

Transfert des sûretés à l'occasion des opérations de titrisation e de constitution des sociétés de crédit foncier

(juin 2000)

Mémoire réalisé par **Ekatérina Zabousova**

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Introduction

I - La réalisation du transfert de la sûreté

A/ Le droit spécial des bordereaux "magiques"

1. L'organisation du transfert des sûretés dans la titrisation et les SCF

a) La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés garantissant chaque créance...

b) ... et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité

2. Une solution généralisée dans le cadre du marché de refinancement

a) Le refinancement interbancaire par de titres négociables

b) L'appel à l'épargne publique

B/ Le droit commun des transmissions occultes des sûretés

1. L'application rendue possible par l'évolution de la conception du système de la publicité foncière

a) De la publicité foncière, image fidèle de l'état des droits inscrits sur un bien...

b) ... à la publicité foncière, image fidèle des charges qui pèsent sur un bien

2. L'application ouvrant de nouvelles perspectives

a) La reconnaissance du transfert simplifié des sûretés dans la titrisation étrangère

b) La diversification des méthodes de refinancement pour une meilleure attractivité de la place parisienne

II - La gestion de la sûreté transférée

A/ Les difficultés rencontrées par les opérateurs

1. Des difficultés propres à la structure des opérations de titrisation

a) L'identification du titulaire de la sûreté transférée

b) L'aménagement pratique du problème

2. Des difficultés propres au caractère occulte du transfert des sûretés

a) La revanche de la publicité foncière

b) La méthode de la gestion des risques par les praticiens

B/ Les remèdes apportés par le législateur

1. L'organisation de la gestion des sûretés par un système de mandats

a) La source des pouvoirs des mandataires

b) Le contenu des pouvoirs des mandataires

2. Le contrôle de la gestion de la sûreté par un système spécialement organisé

a) La réglementation des moyens de contrôle *a priori*

b) La sanction des comportements fautifs *a posteriori*

Conclusion

Bibliographie

Introduction :

A l'heure actuelle, quasiment toute créance, quelle que soit sa nature, a vocation à être cédée et tout cédant, quel que soit son statut, peut envisager de céder ou de refinancer ses créances.

Les opérations de titrisation et constitution des sociétés de crédit foncier poursuivent le même but : se refinancer en cédant des créances pour obtenir de nouvelles liquidités. Plusieurs raisons tant d'ordre économique que politique ont amené le législateur à aménager progressivement cette cession de créances en allant vers une simplification de plus en plus grande ainsi qu'à une diversification croissante des procédés de refinancement.

Née dans les années 1970 aux Etats Unis, la titrisation s'inscrivait dans une logique d'aide au financement du logement par un système permettant à un prêteur de rassembler des créances hypothécaires dans un portefeuille et d'émettre des titres représentant un intérêt indivis de propriété de ce pool. La formule a été reprise en France seulement dans les années 1980 avec la loi de 23 décembre 1988.

Mais que signifie au juste le terme "titrisation"? Plusieurs définitions ont été proposées :

- la titrisation est une opération de cession de créances à un fonds commun de créances, conformément aux dispositions de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 ;
- la titrisation est une opération qui consiste à effectuer une transformation d'un ensemble homogène de créances en titres financiers via un fonds commun de créances (FCC) ;
- la titrisation est une opération qui consiste à transformer une créance en un titre ;
- la titrisation est une technique substituant à des formules de crédit bancaire des formules de titres négociables ou de contrats portant sur ces titres, émis dans le public soit par la création d'instruments financiers (billets de trésorerie), soit par transformation d'un crédit en emprunt obligataire (obligations hypothécaires), soit par la transformation de parts d'organismes de placement en valeurs mobilières créés spécialement à cet effet (définition donnée par l'arrêté du 11 janvier 1990).

Bien d'autres définitions peuvent être rapportées. On peut globalement les diviser en deux tendances : celles qui ont une conception large du terme et désignant ainsi tout mécanisme permettant le refinancement par l'émission de titres et celles qui ont adopté une position stricte en ne désignant par la titrisation que les opérations se rattachant à la loi de 1988. Ici, sera désignée par "titrisation" l'opération effectuée par le biais d'un FCC de la loi de 1988, car la présentation des autres techniques se trouve ainsi facilitée.

En ce qui concerne les sociétés de crédit foncier (SCF), on peut dire qu'elles sont l'aboutissement d'une longue recherche d'un refinancement par un appel à l'épargne publique qui a commencé il y a 150, ans même si la SCF en tant que telle n'a été instituée en droit français qu'en juin 1999.

On rapproche facilement ces deux techniques quant au régime simplifié de transmission des créances et des sûretés qu'elles ont mis en place : un bordereau "magique" permet d'isoler des créances dans une structure créée à cet effet et de diffuser ensuite des valeurs mobilières propres à cette structure dans le public afin de bénéficier des liquidités ainsi attirées. La seule différence à ce stade est l'absence de la personnalité morale des FCC et sa présence dans le cas des SCF.

Ainsi la technique de création de véhicules de mobilisation est une solution pour le refinancement à long terme des établissements de crédit, selon Philippe Maronnier, Président de la Commission AFTB sur le refinancement à long terme. On comprend qu'elle est la plus utilisée dans le domaine immobilier qui requiert des financements longs et lourds.

En effet, depuis la fin du XIXème siècle on peut lire : "L'attention des économistes et des juristes se porte depuis longtemps sur les moyens d'élargir le crédit foncier en le mobilisant : il est acquis que faciliter la cession des titres hypothécaires, c'est donner aux créanciers un moyen plus rapide de rentrer dans les capitaux avancés, c'est de multiplier par là même le nombre des prêteurs et, par suite, donner plus d'étendue au crédit".

Et il est vrai que le but essentiel de la titrisation est celui d'obtenir une baisse des taux d'intérêt dont devraient en priorité bénéficier les particuliers. Ainsi, l'objectif d'aide au financement du crédit au logement serait atteint par le processus d'affectation de l'épargne aux besoins de l'économie lequel passe de plus en plus par les marchés financiers. La titrisation contribue alors directement à une meilleure allocation de l'épargne au financement de l'économie.

En schématisant, l'opération de titrisation des crédits signifie que les établissements de crédit qui sont les prêteurs d'origine vendent l'actif qui constitue pour eux un prêt ou une mobilisation d'effets, et que cet actif ajouté à d'autres va être offert sur le marché des capitaux sous la forme de valeurs mobilières. C'est ainsi une représentation d'un droit de créance par un instrument.

En effet, à travers les dispositions de la loi de 1988 on constate que la technique de titrisation met en place une opération complexe qui aboutit à transformer les créances détenues par les établissements de crédit en valeurs mobilières. On traduit formellement le droit sur le titre, on le "titrise", en vue d'une finalité claire et constante : en faciliter la cession grâce à la commodité instrumentale offerte par le titre. Car le but assigné à la création de titres n'est rien d'autre que celui de permettre d'échapper aux formalités de la cession de droit commun et réussir ainsi une économie de moyens. Il s'agit d'une technique de cession de créances un peu particulière : les banques souhaitent rendre négociables les créances qu'elles détiennent, or, incorporée dans un titre une créance est devenue un bien mobilier et circule entre ses détenteurs successifs.

Un même constat peut être fait par rapport à la technique de cession de créances par le biais des sociétés de crédit foncier. Une loi récente de 25 juin 1999 généralise la technique des sociétés de crédit foncier (SCF) dans un domaine alors dominé par deux intervenants : le Crédit Foncier de France et le Crédit Foncier et Communal d'Alsace. Ainsi, il s'agit d'établissements de crédit à objet exclusif de consentir ou acquérir des prêts garantis par une hypothèque, des prêts à des personnes physiques et autres titres et valeurs privilégiées et d'émettre en contrepartie des obligations foncières et autres ressources privilégiées. La SCF acquiert des créances de qualité et émet des obligations sécurisées. Les créances en question sont donc "transformées en valeurs mobilières" cette fois de par le passage dans un bilan appartenant à une structures sociétaire.

Ainsi, aujourd'hui les FCC et les SCF se partagent le marché de refinancement des prêts bancaires.

Ces structures sont des véhicules chers, donc, servant à un refinancement de créances engendrant des coûts encore plus importants. En outre, il s'agit d'opérations à exécution successive et destinées à un certain temps de vie. On voit donc que le domaine de prédilection de ces cessions sera celui du crédit immobilier. Or, celui-ci est garanti systématiquement par une sûreté réelle. Ainsi, la sûreté constituera le plus souvent l'élément fondamental de l'appréciation du risque. Alors, assurer un transfert efficace sera une des préoccupations centrale des opérateurs.

On se pose alors deux questions : comment opérer un transfert de sûreté par un mode simplifié de cession de créance et comment ensuite profiter pleinement de la position avantageuse qu'elle confère ?

Il faut remarquer que les deux procédés ne sont pas propres au droit français et viennent s'insérer dans un paysage juridique déjà élaboré tant au plan structurel (plusieurs mécanismes de mobilisation et refinancement déjà en fonctionnement) que conceptuel (une réflexion doctrinale bien avancée). On aurait pu craindre alors que ces nouvelles techniques forcent l'harmonie de la théorie juridique. Or, cela ne fut pas le cas. En effet, au long de cette étude, on pourra constater que ce nouvel acquis du monde de refinancement ne fait que refléter l'évolution déjà amorcée par la jurisprudence et suivie par le législateur. Bien au contraire plutôt qu'être une révolution dans les techniques de transfert des sûretés, ces procédés ont favorisé le retour par la jurisprudence à une approche très orthodoxe et une lecture rigoureuse des textes du code civil. Ainsi, on pourra constater que cette spécificité du régime de transfert simplifié des sûretés n'est qu'apparente (I). Ensuite, il conviendra de voir comment le caractère simplifié et donc voulu occulte influe sur la gestion des sûretés et quelles sont les techniques spécifiques par lesquelles les lois de 23 décembre 1988 et de 25 juin 1999 ont garanti à leur cessionnaires la mise en oeuvre efficace de leur droits (II).

I - La réalisation du transfert de la sûreté

Il est intéressant de citer un passage d'une étude faite par Dominique Legeais publiée dans les *Mélanges Michel Cabrillac* pour donner une bonne introduction pour cette question : "Aujourd'hui, le droit des sûretés est en présence d'un nouveau défi : celui de la satisfaction des impératifs liés au développement des instruments financiers. L'exigence de sécurité fait partie des impératifs majeurs du droit des marchés financiers. Il apparaît aujourd'hui que le droit financier n'est pas un droit marginal. Il peut être rattaché au droit commun. Simplement, comme tous les droits spéciaux, il est de nature à influencer la théorie générale. Par nécessité, le droit des valeurs mobilières a toujours été un facteur d'évolution du droit des garanties. Plus que dans d'autres domaines, les garanties doivent satisfaire aux exigences de rapidité et d'efficacité de la pratique. Les opérateurs ne peuvent donc se satisfaire du formalisme et des procédures nécessaires à la constitution et à la mise en jeu des sûretés réelles classiques. Les garanties boursières ont donc pour ces raisons toujours été soumises à des règles dérogoires. Beaucoup des règles nouvelles sont toutefois rendues possibles par les caractéristiques propres des

marchés financiers et à la qualité des intervenants. L'allégement du formalisme apparaît comme l'une des caractéristiques essentielles des garanties propres aux marchés financiers. Une telle mise à l'écart des dispositions d'ordre public est difficilement justifiable. Si le législateur est intervenu en ce sens c'est qu'il lui était difficile de faire autrement sous peine de voir la place de Paris être marginalisée."

Cette idée résume bien l'approche traditionnelle de la question qui consiste à voir dans la titrisation et les SCF un procédé dérogatoire au droit commun par son caractère occulte et la dispense de toutes les formalités.

C'est ainsi qu'on le rapproche beaucoup plus facilement des titres négociables de droit commercial que de la cession de créance civile. On constate que souvent un rapprochement est fait entre le procédé de la cession de la créance et celui de cession de la sûreté. On estime ainsi que si la cession de la créance est facilitée, la cession de la sûreté l'est forcément. Ceci est incontestable. Or, l'inverse n'est pas vrai. Ce n'est pas parce qu'une cession de créance est entourée de formalités que celle de la sûreté l'est aussi. Les deux obéissent à des régimes gouvernés par des logiques très différentes. Alors que dans le cas d'une créance on distingue le caractère civil ou commercial de la modalité de cession, dans le monde des sûretés on oppose la constitution de la charge et sa transmission. Ainsi, il est parfaitement envisageable de considérer que les modes simplifiés de transmission des créances, qu'une majorité de doctrine identifie comme des bordereaux magiques par leur effets (A), s'insèrent parfaitement dans le cadre du droit commun des sûretés (B). En réalité, ce qu'on appelle "droit spécial des sûretés" n'existe pas.

A/ Le droit spécial des bordereaux "magiques"

Dans cette partie, on essayera de suivre l'opinion selon laquelle le législateur a soumis toute une profession à des règles spéciales en matière de transmission des sûretés. Ainsi, il s'agit ici de présenter le mécanisme institué par les lois de 1988 et 1999 et constater que bien que la règle de droit commun est fidèlement reprise, on peut penser à ce stade qu'une dérogation à tout un régime de publicité foncière a été organisée (1). Les raisons d'être de telle dérogation pousseront à chercher des applications plus anciennes de ces mêmes mécanismes. Ainsi, tout un secteur d'activité semblera être soumis à une réglementation en marge des règles habituelles (2).

1. L'organisation du transfert des sûretés dans la titrisation et les SCF

Dans les deux techniques (titrisation comme SCF), chaque fois un transfert simplifié de la créance est prévu par les dispositions légales. En effet, la rédaction des articles 34 de la loi de 1988 et 105 de la loi de 1999 est très proche pour ne pas dire similaire (quelques différences subsistent du fait de la personnalité morale des SCF). Suivant ce régime particulier "la cession des créances s'effectue par la seule remise d'un bordereau dont les énonciations sont fixées par décret. Elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposées sur le bordereau lors de sa remise. La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés garantissant chaque créance et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité."

On va prendre les deux parties de la disposition légale interprétée comme instituant ce droit spécial du transfert des sûretés et commenter leur portée.

a) La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés garantissant chaque créance...

Il existe un droit commun de transmission des accessoires dont les grands principes sont énoncés à l'article 1692 du code civil. Ce texte s'applique aux modes simplifiés de cession. En effet, il s'agit d'un texte de base qui constitue le droit commun de toute transmission de créance quelque soit le procédé utilisé.

La logique de l'article 1692 fait apparaître le rôle primordial que peut jouer une sûreté. En effet, aux yeux du créancier, une créance aura d'autant plus de valeur si elle est garantie par une sûreté. La sûreté est un des mécanismes qui permettent au créancier de ne pas souffrir de l'insolvabilité de son débiteur. Ainsi, accordée dans le but déterminé de faciliter le recouvrement et donc, liée au sort de la créance qui en représente les contours, la sûreté devrait logiquement subir son sort.

Les auteurs disent en général qu'une sûreté est une prérogative accessoire de l'obligation destinée à en assurer l'exécution. Ainsi, elle est attachée à une créance déterminée et en dépend pour ce qui touche son étendue et son existence. Le caractère accessoire de la sûreté est donc une des ses caractéristiques essentielles. Comme une conséquence logique, un régime spécifique prévoit sa transmission avec la créance à laquelle elle est liée.

Car l'article 1692 du code civil énonce : "La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège ou hypothèque". Se trouve ainsi codifiée la maxime "*Accessorium sequitur principale suum*".

Plusieurs justifications de cette maxime ont été avancées. L'une d'entre elles consiste à dire que le cessionnaire ne peut avoir de droits plus étendus ni moindres que ceux du cédant. Ainsi la cession de créance transfère au cessionnaire tous les droits qu'avait le cédant contre le cédé, tous les moyens dont disposait le créancier pour faire valoir sa créance. Une autre explication justifie la maxime par le principe de la conservation des droits transmis qui a pour conséquence le fait que la créance passe au cessionnaire avec tous ses attributs, positifs et négatifs.

Alors, un cautionnement ou une hypothèque suivront la créance en quelques mains qu'elle se trouve. Cette constatation apparaît logique : la mise en oeuvre de la sûreté dépendra de la situation financière du débiteur principal. Ainsi, la personnalité du créancier est pour le garant indifférente. Le fait qu'elle ait subi des changements ne change en rien sa situation, le transfert automatique des accessoires proclamé par le législateur et la doctrine ne font que constater cet état de fait.

