qui en serait déduite ne saurait prétendre à la rigueur nécessaire pour un raisonnement juridique. En revanche, la compétence des institutions communautaires pour implémenter les projets relatifs à une eurohypothèque par voie de règlementation spécifique échappe à toutes ces difficultés probatoires.

327. ***Compétence normative pour une eurohypothèque***. Le mandat de l'Union pour légiférer en matière hypothécaire résulte en effet des larges pouvoirs conférés à celle-ci par les articles 114-115 T.F.U.E. dans le but d'assurer le fonctionnement du marché intérieur[1573]. Ces textes légitiment justement la plupart des autres règlements ou directives adoptées dans les domaines qui relèvent normalement du

[1570] V. *supra,* §269.

[1571] M. Audit, §67; J. Drexl (cité *supra*, n. 1104), pp. 431-432; V. Heuzé, pp. 397-398; H. Spamann, p. 35. V. plus largement *supra*, §273.

[1572] V. *supra*, §281.

[1573] P. Von Wilmowsky, pp. 10-18; J. H. H. Weiler, p. 362; S. Weatherill, pp. 88-89; J. W. Rutgers, p. 15; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 46; O. Stöcker (cité *supra*, n. 954), p. 18. V. plus largement *supra*, §291.

droit privé[1574]. Mais il s'est avéré que, nonobstant la forme de cette intervention, par instrument optionnel ou mesure proprement dite de rapprochement, l'eurohypothèque devrait renvoyer aux lois du pays de situation pour combler les éventuelles lacunes de la règlementation commune[1575]. Du reste, la compétence européenne dans ce domaine ne suppose pas que les règlementations adoptées représentent la meilleure solution possible pour le développement commercial. La C.J.U.E. ne prétend effectivement pas une démonstration de leur impact sur les échanges, comme pour les mesures nationales accusées de restreindre les libertés économiques européennes[1576]. Cela signifie néanmoins aussi que les difficultés imputées à la divergence législative dans ce domaine pourraient non seulement être résolus par une concrétisation des projets relatifs à une eurohypothèque, mais aussi, inversement, par une règlementation qui uniformiserait la nature accessoire des hypothèques dans tous les Etats Membres. Surtout que l'art. 345 T.F.U.E. selon lequel "*les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats Membres*", malgré son contenu apparent, ne limite en réalité aucunement les interventions européennes en droit des biens. Il était censé venir en contrepoids initial exigé par certains Etats Membres aux éventuelles lectures des Traités qui seraient trop favorables à l'économie de marché[1577]. Or, les évolutions dans les objectifs des Communautés et, par la suite, de l'Union Européenne rendirent ce texte progressivement désuet[1578]. Dès lors, il n'y a pas vraiment de difficultés en termes de compétences qui s'opposeraient à une règlementation censée concrétiser les projets relatifs à une eurohypothèque. Cette dernière dépend, en

[1574] S. Weatherill, pp. 80-83.

[1575] M. Béhar-Touchais/B. Fauvarque-Cosson (cité *supra*, n. 21), p. 575; Commission européenne, DG Marché Intérieur/Forum Group on Mortgage Credit, *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, point nº 98; Ch. Schmid/Ch. Hertel, pp. 94-102; S. Van Erp (cite *supra*, n. 3), pp. 11-12; U. Drobnig (cité *supra*, n. 870), pp. 105-114; *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque*, p. 10, B. II., point nº 2.3. V. plus largement *supra*, §294.

[1576] C.J.C.E., C-376/98, *Publicité du Tabac*, point nº 88: "*le législateur communautaire ne saurait être empêché de se fonder sur cette base juridique du fait que la protection*" d'un autre intérêt général "*est déterminante dans les choix à faire*"; S. Weatherill, p. 85: "*the purpose of legislative harmonization is not simply to prise open markets but also to serve the interests of parties intended to enjoy regulatory protection* (…) *consumers, most prominently*". V. *supra*, §299.

[1577] B. Akkermans/E. Ramaekers (cite *supra*, n. 1464), p. 11; J. W. Rutgers, European Competence and a European Civil Code, pp. 14-15; G. Wunsch, p. 35; M. Schürheck (cité *supra*, n. 880), pp. 51-52; B. Delaunay, §2. V. *supra*, §307.

[1578] V. *supra*, §312.

conséquence, strictement des débats et des choix politiques, le cas échéant manifestés dans les instances décisionnelles de l'Union. Mais à défaut de réformes qui viendraient explicitement valider la technique en droit interne ou de règlementations adoptées au niveau européen, le concept des hypothèques indépendantes, tel qu'exploré par ce développement et déduit des projets relatifs à une eurohypothèque reste, en fin de compte, purement spéculatif dans les systèmes de référence.

Bibliographie

A. Manuels et encyclopédies académiques

1. Guy AMLON, JurisClasseur Procédures collectives, fasc. 2383: «Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. Créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles», 14 février 2018, LexisNexis

2. Charles AUBRY/Charles-Fréderic RAU, «Droit civil français. Tome III. Servitudes réelles. Privilèges. Hypothèques», 7e édition par Paul ESMEIN/André PONSARD, Litec, Paris, 1968, pp. 1-524

3. Louis d'AVOUT, Répertoire de droit international Dalloz, «Biens», août 2009, actualisation: avril 2010, Dalloz

4. Laurent AYNÈS/Pierre CROCQ, «Les sûretés. La publicité foncière», 8e édition, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Droit Civil, 2014, Paris, pp. 1-443

5. Henri BATIFFOL/Paul LAGARDE, «Droit international privé», tome II, 7e édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1983, pp. 1-692

6. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE/Paul De LOYNES, «Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et de l'expropriation forcée», 3e édition, Libraire de la société du recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1906, pp. 1-846

7. Fritz BAUR/Jürgen F. BAUR/Rolf STÜRNER, «Sachenrecht», 18. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. BECK, München, 2009, pp. 1-1086

8. Alain BÉNABENT, «Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux», 12ème édition, Coll. Précis Domat. Droit privé, L.G.D.J. (Lextenso), Paris, 2017, pp. 1-704

9. Marc BLANQUET, Répertoire de droit européen Dalloz, «Effet direct du droit communautaire», août 2008, actualisation: avril 2015, Dalloz

10. Marc BLANQUET, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 170: «Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation», 1er janvier 2012, LexisNexis

11. Marc BLANQUET, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 175: «Compétences de l'Union. Exercice des compétences. Régulation», 9 septembre 2014, LexisNexis

12. Olivier BLIN, Répertoire de droit européen Dalloz, «Capitaux», octobre 2016, Dalloz

13. Thierry BONNEAU, «Droit bancaire», 9e édition, Coll. Domat. Droit privé, Montchrestien (Lextenso), 2011, pp. 1-728

14. Emmanuelle BOURETZ, JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse, fasc. 506: «Crédits syndiqués. Sous-participation», 27 novembre 2016, LexisNexis

15. Manuella BOURASSIN/Vincent BRÉMOND, «Droit des sûretés», 6e édition, Coll. Sirey Université, Sirey, 2017, pp. 1-998

16. Wolfgang BREHM/Christian BERGER, «Sachenrecht», 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 1-561

17. Dominique BUREAU/Horatia MUIR WATT, «Droit international privé. Tome I Partie générale», 3ème édition, Thémis Droit, P.U.F., Paris, 2014, pp. 1-816

18. Michel CABRILLAC/Christian MOULY/Séverine CABRILLAC/Philippe PÉTEL, «Droit des sûretés», 9e Edition, Coll. Les Manuels, LexisNexis, Litec, Paris, 2010

19. Olivier CACHARD, «Droit international privé», 4e Edition, Coll. Paradigme, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 1-414

20. Loïc CADIET/François LEBORGNE, JurisClasseur Civil Code, Art. 1689 à 1695 - fasc. 30: «Vente. Transport des créances et autres droits incorporels. Cession de créance. Effets», 23 mars 2016, LexisNexis

21. Jean CARBONNIER, «Droit civil. Les biens. Les obligations», Volume II, Quadrige/PUF, Paris, 2004, pp. 1516-2574

22. Jean CARBONNIER, «Droit civil. Tome 4. Les obligations», 22e Edition, Thémis. Droit privé, PUF, Paris, 2000, pp. 1-665

23. Ambroise COLIN/Henri CAPITANT, «Cours élémentaire de droit civil français», Tome 2ème, Dalloz, Paris, 1915, pp. 1-1096

24. Carl CREIFELDS/Klaus WEBER (dir.), «Creifelds Rechtswörterbuch», 20e Auflage, C.H. Beck, München, 2011, pp. 1-1573

25. Vincent DELAPORTE, Répertoire de droit international Dalloz, «Forme des actes», décembre 2001, Dalloz

26. William DROSS, «Droit civil. Les choses», L.G.D.J. (Lextenso éditions), Paris, 2012, pp. 1-984

27. Radu ECONOMU, «Manual de drept cambial», Lumina Lex, București, 1996, pp. 1-352

28. Hermann FAßBENDER/Walter GRAUEL/Werner OHMEN/Wolfgang PETER/Heiner ROEMER/Ralf WITTKOWSKI, «Notariatskunde», 7. Auflage, Deutscher Notar Verlag, Bonn, 2011

29. Paul FRÉMONT, JurisClasseur Civil Code, Art. 2161 à 2165 - fasc. unique: «Privilèges et hypothèques. Réduction des inscriptions», 23 juin 2001, LexisNexis

30. Paul Frédéric GIRARD, «Manuel Elémentaire de Droit Romain», 5e édition, Libraire Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1906, pp. 1-1151, consulté le 3 septembre 2019 sur http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6214538c

31. Thierry GRANIER/Paul Le CANNU/Richard ROUTIER, «Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Titrisation», 8e Edition, Coll. Précis, Dalloz, Paris, 2010, pp. 1-676

32. Louis-Vincent GUILLOUARD, «Traité des privilèges et hypothèques», tome 1, 2ème édition, Editions A. Pedone, Paris, 1898, pp. 1-554

33. Louis-Vincent GUILLOUARD, «Traité des privilèges et hypothèques», tome 2, 2ème édition, Editions A. Pedone, Paris, 1898, pp. 1-570

34. Constantin HAMANGIU/Ion Rosetti BĂLĂNESCU/Alexandru BĂICOIANU, «Tratat de drept civil român. Restitutio. Vol. II», 2e édition, All, București, 1998

35. Dimitri HOUTCIEFF, JurisClasseur Notarial Répertoire, Vo «Hypothèques» - fasc. 50: «L'hypothèque rechargeable», date de la dernière mise à jour: 11 décembre 2013 et JurisClasseur Civil Code, Art. 2421 à 2423 - fasc. 20: «L'hypothèque rechargeable», date de la dernière mise à jour: 25 mars 2015, LexisNexis

36. Jean-Guy HUGLO, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 710: «Droit d'établissement et libre prestation de services», 1er aout 2011, LexisNexis

37. Joseph ISSA-SAYEGH, JurisClasseur Commercial, fasc. 430: «Lettre de change. Aval», 17 septembre 2015, LexisNexis, refonte par Nicolas MATHEY

38. Joseph ISSA-SAYEGH, JurisClasseur Commercial, fasc. 460: «Lettre de change. Recours et garanties de paiement. Rechange», 21 septembre 2000, LexisNexis

39. Louis JOSSERAND, «Cours de droit civil positif français. Tome 2. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés», 3e édition, Sirey, 1939, pp. 1-1215

40. Georges KHAIRALLAH, Répertoire de droit international Dalloz, «Hypothèques», décembre 1998, actualisation: juin 2013, Dalloz

41. Christian LARROUMET, «Droit civil. Les biens. Droits réels principaux», 5e édition, Economica, Paris, 2006, pp. 1-634

42. Christian LARROUMET/Sarah BROS, «Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat», 8e édition, Economica, Paris, 2016, pp. 1-1024

43. Dominique LEGEAIS, «Droit des sûretés et garanties du crédit», 12e édition, L.G.D.J. (Lextenso), Paris, 2017, pp. 1-544

44. Jean-Philippe LÉVY/André CASTALDO, «Histoire du droit civil», 2e édition, Coll. Droit Privé, Précis, Dalloz, Paris, 2010, pp. 1-1619

45. Philippe MALAURIE/Laurent AYNÈS/Philippe STOFFEL-MUNCK, «Les obligations», 8e édition, L.G.D.J., Lextenso éditions, Coll. Droit Civil, 2016, Paris, pp. 1-897

