

colecția monografii

FLAVIUS ALEXANDRU BOAR

**UNE EUROHYPOTHÈQUE COMME GARANTIE
IMMOBILIÈRE INDÉPENDANTE. TENDANCES
INTERNES ET SUPRANATIONALES**

FLAVIUS ALEXANDRU BOAR

**UNE EUROHYPOTHEQUE COMME
GARANTIE IMMOBILIERE
INDEPENDANTE. TENDANCES
INTERNES ET SUPRANATIONALES**

Universul Juridic

București

-2023-

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 reconnaît 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 1834⁹³. 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

⁹² L. Aynès/P. Crocq, §406; G. Marty/P. Raynaud/Ph. Jestaz, §11; C. Aubry/C.-F. Rau, §256, n° 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.

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 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 dimension⁹⁶.

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 applicables⁹⁷. 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

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», 2^e édition, All, București, 1998, p. 702.

⁹⁷ Christian Larroumet, «Droit civil. Les biens. Droits réels principaux», 5^e 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», 12^e 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 n° 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. 1^{re}, 4 fév. 1992, 90-12.569: Bull. Civ. I, n° 38, p. 28; D. 1992.181, n. G. Cas.

préférence acquis par la technique lors de sa création⁹⁸. Mais les créanciers subséquents ne sauraient en tout cas pas affirmer avoir cru de bonne foi en la disparition accessoire de 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 français⁹⁹, mais aussi, plus classiquement, par le risque de voir les parties consentir une novation de la créance initiale avec maintien des sûretés antérieures¹⁰⁰. 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 hypothécaire¹⁰¹. 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 méconnaît 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*

⁹⁸ V. *supra*, §3.

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 n° 71/2011 pour l'application de la loi n° 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.