Il est possible qu'il existe dans le cas des sûretés personnelles une exception à cette automaticité. On aurait pu la présenter comme une modalité nécessaire afin de rendre la transmission de la sûreté opposable aux tiers par rapport au contrat de cession de créance. Cependant, cette exception étant propre aux sûretés personnelles qui ne posent plus de problèmes particuliers par la suite de cette étude consacrée dans sa grande partie à la problématique des sûretés réelles, il a semblé être plus cohérent pour l'ensemble de l'analyse d'adapter comme notion de tiers celle retenue par l'article 30 du décret du 4 janvier 1955. La caution ne pouvant entrer dans son champ, l'opposabilité de la transmission de sûreté à celle-ci sera envisagée maintenant.

Certains invoquent à ce sujet une forte incidence de l'*intuitus personae* qui fausserait l'automaticité du transfert. Il est vrai que l'engagement de la caution est donné en faveur d'un débiteur précis. Il s'apprécie par rapport à la dette garantie et surtout par rapport à la personnalité du débiteur et l'état de son patrimoine. Ainsi, on peut effectivement penser qu'il s'agit d'une relation *intuitus personae* par référence. En effet, la dette potentielle de la caution vis-à-vis du créancier bénéficiaire de la garantie est conditionnée par la personne même du débiteur principal.

Cependant, on ne saurait s'arrêter à ce stade du raisonnement. La distinction fondamentale dans la matière devrait être faite semble-t-il entre le changement dans la personnalité du créancier et celle du débiteur. Car c'est seulement dans la deuxième hypothèse que l'économie initiale du contrat de cautionnement est bouleversée et rend indispensable le consentement de la caution pour la continuation de la relation contractuelle. Ainsi on voit que la garantie personnelle porte bien son nom : elle s'attache à la personne garantie plus qu'à un montant, même soigneusement déterminé. (Une sûreté réelle, quant à elle, s'apprécie dans cette logique par rapport à un bien grevé et aucun *intuitus personae* ne rentre en jeu. On évoque à son égard le principe de permanence de support : la personnalité du créancier importe peu.) Ainsi, une titrisation ou SCF ne provoquant qu'un changement de la personne du créancier, il serait possible d'invoquer le bénéfice d'un cautionnement de la créance cédée en vue d'une titrisation. L'information de la caution ne sera pas nécessaire et la cession lui sera tout de même opposable.

Mais, on rencontre des opinions contraires qui donnent beaucoup plus d'importance à la considération de la personnalité du créancier.

La réflexion a été menée à l'occasion des questions de la transmissibilité des cautionnements dans le cadre de la transmission universelle du patrimoine et notamment dans les opérations de fusion. On peut sans doute rapprocher le mécanisme de la transmission universelle avec la transmission volontaire de créance quant à la problématique de l'incidence de ces opérations sur les accessoires des créances ainsi transférées. En effet, un *intuitus personae* dont il est question dans le cas des sûretés personnelles, s'oppose à la survie de la relation contractuelle en cas de changement du contractant dont la personnalité forme l'objet du contrat. Il affectera alors de la même façon toute transmission de la créance sans égard à sa nature volontaire ou subie.

Ainsi, il est intéressant de rapporter l'opinion de M. Coquelet dans sa thèse intitulée *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*. Il estime qu'au regard des principes généraux gouvernant la transmission universelle de patrimoine, la transmissibilité du cautionnement constitue la règle. En effet, étant un contrat accessoire, il se transmet pour les mêmes causes que le contrat principal auquel il est attaché. Cependant il constate que la jurisprudence dans le cadre de cautionnement des dettes futures a posé en règle que si la considération de la personne n'est pas l'objet principal du contrat, il n'en demeure pas moins que la caution ne s'engage qu'en raison des facteurs générateurs du passif à couvrir que sont les personnalités respectives du débiteur et du créancier. Ainsi, elle estime que l'engagement de la caution étant défini par rapport à la personne du débiteur ou du créancier, la modification de leur personnalité entraîne la disparition pour l'avenir de l'engagement de couverture de la caution. La personnalité du débiteur et du créancier sont des éléments de mesure fournis à la caution pour apprécier non seulement la probabilité d'un passif à couvrir mais aussi la quantification de son montant futur. Alors, la relation s'éteint chaque fois que la personnalité juridique de l'une des parties au rapport de cautionnement est directement affectée par l'opération de transmission. L'argument invoqué à l'appui de la prise en compte de la personnalité du créancier au même titre que de celle du débiteur est notamment sa sévérité dans l'octroi de crédit pouvant laisser penser à la caution que le passif ne sera pas exagérément gonflé. Or, M. Coquelet critique cette idée en disant qu'il serait exagéré d'estimer que changement de la personnalité du créancier éteint le contrat. L'imaginer serait exagéré et ne correspondrait ni à la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal ni à la conception stricte de l'*intuitus personae*.

Pourtant il est vrai que dans le cas d'un cautionnement de dettes futures le créancier joue un rôle beaucoup plus actif que lorsqu'il s'agit d'un prêt d'une somme bien délimité dans son montant dès l'origine. On peut donc penser que la considération de la personne du créancier est spécifique à ce type de cautionnement.

Aussi, on peut critiquer une telle position qui se fonde notamment sur l'appréciation par la caution de la façon dont le créancier procède au recouvrement de ses créances. Car si on estime que ce fait participe de l'objet du contrat et détermine par nature le consentement du donneur de la sûreté personnelle, ce qui serait exagéré, on voit difficilement pourquoi alors il faudrait le limiter au seul cautionnement des dettes futures et non pas l'étendre à tous les types de sûretés.

Cela étant exposé, on admet généralement qu'un certain *intuitus personae* "contractuel" peut être inséré dans n'importe quel contrat. Il faudrait donc vérifier que le garant n'a pas subordonné la persistance de son engagement à l'immutabilité de la personnalité du débiteur et du créancier. Dans cette hypothèse un accord du garant devra être recueilli pour la poursuite de la relation contractuelle.

En définitive, il existe bien un principe général de transmission accessoire de la sûreté. Ainsi, on peut donc penser que la loi de 1988 ne fait que reprendre une solution de droit commun qui énonce un acquis bien établi. C'est ici qu'on pourra délimiter avec précision l'intérêt de cette étude. En effet, l'article 1692 du code civil bien qu'instaurant un principe de transmission automatique de l'accessoire de la créance qui est la sûreté, il s'agit là d'un texte de droit commun. Or, il convient de rechercher si une loi spéciale ne vient nuancer ce principe.

Il apparaît alors très vite que ce principe n'a qu'une portée réduite aux relations entre les parties et ne procure pas à l'opération une opposabilité absolue. En effet, il existe des règles spéciales qui tempèrent l'automatisme du transfert des sûretés en imposant aux parties à l'acte d'effectuer certaines formalités afin d'opposer le transfert de la sûreté aux tiers. Alors, l'article 34 de la loi de 1988 dispense les parties d'y procéder.

b) ... et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité

En effet, la rédaction de l'article 34 dispense les parties d'avoir à procéder à certaines formalités. On peut dire avec certitude qu'il ne peut s'agir que des formalités qui conditionnent l'opposabilité aux tiers de la transmission de la sûreté. Le législateur a certainement visé le système de la publicité foncière et ainsi seules les sûretés réelles, sujettes par nature, à ce régime sont concernées. En effet, la sécurité des créances hypothécaires s'accompagne depuis toujours de leur lourdeur.

Tout le régime de la titrisation et des SCF est tourné vers la circulation des créances hypothécaires. On peut l'affirmer dès maintenant, alors qu'on constatera plus tard que les deux régimes s'intègrent dans le marché de refinancement interbancaire qui a été créé afin d'alléger la charge des prêts hypothécaires pesant sur les banques. Ce but peut être supposé dans la titrisation, il devient flagrant dans le cas des SCF qui émettent des obligations foncières, c'est-à-dire celles garanties par des sûretés hypothécaires. (Il est vrai que les prêts garantis par l'Etat et

les collectivités locales sont aussi éligibles à la cession par bordereau, et le FCC peut devenir le cessionnaire d'une créance cautionnée, mais leur aménagement n'était pas la préoccupation essentielle du législateur.)

Ainsi, il a fallu une intervention expresse d'une loi pour rassurer les professionnels sur la dispense de la formalité foncière. C'est encore un indice pour affirmer que la publicité foncière était au coeur du débat. D'ailleurs, certains ont appelé le bordereau de titrisation "bordereau magique". C'est là qu'ils ont dit que la loi de 1988 sur les FCC a introduit en France un procédé de cession de créances qui relève quasiment de la magie. Avec le bordereau, le transfert de la propriété des créances et des sûretés qui y sont attachées prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers sans autres formalités que celle de la remise du titre dont les énonciations sont réduites à leur plus simple expression.

Le droit de la publicité foncière quant à lui est constitué par l'ensemble des règles destinées à faire connaître aux tiers intéressés la situation juridique des immeubles. Ainsi, la publicité foncière garantit la sécurité des opérations juridiques portant sur des immeubles et sanctionne toute constitution occulte d'une sûreté. La sanction du défaut d'inscription se traduit par une inopposabilité aux tiers car le conflit entre plusieurs créanciers hypothécaires ou privilégiés se règle d'après la date d'inscription.

Toute la question est donc de savoir si "toute autre formalité" de l'article 34 de la loi de 1988 exclut ces régimes spéciaux. En effet, de vifs débats et interrogations des professionnels et de la doctrine ont été suscités par la rédaction initiale de cet article qui ne comportait pas la dispense expresse de formalités de la publicité foncière. A l'époque on ne savait pas si un régime aussi crucial que celui de la publicité foncière pouvait être aussi facilement mis à l'écart.

En effet, on a l'habitude d'avoir un réflexe bien acquis de se tourner vers le décret du 4 janvier 1955 instaurant le système de la publicité foncière en France dès lors qu'il s'agit d'une sûreté réelle. L'affirmation que le transfert des sûretés réelles, phase fondamentale, appelle et implique de respecter les règles classiques de la publicité foncière, c'est-à-dire pour les créances hypothécaires, les règles de l'article 2149 du code civil, est classique.

Ainsi, toute opération qui entraîne constitution de droit réel nouveau, changement dans la situation des parties ou autre événement doit *a priori* faire l'objet au moins d'une mention modificative en marge de l'inscription initiale. C'est dans cette logique qu'en 1989 (avant la précision apportée en 1993 sur la dispense de formalités), des auteurs estiment que si les créances sont garanties par des hypothèques, la transmission devrait être mentionnée en marge des inscriptions pour être opposable aux tiers. Cependant, bien conscients des problèmes du coût qui pourrait remettre en cause tout le mécanisme, ils retrouvent dans les dispositions d'ordre fiscal l'allègement des taxes. Alors, selon leur opinion, cette mention en marge serait exonérée de la taxe de publicité foncière mais entraînerait l'exigibilité du salaire du conservateur des hypothèques au taux de 0,05% sur le montant des créances et accessoires garantis.

La doctrine n'envisageait pas une éventuelle possibilité d'absence de formalité. Ainsi on peut voir des auteurs qui interprètent en ce sens les textes du décret. En effet, l'article 2 - 5° du décret du 9 mars 1989 prévoit toujours sur le bordereau de cession "La mention que la cession emporte l'obligation pour le cédant en sa qualité d'établissement chargé du recouvrement de procéder à la demande du cessionnaire à tout acte nécessaire à la conservation des sûretés, à leur modification éventuelle, à leur mise en jeu, à leur mainlevée et à leur exécution forcée." Ainsi, avant 1993 le débat se déplaçait sur le terrain du moment de la publication.

On peut lire en 1989 l'opinion suivante : "S'agissant de la difficile question du moment à retenir pour procéder aux formalités de la publicité foncière en ce qui concerne les créances hypothécaires titrisées, plusieurs solutions furent envisagées : maintenir l'obligation des formalités lourdes et onéreuses de l'article 2149 - cette solution risquait de rendre inopérante la titrisation. Prescrire dans la loi la dispense de ces formalités - cette solution emportait le double risque de faire perdre toute efficacité au registre des hypothèques et de porter atteinte à la sécurité du crédit en général. Prévoir par mention dans l'acte notarié de prêt initial la possibilité de céder ladite créance à un FCC avec l'inscription de cette éventualité au registre des hypothèques - cette solution avait le mérite de prévenir toute personne intéressée, mais demeurait insuffisante pour tenir compte des modifications réelles intervenues dans la personne du créancier bénéficiaire de l'inscription et pour permettre au FCC d'être assuré d'être appelé à toute procédure d'ordre portant sur l'assiette de la sûreté, dans la mesure où ces modifications ne feraient pas l'objet de la publicité. La solution retenue est donc celle de l'article 2 - 5° du décret.

Ainsi, face à ces débats, en 1993, le législateur a amené une précision importante aux yeux des professionnels du refinancement en les dispensant de façon expresse des formalités de la publicité foncière dont il a mis si longtemps à organiser le fonctionnement et l'efficacité. C'est une solution, certes, aux incertitudes des professionnels, mais on verra plus loin que le droit commun aurait permis de traiter cette question avec un peu plus de cohérence.

Alors, après l'intervention de cette loi spéciale, on a pu croire que depuis, les banquiers se sont placés en marge du droit de la publicité foncière. Seulement on verra maintenant que ce résultat avait été préparé longtemps à l'avance.

2. Une solution généralisée dans le cadre du marché de refinancement

On pourrait emprunter la phrase de M. Vidalenc afin de caractériser l'ancienne tendance des praticiens. Il écrit : "L'humanité a longtemps caressé un rêve : celui de la transmutation des métaux. Les alchimistes ont des descendants : ils sont juristes, banquiers, assureurs et s'occupent de l'économie et du droit de la propriété immobilière. Trouver le secret qui permet de faire circuler les richesses immobilières sans formalités et sans frais. C'est la pierre philosophale moderne : la titrisation des immeubles."

Cependant, la solution n'est nullement propre aux bordereaux de la titrisation ni d'ailleurs aux obligations foncières. En effet, depuis bien longtemps existe et fonctionne un marché de refinancement sur lequel des questions similaires ont pu être posées. Donc, la question n'étant pas réservée aux "modes modernes" de transmission des créances hypothécaires, il serait intéressant de les replacer dans le contexte de leur utilisation afin d'en déceler des spécificités qu'on pourrait systématiser dans un régime plus global. Cependant, il ne serait pas cohérent de passer outre les raisons d'être de l'existence de ces mécanismes.

Car il s'agit d'une véritable institution offrant aux banques les diverses méthodes de cession de créances dans le but de se procurer des liquidités. Les FCC et les SCF, arrivant à la fin de cette évolution d'ensemble, peuvent en matière de transmission des sûretés être rapprochées de ces divers mécanismes et ainsi profiter des solutions dégagées bien avant.

a) Le refinancement interbancaire par des titres négociables

Traditionnellement, la place de l'hypothèque dans les opérations de banque est limitée en raison des complications et des frais de constitution et de sa publicité, si ce n'est pour la garantie des crédits à moyen et long terme consentis par des établissements spécialisés (Crédit Foncier, Caisse de crédit agricole...). Cependant, la pratique et le législateur modernes ont entrepris des efforts pour simplifier la transmission de la sûreté. En vérité, la transmissibilité de l'hypothèque est liée au commerce des créances. L'hypothèque favorise ce commerce : créances garanties sont à échéance éloignée ce qui permet de faire sur elles un plus grand nombre d'opérations, d'autre part, l'hypothèque demeure une sûreté fiable qui assure au créancier un paiement et qui diminue les risques de l'opération.

Les praticiens confient : le marché immobilier est par essence fortement capitalistique. Il requiert des financements lourds. Du fait de cette caractéristique, le nombre d'intervenants est limité et le marché peut être sujet à des crises de liquidité au cas où ces intervenants décident de se replier ou se recentrer sur d'autres activités. Les prêts immobiliers étant des prêts à long terme, l'immobilisation de l'argent aussi importante aurait provoqué des pertes importantes aux professionnels du crédit et par la suite une augmentation de son coût.

Afin d'éviter de telles conséquences, il a été institué un marché interbancaire qui offre aux établissements octroyant des crédits la possibilité de négocier leurs créances hypothécaires.

Ainsi on assiste avec les techniques du refinancement bancaire à l'émergence des modes simplifiés de cession de créances. Parallèlement, la transmission des sûretés est aménagée. On parle alors de la cambiarisation et la bancarisation de la transmission des sûretés réelles immobilières qui sont encore plus marquées dans les nouvelles techniques de mobilisation des crédits hypothécaires.

En effet, les établissements de crédit ont toujours eu recours à un marché des créances hypothécaires. Il met en présence des organismes détenteurs des créances hypothécaires et des organismes spécialisés dans le refinancement. L'allègement des formalités est alors une nécessité. Le nombre d'opérations rend impossible le respect des formalités ordinaires exigées pour une cession de créance.

Ce marché s'est organisé sous deux formes : les banques recourent tantôt à des émissions d'effets de commerce qu'elles font circuler dans le milieu bancaire, tantôt elles cèdent leur créances à des structures spécialement instituées à cet effet lesquelles à leur tour proposent des placement à un public plus large sous la forme de valeurs mobilières.