46. Victor-Napoléon MARCADÉ, «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», 7e édition, tome 2, Delamotte et fils, Paris, 1873

47. Gabriel MARTY/Pierre RAYNAUD/Philippe JESTAZ, «Les sûretés. La publicité foncière», Sirey, Paris, 1987, pp. 1-614

48. Pierre MAYER/Vincent HEUZÉ, «Droit international privé», 11ème édition, L.G.D.J., Précis Domat Droit privé, Paris, 2014, pp. 1-788

49. Jean-Pierre MATTOUT, «Droit bancaire international», 4e Edition, Revue Banque Edition, Paris, 2009, pp. 1-527

50. Henri et Léon MAZEAUD/Jean MAZEAUD/François CHABAS, «Leçons de droit civil. Sûretés. Publicité foncière», Tome III, Premier volume, 7e édition par Yves PICOD, Montchrestien, Paris, 1999

51. Rostane MEHDI, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 196: «Ordre juridique de l'Union Européenne. Primauté du droit de l'Union Européenne», 15 avril 2013, LexisNexis

52. Michel MENJUCQ, «Droit international et européen des sociétés», Domat. Droit Privé, Montchrestien/Lextenso éditions, 3e édition, 2011, pp. 1-600

53. Jacques MESTRE/Emmanuel PUTMAN/Marc BILLIAU, «Droit commun des sûretés réelles», Coll. Traité de droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996, pp. 1-520

54. Jacques MESTRE/Emmanuel PUTMAN/Marc BILLIAU, «Droit spécial des sûretés réelles», Coll. Traité de droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996, pp. 1-964

55. Guy MUSTAKI/Valérie ENGAMMARE, «Droit européen des sociétés», Helbing Lichtenhahn/Bruylant/L.G.D.J., Bâle/Bruxelles/Paris, 2009, pp. 1-460

56. Christian MOULY, JurisClasseur Civil Code, Art. 2393 à 2396 - fasc. unique: «Hypothèques. Définition. Caractères. Effets», 11 décembre 2013, LexisNexis, actualisé par François JACOB

57. Marian NICOLAE, «Tratat de publicitate imobiliară. Vol. II. Noile cărţi funciare», 2e édition, Universul Juridic, Bucureşti, 2011, pp. 1-800

58. Pierre Van OMMESLAGHE/Vincent PIESSEVAUX, Répertoire de droit européen Dalloz, «Marché intérieur», décembre 1992, actualisation : mars 2009, Dalloz

59. Gheorghe PIPEREA, «Drept comercial. Vol. II», C.H. Beck, București, 2009

60. Marcel PLANIOL/Georges RIPERT, «Traité pratique de droit civil français», tome XII «Les sûretés réelles» par Etienne Becqué, 2e édition, L.G.D.J., Paris, 1953

61. Marcel PLANIOL/Georges RIPERT, «Traité pratique de droit civil français», tome XIII «Les sûretés réelles» par Etienne Becqué, 2e édition, L.G.D.J., Paris, 1953

62. Jacques PERTEK, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 360: «Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité. Raison d'être et nature d'une voie de droit originale. Office du mécanisme préjudiciel. Dialogue de juge à juge», 8 octobre 2015, LexisNexis

63. Fabrice PICOD, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 890: «Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement», 1 mai 2014, LexisNexis

64. Yves PICOD, «Droit des sûretés», 3e édition, Coll. Thémis, P.U.F., Paris, 2016, pp. 1-544

65. Nathalie PIERRE, JurisClasseur Notarial Répertoire, Art. 2426 à 2439 - fasc. 50: «Privilèges et hypothèques. Mode de l'inscription. Organisation générale de la publicité», 11 février 2011, LexisNexis

66. Liviu POP, «Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor», Editura Lumina Lex, Cluj Napoca, 1998, pp. 1-512

67. Mariel REVILLARD, Répertoire de droit international Dalloz, «Notaire», mars 2012, actualisation: juin 2014, Dalloz

68. Joël RIDEAU, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 110: «Union Européenne. Nature, valeurs et caractères généraux», 5 janvier 2015, LexisNexis

69. Hans Michael RIEMER, «Die beschränkten dinglichen Rechte. Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten», 2. Überarbeitete Auflage, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Stämpfli Verlag, Bern, 2000, pp. 1-208

70. René ROBLOT, JurisClasseur Commercial, fasc. 425: «Lettre de change. Acceptation», 2 juin 2014, LexisNexis, refonte par Nicolas MATHEY

71. Frédéric ROUVIÈRE, JurisClasseur Civil Code, App. Art. 637 à 639 - fasc. unique: «Servitudes. Obligations réelles», 15 avril 2013, LexisNexis

72. Philippe SIMLER, JurisClasseur Civil Code, Art. 2288 à 2320 - fasc. 30: «Cautionnement. Étendue», 6 février 2018, LexisNexis

73. Philippe SIMLER/Philippe DELEBECQUE, «Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière», 7e édition, Coll. Précis, Dalloz, Paris, 2016, pp. 1-900

74. Julius von STAUDINGER/Wolfgang WIEGAND/Hans WOLFSTEINER, «Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger B.G.B. Buch 3: Sachenrecht: §§1113-1203 (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld)», 15e Auflage, Selier - De Gruyter, 2015, pp. 1-1122

75. Constantin STĂTESCU/Corneliu BÂRSAN, «Drept civil. Teoria generală a obligațiilor», Editura All, București, 1992, pp. 1-426

76. Ernst STEINDORFF, «EG-Vertrag und Privatrecht», Schriftenreihe zum Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Nomos, 1996

77. Valeriu STOICA, «Drept civil. Drepturile reale principale. Vol. I», Humanitas, București, 2004, pp. 1-624

78. François TERRÉ/Philippe SIMLER, «Droit civil. Les biens», 9e Edition, Coll. Précis, Dalloz, Paris, 2014, pp. 1-870

79. Philippe THÉRY, «Sûretés et publicité foncière», 2e édition, Droit Fondamental, P.U.F., Paris, 1998, pp. 1-488

80. Nicolae TITULESCU, «Drept civil. Vol. I - II», All Beck, București, 2005, pp. 1-576

81. Constantin Ştefan TOMULESCU, «Drept privat roman», Tipografia Universității din București, 1973, pp. 1-432

82. Raymond-Théodore TROPLONG, «Le droit civil expliqué. Des privilèges et des hypothèques ou Commentaire du titre XVIII du Livre III du Code Napoléon», Tome Ier, 5e édition, Charles Hingray, Paris, 1854, pp. 1-485

83. Raymond-Théodore TROPLONG, «Le droit civil expliqué. Des privilèges et des hypothèques ou Commentaire du titre XVIII du Livre III du Code Napoléon», Tome II, Charles Hingray, Paris, 1833, pp. 1-561

84. François T'KINT, «Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers», 4e édition, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 2004, pp. 1 -480

85. Louis VOGEL, «Droit européen des affaires», Précis Dalloz. Droit Privé, 2013, pp. 1-945

86. Jan WILHELM, «Sachenrecht», 3. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, pp. 1-975

87. Manfred WOLF, «Sachenrecht», 23. Auflage, Grundrisse des Rechts, Verlag C.H. Beck, 2007, pp. 1-457

88. *Collectif*, «Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée. Noul Cod civil», Coll. La lettre des lois, Dalloz/Juriscope, Paris, 2013, pp. 1-748 (cité "«Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée»")

B. Thèses et ouvrages spécialisés

1. Hassen ABERKANE, «Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français. Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels», L.G.D.J., 1957, pp. 1-283

2. Theodor Ludwig Wiesengrund ADORNO, «Aesthetic Theory», traduit par Robert HULLOT-KENTOR, Continuum Impacts, Continuum, pp. 1-512

3. Bram AKKERMANS, «The Principle of *Numerus Clausus* in European Property Law», Intersentia, *Ius Commune Europaeum*, Cambridge, 2008, également disponible sur http://digitalarchive.maastrichtuniversity.nl/fedora/get/guid:9388e80c-c577-4c74-a99b-0e27439bd792/ASSET1, consulté le 3 septembre 2019

4. Pascal ANCEL, «Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé», thèse, Université de Dijon, pp. 1-392

5. Jean-Jacques ANSAULT, «Le cautionnement réel», thèse, Université de Toulouse, 1952, pp. 1-420

6. Laurent AYNÈS, «La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes», Coll. Droit Civil, série : Études et Recherches, Economica, 1984

7. Alexander BAUMANN, «Die "hypothèque rechargeable" – eine wiederaufladbare Hypothek als Grundschuld "à la française"?», Schriften zum internationalen Privat- und Verfahrensrecht 14, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012, pp. 1-266

8. Alexandre BERNEL, «Le principe d'équivalence ou de la 'reconnaissance mutuelle' en droit communautaire», thèse, Université de Lausanne, Schulthess, 1996, pp. 1-350

9. Emmanuel BESSON, «Les livres fonciers et la réforme hypothécaire: étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours», J. Delamotte, Paris, 1891, pp. 1-522

10. Joseph BEZARD-FALGAS, «De la cessio in jure et de la vente de l'hérédité en droit romain. De la subrogation dans l'hypothèque conventionnelle en droit français», thèse, Université de Toulouse, Imprimeries Saint-Cyprien, 1889, pp.1-311

11. Marc BILLIAU, «La délégation de créance», Coll. Thèses, L.G.D.J., 1989, pp. 1-456

12. Nicolas BORGA, «La qualification de garantie autonome», Mémoire D.E.A Droit Privé Fondamental, Université Jean Moulin Lyon 3, 2000/2001, consulté le 3 septembre 2019 sur http://www.glose.org/mem001.htm, pp. 1-145

13. Stephan BUCHHOLZ, «Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht. Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld», Ius Commune Sonderhefte 8, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1978, pp. 1-342

14. Henri CAPITANT, «De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)», thèse, Université de Paris, 1923, pp. 1-513

15. Jules CHALLAMEL, «De la cession des créances hypothécaires, étude sur les cédules hypothécaires (Handfesten, bons fonciers)», thèse, Université de Paris, 1879, pp. 1-211

16. M. J. CHÉREST, «De la Mobilisation du Crédit Hypothécaire au moyen de titres négociables (cédule et lettre de rente) – Etude comparative du Droit Suisse et d'Histoire du Droit Français», thèse, Université de Paris, Libraire Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1912, pp. 1-226

17. Herschel Browning CHIPP/Peter Howard SELZ, «Theories of modern art: a source book by artists and critics», University of California Press, 1968, pp. 1-664

18. Pierre CROCQ, «Propriété et garantie», Coll. Thèses, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 1-520

19. Michel DAGOT, «L'hypothèque rechargeable», Coll. Carré Droit, LexisNexis, Litec, Paris, 2006

20. Charles Victor DAREMBERG/Edmond SAGLIO (coord.), «Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines. D'après les textes et les monuments», Tome III, premiere partie, Libraire Hachette et C^{ie}, 1900, pp. 1-880, consulté le 3 septembre 2019 sur https://archive.org/stream/pt1dictionnaired03dare#page/366/mode/2up

21. Corine DAUCHEZ, «Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles», thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2013, pp. 1-386

22. Léon DEGAND, «Langage et signification de la peinture en figuration et en abstraction», Éditions de l'Architecture d'aujourd'hui, 1956, pp. 1-142

23. Jean DERRUPPÉ, «La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance», thèse, Université de Toulouse, 1952, pp. 1-420

24. Philippe DUDAN, «Le principe de spécialité de la créance garantie par gage: étude de droit bancaire», thèse, Université de Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, pp. 1-190

25. Philippe DUPICHOT, «Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés», thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, 2005, pp. 1-840

26. August EGGER, «Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht», Verlag von M. und H. Marcus, Breslau, 1903, pp. 1-488

27. Adhémar ESMEIN, «Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français», Editions L. Larose et Forcel, Paris, 1883, pp. 1-235

28. Matthias FERVERS, «Hypothèque rechargeable und Grundschuld», Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 289, Mohr Siebeck, 2013, pp. 1-257

29. Francesca FIORENTINI, «Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato», Stämpfli Editore, Edizioni Scientifiche Italiane, Berna, 2009, pp. 1-636

30. Yvonne FLOUR, «L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé», thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1977

31. Benoît FROMION-HEBRARD, «Essai sur le patrimoine en droit privé», thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1998

32. Charles GIJSBERS, «Sûretés réelles et droit des biens», Recherches juridiques, Economica, Paris, 2015, pp. 1-704

33. Samuel GINOSSAR, «Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux», Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, pp. 1-212