Ainsi, on a d'abord eu recours aux Sociétés de Crédit Foncier qui sont nées en Allemagne au XVIIIème siècle, sous la forme de banques hypothécaires. En France, Louis Wolowski vers 1850 exposait dans un mémoire à l'Académie des Sciences morales le mécanisme de ces établissements fonciers. Il souhaitait obtenir l'autorisation de créer une banque hypothécaire qui permettrait aux propriétaires exploitants agricoles de mobiliser leur foncier pour financer "des bureaux d'études" et de s'assurer "le concours d'ingénieurs". Par décret du 10 décembre 1852 la Banque Foncière de Paris ainsi créée prend la dénomination de Crédit Foncier de France (CFF). Plus tard, en 1966 il lui a été confiée par l'Etat l'organisation et la tutelle du marché hypothécaire. Par un avis du 23 septembre 1966 du CFF ce marché a été institué "en vue de permettre aux organismes pratiquant le crédit hypothécaire au logement de mobiliser, en tant que de besoin, les créances représentatives de leurs prêts auprès du système bancaire ou des institutions collectives d'épargne". Ainsi, le CFF est au centre du système bancaire de mobilisation des créances hypothécaires. Il est de type fermé : ne sont admis à y participer que les organismes figurant sur une liste établie par le CFF. Les créances hypothécaires ne circulent pas elles-mêmes sur le marché, elles y sont représentées par des "billets de mobilisation". La banque qui souhaite mobiliser ses crédits émet un billet à ordre dont elle est seule à garantir le paiement, à l'exclusion des endossataires successifs. Le porteur du billet peut obtenir une garantie. Il s'agit de la mise à disposition d'un volume de créances correspondant au montant du billet. Cette mise à disposition consiste à individualiser, dans un dossier tenu par la banque émettrice, des créances hypothécaires pour un montant déterminé. La remise matérielle des titres de créances, obtenue contre restitution du billet, transfère au porteur, sans autres formalités, la propriété des créances avec les intérêts, les avantages et les garanties qui y sont attachées.

Alors, en cherchant une diversité de plus en plus fournie pour leur méthodes de refinancement, les praticiens ont constaté que les juges traitaient d'une manière à part la transmission des sûretés dans le cadre de leur incorporation dans des titres cambiaires. En effet, cette jurisprudence est constante : on peut en citer deux exemples. Dans un arrêt du 20 juin 1854 la chambre civile de la cour de cassation énonce : "Cette provision, ainsi que les garanties accessoires, et notamment l'hypothèque que, pour mieux l'assurer, le tireur s'est fait constituer sur les biens du tiré, sont affectés spécialement et par droit de préférence et de priorité, au paiement de la lettre de change. Suivant l'Article 136 la propriété de la lettre de change se transmettant par voie d'endossement, la provision et l'hypothèque qui la garantit, passent, en même temps que la lettre elle-même, conformément à l'article 1692 au porteur en vertu d'un ordre régulier." Le 14 novembre 1901 la cour d'appel de Douai confirme : "Attendu que l'endossement transfère au tiers porteur la propriété de la lettre de change avec tous les accessoires qui y sont attachés, tels que gage ou hypothèque ; que le transport de ces sûretés s'opère par le seul effet de l'endossement."

La grosse au porteur et la grosse à ordre ont été créées par la pratique dans le même esprit : les actes constatant les créances prévoient l'usage des techniques simplifiées de transmission des créances rapides et discrètes du droit commercial. Rien ne s'oppose théoriquement à ce qu'un créancier, avec l'accord de son débiteur, décide d'incorporer sa créance dans un titre à ordre ou au porteur. La jurisprudence ne s'est d'ailleurs pas opposée à cette pratique. La contrepartie de cette facilité était le fait d'échapper aux règles protectrices du code civil. Mais alors on a assisté à de certains "sinistres" financiers dont une des causes était la trop grande facilité avec laquelle les créances même hypothécaires - et donc présentant *a priori* une grande sécurité pour les créanciers - pouvaient être transmises. Alors, une loi de 15 juin 1976 a donné un cadre juridique à ces modes de transmission non réglés par le code civil et qui ne faisaient jusque là l'objet d'aucune réglementation. Lors de son élaboration, et après consultation des praticiens, la commission parlementaire a pensé qu'il était utile d'éviter toute difficulté avec les conservateurs d'hypothèques lors de l'accomplissement des formalités de mainlevée. C'est pourquoi il a été prévu que l'opposabilité aux tiers soit assurée sans qu'il soit besoin de formalités de publicité foncière.

L'effet de l'endossement est donc la transmission de créance avec tous ses accessoires, ces derniers sont bien entendu les sûretés (réelles ou personnelles) qui seront transmises de plein droit, sans formalité. C'est ici que les auteurs soulignent la spécificité de la copie exécutoire à ordre : du fait que cette transmissibilité particulière a été

mentionnée dans le bordereau d'inscription, l'endossement n'entraînera aucune formalité au bureau des hypothèques compétent. En outre, et afin de ne pas gêner le marché hypothécaire lequel prévoyait déjà une transmission des sûretés facilitée, un certain nombre d'articles de loi de 1976, réglementant minutieusement l'endossement des copies exécutoires à ordre, se trouve mis à écart lorsqu'il s'agit de l'intervention d'un créancier privilégié tel que établissement bancaire, financier ou de crédit à statut spécial.

Nous pouvons donc remarquer l'apparition du premier véhicule de cession simplifié de créance hypothécaire avec le bordereau des copies exécutoires à ordre. La loi de 1981 instaurant le bordereau Dailly généralise le procédé en créant un bordereau spécial poursuivant le même but. Le concept de bordereau n'est donc plus nouveau, mais il accède en 1981, selon M. Gavaldà, à la dignité d'instrument juridique de transfert de créance. L'effet majeur de cette nouvelle procédure est de transférer à l'établissement de crédit les droits des créances sous bordereau, ainsi que leurs accessoires et sûretés et produisant ses effets non seulement entre les parties mais *erga omnes*.

b) L'appel à l'épargne publique

Une autre façon de procéder à un refinancement efficace est celle de se tourner vers l'épargne publique et sortir du cercle fermé des professionnels du crédit.

Un organisme pivot du système a d'abord été la caisse de refinancement hypothécaire. Elle a pour objet exclusif de refinancer les crédits immobiliers accordés ou avalisés exclusivement par ses actionnaires, ayant donné lieu à des billets de mobilisation souscrits à son ordre, représentatifs de créances éligibles au marché hypothécaire et garantis par une hypothèque ou un privilège immobilier de premier rang. Pour cela elle émet des obligations en continue : généralement tous les quinze jours.

Le refinancement par le biais des SCF, introduit plus récemment, rappelle cette même technique et consiste à porter à l'actif de telle société, par acquisition ou par émission, des créances présentant de bonnes garanties de paiement en raison des sûretés qui leur sont attachées ou du statut de leur débiteur. La même trame du fond peut être décelée : l'immeuble devient la contrepartie gagée de l'obligation émise par une société de crédit foncier (SCF).

Les nouvelles dispositions ont aussi le but de banaliser le statut des SCF et d'ouvrir le marché des obligations foncières. Car le refinancement est ainsi ouvert à tous les établissements de crédit et non plus qu'aux adhérents du CFF, comme c'est le cas sur le marché hypothécaire, géré par celui-ci.

La titrisation, introduite en France pour offrir une alternative au marché hypothécaire et diversifier les modes de refinancement, adopte finalement aussi le même schéma. Elle constituera un instrument financier supplémentaire parmi de nombreux autres déjà existants.

La remarque définitive portera sur le fait que la titrisation et les SCF utilisent le même système de bordereau.

Ainsi, le monde des professionnels du crédit connaît toute une gamme de procédés simplifiés de cession de créances hypothécaires. A chaque fois le législateur est intervenu pour permettre de passer outre les formalités de publicité foncière. La liste des bordereaux "magiques" n'arrête pas de s'agrandir.

Les commentateurs constatent que l'effondrement du marché immobilier n'en finit pas de stimuler la recherche en ingénierie financière. On parle souvent alors de la financiarisation de la crise de l'immobilier. Mais le législateur est bien présent et n'hésite pas à intervenir pour créer les meilleures conditions de gestion des créances afin d'y remédier. Pourrait-on alors dire que les établissements de crédit se sont élaborés un système à part ?

Effectivement, une cohérence d'ensemble dans toute cette construction est flagrante : l'objectif majeur est de faciliter le transfert des créances et leur mobilisation. Pour cela les garanties, qui jouent ici un rôle primordial car déterminent le succès de cette mobilisation et la confiance des investisseurs, doivent être transmissibles de façon simplifiée. Car il serait illusoire de vouloir par exemple titriser les créances les moins bonnes : si ces créances sont jugées peu attractives pour le cédant, elles le seront encore davantage pour l'investisseur. On peut estimer que le succès de tous ces procédés est conditionné par la qualité de la sûreté attachée à la créance et par son efficacité. Alors, dans le cadre du marché hypothécaire les sûretés auraient un mode propre de transmission.

La doctrine dans sa grande majorité convient alors que ces techniques simplifiées de cession de créance sont en passe de supplanter le droit commun et de rendre inutiles les formalités traditionnelles de publicité, même lorsque la créance en cause est hypothécaire.

Cependant, ce constat serait prématuré, s'il n'était pas confirmé par l'analyse des réponses du droit commun et non plus du "droit spécial" des professionnels du crédit.

En effet, avant de dire en conclusion qu'une décision d'opportunité a fini par réduire à néant tout le système de la publicité foncière, il conviendrait de se tourner au droit commun et voir si bien avant les lois de 1988 et 1999 la jurisprudence ne s'est pas déjà prononcée sur la sujet. C'est là qu'on constatera que la recherche ne saurait se limiter à l'études des textes spécifiques, mais doit être conduite en parallèle avec une réflexion sur l'interprétation des textes de droit commun.

B/ Le droit commun des transmissions occultes des sûretés

C'est la recherche des éléments qui ont servi de base à la construction du droit de la publicité foncière (1) qui apportera la clés de la réponse (2). On verra alors qu'il était inutile d'engager toute une polémique sur les modes simplifiés de transmission des sûretés qui ne font que suivre le régime général de la transmission des sûretés qui s'oppose au régime de leur constitution.

Ainsi, le régime de droit commun doit d'abord être identifié, ensuite il convient de rapporter la logique d'ensemble de la construction afin de bien déceler les applications.

Il est vrai que tout le mécanisme "spécial" de refinancement interbancaire aurait pu se fonder sur les dispositions générales du code civil. Cela aurait été parfaitement conforme à son esprit et aurait permis de dégager une solution d'ensemble. Car pour l'instant les interventions ponctuelles du législateur bien qu'ayant le mérite d'être claires ne couvrent que certaines hypothèses. Or, dès que les conditions posées par ces lois ne sont plus remplies, il est à craindre que le retour au droit commun s'impose.

1. L'application rendue possible par l'évolution de la conception du système de la publicité foncière

Le régime de transmission des sûretés est gouverné par l'article 2149 du code civil. Le fait que cette disposition n'avait pas été assortie de sanction par le législateur, a entraîné des interprétations hasardeuses de la part de la jurisprudence et corrélativement, une forte réaction de la doctrine. C'est au cours de ces débats, que la raison fondamentale du régime des publications a repris sa place. Ainsi, il convient de rapporter cette controverse afin de rappeler l'argumentation des opposants. La solution apparaîtra alors en toute logique et permettra de traiter des opérations jusque là restant en marge du droit "spécial" des bordereaux.

La publicité foncière a été instituée dans le but d'éviter les charges occultes constituées sur un bien immobilier, elle prône la transparence. Ainsi, la constitution de toute sûreté est sujette à des déclarations. Ensuite, il a fallu résoudre les conflits entre les titulaires de droits : il s'agit de tiers tenant des droits concurrents du même auteur sur le même bien.

La doctrine explique, en ce qui concerne la conservation des sûretés, que l'inscription a été instituée parce qu'il n'était plus tolérable que certaines charges, et parmi les plus lourdes, de la propriété demeurent occultes. D'ailleurs cette logique est bien ancienne et a été évoquée par les juridictions déjà en 1817 (Civ 11 juin 1817), qui énoncent notamment que le système de la publicité des privilèges et hypothèques est la base fondamentale de législation française sur le régime hypothécaire et que l'objet de cette publicité est d'avertir tous ceux qui peuvent y avoir intérêt que le gage est déjà absorbé en tout ou en partie. Ainsi, au fur et à mesure et pour que les renseignements fournis soient le plus complets possible, le nombre d'actes à publier a été sensiblement augmenté. La publication d'un acte a été subordonnée à la publication de l'acte précédent afin que la chaîne des titulaires successifs d'un droit soit bien continue. Le but de l'ensemble est donc d'assurer la sécurité des transactions immobilières.

Ainsi, il y a toujours eu un malaise d'éviter ces publications.

En matière de transmission des sûretés, l'article 2149 du code civil énonce : "Sont publiés par le conservateur sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes, les subrogations aux privilèges et hypothèques, mainlevées, réductions, cessions d'antériorité et transferts qui ont été consentis, prorogations de délais, changements de domicile et, d'une manière générale, toutes les modifications, notamment dans la personne du créancier bénéficiaire de l'inscription, qui n'ont pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur..."

Or, dans la titrisation et les SCF, comme dans toute opération de transmission de créance, ne change que le nom du titulaire de la sûreté transmise avec elle, sans que la constitution d'un nouveau droit alourdisse la charge déjà existante.

Cependant, le législateur n'avait pas prévu de sanction pour l'article 2149. Alors, les professionnels se sont trouvés devant un dilemme délicat : en suivant la logique générale de la publicité foncière, aucune inscription en marge ne pourrait être exigée de la part d'un cessionnaire ; n'apportant aucun changement dans la situation des tiers, ni aggravation de la situation du débiteur, on voyait mal pourquoi il fallait sanctionner par l'inopposabilité aux tiers une opération qui ne pouvait les concerner. Car de toute façon, les tiers doivent respecter une situation de droit déjà acquise et le fait que ce droit change de titulaire devrait leur être indifférent. Cependant, une autre approche pouvait être soutenue : ne se rapportant plus à une logique d'ensemble du système de la publicité foncière mais à la simple constatation que la méconnaissance d'une de ses dispositions est toujours sanctionnée par une inopposabilité aux tiers. Alors, en présence d'un texte qui organise une publication, la solution ne saurait être différente. L'incertitude juridique concernant le caractère obligatoire ou non de la mention en marge a nécessairement créé un trouble dans la pratique de la titrisation.

Or, c'est à travers l'existence d'une sanction, qu'on peut juger du caractère obligatoire ou facultatif de la publication.

a) De la publicité foncière, image fidèle de l'état des droits inscrits sur un bien...

Il s'agit de la deuxième approche. Elle a prévalu un certain temps dans la jurisprudence de la 3ème chambre civile de la cour de cassation dans les années 1980. Or, la loi instituant le système de la titrisation en France date bien de 1988. Ainsi, à cette date, on ne pouvait dire avec certitude si l'absence de l'inscription en marge de l'article 2149 était susceptible d'être sanctionnée par une inopposabilité.

Alors que la doctrine se posait la question, la cour de cassation, implicitement d'abord, puis, de manière expresse, a affirmé le caractère obligatoire de la publicité par mention en marge des inscriptions existantes des subrogations à l'hypothèque et des cessions d'antériorité.

Ainsi la 3ème chambre civile a débuté avec l'arrêt du 20 novembre 1973 : "Vu les art. 2134, 2149 du code civil et 30 de décret de 1955, attendu qu'en vertu de ces textes, les cessions d'antériorité de rang d'une hypothèque ne sont opposables aux tiers que si elles ont été publiées au bureau des hypothèques, sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes..." Dans la note sous l'arrêt M. Franc estime que depuis que l'article 2149 a été modifié par le décret de 1955, les mentions en marge doivent être considérées comme obligatoires. Ainsi, l'oeuvre prétorienne de la jurisprudence qui n'était pas bien audacieuse selon lui, a consisté à déclarer applicable, au défaut de mention en marge, la sanction de l'inopposabilité aux tiers, telle qu'elle existe pour les hypothèques et les privilèges immobiliers.

Une cession d'antériorité, dont il est question dans cette décision, aboutit à une substitution d'un créancier par un autre dans un rang des inscriptions. Par cet arrêt la cour de cassation déclare inopposable un tel changement aux autres créanciers. Le doute ainsi apparaît et vient du fait qu'il est facile de généraliser et appliquer la même interprétation du texte à toutes les opérations qui au fond ne font que changer le titulaire d'un droit sans concerner la charge que peut représenter ce droit sur le bien. Alors, ce n'est plus la cession d'antériorité qui est en cause, mais aussi les opérations de subrogation et de cession de créance.