34. Gilles GOUBEAUX, «La règle de l'accessoire en droit privé», Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, pp. 1-542

35. Michael HARDT/Kathi WEEKS, «The Jameson Reader», Wiley-Blackwell, Oxford, 2000, pp. 1-420

36. Vassilis HATZOPOULOS, «Le principe communautaire d'équivalence et de 'reconnaissance mutuelle' dans la libre prestation des services», thèse, Université d'Athènes/Université Libre de Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999, pp. 1-567

37. Erik van den HAUTE, «Harmonisation européenne du crédit hypothécaire: perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen», thèse, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Collection de la Faculté de Droit - Université Libre de Bruxelles, 2010, pp. 1-550

38. Jean C.-C. JOANNIDI, «De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)», thèse, Université de Paris, Libraire nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau Editions, 1897

39. Marie-Noëlle JOBARD-BACHELIER, «L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé», thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Coll. «Bibliothèque de droit privé», t. CLXXVIII, 1984, pp. 1-425

40. Christophe JUILLET, «Les accessoires de la créance», Defrénois, Coll. Doctorat & Notariat, Paris, 2009, pp. 1-460

41. Georges KHAIRALLAH, «Les sûretés mobilières en droit international privé», Coll. Droit Civil, Economica, 1984, pp. 1-323

42. Eva-Maria KIENINGER, «Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt – Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten», Nomos, Baden-Baden, 1996, pp. 1-271

43. Eva-Maria KIENINGER (coord.), «Security Rights in Movable Property in European Private Law», Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 1-777

44. Thomas KEIJSER, «Financial Collateral Arrangements: The European Collateral Directive Considered from a Property and Insolvency Law Perspective», Kluwer, Deventer, 2006, pp. 1-424

45. Christof KIESGEN, «Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit – Der Vorschlag zur Einführung einer Eurohypothek unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrages», Reihe: Rechtswissenschaft, Band 8, EUL Verlag, 2004, pp. 1-296

46. Steffen KIRCHER, «Grundpfandrechte in Europa: Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte unter besonderer Beachtung der deutschen, französischen und englischen Rechtsordnung», 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, pp. 1-601

47. Bernard MAUBRU, «La transmissibilité de l'hypothèque», thèse, Université Toulouse 1, 1974, pp. 1-542

48. Christian MOULY, «Les causes d'extinction du cautionnement», thèse, Université de Montpellier, Litec, 1979, pp. 1-390

49. Vincent MAZEAUD, «L'obligation de couverture», IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, Tome 27, Paris, 2010

50. Şerban MIRCIOIU, «Transferul dreptului de proprietate prin vânzare. Studiu de drept comparat», Biblioteca de Drept Privat, Tomul 24, Universul Juridic, București, 2014

51. Jacques Paul MONTEIL, «La subrogation au droit d'hypothèque», thèse, Université de Paris, 1932

52. Alin-Adrian MOISE, «Regimul juridic al privilegiilor și al ipotecilor imobiliare», Biblioteca de Drept Privat, Tomul 26, Universul Juridic, București, 2015

53. Simon QUINCARLET, «La notion de gage en droit privé français: ses diverses applications», thèse, Université de Bordeaux, Imprimerie Ségalas-Bérou, 1937, pp. 1-560

54. Stéphane PIEDELIÈVRE, «Les garanties personnelles dans les opérations bancaires internationales», thèse, Université Paris XII, 1989, pp. 1-587

55. Stephane PRIGENT, «L'engagement pour autrui», thèse, Université de Rennes 1, 2001, pp. 1-589

56. André PRŰM, «Les garanties à première demande: essai sur l'autonomie», thèse, Université de Montpellier I, Litec, 1994, pp. 1-344

57. Radu RIZOIU, «Ipoteci mobiliare. Vol. III. Conținutul contractului de ipotecă», Universul Juridic, București, 2013, pp. 1-362

58. Radu RIZOIU, «Contractul de ipotecă în Noul Cod Civil», Universul Juridic, București, 2015, pp. 1-544

59. Radu RIZOIU, «Contractul de ipotecă în Noul Cod Civil», Universul Juridic, Biblioteca de Drept Privat, Tomul 27, București, 2015, pp. 1-544

60. Félix ROY, «De la spécialité du gage hypothécaire en droit français», thèse, Université de Bordeaux, 1895, pp. 1-194

61. Friedrich Carl von SAVIGNY, «Le droit des obligations. Tomes I et II», Réédition de la seconde édition de 1873, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de Droit et de Sciences Sociales, L.G.D.J., Paris, 2009, pp. 1-518

62. Aladar SEBENI, «Garanţiile reale mobiliare în dreptul comparat», thèse, Université de Bucarest, 2005

63. Harry C. SIGMAN/Eva-Maria KIENINGER (coord.), «Cross-Border Security over Tangibles», Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht, Sellier, 2007, pp. 1-256

64. Philippe SIMLER, «Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires», LexisNexis, Traités, 5ème édition, Paris, 2015

65. Pedro Caro De SOUSA, «The European Fundamental Freedoms. A contextual approach», Studies in European Law, Oxford University Press, 2015, pp. 1-256

66. Georges STOÏCESCO, «De l'hypothèque sur soi-même considérée comme un instrument de crédit», thèse, Université de Paris, 1909, pp. 1-172

67. Astrid STÄDLER, «Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion – Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts», Mohr, Tübingen 1995, pp. 1-797

68. Otmar STÖCKER, «Die Eurohypothek – Zur Bedeutung eines einheitlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrechts für den Aufbau eines « Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekarkredit » mit einer Darstellung der Verwendung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekarkreditpraxis sowie des französischen, spanischen und schweizerischen Hypothekenrechts», Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 1-320

69. A. SURBÉZY, «De l'hypothèque établie sur une hypothèque. Etude sur le sous-ordre et la subrogation à l'hypothèque», thèse, Université de Montpellier, Imprimeries Mari-Lavit, 1935, pp. 1-152

70. François TERRÉ, «L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications», thèse, Université de Paris, L.G.D.J., Bibliotheque de droit privé, 1957, pp. 1-599

71. Michel VASSEUR, «Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite», thèse, Université de Paris, 1949, pp. 1-379

72. Bogdan VIȘINOIU, «Ipoteca imobiliară. Aspecte de drept comparat», thèse, Université de Bucarest, 2014, pp. 1-486

73. Hannes WESTENDORF, «Le transfert des sûretés», Defrénois, Coll. Doctorat & Notariat, Paris, 2015, pp. 1-674

74. Peter Von WILMOWSKY, «Europäisches Kreditsicherungsrecht. Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag», Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Beiträge zum ausländischen- und internationalen Privatrecht 60, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996, pp. 1-460

75. Gabriele WUNSCH, «Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits. Problemanalyse und Lösungswege für die Schaffung eines Binnenmarktes für Grundpfandrechte unter Berücksichtigung des deutschen, englischen, schwedischen und spanischen Rechts», IPRax, Gieseking Verlag, 2009, pp. 1-400

C. Chapitres d'ouvrages collectifs

1. Augustin AYNÈS, *Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui*, dans «Liber Amicorum Christian Larroumet», Economica, Paris, 2010, pp. 1-18

2. Laurent AYNÈS/Claire-Anne MICHEL, *Mise en œuvre du cautionnement*, dans Laurent AYNÈS/Pierre CROCQ/Philippe DELEBECQUE (coord.), «Le Lamy. Droit des sûretés», Coll. Lamy Droit Civil, Lamy, Paris, 2018, §120

3. Jacques AUGER, *La spécialité de l'hypothèque*, dans «Mélanges Jean Pineau» Thémis, Montréal, 2003, p. 614

4. Stefania BARIATTI, *Reconnaissance et droit de l'Union Européenne*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 61

5. Jürgen BASEDOW, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 221-228 (cité "J. Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)*")

6. Emile BECQUÉ, *L'inefficacité des conventions sur l'hypothèque légale en cas d'indisponibilité des créances de la femme contre son mari*, dans «Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant», Dalloz, Paris, 1939, p. 61

7. Ana BOAR, *Unele aspecte ale noii reglementări a uzucapiunii în codul civil*, dans Mircea Dan BOB (coord.) «In memoriam Mircea Mureșan», Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 9

8. Sylvain BOLLÉE, *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales*, dans Paul LAGARDE (dir.) « La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013 », Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 113

9. Annie BOTTIAU/Michael MARTINEK, *La célèbre Abstraktionsprinzip du droit allemand ou le trait de génie de Savigny entre passé et avenir*, dans «Liber Amicorum Christian Larroumet», Economica, Paris, 2010, p. 29

10. Boudewijn BOUCKAERT, *Divergences of the Law on Securities. A Law and Economics Approach*, dans Ulrich DROBNIG/Henk J. SNIJDERS/Erik-Jan ZIPPRO (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 175

11. Vlad CONSTANTINESCO, *La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses Etats membres. L'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité*, dans Christian ENGEL/Wolfgang WESSELS (coord.), «From Luxembourg to Maastricht, Institutional Change in the European Community after the Single European Act», Europa Union Verlag, Bonn, 1992, p. 1

12. Patrick JUILLARD, *Commentaire de l'article 67*, dans Vlad CONSTANTINESCO/Jean-Paul JACQUÉ/Robert KOVAR/Denys SIMON (coord.), «Traité instituant la CEE, commentaire article par article», Economica, Paris, 1992, p. 352

13. Pierre-François CUIF, *L'hypothèque conventionnelle*, dans Laurent AYNÈS/Pierre CROCQ/Philippe DELEBECQUE (coord.), «Le Lamy. Droit des sûretés», Coll. Lamy Droit Civil, Lamy, Paris, 2018, §202

14. Michel DAGOT, *Caractère accessoire de l'hypothèque*, dans Université Toulouse 1 Sciences Sociales, «Mélanges offerts à Pierre Spiteri», Presses Université Toulouse 1, 2008

15. Eric DIRIX, *Effects of Security Rights vis-à-vis Third Persons*, dans Ulrich DROBNIG/Henk J. SNIJDERS/Erik-Jan ZIPPRO (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 69

16. Ulrich DROBNIG, *Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights*, dans Ulrich DROBNIG/Henk J. SNIJDERS/Erik-Jan ZIPPRO (coord.), « Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market? », Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 105

17. Sjef Van ERP, *A comparative analysis of mortgage law: searching for principles*, dans María Elena SÁNCHEZ JORDÁN/Antonio GAMBARO (coord.), «Land Law in Comparative Perspective», Kluwer Law International, The Hague/New York/London, 2002, p. 69

18. Esther ESPADA-MUŃIZ, *La flexibilité atténuée des systèmes hypothécaires et l'eurohypothèque*, dans Yves PICOD/Pierre CROCQ (coord.), «Le droit des sûretés à l'épreuve des reformes», Editions juridiques et techniques, 2006, p. 1

19. Esther ESPADA-MUŃIZ, *Lignes directrices de la reforme espagnole du marché hypothécaire par la Loi 41/2007 du 7 décembre 2007*, dans «Liber Amicorum Christian Larroumet», Economica, Paris, 2010, p. 387

20. Marc FALLON, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, dans Angelika FUCHS/Horatia MUIR WATT/Etienne PATAUT (dir.) «Les conflits de lois et le système juridique communautaire», Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2004, p. 32

21. Bénédict FOËX, *L'eurohypothèque: une cantatrice chauve au registre immobilier ?*, dans Margareta BADDELEY/Bénédict FOËX/Audrey LEUBA/Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN (coord.), «Le droit civil dans le contexte international: journée de droit civil 2011», Schulthess Editions Romandes, Genève, 2012, consulté le 3 septembre 2019 sur http://archive-ouverte.unige.ch/unige:23507, p. 169

22. Bénédict FOËX, *L'eurohypothèque*, dans Franz WERRO (coord.), «L'européanisation du droit privé – Vers un Code civil européen?», Fribourg, Editions universitaires de Fribourg, 1998, p. 481

23. Hélène GAUDIN, *Primauté «absolue» ou primauté «relative»?*, dans Hélène GAUDIN (dir.), *Droit Constitutionnel. Droit Communautaire. Vers un respect réciproque mutuel?*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 2001

24. Vincent HEUZÉ, *De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, dans «Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde», Dalloz, 2005, p. 393

25. Dimitri HOUTCIEFF, *Gage*, dans Laurent AYNÈS/Pierre CROCQ/Philippe DELEBECQUE (coord.), «Le Lamy. Droit des sûretés», Coll. Lamy Droit Civil, Lamy, Paris, 2018, §231