Alors que l'incertitude s'installe, la cour de cassation réitère sa position dans un arrêt de 18 mars 1974 : "Mais attendu que les juges du fond retiennent, à juste titre, que la publicité prévue par l'article 2149 est obligatoire et nécessaire pour rendre la transmission de l'hypothèque opposable aux tiers ...". L'affirmation ne pouvait être

plus claire, l'article 2149 est désormais appliqué aux subrogations concernées par l'arrêt. M. Franc écrit alors : il est admis désormais que depuis la réforme de la publicité foncière et contrairement au système antérieur, la mention en marge de l'inscription hypothécaire est obligatoire pour rendre opposable aux tiers une subrogation d'hypothèque ou une cession d'antériorité. Selon cette jurisprudence, elle est obligatoire pour rendre cette formalité opposable aux tiers, dans les conditions de l'article 30, c'est-à-dire à des tiers qui, sur le même immeuble, possèdent des droits concurrents consentis par un auteur commun et qui ont régulièrement publié ces droits.

Ainsi, la cession d'antériorité et la subrogation suivent le même régime. Il ne pouvait en être autrement, mais la haute juridiction intervient encore une fois pour généraliser la solution qu'elle essaie d'imposer. Le 2 février 1982 un énoncé de principe tranche : "Mais attendu que la publicité prévue par l'article 2149, al. 1er, du code civil est obligatoire et nécessaire pour rendre la subrogation et la transmission de l'hypothèque opposable aux tiers, c'est à bon droit..." Ainsi, les commentateurs estiment que la jurisprudence de la cour de cassation est fixée.

Ces solutions suscitent des débats dans la doctrine. Certains l'approuvent (H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 5ème éd. par François Chabas, t. 3, vol. 1, n° 605 s.). Il est même soutenu que l'affirmation en soi n'a rien de choquant et résulte de l'interprétation d'une disposition précise, à la lumière de l'esprit général du texte dans lequel elle s'insère et, par surcroît, peut avoir une utilité. Pourtant d'autres auteurs sont beaucoup plus perplexes : la position de la cour de cassation revient à traiter de la transmission de l'hypothèque (ou de son rang) comme de la création d'un droit réel nouveau.

A côté de ce débat théorique, un problème plus pratique apparaît : par sa généralité, l'attendu de principe de 1982 vise toutes les opérations de transmission de droits. Or, le texte sur les copies exécutoires à ordre est adopté peu de temps avant. Une telle solution risque alors de compromettre le régime mis en place par la loi de 1976.

Pour prémunir le nouveau régime des effets de la jurisprudence de la 3ème chambre civile, il est apparu opportun de justifier du caractère spécial de la loi de 1976.

M. Dagot écrit à propos du régime spécifique des copies exécutoires à ordre : le problème juridique est celui des rapports entre le texte de portée générale, l'article 2149, tel qu'il est interprété par la jurisprudence constante, et le texte de portée spécifique, article 6 de la loi de 1976. On aurait pu croire que la recherche de l'efficacité maximale du système de publicité foncière ne permette pas d'exceptions : si on admet que pour la transmission de certaines créances hypothécaires, la mention en marge ne soit plus nécessaire, il faut en déduire logiquement que le système de publicité foncière ne donne plus un reflet complet de la situation hypothécaire des immeubles. Or, un système de publicité, quel qu'il soit, a vocation à la généralisation ; si on veut qu'il soit efficace, il convient qu'il ne comporte pas de lacune. Cependant, la loi de 1976 dispense expressément les parties de toute formalité. En outre, elle organise un système de notifications, et le mécanisme ainsi mis en place s'avère plus compliqué que le mécanisme ordinaire. Donc la conclusion serait : *specialia generalibus derogant* au profit de la loi de 1976. A l'appui, pourquoi ne pas alors évoquer une solution ancienne de la chambre civile de la cour de cassation du 27 novembre 1865 qui décide : "Attendu que les règles établies par le Code Napoléon formant le droit commun, sont applicables, même en matière de commerce, sur tous les points à l'égard desquels la loi commerciale n'a point introduit des dispositions spéciales."

La 3ème chambre civile de la cour de cassation confirme ce raisonnement le 7 juin 1987 : "Vu l'article 6 de la loi de 1976 ; attendu que l'endossement de la copie exécutoire à ordre qui emporte transfert de la créance et de ses accessoires, prend effet à l'égard des tiers, à la date de la notification au débiteur, sans qu'il soit besoin d'autre formalité." Ainsi, pour la jurisprudence, ce texte déroge à l'art. 2149 et dispense donc les parties à l'opération de transmission d'accomplir les formalités prescrites par la publicité foncière.

Alors, on constate que la première tendance fut celle d'ériger en principe l'obligation d'inscription en marge. Il s'agit de l'idée selon laquelle le registre doit refléter toutes les évolutions atteignant non seulement le bien, mais aussi les titulaires des droits qui sont constitués sur ce bien. Par contre, toutes les opérations, auxquelles il était impossible d'imposer le même régime sauf à ruiner leur intérêt principal, sont alors considérées comme instituées par une loi spéciale.

Cette approche est très contradictoire, car on ne peut pas d'abord se prononcer pour une publicité foncière extensive et admettre au même moment un régime d'exception qui par son importance ruine la logique de cette conception d'ensemble.

Ainsi, se confirme l'idée (développée dans la première sous-partie) selon laquelle tout un secteur professionnel serait en marge des obligations établies par le système de publicité foncière.

Cependant, la jurisprudence avait subi encore des évolutions qui, revenant à une lecture stricte et rigoureuse de l'article 2149 permettent enfin de parler d'un système cohérent et de traiter les solutions propres à toutes sortes de transmissions "spéciales" de façon homogène.

b) ...à la publicité foncière, image fidèle de la charge qui pèse sur un bien

La logique de la publicité foncière a fini par prendre le dessus. Il ne peut être contesté que si le but de toute publicité foncière est celui de la protection des tiers, la mention en marge n'est pas une mesure destinée à cette fin. Les tiers de toute façon, doivent s'incliner devant la sûreté demeurée inscrite au nom du cédant ; alors, cette inscription n'est qu'une mesure d'information visant à assurer un meilleur fonctionnement du jeu de la sûreté et ceci surtout dans l'intérêt de son titulaire.

C'est dans cette logique que la chambre commerciale s'était mise en opposition complète avec l'interprétation contestable de l'article 2149 faite par la 3ème chambre civile. Son arrêt de 7 décembre 1981 énonce : "La subrogation n'aggrave pas la situation du débiteur, elle a pour effet d'investir le subrogé de la créance primitive avec tous ses avantages et accessoires, la cour d'appel qui a considéré le contraire a violé les articles 1249 et 2149." Et la doctrine hostile à la position de la 3ème chambre civile accueille cette solution, qui paraît plus proche du texte de l'article 2149 et des principes généraux. En effet, ce fameux article se borne à organiser une publicité sommaire des renseignements qui concernent la personne du créancier bénéficiaire de l'inscription, sans que la situation du débiteur soit aggravée ; dès lors, les tiers n'ont aucun intérêt propre à voir les droits, que la première publicité leur rend opposables, exercés par l'un ou l'autre des bénéficiaires ; dans tous les cas, ils doivent subir ces droits. C'est bien pourquoi, en prolongement de cette idée, ni l'article 2149 ni le décret de 1955 n'ont expressément assorti de sanction telle que l'inopposabilité le défaut de la mention en marge ; or, est quelque peu arbitraire pour les juges d'édicter une sanction aussi grave sans le moindre texte.

Cependant, la solution n'est pas nouvelle. En remontant dans le temps, on trouve plusieurs décisions allant dans le même sens. On peut en invoquer pour exemple celle du 5 février 1941 par laquelle la chambre civile de la cour de cassation a pu décider que si la transcription opérée avait eu pour effet d'arrêter le cours des inscriptions, tout au moins en ce qui concerne le droit de suite, elle n'avait pas eu celui de mettre obstacle à la mention, en marge de celles déjà existantes, du changement de leur bénéficiaire. Ainsi les juges ont décidé que cette mention de la subrogation en marge de l'inscription de l'hypothèque peut être effectuée après que l'immeuble a fait l'objet d'une aliénation transcrite.

On peut aussi d'ailleurs penser que c'est dans la même logique que la transmission des sûretés par des titres cambiaires n'a jamais posé problème.

En revenant alors à raisonnement, la cour de cassation opère un revirement de sa jurisprudence par un arrêt du 20 décembre 1989 (3ème chambre civile) en énonçant que la subrogation dans les droits du prêteur de deniers bénéficiaire d'une inscription hypothécaire, qui comporte modification dans la personne du titulaire de l'inscription sans aggraver la situation du débiteur, a pour effet d'investir le subrogé de la créance primitive avec tous ses avantages et accessoires et, par conséquent, elle est opposable au nouvel acquéreur du bien, même si elle n'a pas été publiée en marge des inscriptions existantes.

Les premiers commentaires ont été partagés. Les uns, dont on ne peut que rejoindre l'argumentation, estiment que le revirement était achevé : la publicité de la subrogation légale dans une créance hypothécaire, sous forme d'une mention en marge de l'inscription existante, visée à l'article 2149, n'est pas prescrite à peine d'inopposabilité. Ainsi, c'est toujours le cas quand le changement dans la personne du titulaire de l'inscription n'aggrave pas la situation du débiteur. Alors on dégage le critère qui, aux termes de l'article 2149, permet de départager les changements qui doivent faire l'objet d'une inscription nouvelle et ceux qui peuvent être seulement mentionnés en marge de l'inscription existante.

D'autres expliquent que si la transmission de la créance au subrogé n'est soumise à aucune règle de publicité, celle de l'accessoire qu'est l'hypothèque ne l'est pas davantage. Soumettre l'opposabilité de la transcription de l'hypothèque à sa mention en marge eût été contraire au principe même de l'accessoire. Bien qu'aboutissant au

même résultat que la position évoquée précédemment, cette opinion ne paraît pas pertinente. Car comme il a été exposé dans la première sous-partie il est une chose que d'admettre le principe "Accessoire suit le principal" entre les parties, il en est une autre que d'opposer une situation juridique ainsi créée aux tiers.

Les derniers ont vu dans cette décision un arrêt d'espèce. Ils ont dit que la solution n'était consacrée que pour la subrogation au sens exact du terme. Rien ne permet, selon eux, d'affirmer qu'elle serait la même, et que la mention ne serait pas requise à peine d'inopposabilité, dans le cas d'une transmission limitée à l'hypothèque ou d'une simple cession d'antériorité. Il est vrai qu'une telle façon de voir les choses aurait pu être possible surtout après que la chambre commerciale a fini par se rallier à l'ancienne position de la 3ème chambre civile en 1989 avec pour attendu de principe : "Vu les articles 1165 et 2149, attendu qu'il résulte du second que la publicité est obligatoire et nécessaire pour rendre la cession d'antériorité de l'hypothèque opposable aux tiers..." (Com. 6 janvier 1987). Et pourtant, l'arrêt de 1989 est loin d'être un arrêt d'espèce, bien au contraire, il a fini par restituer à l'article 2149 sa véritable vocation en consacrant l'opinion qui prône que ce texte n'a qu'un caractère informatif et ne peut être sanctionné par une inopposabilité.

La meilleure preuve en est le vote de la loi de 1993. En effet, les travaux parlementaires font apparaître que si le gouvernement a proposé un amendement visant à faciliter la titrisation des créances hypothécaires, c'est "en confirmant le principe jurisprudentiel selon lequel la formalité de publicité foncière n'est pas nécessaires lors des cessions de créances entre un établissement de crédit et un FCC". Ainsi, le transfert de sûreté hypothécaire serait-il clairement opposable aux tiers, même en absence de cette formalité. L'Assemblée Nationale, pragmatique, rappelle que il n'est pas concevable, pour des raisons de coût et de délai, de procéder aux formalités de publicité foncière dans le cas d'une titrisation des créances hypothécaires. Elle constate que seule la jurisprudence permet aujourd'hui d'affirmer que, dans ce cas, le transfert des sûretés est opposable aux tiers et qu'un amendement serait bienvenu pour prévenir une évolution possibles de la jurisprudence. Le Sénat, quant à lui, confirme d'une façon plus générale que l'article 27 bis inscrit dans la loi de 1993 le principe jurisprudentiel de l'opposabilité des sûretés aux tiers en cas de la titrisation des créances auxquelles elles sont attachées. Il est frappant que les deux font référence unanime à la jurisprudence.

On peut aussi le voir dans les travaux parlementaires sur la loi du 25 juin 1999. On trouve dans le rapport de M. Marini l'affirmation suivante : "La remise du bordereau entraînera de plein droit le transfert des accessoires des créances cédées et des sûretés garantissant chaque prêt, y compris les sûretés hypothécaires. Cette précision correspond simplement à l'application de l'article 1692 du code civil selon lequel "la vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance tels que caution, privilège et hypothèque". Est-ce qu'alors le but de toutes ces dispenses de formalités serait seulement assurer une automaticité de transfert entre les parties ? C'est peu probable vu que dans le texte de la loi il est fait référence "aux formalités" qui ne peuvent être que celles de la publicité foncière comme cela a été démontré auparavant. Cependant, ce genre d'affirmation peut servir d'indice supplémentaire qui permettrait de dire que la loi "spéciale" ne fait que renvoyer au droit commun.

Une petite remarque s'impose : les travaux parlementaires ne donnent pas d'autres précisions et il peut être intéressant de constater que bien que cela a suscité énormément d'interrogations dans la doctrine, l'article 70 de la loi de 1999 ("La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés sans qu'il y ait besoin d'autre formalité ...") est l'un des deux textes (avec l'article 73 portant des dispositions d'ordre fiscal) qui n'a donné lieu à aucun débat lors du vote de la loi par l'Assemblée Nationale !

C'est ainsi qu'on arrive à la conclusion : tout le système de refinancement interbancaire est fondé sur une application du droit commun. Il met en application des techniques qui n'emportent jamais aggravation de la situation du débiteur. Bien au contraire, cantonnées au domaine interbancaire, ces transmissions de créances et de sûretés laissent intacte la relation banque/client en confiant au cédant le soin de continuer à recouvrer ses créances.

Ainsi, il n'est pas pertinent d'y voir une quelconque dérogation ni spécificité. Cependant, on peut remarquer que par son intervention le législateur sanctionne les recherches hasardeuses de la jurisprudence qui a tenté d'appliquer une sanction à un texte qui n'en comportait pas. Il est évident qu'il n'était pas possible de faire courir le risque de revirements incessants de la 3ème chambre civile aux opérations de refinancement. La crédibilité des banques françaises et le taux des prêts au logement entraînent en jeu, le législateur est alors intervenu à juste titre pour mettre fin aux débats.

2. L'application ouvrant de nouvelles perspectives

Il était très important de retrouver le fondement exact du texte législatif pour la suite de l'étude. La transmission des sûretés hypothécaires est une de grandes préoccupations des professionnels de la titrisation. Une partie importante d'entre eux estiment que la loi de 1988 est beaucoup trop complexe et demande une structure trop lourde et donc chère. Ainsi, très souvent ils passent par des véhicules de refinancement étrangers. On parle alors de la titrisation étrangère. Seulement, en estimant que les lois françaises qui ont construit le marché de refinancement étaient des lois portant dérogation aux principes de droit commun, ils pensaient que dès lors qu'ils se trouvaient en dehors du champ de ces dispositions, le régime spécial ne jouait plus et donc, le problème des inscriptions foncières ne pouvait être évité.

Or en admettant l'application aux montages étrangers du raisonnement développé plus haut faisant application du droit commun, on aboutirait non seulement à un régime unifié de tous les modes de refinancement, mais aussi, et en conséquence, à l'attractivité de la place financière parisienne.

a) La reconnaissance du transfert simplifié des sûretés dans la titrisation étrangère

L'onéreuse création d'un FCC français est souvent abandonnée au profit d'une constitution d'un trust. Ce concept anglo-saxon en créant un véritable patrimoine d'affectation est caractérisé par sa maniabilité et grande souplesse. Ainsi, depuis longtemps les professionnels le considèrent comme un véhicule de titrisation parfait. Seulement, faut-il encore lui céder les créances détenues par un établissement de crédit français par hypothèse et dont il souhaite se séparer.

Le mécanisme de prédilection de la titrisation étrangère est la subrogation conventionnelle de l'article 1250 du code civil. En effet, l'intervention d'un notaire ou huissier dans le cadre de la cession traditionnelle est jugée inadaptée à l'échelle internationale.

Le problème vient du fait que la titrisation étrangère concernerait souvent des créances qui sont garanties par des immeubles situés en France. Alors, la principale interrogation des praticiens est la question de savoir si ne se trouvant plus dans le champ protecteur des lois "dérogatoires", ils sont tenus de procéder aux formalités de publicité foncière afin de rendre le transfert des sûretés qui a suivi celui des créances opposable aux tiers.

Alors, c'est là qu'on voit l'intérêt d'avoir fait auparavant cette étude rétrospective de la doctrine et de jurisprudence : il s'agit de s'assurer que la transmission des hypothèques sans obligation de formalité n'est point propre à des types particuliers de transmission qui ont bénéficié de dispositions expresses en ce sens. Ainsi, d'autres variantes non prévues par le législateur peuvent être utilisées par les praticiens, mais au lieu de disposer des termes strictes de la loi, ils ne s'appuieront que sur une interprétation jurisprudentielle de l'article 2149. Il faut préciser qu'actuellement, les professeurs enseignant le droit des sûretés estiment qu'un renversement de jurisprudence serait à l'avenir impensable et que le régime actuel doit être considéré comme acquis. C'est d'autant plus vrai que les hésitations de la cour de cassation ont été sanctionnées par l'intervention du législateur. Ainsi, les créateurs des montages étrangers n'ont pas à craindre une évolution jurisprudentielle subite et peuvent profiter de cette stabilité acquise du sens de l'interprétation de l'article 2149.

L'unification des régimes devient possible. L'idéal serait de disposer de structure qui permettrait de concentrer des créances provenant de différents Etats et garanties par des hypothèques sur des immeubles situés à l'étranger. On peut déjà estimer qu'en France le droit de la publicité foncière permet la libre transmissibilité des hypothèques et ne réserve pas cette possibilité aux seules cessions réalisées au profit des professionnels et réalisées suivant les formes bien précises. Le praticien peut alors titriser une créance française garantie par un immeuble situé en France dans un véhicule étranger.

Le premier pas vers cette unification a été fait déjà en 1989 en matière de la comptabilisation des opérations de titrisation. Elle est régie par un règlement CRBF n°89-07 du 28 juillet 1989 lequel soumet à ses dispositions non seulement les cessions de créances à un FCC mais également les cessions de créances de même nature, ni immobilisées, ni douteuses, ni litigieuses, à tout organisme étranger ayant pour objet unique d'émettre, en vue d'achat de celles-ci, dans le cadre de lois ou de règlements locaux spécifiques qui présentent des garanties équivalentes à celles existant en France, des titres dont le remboursement est assuré par celui des créances acquises._

Ce débat sur l'unification des régimes des différents types de refinancement vieux de 10 ans redevient d'autant plus actuel que la CNUDCI envisage depuis 1996 la signature d'une convention internationale relative au financement par cession de créances. L'objectif serait de faciliter, dans la pratique commerciale internationale, l'utilisation de créances pour obtenir un financement. Interférence de domaines tels que les sûretés ou l'insolvabilité n'ouvraient pas de perspectives d'uniformisation. On peut dire que la France en matière de sûretés n'aurait pas de problèmes particuliers pour accepter toute forme de transmission de créances.

Dans le cadre de l'Union Européenne on aurait aussi souhaité un véritable système de "crédit hypothécaire sans frontières". Aujourd'hui il est encore profondément entravé par les différences importantes qui existent entre les réglementations de droit civil des divers Etats membres, en particulier dans le domaine du droit foncier. Les principales différences, par exemple, entre le droit hypothécaire anglais et le droit hypothécaire continental réside dans le fait que tous les pays continentaux réglementent très strictement le droit hypothécaire et que ces règles sont impératives. En droit anglais, par contre, le débiteur et le créancier hypothécaire fixent eux-mêmes toutes les modalités de l'hypothèque dans leur acte hypothécaire. Alors, on assiste aux efforts déployés par plusieurs pays européens pour faciliter la cessibilité des créances hypothécaires afin de permettre une titrisation sur des bases unifiées. Une proposition d'introduire une "eurohypothèque" a même été émise.

b) La diversification des méthodes de refinancement pour une meilleure attractivité de la place parisienne

Ce régime de transfert des sûretés simplifie l'implantation en France des techniques étrangères afin de développer la compétitivité de la place parisienne. En outre, en diversifiant les produits offerts sur le marché de refinancement, celle-ci devient encore plus attractive.

La titrisation à l'échelle européenne est actuellement très délicate à mettre en oeuvre tant du fait de la fragmentation du portefeuille de créances titrisables que du risque de fluctuation des devises. La suppression du risque de fluctuation des taux de change et l'introduction d'une monnaie unique pourrait, en conséquence, conduire à l'avènement de ce que les opérations financières et les avocats ont longtemps souhaité : une titrisation complète de créances d'origine européenne sans couverture de change, libellées dans une devise unique. L'Europe pourrait enfin concurrencer réellement le marché des Etats-Unis.

Le législateur, soucieux du fait que la France participe à ce grand marché a procédé en 1988 à une réforme instituant le mécanisme de la titrisation.

Plus tard dans le but de renforcer la compétitivité de la place bancaire française et de développer un marché des créances hypothécaires, il a tenté en 1999 d'acclimater en France un marché des obligations foncières comparables à celui des Pfandbriefe en Allemagne.

En effet, face à un tel succès à l'étranger, on pourrait penser que l'attractivité de la place de Paris serait renforcée par la création des obligations foncières, bénéficiant d'une grande sécurité grâce à leur adossement à des crédits immobiliers. Ainsi, la France se doterait d'un nouveau compartiment du marché obligataire, susceptible de concurrencer le marché des Pfandbriefe allemands.

Le régime allemand des Pfandbriefe est tel que les banques hypothécaires allemandes bénéficient d'un atout précieux dans la concurrence entre établissement de crédit au sein de l'Union économique et monétaire.

Or, en matière de transfert des sûretés le droit commun français est parfaitement adapté pour recevoir en son sein et traiter les mécanismes d'origine étrangère. Le système de la publicité foncière français n'est pas un système constitutif de droits (comme celui qui fonctionne par exemple en Allemagne) et ainsi une fois que la charge qui pèse sur le bien affecté en garantie est connue, aucune formalité n'est plus imposée. Ainsi, le prêteur-cédant est libre de disposer de ses créances selon la méthode qu'il préfère. (Tel n'est pas le cas en Allemagne, où la publicité foncière est constitutive de droits et les professionnels doivent passer par des mécanismes plus complexes pour éviter la répétition des formalités à chaque étape. D'ailleurs, c'est là qu'on rencontre notamment les cédules hypothécaires.)

Alors, ayant suivi systématiquement jusque là l'évolution de la demande des professionnels en important au fur et à mesure des besoins les techniques étrangères, les parlementaires confient leur but ultime : "Nous aurons ainsi un système permettant d'opérer sur le marché de l'immobilier comme sur le marché foncier en général, afin de

faire de la place de Paris un grand marché. On a vu que les banques allemandes en particulier sont très puissantes en ce domaine. Or, l'ouverture que crée la mise en place de l'euro risquerait sinon de créer une concurrence particulière, et nos établissements seraient mal armés pour y répondre. Il [me] semble que la création des obligations foncières dans ce texte permet d'améliorer considérablement notre situation, l'objectif étant, chacun l'a compris, la baisse des coûts de refinancement."

Ainsi, on a démontré dans la première partie que le droit foncier qui est ici entièrement impliqué dans la problématique de transmission des sûretés, en réalité, est au contraire, indifférent au changement dans la personne du titulaire du droit. Son seul objectif est la publication de toute charge grevant un bien affecté en garantie. Cette constatation a l'avantage de traiter de la même façon le problème de transmission des sûretés indifféremment à la structure utilisée et permettre ainsi une grande variété de produits qui attireront de plus en plus d'opérateurs.

Cependant, ces affirmations théoriques doivent être complétées par l'analyse de la gestion de la sûreté ainsi transférée, ce qui permettra de constater de légères différences entre la technique de la titrisation et celle des SCF jusqu'à présent ayant été traitées sans distinction.

II - La gestion de la sûreté transférée

L'efficacité d'un procédé ne se limite pas à la garantie du caractère opposable aux tiers des transmissions des sûretés. En effet, il ne s'agit que d'un aspect de la question. Il convient aussi d'examiner les rapports entre le cédant et le cessionnaire dans le cadre de ces deux techniques de titrisation et des SCF.

On a vu que la transmission des sûretés était caractérisée par son caractère occulte. Il faut alors présenter d'abord les problèmes qui peuvent se poser de ce fait (A) et les solutions apportées (B). On pourra s'apercevoir progressivement que la loi de 1999 bien que reprenant exactement le même mécanisme que celui institué en 1988 pour la titrisation est d'un point de théorie juridique plus cohérente.

A/ Les difficultés rencontrées par les opérateurs

Les opérateurs rencontreront des difficultés de deux ordres ayant recours à des opérations de titrisation ou de SCF. Il s'agit de difficultés auxquelles ils se seront soumis volontairement en arrêtant leur choix sur les méthodes de refinancement évoquées ci-dessus. Ainsi, non seulement tous les problèmes d'ordre structurel de la procédure de titrisation n'ont pas encore reçu de réponse (1), mais en outre, la publicité foncière réapparaît pour sanctionner l'opérateur qui a renoncé à sa protection (2).

1. Des difficultés propres à la structure des opérations de titrisation

Le problème se pose d'une manière plus aiguë en ce qui concerne le FCC qui n'a pas été doté de la personnalité morale par le législateur. En effet, les SCF étant des sociétés classiques, la personnalité morale qui leur a été confiée leur permet d'être titulaires de tous les droits dont elles disposent. Pour les FCC, au contraire, l'article 34 al.1 de la loi de 1988 dispose : "Le FCC est une copropriété ..." et al. 3 : "Le fonds n'a pas de personnalité morale. Les dispositions du code civil relatives à l'indivision ne s'appliquent pas au fonds. Il en va de même des dispositions des articles 1871 à 1873 dudit code".

La justification avancée consiste à dire que cette voie a été choisie pour éviter le problème suivant : si le fonds avait eu la personnalité morale, il aurait été soumis aux mêmes contraintes de la loi bancaire de 1984 que les établissements de crédit, puisque le fait d'acheter des créances à titre habituel l'eût placé dans le champ d'application de la loi bancaire. L'absence de personnalité morale écarte ce problème impliquant une lourdeur de gestion. Cela se confirme avec la création des SCF qui, dotée de personnalité morale, doivent obligatoirement être des établissements de crédit. (Article 93 de la loi de 1999) Aussi pour les FCC toute la réglementation sur

les sociétés commerciales et par la suite les dispositions sur la faillite ont été écartées de manière expresse, la qualification de société créée de fait alors n'était plus à craindre.

Bien qu'on devine la préoccupation du législateur, un problème important se pose avec un FCC quant à la titularité des droits. Ainsi, cette question apparue au cours de la recherche du bénéficiaire de la sûreté, est en réalité une question d'ordre général et concerne la vie d'un FCC de façon globale.

a) L'identification du titulaire de la sûreté transférée

La structure d'une opération de titrisation fait intervenir un FCC qui reçoit des créances et émet dans le public des valeurs mobilières qui les représentent et deux sociétés qui ont l'initiative de sa constitution. Il s'agit de la société chargée de gestion du fonds et de la société dépositaire. (Article 37 de la loi de 1988). Parallèlement, le recouvrement des créances cédées continue le plus souvent d'être assuré par l'établissement cédant ainsi que le permet l'article 36.

On aurait pu penser que l'établissement chargé de recouvrement en aurait été resté le propriétaire apparent. En effet, titulaire originaire des droits attachés aux créances, il aurait pu prétendre à cette qualité car la cession de créances en vue de leur titrisation reste une opération occulte. Cependant, entre les parties la signature d'une convention de mandat de recouvrement exclue toute qualification possible aboutissant à la consécration d'un droit de propriété. Les mandataires occultes interviennent fréquemment dans la vie des affaires, la reconnaissance d'un quelconque droit de propriété à leur égard a toujours été écartée.

Une autre piste part de la constatation qu'une convention de recouvrement est passée entre l'établissement cédant et la société chargée de gestion. Serait-elle alors le recherché propriétaire ? L'article 40 II de la loi de 1988 dispose : "La société chargée de la gestion est une société commerciale dont l'objet exclusif est de gérer le FCC. Elle représente le fonds à l'égard des tiers et dans toute action en justice..." Ainsi, bénéficiaire d'un mandat d'origine légale, elle ne saurait être propriétaire pour les mêmes raisons que l'établissement recouvreur.

Finalement, l'opinion la plus courante reste celle qui consiste à dire que les investisseurs sont des copropriétaires sans pouvoirs.

En ce qui concerne les sûretés garantissant chaque créance titrisée, on a vu que la remise du bordereau entraîne de plein droit leur transfert. Ainsi, du fait de l'absence de personnalité morale du fonds, les titulaires de ces sûretés seraient les souscripteurs de parts du FCC. D'emblée, une question mérite d'être soulevée : depuis 1996 sont autorisées les opérations des FCC à rechargement : de nouvelles créances sont acquises, une nouvelle émission est organisée. Est-ce que les nouveaux porteurs de parts copropriétaires bénéficient des sûretés attachées aux créances préexistantes ?

L'objet de la propriété des souscripteurs doit encore être identifié. L'article 34 de la loi de 1988 dispose que le FCC émet des parts représentatives des créances cédées. On suppose alors que ces parts n'individualisent pas telle créance en particulier, mais au contraire représentent une partie de chaque créance. Toutes les créances sont ainsi représentées par toutes les parts. On peut estimer que les parts étant un mode d'identification des créances, en réalité, ce sont les souscripteurs qui en seraient les propriétaires réels. Il est vrai que pour affirmer que les porteurs des parts ont un droit de propriété et non de créance, il faudrait encore se prononcer sur le statut de la valeur mobilière qui constitue par qualification de la loi, la part d'un FCC. La question qui réapparaît ici est celle qui consiste à se demander dans les sociétés à risques limités si les actionnaires sont des copropriétaires des actifs de la société ou au contraire créanciers pour la somme correspondant au montant de leur apport réapparaît ici. On peut la schématiser en se demandant si en réalité un FCC serait transparent.

L'étude de la question relative à l'identification du propriétaire des créances et titulaire des sûretés corrélatives, a été menée par M. Bonneau. Il pose la question d'une façon légèrement différente. Pour lui il s'agit de savoir si l'objet du droit de propriété, dont sont titulaires les souscripteurs, consiste dans des valeurs mobilières ou des créances composant le FCC considérées dans leur actif. Lorsque ceux-ci acquièrent des parts, deviennent-ils copropriétaires de l'actif ?

Les idées directrices de l'analyse de M. Bonneau s'articulent de la façon suivante : le recours législatif à la notion de copropriété amène à rappeler d'une part que les souscripteurs sont titulaires d'un droit réel, c'est-à-dire d'un droit sur la chose, objet de la propriété, et d'autre part, qu'il s'agit d'un droit exercé concurremment. Ce

droit doit être distingué du droit sur la quote-part qui correspond à "l'aspect individuel et abstrait" du droit de l'indivisaire sur les biens indivis. Une telle analyse est incompatible avec la qualification des parts de FCC en valeurs mobilières. Pour cet auteur, qu'il s'agisse d'un titre représentant une quotité du capital (action) ou un titre conférant un droit de créance général sur le patrimoine (obligation), il s'agit toujours d'un droit de créance dont la structure s'oppose à celle du droit réel : contrairement à ce dernier qui est un droit direct sur la chose, le droit de créance que constitue la valeur mobilière est un droit à l'encontre des personnes. Il en conclut que du fait que les FCC ne sont pas des sujets de droit, les souscripteurs ne sont pas titulaires d'un droit personnel, mais d'un droit réel. Dire que le créancier n'est pas propriétaire, mais seulement titulaire de la créance semble relever pour lui du sophisme. C'est pourquoi les souscripteurs des FCC peuvent être considérés comme copropriétaires des actifs composés de valeurs mobilières ou de créances.

b) L'aménagement pratique du problème

Ayant vu que finalement, la qualification la plus courante consistait à conférer la propriété des créances aux souscripteurs, la problématique des sûretés réelles réapparaît. Nous avons vu le long de toute la première partie, qu'on pouvait légitimement estimer que les formalités de l'inscription des mentions en marge pouvait être omises au moment de la constitution de la structure de refinancement.

Cependant, certains événements au cours de la vie du fonds pourraient les rendre utiles. (Cette question sera examinée plus bas).

Or, le contenu de la mention en marge poserait un problème pratique quasiment insurmontable. Ces difficultés résulteraient de la multiplicité de titulaires. Le FCC étant une copropriété, la mention en marge de l'inscription hypothécaire devrait selon le droit commun, comporter le nom de chacun des porteurs de parts. En effet, l'application de l'article 2149 au processus de la titrisation aurait conduit à inscrire en marge de l'inscription hypothécaire, pour chaque créance, le nom de tous les porteurs de parts du FCC.