26. Eva-Maria KIENINGER, *European Regulation of Security Rights*, dans Ulrich DROBNIG/Henk J. SNIJDERS/Erik-Jan ZIPPRO (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 165

27. Christian KOHLER, *La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union Européenne: le cas du nom patronymique*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 67

28. Paul LAGARDE, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, pp. 19-25, également reproduite dans Emmanuelle TOURME JOUANNET/Horacia MUIR WATT/Olivier de FROUVILLE/Jean MATRINGE (dir.), «Droit international et reconnaissance», Editions A. Pedone, Paris, 2013, pp. 293-300

29. Paul LAGARDE, *Rapport de synthèse*, dans Angelika FUCHS/Horacia MUIR WATT/Etienne PATAUT (dir.) «Les conflits de lois et le système juridique communautaire», Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2004, p. 283

30. Hans van LOON, *La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 121

31. Meinhard LUKAS, *Effects of Security Rights vis-à-vis Third Persons*, dans Ulrich DROBNIG/Henk J. SNIJDERS/Erik-Jan ZIPPRO (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 95

32. Pierre MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, dans *Collectif*, «Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes», p. 547, Dalloz 2005, Paris

33. Pierre MAYER, *La reconnaissance: notions et méthodes*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 27

34. Christian MOULY, «L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français», dans «Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida», Dalloz, 1991, p. 267

35. Horatia MUIR WATT, *Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool*, dans Fabrizio CAFAGGI (ed.), «The Institutional Framework of European Private Law», Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, 2006, p. 107

36. Sergio NASARRE-AZNAR, *The need for the integration of the mortgage market in Europe*, dans Sjef van ERP/Arthur SALOMONS/Bram AKKERMANS (coord.), «The Future of European Property Law», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2012, p. 79

37. Charalambos PAMBOUKIS, *Les actes publics et la méthode de la reconnaissance*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 134

38. Miguel PASQUAU LIAÑO, *Le système de publicité des droits réels immobiliers. L'opposabilité erga omnes de la propriété versus la sécurité du marché immobilier*, dans «Liber Amicorum Christian Larroumet», Economica, Paris, 2010, p. 411

39. Etienne PATAUT, *Le renouveau de la théorie des droits acquis*, dans «Travaux du Comité français de droit international privé, années 2006-2008», Editions A. Pedone, Paris, 2009 p. 71

40. Etienne PATAUT, *La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens en droit international privé*, dans Paul LAGARDE (dir.) «La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013», Editions A. Pedone, Paris, 2013, p. 147

41. Maurice POLAK, *Recognition, Enforcement and Transformation of Foreign Proprietary Rights – a handful of observations and suggestions*, dans Ulrich DROBNIG/Henk J. SNIJDERS/Erik-Jan ZIPPRO (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 117

42. Vincent SAGAERT, *Harmonization of Security Rights on Immoveables: An Ongoing Story*, dans Arthur HARTKAMP/Martijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Chantal MAK/Edgar du PERRON (coord.), «Towards a European Civil Code», Fourth Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, Nijmegen, 2011, p. 1043

43. Christoph SCHMID, *C-4. Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec*, dans Agnieszka DREWICZ-TUŁODZIECKA (coord.), «Basic Guidelines for a Eurohypothek. Outcome of the Eurohypothec workshop», Fondation Polonaise du Crédit Hypothécaire, Varsovie, 2005, p. 61, consulté le 3 septembre 2019 sur http://www.ehipoteka.pl/ehipoteka/content/download/107/498/file/Zeszyt%20Hipoteczny%20nr%2021.pdf

44. Philippe SIMLER, *Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire?*, dans «Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux. Liber Amicorum», L.G.D.J. Lextenso éditions/Dalloz, Paris, 2009

45. Otmar STÖCKER, *C-2. The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, dans Agnieszka DREWICZ-TUŁODZIECKA (coord.), «Basic Guidelines for a Eurohypothek. Outcome of the Eurohypothec workshop», Fondation Polonaise du Crédit Hypothécaire, Varsovie, 2005, p. 39, consulté le 3 septembre 2019 sur http://www.ehipoteka.pl/ehipoteka/content/download/107/498/file/Zeszyt%20Hipoteczny%20nr%2021.pdf

46. Otmar STÖCKER, *The Eurohypothec*, dans Sjef van ERP/Arthur SALOMONS/Bram AKKERMANS (coord.), «The Future of European Property Law», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2012, p. 65

47. Elena-Simina TĂNĂSESCU, *Constitutionnalisation ou codification du droit européen*, dans «Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu», Dalloz, Paris 2007, p. 1411

48. Frank VERSTIJLEN, *General Aspects of Transfer and Creation of Property Rights including Security Rights*, dans Ulrich DROBNIG/Henk J. SNIJDERS/Erik-Jan ZIPPRO (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 17

49. Bogdan VIȘINOIU, *Comentariile art. 2.323-2.479 C.civ.*, dans Flavius Antoniu BAIAS/Eugen CHELARU/Rodica CONSTANTINOVICI/Ioan MACOVEI (coord.), «Noul Cod civil. Comentariu pe articole», C.H. Beck, București, 2012

50. Bogdan VIȘINOIU, *Consideraţii de drept comparat referitoare la transmiterea, transformarea şi stingerea ipotecii imobiliare*, dans Adriana ALMĂȘAN (coord.), «In Honorem Corneliu Bârsan», Hamangiu/Revista Dreptul, București, 2013, p. 384

51. Stephen WEATHERILL, *Diversity between National Laws in the Internal Market*, dans Ulrich DROBNIG/Henk J. SNIJDERS/Erik-Jan ZIPPRO (coord.), «Divergences in Property Law. An Obstacle to the Internal Market?», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2006, p. 113

52. Stephen WEATHERILL, *European Private Law and the Constitutional Dimension*, dans Fabrizio CAFAGGI (ed.), «The Institutional Framework of European Private Law», Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, 2006, p. 80

53. Hans G. WEHRENS, *Real security regarding immovable objects – Reflections on a Euro-Mortgage*, dans Arthur HARTKAMP/Martijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Carla JOUSTRA/Edgar du PERRON/Muriel VELDMAN (coord.), «Towards a European Civil Code», Third Fully Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, Nijmegen, 2004, p. 769

54. Joseph Halevi Horowitz WEILER, *The Constitution of the Common Market Place: Text and Content in the Evolution of the Free Movement of Goods*, dans Paul CRAIG/Grainne de BÚRCA (eds.), «The Evolution of EU Law», Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 349

D. Actes normatifs et projets préparatoires

1. Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef, Genève, 19 juin 1948, consultée sur le Registre des textes des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international, Nations Unies, 1971, pp. 252-258, le 3 septembre 2019 sur

http://www.uncitral.org/pdf/french/publications/sales_publications/Registre_textes_vol_I_f.pdf

2. Convention UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 16 novembre 2001 et ses protocoles additionnels, le 3 septembre 2019 sur http://www.unidroit.org/fr/instruments/garanties-internationales/convention-du-cap

3. Commission Européenne, *Feedback on the consultation on the Green Paper on mortgage crédit*, MARKT/H3/JR D(2006), consulté le 3 septembre 2019 sur http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/feedback_gp-en.pdf

4. Commission européenne, Direction générale Marché Intérieur/Groupe de discussion sur le crédit hypothécaire (en anglais, Forum Group on Mortgage Credit), *Rapport sur l'intégration du marché du crédit au logement dans l'Union Européenne*, consulté le 3 septembre 2019 sur http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_fr.pdf, pp. 1-54

5. Communication de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon), Journal Officiel nº C 256 du 3 octobre 1980, pp. 2-3

6. Communication de la Commission européenne, *La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du Plan d'action pour le Marché intérieur*, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51999DC0299:FR:NOT COM (1999) 299 final, consultée le 3 septembre 2019

7. Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, Journal Officiel nº L 178 du 8 juillet 1988, pp. 5-18

8. Deuxième Directive du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaire et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, Journal Officiel nº L 386 du 30 décembre 1989, pp. 1-13

9. Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, publiée dans le Journal Officiel nº L 168 du 27 juin 2002, pp. 43-50

10. Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, publiée dans le Journal Officiel nº L 48 du 23 février 2011, pp. 1-10, refonte de la Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, publiée dans le Journal Officiel nº L 200 du 8 aout 2000, pp. 35-38

11. Exposé de motifs pour l'adoption du Code civil roumain, consulté le 3 septembre 2019 sur https://www.senat.ro/legis/PDF/2009/09L259EM.pdf

12. Proposition de Directive du Conseil concernant la liberté d'établissement et de prestation de services dans le domaine du crédit hypothécaire, COM (84) 730 final, (85/C 42/06), Journal Officiel nº C 42 du 14 février 1985, pp. 4-8

13. Proposition modifiée de Directive du Conseil concernant la liberté d'établissement et de prestation de services dans le domaine du crédit hypothécaire, COM (87) 255 final, (87/C 161/04), Journal Officiel nº C 161 du 19 juin 1987, pp. 4-10

14. Règlement nº (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la

reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, publié dans le Journal Officiel nº L 183 du 8 juillet 2016, pp. 1-29

15. Règlement nº (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, publié dans le Journal Officiel nº L 183 du 8 juillet 2016, pp. 30-56

16. Livre blanc de la Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur*, sur http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf, COM (85) 310 final, consultée le 3 septembre 2019

17. Livre vert de la Commission européenne, *Le crédit hypothécaire dans l'Union Européenne*, COM (2005) 327 final, consultée le 3 septembre 2019 sur www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com%282005%290327_/com_com%282005%290327_fr.pdf

18. Livre blanc de la Commission européenne, *L'intégration du marché européen du crédit hypothécaire*, COM (2007) 807 final, consultée le 3 septembre 2019 sur http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0807:FR:NOT

19. Loi nº 190/1999 sur le crédit hypothécaire pour les investissements immobiliers, publiée dans le Bulletin Officiel de Roumanie, Partie I, nº 61 du 14 décembre 1999

20. Loi nº 71/2011 pour l'application de la Loi nº 287/2009 sur le Code civil, publiée dans le Bulletin Officiel de Roumanie, Partie I, nº 409 du 10 juin 2011

21. Règlement (CE) nº 40/1994 du Conseil du 20 décembre 1994 sur la marque communautaire, publié dans le Journal Officiel nº L 11 du 14 janvier 1994, pp. 1-36

22. Règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, publié dans le Journal Officiel nº L 160 du 30 juin 2000, pp. 1-18

23. Règlement (CE) nº 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, publié dans le Journal Officiel nº L 338 du 23 décembre 2003, pp. 1-29

24. Règlement (CE) nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, publié dans le Journal Officiel nº L 177 du 4 juillet 2008, pp. 6-16

25. Règlement (UE) nº 1259/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, publié dans le Journal Officiel nº L 343 du 29 décembre 2010, pp. 10-16

26. Règlement (UE) nº 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, publié dans le Journal Officiel nº L 201 du 27 juillet 2012, pp. 296-323

27. Règlement (UE) nº 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, publié dans le Journal Officiel nº L 351 du 20 décembre 2012, pp. 1-32, refonte du Règlement (CE) nº 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, publié dans le Journal Officiel nº L 12 du 16 janvier 2001, pp. 1-23

28. Règlement (UE) nº 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, publié dans le Journal Officiel nº L 176 du 27 juin 2013, pp. 1-337

29. Règlement (UE) nº 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil sur la marque communautaire et le règlement (CE) n° 2868/95 de la Commission portant modalités d'application du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil sur la marque communautaire, et abrogeant le règlement (CE) n° 2869/95 de la Commission relatif aux taxes à payer à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles), publié dans le Journal Officiel nº L 341 du 24 décembre 2015, pp. 21-94

30. Résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur la reconnaissance mutuelle, publiée dans le Journal Officiel nº C 141 du 19 mai 2000, pp. 5-6

31. «Common Conveyancing Reference Framework», Conférence CROBECO, 31 mai 2012, http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Final%20version%20CCRF.pdf consulté le 3 septembre 2019

E. Articles publiés

1. Bram AKKERMANS/Eveline RAMAEKERS, *Article 345 TFEU (ex. 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, 29 juillet 2009, ELJ, Vol 16, No. 3, pp. 292-314, mai 2010, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1436478

2. Bram AKKERMANS/Eveline RAMAEKERS, *Free Movement of Goods and Property Law*, 28 mai 2011, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1617182 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1617182, M-EPLI Working Paper 26/2011