Cette interminable énonciation des adhérents du FCC bénéficiaires du transfert a été réglée par la volonté souveraine du législateur. L'article 34 al. 10 précise : "Pour toutes les opérations faites pour le compte des copropriétaires, la désignation du fonds ou, le cas échéant, d'un compartiment du fonds peut être valablement substituée à celle des copropriétaires." Ainsi, la désignation du fonds suffira.

Bien que certains estiment qu'il s'agit d'un artifice juridique assez surprenant, on ne peut qu'accueillir une telle solution. Le législateur n'a pas essayé cette fois de forcer le droit civil en attribuant une qualité de propriétaire à une entité sans personnalité morale. (On peut remarquer que le droit des sociétés quant à lui a dû accueillir en son sein une nouvelle catégorie de valeurs mobilières dépourvues d'émetteur.) La solution a consisté ici de prévoir un aménagement pratique, dépourvu d'incidence sur le terrain des qualifications juridiques.

2. Des difficultés propres au caractère occulte du transfert des sûretés

Alors que l'on a pu constater que la question de la titularité de la sûreté pouvait être réglée au profit des souscripteurs et qu'un aménagement des règles classiques permettait une gestion efficace et la mise en oeuvre facilitée des garanties du paiement, encore faut-il examiner dans quels cas l'utilité de ces solutions se ferait savoir.

Dans la première partie de cette étude, on avait soutenu, que le système français de la publicité foncière était dirigé vers la protection des tiers en leur procurant l'information sur l'importance des charges pouvant grever un bien.

Alors, munie de cette logique, les opérations de transmission des sûretés hypothécaires ont pu être conduites avec une facilité flagrante. Cette dernière pourrait être simplifiée à un point qu'une partie de la doctrine se prononçait déjà pour la mort de la publicité foncière. On se souvient que le débat avait porté sur l'utilité de l'article 2149 dont la portée a été réduite par la jurisprudence à une mesure de simple information.

C'est ici que le raisonnement qui tient à la logique du système des publications va aboutir pleinement. La publicité foncière est censée organiser un répertoire d'information sur l'état des transactions portant sur un bien

immobilier. Pour avoir une représentation la plus complète possible, il est vrai que l'idéal aurait été de pouvoir retracer aussi non seulement les droits qui les grèvent mais également l'identité des titulaires de ces droits.

Instaurer une publicité obligatoire aurait entraîné forcément un alourdissement des opérations de transmission des créances garanties par ces sûretés. Le déséquilibre se ferait alors sentir au profit des sûretés personnelles qui ne posent pas de problèmes de publication. On sait que les sûretés immobilières obéissent à un régime très différent de celui des sûretés mobilières justement en raison de l'existence d'un système de publicité foncière.

Un meilleur système a été trouvé par le législateur. Il a préféré un régime incitatif. En effet, en créant des facilités et avantages au profit de ceux qui auraient choisi de faire une inscription en marge, il laisse à chaque intervenant le soin d'adapter la solution qui correspond le mieux à son statut.

Il faudrait alors voir les problèmes auxquels seront confrontés les établissements qui n'ont pas opté pour la publication de la transmission de la sûreté et l'explication que donnent les professionnels en faveur de leur choix.

a) La revanche de la publicité foncière

En effet, le fait d'être dispensé des démarches complexes de la publicité foncière n'est souvent qu'une simplification à court terme. A long terme les problèmes classiques refont surface.

Il est vrai que la mention en marge est une simple mesure d'information, destinée à assurer l'exactitude des renseignements fournis par la conservation des hypothèques. Les intérêts des tiers ne peuvent être concernées car l'article 2149 vise justement les opérations qui n'aggravent pas la situation du débiteur. Alors, les seuls intérêts qui sont ici en cause sont ceux du créancier bénéficiaire de la transmission. C'est essentiellement pour lui que la publication peut être importante.

En effet, l'anonymat dans certains cas peut être sanctionnateur. Les problèmes essentiels se retrouvent à l'occasion de trois situations propres à la gestion des sûretés réelles. Il s'agit de la mainlevée, de la déclaration des créances dans le cadre de la procédure collective régie par la loi de 1985 et de la procédure de purge.

La mainlevée se traduit par l'accord du créancier à la suppression de l'inscription. Elle conduit à la radiation, qui interviendra par mention en marge de l'inscription, sur les fiches de la publicité foncière. Généralement, la mainlevée intervient une fois le recouvrement de la créance réalisé, cependant, la mainlevée sans paiement est tout à fait possible et s'analyse simplement en une renonciation à la créance ou en une remise de la sûreté. Généralement, elle nécessite chez celui qui la donne le pouvoir de disposer du droit réel immobilier qui est l'hypothèque ou le privilège abandonné, cependant, celui qui n'a pas fait mentionner en marge la transmission de la sûreté à son profit, risque de se voir opposer une mainlevée accordée au créancier par le cédant de la créance.

Il s'agit de la première constatation que la mention en marge n'a d'intérêt que pour le bénéficiaire de la transmission en évitant que la mainlevée de l'inscription puisse être ordonnée par le cédant, qui serait titulaire apparent de l'hypothèque aux yeux du conservateur si la mention en marge n'était pas faite.

Il est vrai que les conservateurs doivent, sous peine de mettre en jeu leur responsabilité personnelle, s'assurer, non seulement que les actes de mainlevée déposés sont conformes à la réglementation formelle sur la publicité foncière, mais également qu'ils sont pleinement valables sur le fond du droit. Généralement, ils se référeront uniquement aux mentions du fichier hypothécaire. Mais chargés du contrôle dont la portée a été précisée par la jurisprudence (Civ. 3ème 16 juillet 1975, D. 1975, p. 593) qui estime que le contrôle de la régularité formelle est insuffisant, les conservateurs devront aussi prendre en compte les éventuelles transmissions occultes des sûretés.

En cas de redressement judiciaire, il est prévu que les créanciers hypothécaires doivent déclarer leur créances au représentant des créanciers (Article 50 de la loi de 25 janvier 1985). Cependant, la forclusion ne leur est pas opposable dès lors qu'ils n'ont pas été avisés personnellement de l'existence d'un jugement d'ouverture et de redressement judiciaire et donc de la nécessité de déclarer leur créance. L'intérêt est ici majeur, la législateur a instauré un traitement de faveur très apprécié par les créanciers hypothécaires qui n'ont pas ainsi à suivre personnellement l'évolution de la situation de leur débiteur. Seulement le représentant des créanciers n'a pas ici à rechercher le réel titulaire du droit et peut valablement se fier au registre des inscriptions hypothécaires.

En ce qui concerne la procédure de purge, les articles 2181 et suivants du code civil permettent à un acquéreur d'un immeuble hypothéqué de se garantir des poursuites des créanciers et leur adresser une notification avec la proposition d'acquitter les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix d'acquisition. Les créanciers peuvent réagir s'ils estiment que ce prix est insuffisant et requérir la mise de l'immeuble aux enchères et adjudication publiques. A défaut, à l'expiration d'un délais prescrit, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence libéré de tout privilège et hypothèque, en payant ledit prix aux créanciers ou en le consignat. (Article 2186 du code civil)

On voit donc les dangers qu'entraîne le caractère occulte de la transmission de la sûreté pour le cessionnaire. De fait, la publicité de cette transmission aurait permis de connaître le nom du titulaire actuel du droit, et lui assurer ainsi une information complète sur la situation de l'immeuble grevé ainsi que d'être averti de toute modification de celle-ci.

En théorie, on peut estimer que les intérêts de cette publicité sont suffisamment importants pour que cette publicité soit effectivement faite, cependant tel n'est pas l'avis des professionnels qui ont l'habitude de gérer les situations de transmission simplifiée des créances et des sûretés.

b) Les méthodes de la gestion des risques des praticiens

En réalité les banques qui participent activement aux opérations de refinancement, n'agissent pas toujours comme de véritables juristes. Dans bon nombre de situations, l'approche digne d'un vrai commerçant refait surface. C'est ainsi que les banques procèdent à un bilan coût/avantages avant de se pencher sur une solution juridique.

Les professionnels ont constaté que statistiquement, dans 90 à 95% des cas, il n'y aura besoin de recourir ni aux sûretés, ni à des formalités onéreuses pour que la titrisation prenne bien son envol sur le marché financier : le remboursement du prêt s'effectuera normalement. Ainsi, il suffit de gérer que les 5% des cas déficients.

Le problème du coût de la publicité foncière dans le cadre d'une opération de refinancement, bien que pourrait paraître infime à petite échelle (les opérations de titrisation et de cession au profit des SCF sont exonérées de la taxe de publicité foncière et ainsi, seul le salaire du conservateur est exigible) pèsera lourdement sur une opération portant sur un nombre très important de créances. S'agissant déjà de structures qui coûtent assez cher pour leur mise en place, une publication entraînant des charges supplémentaires porterait atteinte à l'efficacité de toute l'opération en rendant la création de la structure trop onéreuse. Il était inconcevable alors que les banques aient à subir le coût des formalités, ainsi que leur lourdeur et durée.

Ainsi, le coût du risque pris sur l'éventualité de 5% de cas douteux est infiniment moindre que le coût qu'aurait entraîné la publication en masse de la transmission des sûretés lors du montage de l'opération pour assurer une sécurité complète sur la totalité des créances.

C'est une explication séduisante, certes, cependant, sa portée doit être réduite. Tous les problèmes recensés dans cette sous-partie se règlent par le biais du recours à la technique du mandat. En effet, il faut toujours en tenir compte dans l'analyse de la gestion des opérations de titrisation et SCF, que leur principale caractéristique est le fait que le recouvrement des créances continue à être assuré par l'établissement cédant sur la base du mécanisme de mandat. Ainsi, le choix a été fait au profit du caractère interbancaire de ces opérations. Le caractère occulte place les intervenants dans une situation pouvant être délicate. Plutôt que de chercher une solution à l'extérieur et recourir à une publication immédiate, les parties commencent par gérer leur opérations en recourant aux divers mandats et reportent ainsi les risques sur leur relations internes.

B/ Les remèdes apportés par le législateur

Le remède à tous les problèmes soulevés plus haut a été trouvé dans le mécanisme de mandat de recouvrement qui est mis systématiquement à la charge de l'établissement titulaire originaire des créances. Le législateur a ainsi institué un régime de coopération entre le cédant et le cessionnaire et a ainsi reporté le problème de la transmission des sûretés dans les rapports internes entre les parties à l'opération (1).

En effet, chargé d'accomplir des opérations pour le compte de son mandant, le recouvreur est responsable devant celui-ci suivant les règles de droit commun (2).

Alors, c'est dans ce mécanisme que nous trouveront les explications de tous les problèmes relatifs à la gestion des sûretés hypothécaires.

1. L'organisation de la gestion des sûretés par un système de mandats

On estime que puisqu'il n'y a transcription, ni des sûretés, ni du changement du titulaire de ces sûretés à la conservation des hypothèques, il faut que l'établissement cédant qui, en apparence et non en droit vis-à-vis des autres créanciers, reste le titulaire des sûretés, ait l'obligation de procéder à la mise en oeuvre des sûretés, au nom du fonds, notamment s'il y a défaillance du débiteur initial. Ce serait non seulement logique mais aussi efficace pour la bonne fin de l'opération. Cependant, il faut non seulement tenir compte des dispositions légales qui sont intervenues pour organiser les relations entre les différents intervenants à l'opération, mais encore assurer à cette gestion par mandataire une efficacité réelle en lui laissant une certaine marge de manoeuvre.

a) La source des pouvoirs des mandataires

En ce qui concerne les FCC, trois sortes de dispositions d'origine légale cohabitent. Tout d'abord l'article 36 de la loi de 1988 dispose "Le recouvrement des créances cédées continue d'être assuré par l'établissement cédant, dans les conditions définies par une convention passée avec la société de gestion du FCC".

Ensuite l'article 40 met à la charge de la société de gestion, dont l'objet exclusif est de gérer des FCC, la représentation du fonds à l'égard des tiers dans toute action en justice, tant en demande qu'en défense.

Il convient aussi de rappeler l'article 2-5 du décret du 9 mars 1989 qui prévoit parmi les mentions devant figurer sur le bordereau de cession celle qui emporte pour le cédant, en sa qualité d'établissement chargé de recouvrement, de procéder à la demande du cessionnaire à tout acte nécessaire à la conservation des sûretés, à leur modification éventuelle, à leur mise en jeu, à leur mainlevée et à leur exécution forcée.

On peut faire déjà trois remarques : il apparaît tout d'abord que la société de gestion est le mandataire légal du FCC. Sachant que le FCC n'a pas été doté de la personnalité morale et a ainsi une activité contractuelle très restreinte (Article 4 bis du décret précité lui permet de conclure certains contrats), on aurait pu encore penser de la société de gestion qu'il s'agit d'un organe. Ainsi cela pourrait être un mandat légal établissant le lien de créance unissant la société de gestion et les souscripteurs. Quoiqu'il en soit, le fait de lui accorder un pouvoir légal a sans doute été la solution la moins provocatrice. Ce pouvoir est clairement défini et représente l'objet social de la société de gestion. En outre, les termes de la loi lui confèrent un pouvoir exprès d'agir en justice.

Ensuite, on constate que la société de gestion a été contrainte par la loi de déléguer une partie de son activité de gestion à l'établissement cédant. Il était effectivement préférable que le débiteur continue à avoir des relations directes avec l'établissement qui lui a consenti un crédit : la stabilité de l'opération en est renforcée et le cédant peut aussi conserver ainsi sa clientèle. En outre, les entreprises concernées ne souhaitent pas, pour des raisons commerciales, que leurs clients soient informés de la cession des créances qu'elles détiennent à leur endroit. Alors, la société de gestion a été habilitée de conclure des conventions de recouvrement pour préciser les conditions dans lesquelles le recouvreur exercerait son mandat.

Enfin, on doit maintenant insérer dans cette mécanique de délégations, l'hypothèse envisagée par l'article 2-5 du décret de 1989. Les auteurs disent que cette disposition n'est pas très opportune. L'établissement cédant ne saurait prendre l'initiative de modifier des sûretés ou encore de les lever s'il n'en a pas reçu le pouvoir ou l'autorisation du cessionnaire. En revanche, pour les autres actes cités, pourquoi les subordonner à une demande du cessionnaire alors qu'un mandat de recouvrement impose naturellement de les accomplir ? D'ailleurs, la qualification du cessionnaire, dont traite le décret, reste difficile et si on estime qu'il s'agit de l'ensemble des porteurs de parts, l'autorisation que prévoit ce texte devient quasiment impossible.

Si on se tourne maintenant vers les SCF, on constate que le régime est beaucoup plus homogène. L'article 99 de la loi de 1999 dispose que la gestion ou le recouvrement des prêts, des obligations ou autres ressources ne

peuvent être assurés que par un établissement de crédit lié à la SCF par un contrat. L'article 100 ajoute : "L'établissement de crédit chargé de gestion des prêts est habilité à agir en justice tant en demande qu'en défense et à exercer toutes les voies d'exécution au nom et pour le compte de la SCF."

En réalité, ce mandat de recouvrement est si systématique que toute une partie de la doctrine a invoqué une véritable dissociation de la propriété. Ces auteurs rapportent qu'au cours des débats parlementaires, l'unanimité s'était faite sur l'idée qu'il fallait distinguer soigneusement la propriété de la créance d'une part, et l'exercice des prérogatives du créancier de l'autre. C'est ainsi que le législateur a décidé que les établissements cédants continuent à assurer le recouvrement des créances. Une dissociation est effectuée entre la propriété (acquise au fonds) et le recouvrement de la créance qui continue à incomber à l'établissement de crédit cédant. Apparaît alors une scission complète entre la titularité de la créance et la possibilité d'exercer ses droits de créancier qui fait régresser de plusieurs siècles le droit de la cession des créances en renouant avec la vieille distinction faite par le droit romain entre *debitum* et *obligatio*.

Et pourtant déjà en 1850, les juges ont considéré qu'en droit, il était impossible de comprendre l'hypothèque séparée de la créance ; ainsi, il a été jugé que la prétention de X, qui consistait à vouloir exercer son droit hypothécaire pour une créance qui ne lui appartenait pas était insoutenable (CA Colmar 30 décembre 1850).

En outre, on peut constater que dans les deux mécanismes, celui de titrisation et des SCF, le mandat de recouvrement est d'origine contractuelle, il est conclu sur la base d'une convention. Une distinction doit, certes, être faite entre le pouvoir général de gestion et un mandat de recouvrement quand on envisage des opérations de titrisation. Cependant, il s'agit bien d'un mandat et non d'un quelconque droit de propriété. En effet, un établissement "propriétaire de la prérogative de recouvrement" n'aurait pas supporté qu'un tiers fixe les conditions dans lesquelles ce droit doit être exercé ni en être dépouillé par la volonté de celui-ci. Or, l'article 36 de la loi de 1988 prévoit la possibilité de recouvrement confié à un établissement de crédit autre que le cédant et surtout envisage l'établissement d'une convention de recouvrement entre la société de gestion et le recouvreur retenu.

Il faut alors se demander quelle peut être la liberté des parties dans l'organisation de ce recouvrement afin de mettre en oeuvre efficacement les sûretés attachées aux créances cédées.

b) Le contenu des pouvoirs des mandataires

Il faut d'abord voir si dans le mécanisme de la titrisation on ne pourrait pas élargir le pouvoir légal du recouvreur sur une base conventionnelle.

En effet, ce dernier est le mieux placé pour avoir le monopole de la mise en oeuvre des sûretés. Le recouvreur reste en contact direct avec ses clients, ceci rend plus efficace le suivi des actifs de même que la relance des débiteurs et le recours au contentieux. La banque prêteuse peut surveiller les actes matériels de ses débiteurs et solliciter toutes les mesures conservatoires. De la même manière, elle sait quand le débiteur est en situation irrémédiablement compromise.

Le fonctionnement du système de la publicité foncière favorise en lui-même ce genre de mandat. En effet, on a vu que les formalités de l'article 2149 apparaissent beaucoup plus comme une information et non pas comme une condition d'opposabilité aux tiers. Ici, on se servira de cette idée pour affirmer que les formalités n'ont pas à être systématiquement réalisées pour toutes les créances cédées au moment de la cession mais seulement lorsqu'un événement rendra nécessaire l'information des tiers pour une créance déterminée. L'établissement cédant chargé de recouvrement et ainsi bien informé sur la situation du patrimoine de ses débiteurs ne devra y procéder que dans les cas où l'information des tiers lui paraîtra nécessaire : par exemple dans le cas où une action judiciaire serait diligentée par un tiers à l'encontre du débiteur ou si le banquier détecte une situation irrémédiablement compromise du débiteur qui pourrait entraîner l'ouverture d'une procédure collective. De la même façon il effectuera la publicité si le créancier souhaite d'engager une procédure de recouvrement en vue de saisir l'immeuble hypothéqué. On voit donc, qu'il sera procédé à une publication ponctuelle et l'appréciation du juste moment de cette publication sera faite assez facilement par un banquier qui suit régulièrement l'évolution des mouvements sur les comptes de ses clients.

On retrouve cette opinion dans les écrits de doctrine qui confirme que la mention en marge n'étant qu'une simple information, l'inscription peut être faite à tout moment et même très tardivement. _ C'est ainsi que la cour de

cassation dans un arrêt du 16 juillet 1987 estime que l'inscription peut être faite encore après la publication du jugement d'adjudication.

Le moment ultime de cette inscription a été précisé par la jurisprudence à propos de la subrogation par le TGI de Dijon qui décide que l'inscription modificative en marge doit être faite avant règlement définitif de l'ordre, qui emporte radiation des hypothèques. (10 juillet 1987).

On voit donc tous les avantages d'un mandat de recouvrement généralisé, c'est-à-dire comportant le pouvoir de mettre librement en jeu les sûretés. Chaque système de recouvrement est étroitement lié avec l'exercice des garanties. Or, souvent, la mise en jeu de ces dernières va nécessiter des démarches judiciaires. L'exemple flagrant en est la déclaration de créance dans le cadre d'une procédure collective qui exige l'obtention par le mandataire d'un mandat ad litem l'habilitant à agir. Dans la loi de 1988 c'est la société de gestion qui a reçu ce pouvoir de la part du législateur. Dans celle de 1999 il s'agit de l'établissement chargé de la gestion des prêts. Dans les SCF le régime prévu correspond ainsi très logiquement aux missions que doit accomplir le recouvreur.

On se demande alors, dans le cadre de la titrisation, si pour une meilleure efficacité de toute l'opération, les parties ne pourraient modifier la répartition des pouvoirs entre les différents "organes" du FCC instituée par le législateur ? Celui-ci avait fait part de sa volonté de protéger les emprunteurs en leur maintenant pour interlocuteur leur établissement prêteur. Il a entendu ainsi éviter le recours à des "usines à recouvrement" dont le tact, comme on a pu dire, n'est pas le plus souvent à la hauteur de leur efficacité. C'est ainsi qu'on estime que la cession ne doit développer, en principe, ses effets que dans les seuls rapports du cédant et du cessionnaire ou autrement dit, la titrisation doit développer ses effets exclusivement dans la sphère financière et laisser inchangée la relation banque-client.

Alors, il a été par les uns admis facilement que la convention de recouvrement puisse valablement renforcer l'obligation instituée par le législateur. D'autres se sont fondés sur le fait que l'établissement du crédit est mandataire du FCC et que ainsi, son rôle dépend de la marge de manoeuvre qui lui est fixée dans la convention de recouvrement passée avec la société de gestion. Les derniers ont estimé que du fait que le cessionnaire n'ait pas de personnalité morale, c'est le cédant qui exerce les sûretés, sur les instructions du fonds.

Or, on peut non seulement douter que le recouvreur soit un mandataire du FCC (on avait vu précédemment qu'il serait plus cohérent de la qualifier de mandataire de la société de gestion), mais aussi du fait d'admettre que les parties disposent de si grande liberté.

Il était important d'avoir dégagé de la lecture des textes législatifs l'identité du véritable mandataire de l'établissement recouvreur. En effet, les pouvoirs du mandataire ne peuvent non seulement dépasser ceux de son mandant, mais surtout par une délégation trop large, une entité dotée d'une mission précise ayant sa source dans un texte législatif ne saurait se dépouiller de ses pouvoirs par une délégation trop large. Ce serait une limite à cette liberté conventionnelle. C'est peut être dans ce sens qu'il serait possible d'interpréter les termes ambigus du décret. En respectant la répartition légale des pouvoirs entre les deux organismes, il estime que l'initiative de tout acte concernant les sûretés devrait venir du cessionnaire (ou, peut-on rajouter, de la société de gestion que le cessionnaire a chargé de la gestion des prêts).

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer à l'occasion des litiges concernant les FCP. Compte tenu, en ce qui concerne les pouvoirs de la société de gestion, que cette structure fonctionne de manière très proche à celle d'un FCC, les décisions rendues dans ce domaine pourraient être exploitées dans cette analyse. C'est ainsi que la chambre commerciale de la cour de cassation s'est prononcée le 6 mai 1996. La société de gestion dans cette affaire reprochait à l'arrêt d'avoir déclaré son recours irrecevable, alors qu'elle était habilitée à agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits des porteurs de parts, les sociétés de gestion peuvent déléguer. La cour de cassation a répondu : "Mais attendu qu'aux termes de l'article 12 de la loi du 23 décembre 1988, la société chargée de gestion d'un FCP peut agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits ou intérêts des porteurs de parts, le mandat de gestion financière confié à société X ne permettait pas à celle-ci d'agir au nom des porteurs de parts du FCP." Ainsi, le mandat de gérer l'actif d'un FCP n'emporte pas celui d'ester en justice au nom des porteurs de parts. Les commentateurs explorent les différents fondements possibles de cette décision. On peut estimer d'abord qu'en droit commun le mandat d'ester en justice doit être en principe spécial et exprès. A défaut, un mandat général de gestion financière ne saurait suffire. On peut aussi selon eux penser qu'en transférant le droit d'ester en même temps que la gestion financière, la société de gestion, en confiant à autrui l'exercice de l'ensemble de ses prérogatives légales, semble contrevenir par là-même à l'article 12 de la loi de 1988.

Quant aux SCF, on a vu que le gestionnaire des prêts était habilité d'agir en justice au nom et pour le compte de celle-ci. On peut se rapporter à titre d'exemple à une décision du TGI de Boulogne-sur-Mer qui le 14 janvier 2000 par un jugement d'incident a fait une application des dispositions de la loi de 1999. Chargé de se prononcer sur la qualité et capacité pour agir d'un établissement de crédit gestionnaire des prêts cédés et intervenant dans une affaire de saisie immobilière, le tribunal retient : "Attendu que si certains éléments d'actif ont été transférés à une SCF, il apparaît que la gestion des dossiers ainsi transférée demeure confiée à la société poursuivante, conformément à l'hypothèse prévue par les articles 99, 100 et 106 de la loi, et en vertu de la délégation de pouvoirs consentie par la SCF à celle-ci. Qu'il ressort tant de cette délégation (qui, en droit, constitue un mandat spécial au sens de l'article 1987 du Code Civil, notamment en ce qu'elle prévoit : "l'exercice de toutes poursuites, contraintes et diligences nécessaires ... devant tous juges et tribunaux compétents, intenter ou répondre à toute action en justice ... pratiquer toutes saisies ..."), que du texte précité, que la société poursuivante a capacité et qualité pour agir en justice contre les débiteurs, non nonobstant le transfert de leur contrat, étant à cet égard observé qu'il demeure le gestionnaire des dits contrats."

On voit ainsi qu'en matière de la gestion des sûretés, ayant fait l'objet de transmission simplifiée, le mécanisme de base qui fait fonctionner efficacement tout l'ensemble est le mandat de recouvrement confié à l'établissement cédant. Certains craignent l'indélicatesse de celui-ci, qui figurant comme seul titulaire apparent des sûretés, pourrait être tenté de les mettre en oeuvre à son profit personnel. En effet, le cessionnaire ne peut contrôler si le recouvreur a précisé à son adversaire qu'il agit à titre de mandataire.

Il faut alors voir quels moyens sont mis à la disposition du cessionnaire pour se protéger contre un cocontractant malhonnête.

2. Le contrôle de la gestion de la sûreté par un système spécialement organisé

Non seulement le législateur de 1988 et 1999 a mis à la disposition du cessionnaire des mécanismes spécifiques de contrôle, mais encore le droit commun peut fournir souvent une protection efficace.

On peut aussi faire une distinction suivant que le moyen accordé à l'intervenant lui permet de prévenir le dommage ou, au contraire, d'obtenir uniquement réparation du dommage subi.

a) La réglementation des moyens de contrôle *a priori*

Dans cette hypothèse ne seront envisagés que les rapports entre le cédant et le cessionnaire avec l'éventuelle intervention d'une entité bénéficiaire de diverses délégations. En effet, les porteurs de parts n'étant que des copropriétaires sans pouvoir, ils n'interviennent pas à ce stade.

La loi de 1988, en ce qui concerne le contrôle, a prévu un système équilibré faisant intervenir différents établissements. Ainsi, la société dépositaire qui participe avec la société de gestion à la création du FCC, a été chargée par l'article 40 de la loi de 1988 de s'assurer de la régularité des décisions de la société de gestion. Ce contrôle est particulièrement efficace car il faut tenir en compte le fait que les sociétés dépositaire et celle chargée de gestion sont des structures très spécialisées qui interviennent toujours dans le même contexte et dont les rôles sont depuis longtemps bien rodés.

On pourrait penser encore à une autre voie de contrôle. Puisqu'on a pu estimer que le recouvrement n'est qu'une des facettes de l'activité de gestion dont il a été séparé par décision du législateur, une sorte de délégation légale pourrait être imaginée. Alors, avec la convention sur les conditions d'exercice de cette prérogative venant préciser ce mandat, la société de gestion aurait le droit de contrôler l'activité de son mandataire. En effet, comme le dispose l'article 1993 du code civil, tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion.

Aussi, dans cette optique du contrôle, on pourrait dire que l'article 2-5 du décret de 1989 retrouve sa place : ainsi, en refusant au recouvreur l'initiative dans la mise en oeuvre des sûretés, ce texte le prévient de l'accomplissement des actes de détournement de sommes à son profit personnel et fait intervenir de façon énergique la société de gestion.

La loi de 1999 a choisi un système légèrement différent. S'agissant d'une société à part entière, celle-ci est gouvernée par tous les mécanismes préventifs mis à la disposition par le droit des sociétés. Cependant, l'article 107 de la loi de 1999 complète ce dispositif traditionnel en instituant un contrôleur spécifique au sein de la société. Celui-ci veille au respect de certaines dispositions de la loi qui sont limitativement énumérées et coopère avec la Commission Bancaire.

Cependant, les articles instituant un mandat de recouvrement ne font pas partie de ses pouvoirs de surveillance. Est-ce qu'alors la gestion des prêts et la mise en oeuvre des sûretés serait laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'établissement chargé de gestion ?

En réalité, l'explication de cette différence est plus simple : la SCF dispose du fait de sa structure sociétaire des organes lui permettant d'assurer elle-même le contrôle. Le FCC quant à lui, a dû en être doté artificiellement. Alors, le législateur l'a fait en organisant une stricte répartition de compétences.

b) La sanction des comportements fautifs *a posteriori*

C'est dans cette hypothèse qu'on dispose d'une jurisprudence spécifique au domaine des transmissions occultes des sûretés. Mais il convient d'abord de rappeler que dans les relations entre le cédant et le cessionnaire, le premier, en tant que mandataire chargé de recouvrement, est déjà soumis aux articles 1991 et suivants du code civil qui traitent des obligations du mandataire de droit commun.

Ensuite, le recouvreur peut voir sa responsabilité engagée en sa qualité de cédant. Les garanties légales contre l'éviction du fait personnel ou la responsabilité civile de droit commun devraient recevoir pleine application.

La 3^{ème} chambre civile décide le 5 novembre 1970 : "Vu l'article 1147, en statuant ainsi sans relever que le défaut de publication de la subrogation à l'hypothèque du Trésor prévue par l'article 2149 constituait de la part de la dame X une faute, qui a contribué à la réalisation de son préjudice, en rendant irrécouvrable sa créance..." La doctrine rappelle que déjà sous le régime de la loi du 23 mars 1855 et par une solution purement jurisprudentielle, il était recommandé au créancier subrogé "en vertu d'un usage courant" et "par prudence" de faire mentionner en marge de l'inscription hypothécaire la subrogation conventionnelle aux garanties réelles. (C'est ainsi que la cour de cassation s'est prononcée en faveur d'un partage de responsabilités dans les rapports entre subrogeant et subrogé et a estimé que le subrogé, qui n'a pas fait mentionner la subrogation en marge de l'inscription hypothécaire, peut voir sa responsabilité engagée lorsque le subrogeant a donné mainlevée de l'inscription (Req. 19 février 1895). En l'espèce, le problème des conséquences du défaut de publicité des droits du créancier subrogé se pose, non à l'égard des tiers, mais dans les rapports des créanciers subrogeants et subrogé, pour lesquels la sanction de l'inopposabilité est inapplicable. C'est la mise en oeuvre des principes généraux de la responsabilité civile qui a permis de considérer que si le créancier subrogeant, en donnant mainlevée de l'hypothèque, pour laquelle il avait consenti une subrogation partielle avait commis une faute contractuelle, le créancier subrogé, de son côté, par sa carence de mettre en oeuvre une mesure de publicité, qui aurait sauvegardé ses droits à l'égard des tiers, a concouru à la réalisation du dommage dont il se plaint. Il apparaît ainsi, qu'en dehors des sanctions prévues par le décret du 1955, le défaut d'une formalité de publicité foncière est susceptible d'être constitutif de faute.

On peut dire que le problème ici se traduit par le fait que le cessionnaire, bien que conscient des risques qu'il prends, a sciemment renoncé au bénéfice de la sécurité de la publication foncière. Alors, le juge estime qu'il ne mérite plus d'être protégé. C'est ainsi qu'on trouve deux décisions qui prononcent un partage de responsabilités.

Il faut encore évoquer une dernière disposition spécifique aux FCC. L'article 3 du décret du 9 mars 1989 dispose que le dépositaire est responsable de la conservation des titres de créances cédés au fonds. On peut penser qu'il s'agit d'une responsabilité à l'égard des porteurs de parts du FCC. Cependant, le décret ne donnant plus aucune indication, on ne peut que soulever ici la problématique.

Conclusion :

Ainsi, on a vu que bien que susceptible de poser quelques problèmes pratiques, le transfert occulte des sûretés globalement n'affecte en rien l'efficacité des opérations de titrisation et SCF. Alors, et à titre de conclusion générale, il convient de rappeler le contexte d'élaboration de ces régimes et leur milieu d'application.

Comme on l'a relevé le long de cette étude, le marché hypothécaire est caractérisé par un principe d'appartenance au marché interbancaire. Ainsi, la relation consumériste est exclue. Les professionnels ont activement participé à l'élaboration de ces deux nouveaux textes concernant les techniques de la titrisation et les SCF.