3. Bram AKKERMANS/Eveline RAMAEKERS, *Lex Rei Sitae in Perspective: National Developments of a Common Rule?*, 21 mai 2012, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=2063494 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2063494, M-EPLI Working Paper 14/2012

4. Bram AKKERMANS, *Property Law and the Internal Market*, 20 juillet 2009, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1436496, également disponible dans Sjef van ERP/Arthur SALOMONS/Bram AKKERMANS (coord.), «The Future of European Property Law», Sellier, European Law Publishers GmbH, München, 2012

5. Bram AKKERMANS, *The Use of the Functional Method in European Union Property Law*, 5 mars 2013, M-EPLI Working Paper 2013/7, disponible sur SSRN: https://ssrn.com/abstract=2228641 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2228641

6. Christophe ALBIGES, *L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne*, Dr. et patri., 2006, nº 150, pp. 74-81

7. Marie-Élodie ANCEL, *Crédit hypothécaire transfrontalier, ou comment dessiner l'empire des lois*, RLDC 2005/5, nº 16, pp. 28-30

8. Guillaume ANSALONI, *Crédit revolving et spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles*, JCP E 2008, p. 2124

9. Mathias AUDIT, *Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois*, JDI nº 4, Octobre 2006, doctr. 15

10. Jacques AUGER, *Problèmes actuels des sûretés réelles*, RJT, 1997, p. 640

11. Laurent AYNÈS, *Les garanties du financement*, *Rapport de synthèse présenté au 82e congrès des notaires*, Defrénois 1986, art. 33779

12. Tito BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, Rev. crit. DIP 2003, p. 373

13. Jürgen BASEDOW, *Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, RabelsZ nr. 59/1995, pp. 1-54

14. Jürgen BASEDOW, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, ERPL, Volume 1 (2001), pp. 35-49

15. Charles BEUDANT, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, RCLJ 1866, pp. 30-58 et 210-252

16. Mircea BOCŞAN, *Unele problème ridicate în teoria şi practica ipotecii convenţionale*, Rev. dr. com. nr. 10/1997, p. 137

17. Thierry BONNEAU, *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil*, RTD civ. 1991, p. 1

18. Vincent BRÉMOND, *Le cautionnement réel est aussi un cautionnement … personnel*, JCP N, 2002, p. 1640

19. Michel CABRILLAC, *La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*, Rev. crit. DIP 1979, p. 488

20. Pierre CALLÉ/Paolo PASQUALIS/Patrick WAUTELET/Cyril NOURISSAT, *Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, LPA 4 avril 2012, nº 68, p. 6

21. Pierre CALLÉ, *L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France*, Rev. crit. DIP 2005, p. 377

22. Maxime CHAUVEAU, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, RCLJ 1931, p. 539

23. Delphine CHEMIN-BOMBEN, *Demain, le crédit hypothécaire européen?*, RLDA 2006/4, nº 4, pp. 27-30

24. Pierre CROCQ, *Le cautionnement réel ou les affres de la polysémie*, RTD civ. 1999, p. 152

25. Pierre CROCQ, *Le principe de spécialité des sûretés réelles: chronique d'un déclin annoncé*, Dr. et patri., 2001, nº 92, p. 58

26. Pierre CROCQ, *La future réforme du droit français des sûretés réelles*, RLDC, octobre 2005, p. 31

27. Pierre-François CUIF, *Le caractère hybride de la convention de rechargement*, RLDC, janvier 2007, pp. 27-30

28. Jean DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTD civ. 1999, p. 152

29. Michel DAGOT, *La transmission des créances hypothécaires*, JCP 1976, I, 2820

30. Michel DAGOT, *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire*, JCP 1975, I, 2693

31. Georges DAUBLON/Eliane FRÉMEAUX, *La réforme du droit des sûretés*, Defrénois 2006, art. 38420, p. 1085

32. Benoît DELAUNAY, *Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres*, RJEP, nº 668, 2009, étude 11

33. Philippe DELEBECQUE, *Les sûretés dans les procédures collectives*, JCP N, 1986, p. 185

34. Josef DREXL, *La Constitution économique européenne – l'actualité du modèle ordolibéral*, Rev. int. dr. ec., nº 2011/4 (t. XXV), pp. 419-454

35. Philippe DUPICHOT, *Janus ou le double visage des sûretés rechargeables*, Dr. et patri. 2010, nº 192, pp. 68-74

36. Matthias ELSER/Luc JULIEN-SAINT-AMAND, *Les garanties hypothécaires en droit allemand*, LPA, 23 avril 1997, nº 49, p. 59

37. Sjef Van ERP, *Security Interests Burdening Transport Vehicles: The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment and its Implementation in the Netherlands and on the Dutch Caribbean Islands*, 27 février 2015, M-EPLI Working Paper 2015/4, pp. 1-13, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=2571319 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2571319

38. Sjef Van ERP, *Security Interests : A secure start for the development of European property law*, 7 novembre 2008, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2008/5, pp. 1-40, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1297282 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1297282

39. Sjef Van ERP, *European and National Property Law : Osmosis or Growing Antagonism*, Maastricht University Faculty of Law Working Paper, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=995979

40. Sjef Van ERP, *Deconstruction and Reconstruction of European Property Law: A Research Agenda* (16 mars 2010) dans E. CASHIN RITAINE (dir.), « L'ingénierie juridique et le droit comparé. Rapport du colloque du 25ème anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé du 29 aout 2009) », disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1572574

41. Esther ESPADA-MUŃIZ, *L'eurohypothèque*, D., 2007, p. 1712

42. Eliane FRÉMEAUX, *L'hypothèque rechargeable*, JCP N 2006, p. 1196

43. Jérôme FRANÇOIS, *L'obligation de la caution réelle (à propos des arrêts rendus le 15 mai 2002 par la première Chambre civile de la Cour de cassation)*, Defrénois 2002, art. 37604

44. Ann FROMONT/Christophe VERDURE, *La consécration du critère de l' «accès au marché» en matière de libre circulation des marchandises: mythe ou réalité ?*, RTD eur. 2011, p. 717

45. Léna GANNAGÉ, *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. L'exemple du droit de la famille*, Rev. crit. DIP 2001, p. 1

46. Walter VAN GERVEN, *Convention de Rome, Traité de Rome et prestations de services dans le secteur financier*, Banque et Droit, La convention de Rome – Un nouveau droit international privé européen des contrats. Applications aux opérations bancaires, Colloque international AEDBF 5-6 décembre 1991 – Paris, hors-série juin 1993, pp. 23-31

47. Christian GAVALDA/Jean STOUFFLET, *La lettre de garantie internationale*, RTD com. 1980, p. 1

48. Pierre-André GIRARD, *La cédule hypothécaire suisse*, Dr. et patri., 2005, nº 142, pp. 55-89

49. Roy GOODE, *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment : A Driving Force for International Asset-Based Financing*, Revue de droit uniforme 2002-1, http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2002-1-goode-e.pdf, pp. 3-15, consulté le 3 septembre 2019

50. Michel GRIMALDI, *L'hypothèque*, Dossier «Rapport Grimaldi: pour une réforme globale des sûretés», Dr. et patri., 2005, nº 140

51. Michel GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, D. 2006, nº 19, p. 1294; JCP G, supplément au nº 20, 2006, Etude nº 9; JCP N 2006, p. 1195; JCP E 2006, p. 9; RLDC juillet-août 2006, supplément au nº 29, pp. 28-32

52. François GRUA, *Le cautionnement réel*, JCP G, 1984, I, 3167; JCP N, 1986, p. 37

53. Pierre GUIHO, *Les actes de disposition sur la chose d'autrui*, dans RTD civ. 1954, p. 1

54. Mathias HABERSACK, *Die Akzessorietät - Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts*, JuristenZeitung 1997, pp. 857-865

55. Erik VAN DEN HAUTE, *Intégration du marché européen du crédit hypothécaire: retour de l'Eurohypothèque au banc de touche?,* Euredia, nº 4, 2007-2008, Bruylant, Bruxelles, p. 417-436

56. Patrick HONNEBIER, *The Convention of Cape Town on International Interests in Mobile Equipment : The Solution of Specific European Property Law Problems*, ERPL, Volume 10 (2002), pp. 377-395

57. Laurence IDOT, *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé*, LPA, 12 décembre 2002, nº 248, p. 27

58. Edmond JACOBY, *L'acte d'affectation hypothécaire et l'espace judiciaire européen: questions pratiques liées à sa reconnaissance et à son exécution*, Dr. et patri., 2007, nº 160, pp. 68-72

59. Charles 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 immobilier 2005, p. 213

60. Erik JAYME/Christian KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?* IPRax 2001, pp. 501-514

61. Georges KHAIRALLAH, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire: aspects internationaux*, Defrénois 2007, p. 929

62. Raphael KOCH, *Zulässigkeit und Auswirkungen der Übertragung von Darlehensforderung und Grundschuld – Die Rechtslage nach den Änderungen im Schuld-, Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht*, Jura nº 3/2010, pp. 179-183

63. Marius KOHLER/Markus BUSCHBAUM, *Die "Anerkennung" öffentlicher Urkunden? – Kritische Gedanken über einen zweifelhaften Ansatz in der EU-Kollisionsrechtsvereinheitlichung* IPRax 2010, pp. 313-316, consulté le 3 septembre 2019 dans la traduction française, *La «reconnaissance» des actes authentiques? – Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l'harmonisation des règles de conflits de lois*, http://www.iprax.de/de/dokumente/online-veroeffentlichungen/kohler-buschbaum.php

64. Robert KOVAR*, Dassonville, Keck et les autres: de la mesure avant toute chose*, RTD eur. 2006, p. 213

65. Robert KOVAR, *Actions spécifiques et entreprises privatisées: donner et retenir ne vaut ?*, RJEP, nº 593, Décembre 2002, chron. 100190

66. Koen LENAERTS/Patrick van YPERSELE, *Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE*, Cah. dr. europ. (Bruxelles) nº 1-2/1994, pp. 3-85

67. Jean-Philippe LÉVY, *Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles*, RHD 1987, nº 3, pp. 231-266

68. Lynn LOPUCKI, *The Unsecured Creditor's Bargain*, Va. L. Rev., Vol 80, Nº 8 (Nov., 1994), pp. 1887-1965

69. Mustapha MEKKI, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire*, D. 2016.494

70. Jacques MESTRE, *Des engagements nécessairement causés à ceux relativement abstraits*, RTD civ. 1991, p. 325

71. Valerie MICHEL, *Prestations de services et obligations bancaires des médecins* Europe, n^{os} 8-9, Août 2009, comm. 314

72. Muriel MIGNOT, *La nature du cautionnement réel à la lumière de la pratique contractuelle bancaire*, Dr. et patri., 2002, n^{o} 110

73. Dieter MEDICUS, *Die Akzessorietät im Zivilrecht*, Ju S, 1971, p. 497, C.H. Beck

74. Alin-Adrian MOISE, *Discuții referitoare la interdicția contractului pignorativ înscrisă în noul Cod civil*, RD nr. 3/2014

75. Irma MOREAU-MARGREVE, *L'hypothèque pour toutes sommes*, J. T., 1996, p. 182

76. Nicolas MONACHON DUCHÊNE, *La garantie à première demande en matière de crédit à la consommation*, GP 1994, 2, 1410

77. Horatia MUIR WATT, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, Rev. crit. DIP 1986, p. 425

78. Marian NICOLAE, *Contractul de ipotecă (I)*, Rev. dr. com. nr. 9/1997

79. Cyril NOURISSAT, *Livre vert du crédit hypothécaire*, D. 2006, p. 1264

80. Charalambos PAMBOUKIS, *La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance*, Rev. crit. DIP 2008, p. 513

81. Vasile PĂTULEA, *Despre posibilitatea translației garanției prin contractul de ipotecă de la un credit la altul*, RD nr. 2/1998, pp. 66-70

82. Hendrik PLOEGER/Bastiaan VAN LOENEN, *EULIS – At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe*, ERPL, Volume 12 (2004), pp. 379-387

83. Aurélien RACCAH, *Les faux espoirs du principe de subsidiarité post-Lisbonne*, contribution au Colloque de lancement de l'Institut de Sciences Politiques Louvain-Europe, Louvain-la-Neuve, 13 et 14 octobre 2010, consulté le 3 septembre 2019 sur https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/spri/documents/Communication_raccah.pdf

84. Luca RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, Rev. crit. DIP 1993, p. 401

85. Anne RIGAUX, *La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité (Rapide bilan à propos de l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire Gourmet International Products*), Europe, n^{o} 5, Mai 2001, chron. 4