Bien qu'on a pu constater que le droit commun sur lequel reposait le système ne restreint pas la sphère des transmissions occultes des sûretés aux milieux professionnels, il leur réserve les mécanismes de transmission simplifiée des créances. Ainsi, pour les particuliers qui seront contraint d'utiliser des procédés plus lourds de cession de créance, la formalité de l'inscription en marge ne sera qu'une démarche parmi d'autres.

Pour les bénéficiaires des procédés de transmission simplifiée des créances, la situation est différente. Alors le législateur encourage leur activité. Bien conscient que les professionnels ne recourront pas à une publication comme le leur autorise l'article 2149, il tient compte de leur professionnalisme et expérience pour mener efficacement ces opérations. En effet, les professionnels du crédit connaissent depuis longtemps ce genre de mécanismes.

Ainsi, en matière de copies exécutoires à ordre la raison essentielle sinon unique de l'assouplissement des formalités, lorsque la créance est transmise à un professionnel du crédit, et qui a été invoquée devant les Assemblées parlementaires a été le fait que le risque de fraude ne se retrouve pas lorsqu'il s'agit des établissements bancaires ou assimilés.

Il est vrai que les FCC ou les SCF en faisant appel à l'épargne publique sont susceptibles de faire intervenir des particuliers. Cependant, non seulement on peut évoquer les mécanismes de contrôle mais surtout le fait que les acquéreurs de gros volumes ne sont pas des personnes physiques. La technique reste compliquée et le plus souvent les acheteurs sont des établissements qui n'ont pas d'impératif immédiat de liquidité. Ainsi, les investisseurs potentiels sont notamment les établissements de crédit, les OPCVM ou les sociétés d'assurance.

En aucun cas on ne pourrait tirer de la qualité de professionnels des intervenant une argumentation, cette constatation doit être faite pour connaître le contexte et bien se représenter le cadre dans lequel s'opère la transmission occulte et évolue la gestion des sûretés ainsi transférées.

Bibliographie

P. Ancel "Droit des sûretés", Ed. Litec

A. Bonnard "L'obligation hypothécaire au porteur", Thèse Lausanne, 1955

M. Cabrillac et C. Mouly "Droit des sûretés", Ed. Litec

G. Candamine, J. Moutier "Banque et marchés financiers", Economica, 1998, p. 264

M. Coquelet "La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés", Thèse Paris X, 1994

J. Darmon "Stratégies bancaires et gestion de bilan" p. 287 et s.

J. Duclos "L'opposabilité"

Th. Granier et C. Jaffaux "La titrisation, aspects juridiques et financiers", Economica, 1997

M.-N. Jobard-Bachellier "Droit civil. Sûretés. Publicité foncière." Mémento droit privé.

- D. Legeais "Sûretés et garanties du crédit", LGDJ
- J. Mestre, E. Putman et M. Billiau "Droit spécial des sûretés réelles", Traité de droit civil
- B. Maubru "La transmissibilité de l'hypothèque", Thèse Toulouse, 1974
- H., L. et J. Mazeaud "Leçons de droit civil", 5e éd. par François Chabas, Tom 3, Vol. 1, n° 605 s. (34e leçon "Transmission des hypothèque")
- V. Pancrazi-Dauchy "Titrisation", Encyclopédie des marchés financiers, Ed. Y. Simon
- P. Simler et P. Delebecque "Les sûretés. La publicité foncière", Précis Dalloz
- Ph. Théry "Sûreté et publicité foncière", 2e éd., PUF, 1998
- Dictionnaire permanent Epargne et Produits Financiers, n°373 "Les obligations foncières", p. 3142, Bulletin 269 (20 juillet 1999)
- Juris-Classeurs "La titrisation", Fasc. 2260, 1991
- Lamy "Droit du financement"
- R. Allouche "Titrisation. La transmission des créances et es sûretés." Banque et Droit, n° 9, janvier-février 1990, p. 53
- F. Bancel "Quel avenir pour la titrisation en France?" Banque n° 536 - mars-avril 1993, p. 67
- J.-P. Bertrel "La titrisation", PA, n° 36, 24 mars 1989, p. 12
- J.-L. Bismuth et Ph. Billot "De certains freins juridiques à la titrisation", MTF n° 42, juillet 1992, p. 45
- J.-L. Bismuth "Titrisation des créances : trois propositions autour d'un projet", JCP, éd. E, n° 48, 1992, I 193, p. 527
- T. Bonneau "Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil", RTD Civ 90 (1) janvier-mars 1991, p. 1
- T. Bonneau "De quelques apports de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier", JCP éd. Générale n° 39, 29 septembre 1999, p. 1717, I 168
- J.-M. Bossin et A. Gourmelon "Vie d'un fonds commun de créances", Banque, n° 495 - juin 1989, p. 623
- F. Bussière "Les sociétés de crédit foncier : une réforme désormais complète", Banque et Droit n° 67, septembre-octobre 1999, p. 22
- M. Cabrillac "Les accessoires de la créance", Etudes dédiées à Alex Weill, p. 107
- M.-J. Campana et J.-Ph. Hael "Les effets anticoncurrentiels du maintien sélectif des contrats et des biens", Revue Internationale de Droit Economique n° 2, 1er avril 1995, p. 253
- A. Carron "Un nouveau mode de refinancement de l'immobilier en France", Banque n° 581 - mai 1997, p. 36
- D. Chabaneix "Revoir la politique de gestion des risques", Banque n° 560 - juin 1995, p. 33
- A. Chaigneau et D. Beaumont "Immobilier : les Remèdes Pires que le Mal", MTF n° 48, mars 1993 p. 67

- G. Chauvin "Le marché hypothécaire", Rép. Defrénois 1986, art. 33733, p. 706
- B. Coutenier "Les techniques de mobilisation des créances internationales, aspects de droit international et de droit comparé", RDAI / IBLJ, n° 3, 1999, p. 295
- M. Dagot "La transmission des créances hypothécaires", JCP, 1976, I 2820
- G. Daublon "Les prêts à l'acquisition immobilière. Remarques sur les hypothèques, les privilèges et quelques autres sûretés", Rép. Defrénois, 1994, 1re partie, art. 35887, p. 1057
- J.-P. Dumas "La jurisprudence met-elle en péril la "loi Dailly" ?", D. Affaires n° 9, 1996, p. 251
- S. Fayner "La titrisation et le transfert de garanties hypothécaires", Banque et Droit n° 5, juillet-août 1989, p. 137
- A. Feitz "Les obligations foncières ont-elles un avenir en France ?", Option Finance n°536, 22 février 1999, p. 6
- B. Flaven "Utiliser davantage la titrisation ?", Banque n° 581 - mai 1997, p. 20
- P. Frémont "Réflexions sur les difficultés de rédaction des actes de mainlevée hypothécaire", JCP, éd. E, n° 27 1995, 3422, p. 1019
- P.-E. Fuzier "La réforme des sociétés de crédit foncier", Revue de droit bancaire et de la bourse n° 75, septembre-octobre 1999, p. 155
- C. Gavalda "La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981), D. 1981, Chronique XXIX, p. 199
- C. Gavalda "Les fonds communs de créances bancaires : un exemple du phénomène de "titrisation" financière" (art. 34 à 42 de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988)", Revue Sociétés, 1989, p. 187
- C. Gavalda "Sécurités et précarités de la cession de créances par voie Dailly : la signature manuscrite des bordereaux, la portée d'une notification et la liberté d'acceptation de la cession", JCP, éd. E, n° 2, 1989 p. 17, II 15374
- R. Genty "Les applications jurisprudentielles de la loi Dailly", Banque et Droit n° 3, mars-avril 1989, p. 47
- J.-L. Gleizes, R.-M. Schlegtehdal, F. Susini "Se positionner sur les produits en croissance", Banque n°581 - mai 1997 p. 42
- M. Gobert "La publicité foncière française, cette mal aimée", Etudes Jacques Flour, p. 207
- C. Goyet "Remarques sur la cession de créances au Fonds Commun de Créances", RJCom 1990, p. 241
- M. Hemmele "Cession de créances professionnelles", Colloque du 14 décembre 1982, Gazette du Palais, 1984 (1er sem.), doctrine p. 79
- H. Heugas-Darraspen "Le nouveau régime des sociétés de crédit foncier", L'Actualité juridique - Propriété immobilière, 10 février 1995, p. 102
- B. Hubaud et F. Marion "Le nouveau marché des obligations foncières", Banque Magasine n° 607, octobre 1999, p. 44
- P. Jestaz "Législation française et communautaire en matière de droit privé 21 mars - 20 juin 1976", RTDCiv 1976, p. 647

K. Karsten et A. Rohmert "Bientôt les Pfandbriefe à la française : la réforme des sociétés de crédit foncier à l'heure de son examen par le Sénat comparée au régime allemand des Pfandbriefe", *Option Finance* n° 547, 10 mai 1999, p. 31

X. de Kergommeaux "Panorama des créances titrisables", *Banque* n° 581 - mai 1997, p. 22

X. de Kergommeaux et G. Saint-Marc "Le cadre juridique des titrisations internationales", *D.P.C.I.*, 1996, Tome 22, n°3, p. 337

D. Legeais "L'Apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles", *Mélanges Michel Cabrillac*, p. 365

C. Le Hir "Les évolutions du cadre juridique de la titrisation", *Banque et Droit* n° 56, novembre-décembre 1997, p. 3

R. Léost "Le financement du marché immobilier", *L'actualité juridique - Droit immobilier*, 10 janvier 2000, p. 6

C. Lespiau "La réforme des obligations foncières opérée par la loi du 25 juin 1999", *D. Affaires* n° 174, 16 septembre 1999, p. 1314

Ph. Marronnier "Les véhicules de mobilisation garantie", *Banque* n° 581 - mai 1997 p. 32

D. R. Martin "Du titre et de la négociabilité", *D.* 1993, *Chronique VI*, p. 20

P. Menet "Bientôt des obligations foncières "à la française", *Banque Magazine* n° 601, mars 1999, p. 38

A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud "Titrisation : nouveau mode d'emploi", *JCP*, éd. E, n° 1/2 , 8 janvier 1998, p. 23

A. Ory-La Vollée "Une Nouvelle Charpente pour le Portage Immobilier", *MTF* n°48, mars 1993, p. 69

B. Perignon "Titrisation : Deuxième Etape du Plan de Sauvetage du CDE", *MTF*, n° 60, mai 1994, p. 46

B. Perignon "Les nouvelles catégories d'actifs titrisés", *MTF - L'AGEFI* n°104, février 1999, p.15

A. Pezard "Modernisation des organismes de placement collectif des valeurs mobilières (O.P.C.V.M.) et titrisation", *JCP* éd. E, n° 41, 1989, II, 15600, p. 586

A. Pezard "Haut de bilan, quasi-fonds propres et nouvelles techniques de gestion", *PA*, 13 mai 1992 n° 58, p. 22

A. Pezard "La titrisation. De nouvelles mesures propres à la favoriser", *PA*, 7 avril 1993 n° 42, p. 11

D. Saglio "Le nouveau marché hypothécaire", *Banque* n° 457 - janvier 1986, p. 31

D. Schmidt, "La titrisation des créances", *RJCom* n° 11 (numéro spécial), 1989, p. 114

A. Sérès "Titrisation : le montage à deux étages du Crédit Foncier de France", *Option Finance* n° 422, 14 octobre 1996, p. 40

N. Simon "Un nouveau type d'actifs titrisés : les crédits permanents", *Banque* n° 556 - février 1995, p. 66

J. Smallhoover et C. Cano "Les obligations foncières : un nouvel acteur dans le marché français du refinancement", *JCP*, éd. E, n° 37, 16 septembre 1999, p. 1426

D. Schmidt et P. Gramling " La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises", *D.* 1981 I, *Chronique XXXI*, p. 217

O. M. Stöcker "L'eurohypothèque", pionnier d'un marché intérieur du crédit hypothécaire", Banque et Droit n° 49, septembre-octobre 1996, p. 14

J. Terray et Ph. Derouin "La titrisation des crédits", Bull. Joly, 1989, n° 1, p. 7

Ph. Théry "Sûretés et publicité foncière", Rép. Defrénois 1988, Art. 34252, p. 689

G. Thieffry et J. Walsh "Titrisation : les nouvelles opportunités offertes par l'UEM", Banque et Droit n° 56, novembre-décembre 1997, p. 9

H. Touraine "La titrisation de créances commerciales. Contraintes et techniques juridiques." Banque et Droit, n° 50, novembre-décembre 1996, p. 3

H. Touraine "Titrisations internationales, transfert des créances et des sûretés. Panorama des législations européennes." D.P.C.I., 1996, Tome 22, n° 3, p. 346

G. Vidalenc "La titrisation des immeubles : alchimie juridique, contraintes fiscales, réalités financières", JCP, éd. N, 1996, p.531 (n° 14-15)

M. Vion "La suppression des grosses au porteur et le régime des copies exécutoires à ordre", Rép. Defrénois 1976, art. 31203, p. 1081

D. Wallerich, "Gérer le refinancement", Banque n° 581 - mai 1997, p. 25

Sénat - Séance du 30 octobre 1975, p. 3114

J. Thyraud "Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, de suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le projet de loi relatif à certaines formes de transmission des créances", Sénat Impressions 1975-76 n° 32

Assemblée Nationale 2e séance du 9 mars 1989, p. 2151, "Épargne et sécurité financière", discussion, après déclaration d'urgence, d'un projet de loi,

Assemblée Nationale - 2e séance du 17 mars 1989, p. 2537, "Épargne et sécurité financière" Explications de vote et vote sur l'ensemble du projet de loi

E. Dailly "Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, de suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le projet de loi relatif aux SCPI, aux SCF et aux FCC", Sénat Session ordinaire 1991-92, n° 322

Assemblée Nationale - 1re séance du 15 décembre 1992, p. 7199

Sénat - Séance du 20 décembre 1992, p. 4554

Ph. Marini "Rapport au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, relatif à l'épargne et à la sécurité financière", JO Sénat Impressions 1998-99, n° 300

Assemblée Nationale - 3e séance du 9 mars 1999, p. 2185

Assemblée Nationale - 2e séance du 11 mars 1999, p. 2360

Civ. 11 juin 1817, S. 1817, p. 328

CA Colmar 30 décembre 1850, D. 1854, 2e partie, p. 145

Civ. 20 juin 1854, D. 1854, 1re partie, p. 305

Civ. 27 novembre 1865, DP 1866, 1re partie, p. 56

CA Douai 14 novembre 1901, D. 1903, 2e partie, p. 158

Civ. 11 décembre 1940, DC 1943, p. 49

Civ. 5 février 1941, JCP 1941, II 1637; Rép. Defrénois 1982, 1re part., art. 32886, p. 691; RTDCiv 1982, p. 623

Civ. 19 février 1946, S. 1946, 1re partie n° 3113, p. 81

Civ. 1ère 31 octobre 1962, D. 1963, p. 363

TGI Bordeaux 13 février 1969, D. 1969, p. 334

Civ. 3e 5 novembre 1970, D. 1971, p. 86

Civ. 3e 15 février 1972, D. 1972 p. 433

Civ. 3e 20 novembre 1973, Rép. Defrénois 1974, 1re partie, art. 30616, p. 552

Civ. 3e 18 mars 1974, Rép. Defrénois 1974, 1re partie, art. 30675, p. 849

Civ. 7 décembre 1981, D. 1983 IR, p. 2

Civ. 3e 2 février 1982, D. 1982, p. 306, note Ernest E. Franc

Civ. 3e 17 juillet 1986, Rép. Defrénois, 1987, 1re partie, art. 34056, p. 1178

Com. 6 janvier 1987, D. 1987, p. 375

Civ. 3ème 17 juin 1987, JCP, éd. G, 1988, II 21020

Civ. 3e 20 décembre 1989, JCP Ed. G 1990, IV, p. 72 ; D. 1990 IR, p. 13; Revue de Droit Immobilier, avril-juin 1990, p. 238; RTDCiv 1990, p. 314

CA Paris, 6 avril 1994, Droit des sociétés, décembre 1994, p. 10 n° 210

Civ. 1re 22 juin 1994, Bull. Joly, août-septembre 1994, p. 973, n° 260

Com. 6 mai 1996, RJCom 1996, p. 323 n° 1470

Com. 7 janvier 1997, RTD Com 50 (2), avril-juin 1997, p. 300

Com. 4 février 1997, JCP, éd. G, 1997, II, 22922, p. 439

Com. 24 juin 1997, Droit des sociétés, décembre 1997, p. 7

Com. 18 novembre 1997, D. Affaires n° 100, 1998, p. 72; JCP, Ed. E, n° 4, 22 janvier 1998, panorama rapide, p. 98 et n° 17, 29 avril 1999, p. 764

Com. 12 janvier 1999, RJDA 4/99 n° 462, p. 363