86. Anne RIGAUX, *Symphonie déconcertante ou keckophonie? À propos des dissonances de l'arrêt Morellato (CJCE, 18 sept. 2003, aff. C-416/00)*, Europe, n^{o} 11, Novembre 2003, chron. 13

87. Jean-Louis RIVES-LANGE, *Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier?* Revue Banque 1985, p. 902

88. Radu RIZOIU, *Reprezentarea creditorilor garantați printr-un agent specializat*, Pandectele Române nr. 8/2008, pp. 29-66

89. Radu RIZOIU, *Costul creditului și garanțiile reale mobiliare: o analiză empirică*, RRDP nr. 4/2010, pp. 210-273

90. Radu RIZOIU, *Ce este ipoteca mobiliară? (I). Despre dreptul real de garanţie*, RRDP nr. 5/2011, pp. 185-263

91. Radu RIZOIU, *O fantomă bântuie Noul Cod civil: Acțiunea ipotecară*, RRDP nr. 4/2018, pp. 244-286

92. Jacobien W. RUTGERS, *Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation*, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1099893 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1099893

93. Jacobien W. RUTGERS, *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument*, 26 janvier 2010, sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1542533 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542533

94. Odile SALVAT, *De quelques singularités de l'hypothèque rechargeable*, JCP N, 2012, p. 1299

95. René SAVATIER, *Usage et avenir de la publicité foncière reformée par les décrets des 4 janvier et 14 octobre 1955*, D. 1959.221

96. Dominique SAVOURÉ, *L'hypothèque rechargeable*, dans JCP N, 2007, p. 1175

97. Catherine SÉVELY-FOURNIÉ, *Survie de l'hypothèque à l'annulation du prêt pour lequel elle a été consentie*, RLDC juillet-août 2009, p. 25

98. Robert SCHUMAN, *Déclaration du 9 mai 1950*, consultée le 3 septembre 2019 sur https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_fr

99. Marianne SCHÜRHECK, *Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven*, Osnabrück JMCE Award Series No. 03 (2011), consulté le 3 septembre 2019, pp. 1-57, sur https://repositorium.uni-osnabrueck.de/bitstream/urn:nbn:de:gbv:700-201110188445/2/Osnabrueck_JMCE_AwardSeries_03_2011_Schuerheck.pdf

100. Jean-Pierre SÉNÉCHAL, *Les prêts «substitutifs»*, JCP N, 1987, p. 100048

101. Philippe SIMLER, *Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement*, JCP G, 2001, I, 367 et dans RJDA, 2001, p. 235

102. Philippe SIMLER, *Eppur, si muove! (Galilée). Et pourtant, une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement … réel*, JCP G, 2006, I, 172

103. Denys SIMON, *Recevabilité et situations purement internes*, Europe, nº 4, Avril 2014, comm. 151

104. Denys SIMON, *La Cour constitutionnelle allemande s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de Justice dans l'affaire « OMT »*, Europe, nº 7, Juillet 2016, comm. 228

105. Denys SIMON, *L'Europe monétaire et financière devant ses juges : la réponse de la Cour de justice à la Cour constitutionnelle allemande*, Europe, nºs 8-9, Août 2015, étude 7

106. Héctor SIMÓN-MORENO, *The Eurohypothec*, EPLJ, December 2012, pp. 191-231

107. Hans Jürgen SONNENBERGER, *Etat de droit, construction européenne et droit des sociétés*, Rev. crit. DIP 2013, p. 101

108. Hans Jürgen SONNENBERGER, *Europarecht und Internationales Privatrecht*, ZVglRWiss nº 95/1996, p. 3

109. Blanche SOUSI-ROUBI, *La Convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires*, D. 1993, p. 183

110. Holger SPAMANN, *Choice of Law in a Federal System and an Internal Market*, octobre 2001, Jean Monnet Working Paper Nº 8/01, disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=729623 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.729623

111. Andrew J. M. STEVENS, *Accessoriness and Security Over Land*, 31 mars 2009, University of Edinburg School of Law Working Paper Nº. 2009/07, pp. 1-58, sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1297282 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1297282, également publiée dans EdinLR, vol. 13, nº 3, 2013, pp. 387-426

112. Otmar STÖCKER, *L'eurohypothèque, pionnier d'un marché intérieur du crédit hypothécaire*, Banque & Droit nº 49, septembre-octobre 1996, pp. 14-18

113. Samir TANAGHO, *L'hypothèque des biens à venir*, dans RTD civ. 1970, p. 441

114. Elena-Simina TĂNĂSESCU, *Sur la possible constitutionnalisation du droit communautaire*, AUB-D, nr. 1/2004, pp. 12-30

115. Philippe THÉRY, *L'hypothèque rechargeable*, Dossier «Le renouveau de l'hypothèque», Dr. et patri., 2007, nº 159

116. François TRÉMOSA, *Garanties et sûretés internationales. Loi applicable aux prêts immobiliers consentis à des particuliers*, Dr. et patri., 2001, nº 94

117. Dan Constantin TUDORACHE, *Imposibilitatea translaţiei garanţiei, constituită prin contractul de ipotecă, în cazul contractelor de credit autonome*, RD nr. 7/1998, pp. 37-40

118. Jean VIATTE, *La transmission de l'hypothèque sans la créance garantie,* GP 1975, 2, 513

119. Michel VIVANT, *Le fondement juridique des obligations abstraites*, D. 1978, p. 39

120. Heinz VOLKER, *Beurkundung von Erklärungen zur Auflassung deutscher Grundstücke durch bestellte Notare im Ausland*, RIW nr. 12/2001, p. 928

121. Lars Van VLIET, *The German Grundschuld*, EdinLR, vol. 16, nº 2, 2012, pp. 147-177

122. Thomas WACHTER, *Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt*, dans WM IV, 1999, pp. 49-70, également publié en français, *La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne. L'Eurohypothèque*, NI nº 4/1999, p. 174-188

123. Hans G. WEHRENS, *Der Schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschuld*, NZ 1988, p. 180

124. Joseph Halevi Horowitz WEILER, *The Transformation of Europe*, YLJ, Vol. 100, Nº 8, Symposium: International Law (Jun., 1991), pp. 2403-2483

125. Guillaume WICKER, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot?*, D. 2015.1557

126. Michael WILDERSPIN/Xawier LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres*, Rev. crit. DIP 2002, p. 1

127. Peter Von WILMOWSKY, *EG-Vertrag und kollissionsrechtliche Rechtswahlfreiheit*, dans RabelsZ nr. 62/1998, pp. 1-37

128. Harald WILSCH, *Die CROBECO-Katastrophe. Eine Analyse des "Common Conveyancing Reference Framework"*, ZfIR nr. 22/2011, pp. 840-847

129. Manfred WOLF, *Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt. Auswirkungen der II. EG-Bankrechts-Richtlinie auf privatrechtliche Bankgeschäfte*, WM IV, 1990, pp. 1941-1952

130. Hans WOLFSTEINER/Otmar STÖCKER, *A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe*, NI, 2003, pp. 116-124

131. Jan WOUTERS, *La libération des mouvements de capitaux au sein de la Communauté Européenne*, Rev. int. dr. ec., 1989, p. 305

132. Jaap ZEVENBERGEN, *Registration of property rights. A systems approach: similar tasks, but different roles*, NI nº 1-2/2003, p. 125-137

133. Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland du 17.01.2008, *Zwangsversteigerung trotz pünktlicher Tilgung*, consulté le 3 septembre 2019 sur www.faz.net/themenarchiv/2.1235/immobilien-zwangsversteigerung-trotz-puenktlicher-tilgung-1281812.html

F. Rapports de recherches

1. Martine BEHAR-TOUCHAIS/Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Mise en œuvre des instruments optionnels européens de droit privé*, Coll. Trans Europe Experts, Société de législation comparée, 2012, pp. 1-612

2. Séance du 8 décembre 1870 de la Société de Législation Comparée, Bulletin de la Société de Législation Comparée nº 1, février 1870

3. Commission des Affaires Européennes de l'Union Internationale du Notariat Latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande – Étude comparative, base d'une future Eurohypothèque*, Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, Amsterdam, 1988, avec une deuxième édition parue quatre années plus tard, intitulée *L'eurohypothèque*, Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, Amsterdam, 1992

4. Commission of the European Communities, The law of property in the European Community, Studies, Competition – Approximation of legislation series Nº 27, Brussels, December 1972, pp. 1-312, consulté le 3 septembre 2019 sur http://aei.pitt.edu/40734/1/Approximation.of.Legislation.27.pdf

5. 101ème Congrès des notaires de France, «Les familles sans frontières en Europe, mythe ou réalité?», Nantes, 1-4 mai 2005, LexisNexis, 2005

6. Agnieszka DREWICZ-TUŁODZIECKA (coord.), *Lignes directrices de base pour une Eurohypothèque. Résultats de l'atelier sur l'Eurohypothèque - Berlin - novembre 2004/avril 2005*, Fondation Polonaise du Crédit Hypothécaire, Varsovie, 2005 http://www.ehipoteka.pl/ehipoteka/content/download/107/498/file/Zeszyt%20Hipoteczny%20nr%2021.pdf, consulté le 3 septembre 2019

7. Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, «Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice», 2005, consulté sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230.pdf le 3 septembre 2019

8. Inspection générale des Finances/Inspection générale des Services Judiciaires, «Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire», 2004, consulté sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000625.pdf le 3 septembre 2019

9. Paul JACKSON, *Die Grundpfandrechte in den Rechtsordnungen Dänemarks, Irlands sowie des Vereinigten Königreiches von Großbritannien und Nordirland*, rapport conçu pour la Commission des Communautés Européennes, Direction Générale Marché Intérieur, Reading, 1976

10. Institut MAX-PLANCK, *Die Grundpfandrechte im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften*, rapport conçu pour la Commission des Communautés Européennes, Direction Générale Marché Intérieur et Harmonisation Législative, Hambourg, 1971

11. Claudio SEGRÉ (coord.), *Le développement d'un marché européen des capitaux*, Rapport d'un groupe d'experts constitué par la Commission de la CEE, Bruxelles, Communauté Economique Européenne, 1966, consulté le 3 septembre 2019 sur http://aei.pitt.edu/38642/1/A3448.pdf

12. Christoph U. SCHMID/Christian HERTEL (coord.), avec des contributions de Hartmut WICKE, *Real Property Law and Procedure in the European Union. General Report*, European University Institute /European Private Law Forum et Deutsches Notarinstitut, 31 mai 2005, http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf consulté le 3 septembre 2019

13. Otmar STÖCKER/Rolf STÜRNER (coord.), *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, 3. erweiterte Auflage, VDP-Schriftenreihe, Vol. 50, Berlin 2012, consulté le 3 septembre 2019 sur https://www.pfandbrief.de/site/dam/jcr:7a1f6d26-7826-4422-a495-955d40097cc6/vdp_Nr_50_Stoecker_Stuerner_Grundpfandrechte_BandIII.pdf

G. Jurisprudence

1. Cass. req., 15 avril 1806: J.P., t. 5 1838, p. 282

2. Cass. req., 26 janv. 1814: RGL 4ème vol. I, 521

3. Civ., 25 avril 1826: Journ. not. et av. 1826, p. 161

4. Civ., 10 août 1831: S. 1831, 1, 371

5. Cass. req., 13 fév. 1834: S. 1834, 1, 205; D.P. 1834, I, 118; Henri Capitant/François Terré/Yves Lequette, «Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 1», 13e édition, Dalloz, Paris, 2015, §65

6. Cass. req., 4 janv. 1837: *Jur. gén.*, nº 312

7. Cass. req., 11 déc. 1848: D.P. 1848, I, 234

8. Civ., 21 nov. 1849: S. 1850, 1, 91; D.P. 1849, I, 275

9. Civ., 22 mars 1852: S. 1852, 1, 308

10. Civ., 25 janv. 1853: S. 1853, 1, 423

11. Cass. req., 8 mars 1853: S. 1855, 1, 214; D.P. 1854, I, 341

12. Civ., 20 juin 1854: S. 1854, 1, 593; D.P. 1854, I, 305

13. Civ., 10 janv. 1870: D.P. 1870, I, 160

14. Cass. req., 31 janv. 1883: D. 1883, 1, 316; S. 1884, 1, 321; Journ. not. et av. 1883, p. 202

15. Civ., 11 avril 1883: S. 1884, 1, 321; D.P. 1883, I, 316

16. Cass. req., 25 oct. 1886: S. 1887, 1, 373

17. Civ., 24 mai 1892: S. 1892, 1, 289; D.P. 1892, I, 327

18. Civ., 8 août 1894: D. 1895, 1, 236

19. Civ., 20 oct. 1897: S. 1897, 1, 489

20. Civ., 12 fév. 1900: D.P. 1902, I, 177, n. Paul de Loynes; Journ. not. et av. 1900, p. 606

21. Civ., 29 janv. 1902: D.P. 1902, I, 159; S. 1904, 1, 233, n. Émile Féron; Journ. not. et av. 1902, p. 359

22. Com., 25 avril 1910: D. 1911.364

23. Civ., 13 nov. 1912: D.P. 1913, I, 433, n. Paul de Loynes; S. 1914, 1, 150

24. Trib. civ. Lille, 17 nov. 1937: D.H. 1938, p. 95

25. Civ., 6 fév. 1939: D.P. 1939, I, 53, n. Jean Plassard; S. 1941, 1, 145, n. René Rodière

26. Civ., 5 janv. 1943: JCP N 1944, II, 2562

27. Com., 10 juin 1949: JCP G 1949, II, 5106, n. Henri Cabrillac

28. Com., 5 fév. 1958: RTD com. 1958, p. 792, n. Henri Cabrillac et Emile Becqué

29. TGI Bordeaux, 13 fév. 1969: D. 1969.334, n. Jacques Ghestin

30. Civ. 1re, 8 juil. 1969: Bull. Civ. I, nº 268; JCP G 1970, II, 16182, n. Hélène Gaudemet-Tallon

31. Com., 8 nov. 1972, 71-11.879: Bull. civ. IV nº 278, p. 263; D. 1973.753, n. Philippe Malaurie

32. Civ. 3ème, 23 janv. 1973, 71-14.197: Bull. Civ. III, nº 69, p. 51; D. 1973.427, n. Franck; JCP G 1973, II, 18032, n. Bez

33. Com., 24 janv. 1973, 71-14.191: Bull. Civ. IV, nº 42; D. 1973.255, n. François Derrida

34. Civ. 1re, 3 mai 1973, 70-13.383: Bull. Civ. I, nº 143, p. 127; Rev. crit. DIP. 1974, p. 100, n. Ernst Mezger

35. Com., 24 janv. 1973, 71-14.191: Bull. Civ. IV, nº 42; D. 1973.255, n. François Derrida

36. Ass. Plèn., 13 janv. 1976, 74-14.127: Bull. Civ. Ass. Plèn., nº 3; D. 1976.237, concl. Robert Schmelck, n. François Derrida, obs. André Honnorat

37. Civ. 1re, 21 juin 1978, 76-14.524: Bull. Civ. I, nº 236, p. 187

38. Civ. 1re, 6 mars 1979, 77-11.840: Bull. Civ. I, nº 78; Defrénois 1980, p. 590, obs. Jean-Luc Aubert; JCP E 1981, p. 10109, n. Christian Mouly

39. Com., 17 nov. 1982, 81-10.757: Bull. civ. IV nº 357; D. 1983.527, n. Monique Contamine-Raynaud; JCP G 1984, II, 20216, n. Christian Mouly et Philippe Delebecque

40. Com., 20 déc. 1982, 81-12.579: Bull. civ. IV nº 417; JCP G 1983, IV, 79; JCP CI 1983, II, 14001, obs. Christian Gavalda et Jean Stoufflet; D. 1983.365, obs. Michel Vasseur; RTD com. 1983, p. 446, obs. Michel Cabrillac et Bernard Teyssié

41. Com., 17 oct. 1984, 83-12.125: Bull. civ. IV nº 265 et 5 fév. 1985, 82-15.297: Bull. civ. IV nº 45, p. 38; D. 1985.269, n. Michel Vasseur

42. Com., 20 fév. 1985, 83-16.922: Bull. civ. IV nº 74, p. 64

43. Com., 18 avril 1985, 83-15.559: Bull. civ. IV nº 114, p. 99

44. Com., 19 avril 1985, 83-15.258: Bull. civ. IV nº 120, p. 103; D. 1986.9, obs. Michel Vasseur; Defrénois 1986, p. 940, n. François Derrida

45. Com., 21 mai 1985, 83-16.925: Bull. civ. IV nº 160, p. 136

46. CA Paris, 18 mars 1986: D. 1987.173, obs. Michel Vasseur, Nº JurisData 1986-020817

47. Com., 29 avril 1986, 84-14.262: Bull. civ. IV nº 73, p. 64

48. Com., 10 juin 1986, 84-17.769: Bull. civ. IV nº 117, p. 99; D. 1987.17, n. Michel Vasseur

49. Civ. 3ème, 17 juil. 1986, 85-11.627: Bull. Civ. III, nº 118, p. 93

50. Civ. 3ème, 16 juil. 1987, 85-10.541: Bull. Civ. III, nº 145, p. 85; Defrénois 1987, art. 34120 nº 111, obs. Laurent Aynès; Rev. dr. imm. 1988, p. 331, obs. Philippe Simler

51. Civ. 3ème, 20 déc. 1989, 88-11.904: Bull. Civ. III, nº 246, p. 134; RTD civ. 1990, p. 314, obs. Monique Bandrac; Rev. dr. imm. 1990, p. 234, obs. Philippe Delebecque et p. 238, obs. Philippe Simler; Defrénois 1990, p. 447, obs. Laurent Aynès; D. 1990.389, obs. Laurent Aynès

52. Com., 13 juin 1989, 84-14.262: Bull. civ. IV nº 183, p. 121; Defrénois 1990, art. 34761 nº 23, n. Laurent Aynès

53. Com., 27 fév. 1990, 88-14.859: D. 1990.213, obs. Michel Vasseur

54. Com., 17 juil. 1990, 88-15.630, 89-13.138, 89-13.439: Bull. civ. IV nº 214 et 215, pp. 147-148; D. 1994.494, obs. Adrienne Honorat

55. Civ. 3ème, 19 déc. 1990, 89-14.338: Bull. Civ. III, nº 269, p. 152

56. Civ. 1re, 4 fév. 1992, 90-12.569: Bull. Civ. I, nº 38, p. 28; D. 1992.181, n. Gérard Cas

57. Civ. 1re, 25 mai 1992, 90-21.031: Bull. Civ. I, nº 154, p. 106; RTD civ. 1992, p. 799, n. Monique Bandrac

58. CA Versailles, 16 sept. 1992: D. 1993.102, obs. Michel Vasseur

59. Com., 16 fév. 1993, 90-19.979: Bull. civ. IV nº 58, p. 39; Defrénois 1993, art. 35617 nº 95, n. Laurent Aynès

60. Com., 11 mai 1993, 90-19.932: Bull. civ. IV nº 178, p. 125; JCP G 1994, II, 22188, n. Philippe Delebecque

61. Com., 22 fév. 1994, 91-22.364: Bull. civ. IV nº 68, p. 51

62. Com., 7 juin 1994, 92-16.358: JCP E 1995, p. 602, n. Jean Stoufflet

63. Com., 7 juin 1994, 93-11.340: Bull. civ. IV nº 202, p. 162

64. Com., 2 nov. 1994, 92-14.487: Bull. civ. IV nº 321, p. 262; Defrénois 1995, p. 262 obs. Laurent Aynès; JCP G 1995, I, 3851, n. Philippe Delebecque

65. Com., 13 déc. 1994, 92-12.626: Bull. civ. IV nº 375, p. 309; D. 1995.209, n. Laurent Aynès; JCP G 1995, I, 3851, obs Philippe Simler; Defrénois 1995, p. 421, n. Laurent Aynès; RTD com. 1995, p. 458 obs. Michel Cabrillac; RD bancaire et bourse 1995, p. 150 obs. Monique Contamine-Raynaud

66. Civ. 1re, 11 avril 1995, 93-13.629: Bull. civ. I nº 165, p. 118; Defrénois 1995, p. 1484, obs. Gérard Champenois; D. 1995.327, obs. Michel Grimaldi; D. 1996.204, obs. Stéphane Piedelièvre; JCP G 1995, I, 3869 obs. Philippe Simler

67. Civ. 2ème, 6 juin 1996, 94-20.293

68. Com., 20 mai 1997, 95-11.915: Bull. civ. IV nº 141, p. 126; D. 1998.115, n. Rémy Libchaber

69. Civ. 1re, 1 juil. 1997, 95-12.163: Bull. Civ. I, nº 219, p. 146; D 1998.32, n. Laurent Aynès

70. Com., 9 déc. 1997, 96-10.686; D. aff. 1998, p. 199; RD bancaire et bourse 1998, p. 66, n. Monique Contamine-Raynaud

71. Civ. 1re, 13 mai 1998, 96-16.087: Bull. civ. I nº 172, p. 115; JCP G 1999, I, 116, obs. Philippe Simler

72. CA Paris, 4 juin 1998: Rev. crit. DIP 1999, p. 116, n. Horatia M. Watt

73. Com., 30 juin 1998, 96-15.825: Bull. civ. IV nº 211, p. 174; JCP E 1998, p. 1452, comm. Thierry Bonneau

74. Com., 27 oct. 1998, 96-14.037: Bull. civ. IV nº 260, p. 216; JCP G 1999, I, 116, obs. Philippe Simler; D. 1999.187, comm. Adrienne Honorat; RTD civ. 1999, p. 152, n. Pierre Crocq; Defrénois 1999, p. 280, n. Stéphane Piedelièvre

75. Civ. 1re, 19 janv. 1999, 96-17.269: Bull. civ. I nº 21, p. 14; D. 1999.292, comm. Bernard Audit; JCP G 2000.II.10248, comm. Thierry Vignal

76. Civ. 1re, 23 fév. 1999, 97-10.008: Bull. civ. I nº 64, p. 42; JCP G 1999, I, 156, obs. Philippe Simler

77. Civ. 1re, 4 mai 1999, 97-15.378: Bull. civ. I nº 144, p. 96; JCP G 1999, I, 156 obs. Philippe Simler; D. 2000.302, comm. Vincent Bonnet

78. Com., 18 mai 1999, 95-21.539: Bull. civ. IV nº 102, p. 83; JCP G 1999, II, 10199 n. Jean Stoufflet; Contrats, conc., consom. 1999, §155, obs. Laurent Leveneur

79. Com., 27 juin 2000, 96-20.045: RD bancaire et fin. 2000, p. 355, obs. Jean-Pierre Mattout

80. Com., 30 janv. 2001, 98-22.060: Bull. civ. IV nº 25, p. 22; Defrénois 2001, p. 1319, n. Stéphane Piedelièvre

81. Civ. 1re, 15 mai 2002, 00-13.527: Bull. civ. I nº 128, p. 98; Defrénois 2002, p. 1322, obs. Gérard Champenois; Defrénois 2003, p. 413, obs. Philippe Théry; D. 2002.1780, n. Christine Barberot; JCP G 2002, II, 10109, concl. Cécile Petit, n. Stéphane Piedelièvre; RTD civ. 2002, p. 456, obs. Pierre Crocq; RDC 2003, p 170, n. Michel Grimaldi

82. Com., 11 juin 2002, 00-20.981: Bull. civ. IV nº 103, p. 111; Defrénois 2003, p. 417, obs. Philippe Théry; JCP G 2003, I, 113, obs. Michel Cabrillac; JCP G 2002, II, 10116, com. Jean-Pierre Rémery; D. 2002.2470; RTD civ. 2003, p. 328, comm. Pierre Crocq

83. Com., 15 oct. 2002, 99-17.526: RTD civ. 2003, p. 328, comm. Pierre Crocq

84. Com., 10 mars 2004, 02-16.474: Bull. civ. IV nº 47, p. 48; D. 2004.2710 comm. Laurent Aynès

85. Com., 21 janv. 2004, 01-01.129: Bull. civ. IV nº 13, p. 14

86. Ch. mixte, 2 déc. 2005, 03-18.210: Bull. chambre mixte nº 7, p. 17; D. 2006.734, avis de Jerry Sainte-Rose, n. Laurent Aynès; Defrénois 2006, p. 586, obs. Rémy Libchaber; Defrénois 2006, p. 1600, obs. Gérard Champenois; JCP G 2005, II, 10183, n. Philippe Simler; RTD civ. 2006, p. 594, obs. Pierre Crocq; RTD com. 2006, p. 465, obs. Dominique Legeais

87. Civ. 3ème, 18 juin 2008, 07-15.129: Bull. Civ. III, nº 109; JCP G 2008, I, 18032, obs. Philippe Simler et Philippe Delebecque

88. Civ. 1re, 30 oct. 2008 07-17.646: Bull. Civ. I, nº 241; D. 2008.2937 et 2009.747, chron. Claude Creton; RTD civ. 2009, p. 111, obs. Jean Hauser et p. 118, obs. Bertrand Fages; Defrénois 2009, art. 38916, obs. Rémy Libchaber; JCP G 2009.II.10000, obs. Dimitri Houtcieff

89. Civ. 3ème, 5 nov. 2008, 07-17.357: Bull. Civ. III, nº 167; RTD civ. 2009, p. 148, obs. Pierre Crocq; RDC 2009, p. 205, obs. Dimitri Houtcieff; Banque et droit nov.-déc. 2008, p. 50, obs. François Jacob et Nicolas Rontchevsky

90. Civ. 2ème, 25 mars 2010, 09-12.127: Bull. civ. II nº 74; Defrénois 2011, p. 1289, obs. Philippe Théry

91. Civ. 3ème, 18 déc. 2012, 11-25.615

92. Civ. 1re, 20 déc. 2012, 11-22.815: JCP 2013, I, 585, obs. Philippe Delebecque

93. Civ. 2ème, 11 juil. 2013, 12-21.082

94. Com., 18 mars 2014, 12-29.453; D. 2014.1915, n. Denis Mazeaud et 2015.529, obs. Soraya Amrani-Mekki et Mustapha Mekki; AJCA 2014, p. 78, obs. Julien Dubarry; RTD civ. 2014, p. 884, obs. Hugo Barbier

95. Civ. 2ème, 19 fév. 2015, 13-27.691: Bull. civ. II nº 48, p. 41; D. 2015.964, n. Philippe Théry; D. 2015.1339, obs. Anne Leborgne; D. 2015.1810, obs. Pierre Crocq; JCP N 2015, p. 1149, n. crit. Claude Brenner; JCP G 2015, I, 496, obs. crit. Vincent Brémond, JCP 2015, I, 604 obs. Ludovic Lauvergnat; RTD civ. 2015, p 652, obs. William Dross; RD banc. fin. 2015, p. 95, n. Stéphane Piedelièvre

96. Civ. 1re, 25 nov. 2015, 14-21.332: Bull. civ. I nº 840, p. 497; Defrénois 2016, p. 704, obs. Mathias Latina; Defrénois 2016, p. 933, obs. Charles Gijsbers; JCP 2016, I, 218, n. Jean-Denis Pellier

97. C.J.C.E., arrêt du 21 juin 1974, 2/74, *Jean Reyners contre État belge*, Rec. -00631

98. C.J.C.E., arrêt du 3 déc. 1974, 33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Rec. -01299

99. C.J.C.E., arrêt du 11 juil. 1974, 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, Rec. -00837

100. C.J.C.E., arrêt du 20 fév. 1979, 120/78, *Rewe-Zentral c. Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein* (Cassis de Dijon), Rec. -00649

101. C.J.C.E., arrêt du 24 nov. 1982, 248/81, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, Rec. -04005

102. C.J.C.E., arrêt du 15 déc. 1982, 286/81, *Procédure pénale c. Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, Rec. -04575

103. C.J.C.E., arrêt du 20 avril 1983, 59/82, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft c. Weinbetriebs-GmbH*, Rec. -01217

104. C.J.C.E., arrêt du 6 nov. 1984, 182/83, *Robert Fearon & Company Limited c. Irish Land Commission*, Rec. -03677

105. C.J.C.E., arrêt du 7 mars 1990, C-69/88, *H. Krantz GmbH & Co. c. Ontvanger der Directe Belastingen et Staat der Nederlanden*, Rec. I-00583

106. C.J.C.E., arrêt du 24 janv. 1991, C-339/89, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, Rec. I-00107

107. C.J.C.E., arrêt du 19 mars 1991, C-202/88, *République Française c. Commission des Communautés européennes*, Rec. I-01223

108. C.J.C.E., arrêt du 25 juil. 1991, C-76/90, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd.*, Rec. I-04221

109. C.J.C.E., arrêt du 24 nov. 1993, C-267/91 et C-268/91, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, Rec. I-06097: JCP E, 1994, p. 592, comm. Louis Vogel

110. C.J.C.E., arrêt du 15 déc. 1993, C-292/92, *Ruth Hünermund e.a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Rec. I-06787

111. C.J.C.E., avis du 15 nov. 1994, 1/94, *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle*, Rec. I-05267

112. C.J.C.E., arrêt du 10 mai 1995, C-233/94, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Rec. I-02405

113. C.J.C.E., arrêt du 14 nov. 1995, C-484/93, *Peter Svensson et Lena Gustavsson c. Ministre du logement et de l'urbanisme*, Rec. I-03955

114. C.J.C.E., arrêt du 13 mai 1997, C-384/93, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, Rec. I-01141

115. C.J.C.E., arrêt du 9 déc. 1997, C-265/95, *Commission des Communautés européennes c. République française*, Rec. I-06959

116. C.J.C.E., arrêt du 18 juin 1998, C-266/96, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl et Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Rec. I-03949

117. C.J.C.E., arrêt du 9 mars 1999, C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Rec. I-01459

118. C.J.C.E., arrêt du 16 mars 1999, C-222/97, *Manfred Trummer et Peter Mayer*, Rec. I-01661

119. C.J.C.E., arrêt du 1er juin 1999, C-302/97, *Klaus Konle*, Rec. I-03099

120. C.J.C.E., arrêt du 21 sept. 1999, C-44/98, *BASF AG c. Präsident des Deutschen Patentamts*, Rec. I-06269

121. C.J.C.E., arrêt du 13 janv. 2000, C-9/99, *Echirolles Distribution SA c. Association du Dauphiné e.a.*, Rec. I-08207

122. C.J.C.E., arrêt du 3 oct. 2000, C-376/98, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne* (Publicité du Tabac), Rec. I-08419

123. C.J.C.E., arrêt du 5 déc. 2000, C-448/98, *Procédure pénale c. Jean-Pierre Guimont*, Rec. I-10663

124. C.J.C.E., arrêt du 11 janv. 2001, C-464/98, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c. Friedrich Stefan*, Rec. I-00173

125. C.J.C.E., arrêt du 5 mars 2002, C-515/99, C-519/99 jusqu'à C-524/99 et C-526/99 jusqu'à C-540/99, *Reisch*, Rec. I-02157

126. C.J.C.E., arrêt du 4 juin 2002, C-483/99, *Commission européenne c. République française*, Rec. I-04781

127. C.J.C.E., arrêt du 5 nov. 2002, C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Rec. I-09919

128. C.J.C.E., arrêt du 2 oct. 2003, C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Etat belge*, Rec. I-11613

129. C.J.C.E., arrêt du 1er déc. 2005, C-213/04, *Burtscher*, Rec. I-10309

130. C.J.C.E., arrêt du 2 mai 2006, C-436/03, *Parlement européen c. Conseil de l'Union Européenne*, Rec. I-03733

131. C.J.C.E., arrêt du 28 sept. 2006, C-282/04 et C-283/04, *Commission des Communautés Européennes c. Royaume des Pays-Bas*, Rec. I-09141

132. C.J.C.E., arrêt du 3 oct. 2006, C-452/04, *Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Rec. I-09521

133. C.J.C.E., arrêt du 14 oct. 2008, C-353/06, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, Rec. I-07639

134. C.J.C.E., arrêt du 1er oct. 2009, C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*, Rec. I-09021

135. C.J.C.E., arrêt du 10 fév. 2009, C-110/05, *Commission des Communautés Européennes c. République italienne*, Rec. I-00519: Europe 2009, comm. 158, obs. A. Rigaux

136. C.J.U.E., arrêt du 11 nov. 2010, C-543/08, *Commission européenne c. République portugaise*, Rec. I-11241

137. C.J.U.E., arrêt du 22 déc. 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, Rec. I-13693

138. C.J.U.E., arrêt du 24 mai 2011, C-50/08, *Commission européenne contre République française*, Rec. I-04195

139. C.J.U.E. arrêt du 3 avril 2014, C-559/12 P, *République française c. Commission européenne*, publié au Recueil numérique

140. C.J.U.E., arrêt du 16 juin 2015, C-62/14, *Paul Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, publié au Recueil numérique

141. C.J.U.E., arrêt du 23 déc. 2015, C-333/14, *Scotch Whisky Association e.a. c. Lord Advocate et Advocate General for Scotland*, publié au Recueil numérique: Europe nº 2, Février 2016, comm. 50, obs. A. Rigaux

142. Cour Suprême de Justice de Roumanie, section commerciale, décision nº 4110/1998: Rev. dr. com. nr. 3/2000, p. 141 (cité "C.S.J., s. com., déc. nº 4110/1998")

143. Cour Suprême de Justice de Roumanie, section commerciale, décision nº 4956/2001: «Buletinul jurisprudenței 1990-2003. De la Curtea Supremă de Justiție la Înalta Curte de Casație și Justiție», All Beck, București, 2003, p. 1014 (citée "C.S.J., s. com., déc. nº 4956/2001")

144. Haute Cour de Cassation et de Justice de Roumanie, section commerciale, décision nº 3264 du 2 juillet 2003: Rudolf Schmutzer/Sile Moroșan, «Servituţile. Practică judiciară. Gajul şi ipoteca. Practică judiciară», Moroşan, Bucureşti, 2008, pp. 226-228 (cité "Cas., s. com., déc. nº 3264/2003")

145. Haute Cour de Cassation et de Justice de Roumanie, section commerciale, décision nº 1024/2004: Rudolf Schmutzer/Sile Moroșan, «Servituţile. Practică judiciară. Gajul şi ipoteca. Practică judiciară», Moroşan, Bucureşti, 2008, pp. 220-223 (cité "Cas., s. com., déc. nº 1024/2004")

146. Haute Cour de Cassation et de Justice de Roumanie, section commerciale, décision nº 5170 du 30 novembre 2004: Ileana Ruxandra Dănăilă, «Executarea silită. Titluri executorii. Creanțe fiscale. Practică judiciară adnotată», Editura Hamangiu, București, 2010, p. 221 (cité "Cas., s. com., déc. nº 5170/2004")

147. CA Bucarest, section IV civile, décision nº 355/2000: «Culegere de practică judiciară în materie civilă pe anul 2000 – Curtea de Apel București», Rosetti, București, 2002, p. 357 (cité "CA București, s. IV-a civ., déc. nº 355/2000")

148. CA Bucarest, section IV civile, décision nº 1134/2001: Gabriel Boroi/Octavia Spineanu-Matei, «Codul de procedură civilă adnotat», 3e édition, Hamangiu, București, 2011, p. 734 (cité "CA București, s. IV-a civ., déc. nº 1134/2001")

149. CA Bucarest, section IX civile, décision nº 52/R du 30 janvier 2007, consultée le 3 septembre 2019 sur http://www.euroavocatura.ro/jurisprudenta/1344 (cité "CA București, s. IX-a civ., déc. nº 52/R du 30 janv. 2007")

150. Haute Cour de Cassation et de Justice de Roumanie, complet pour résoudre certaines questions de droit, décision nº 60 du 18 septembre 2017, publiée dans le Bulletin Officiel de Roumanie, Partie I, nº 928 du 24 novembre 2017 (cité "Cas., déc. nº 60/2017")

151. consulté le 3 septembre 2019 sur http://www.usoud.cz/en/current-affairs/constitutional-court-insists-on-its-previous-case-law-concerning-the-so-called-slovak-pensions/ (cité "Cas., s. com., déc. nº 5170/2004")

152. Cour constitutionnelle de la république tchèque, arrêt du 15 février 2012, TZ 8/12, rapport de presse consulté le 3 septembre 2019 sur http://www.usoud.cz/en/current-affairs/constitutional-court-insists-on-its-previous-case-law-concerning-the-so-called-slovak-pensions/ (cité "U.S., TZ 8/12")

153. CA Arizona, "*Best Fertilizers of Arizona Inc. v. L. Burns*", 26 avril 1977, consulté le 3 septembrie 2019 sur https://casetext.com/case/best-fertilizers-of-arizona-inc-v-burns (cité "*Best Fertilizers of Arizona Inc. v. L. Burns*, Ariz. Ct. App. 1977")

154. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 23 février 1995, 15375/89, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas* (cité "C.E.D.H., 15375/89, *Gasus Dosier c. Pays-Bas*")