

N. BORGA

Candidature au prix de thèse AEDBF-France 2010

- Titre de la thèse : ***L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés.*** Dalloz, 2009, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 82.
- Date de soutenance : 14 décembre 2007 (Université Jean Moulin-Lyon 3)
- Directeur de thèse : Madame le Pr. *Stéphanie Porchy-Simon*
- Président du jury : Monsieur le Pr. *Pascal Ancel*
- Rapporteurs : Madame le Pr. *Françoise Pérochon* et Monsieur le Pr. *Pierre Crocq*
- Suffragants : Monsieur le Pr. *Mustapha Mekki* et Madame le Pr. *Carole Aubert de Vincelles*
- Mention : Très honorable avec les félicitations du jury, proposition pour le concours des prix de thèses et pour l'obtention d'une subvention
- Prix de thèse : Prix de thèse 2008 de l'Université Jean Moulin-Lyon 3
2^{ème} prix de thèse Cyrille Bialkiewicz pour le droit des entreprises en difficulté

Résumé de la thèse

Les notions d'ordre public et de sûreté ne font pas l'objet d'un consensus. Réunissant ces notions à contenu variable, le sujet qui nous était proposé a naturellement imposé un important travail préalable de définition.

En premier lieu, nous avons eu l'occasion de rejeter l'approche traditionnelle et restrictive de l'ordre public, approche cantonnant ce dernier à un rôle d'obstacle exceptionnel à une liberté contractuelle jugée prééminente. Une catégorie particulière de lois, d'ordre public, distinctes des lois simplement impératives, rendrait compte d'un tel rôle. En réalité, l'ordre public constitue le cadre même dans lequel évoluent les volontés contractuelles. Substantiellement, il s'agit d'un mécanisme axiologique, c'est un instrument de protection des valeurs dominantes au sein de l'ordre juridique.

En second lieu, il était nécessaire de prendre parti entre deux conceptions opposées de la notion de sûreté. Alors que la première suppose le respect de critères techniques précis, la seconde se fonde uniquement sur la finalité des mécanismes en cause et se veut donc plus accueillante. L'objet de la thèse étant d'étudier l'ordre public et les sûretés conventionnelles, il est apparu nécessaire d'opter pour la conception fonctionnelle de la notion de sûreté. Le recours à l'approche technique aurait inopportunément restreint le champ de l'étude dans la mesure où l'usage de mécanismes ne répondant pas techniquement à la notion de sûreté a, le plus souvent, pour objectif de contourner les prévisions de l'ordre public.

Ce travail de recherche préliminaire accompli, il a été observé que l'ordre public et le droit des sûretés ont connu une double évolution conflictuelle. La première évolution a trait aux valeurs protégées par l'ordre public en droit des sûretés. Traditionnellement, l'action de l'ordre public est respectueuse de la finalité naturelle des contrats de sûretés : préserver le créancier des insuffisances de son droit de gage général. Dans un tel contexte, si les droits du constituant de la sûreté ne sont pas ignorés, la protection qui peut lui être octroyée ne vient

jamais contrarier cette donnée fondamentale, elle ne peut être que subsidiaire. La prise en charge de valeurs nouvelles vient perturber toutefois cette hiérarchie classique des valeurs en présence. Plus précisément, il est possible d'observer le développement d'un ordre public de classes, ou ordre public catégoriel, accordant sa protection à des sujets de droit jugés dignes d'une attention particulière. La considération dont bénéficient respectivement la personne physique et le débiteur surendetté constitue l'exemple le plus topique d'un tel phénomène. Mise en œuvre de façon autonome, la protection accordée à ces sujets de droit vient heurter la finalité même des contrats de sûretés. Un tel bouleversement de la hiérarchie traditionnelle des valeurs protégées est à l'origine d'une seconde évolution, touchant le droit des sûretés lui-même. Cette branche du droit est, en effet, en pleine effervescence. Les insuffisances intrinsèques des modèles traditionnels et leur altération sous l'effet de l'ordre public catégoriel ont conduit le législateur et la pratique à forger de nouvelles garanties conventionnelles. S'il contrarie l'efficacité des sûretés traditionnelles, l'ordre public suscite donc l'émergence de nouvelles formes de garanties qu'il peine à encadrer.

A partir de l'observation de cette double évolution conflictuelle, la première partie de la thèse est consacrée à une étude critique des relations entretenues par l'ordre public et les sûretés conventionnelles. Ainsi, nous avons tâché de montrer, d'une part, une efficacité aléatoire des sûretés traditionnelles sous l'effet d'un ordre public dissocié (Titre I), et, d'autre part, une ineffectivité de l'ordre public engendrée par l'apparition de nouvelles formes de garanties, (Titre II).

A l'égard des sûretés conventionnelles les plus classiques que sont le cautionnement, le gage, le nantissement, l'hypothèque et l'antichrèse, il importe de dissocier l'action de l'ordre public traditionnel de celle de l'ordre public catégoriel. Sous sa forme traditionnelle, l'ordre public tend à la recherche d'un équilibre, préservant la finalité des contrats de sûretés sans nier la protection des droits légitimes du constituant. Cet ordre public traditionnel ne cesse toutefois de perdre du terrain face à l'essor d'un ordre public catégoriel dont le champ d'application s'élargit de manière constante. Ainsi, le cautionnement voit son efficacité altérée sous l'effet de la protection accordée à la personne physique. Pour leur part, c'est au contact des législations protectrices du débiteur surendetté que les sûretés réelles les plus traditionnelles connaissent une perte d'efficacité.

Le développement des contraintes impératives à l'égard des modèles classiques de sûretés a progressivement suscité l'émergence désordonnée de nouvelles formes de garanties conventionnelles. Ces dernières ont une double origine. En premier lieu, la pratique a naturellement utilisé toutes les ressources de la liberté contractuelle pour imaginer de nouveaux types de garanties ou modifier des garanties existantes. En second lieu, le législateur lui a étonnamment emboîté le pas, conscient des excès de l'ordre public catégoriel. Totalement incontrôlée, cette émergence de garanties nouvelles conduit à la paralysie d'un ordre public essentiellement conçu sur la base des modèles traditionnels. Les objectifs de protection de la personne physique et du débiteur surendetté sont en effet privés de toute effectivité lorsque les parties décident d'opter pour une nouvelle forme de garantie.

Les relations de l'ordre public et des sûretés conventionnelles révèlent ainsi de profonds déséquilibres, l'existence de tensions entre les objectifs parfois poursuivis par l'ordre public et la finalité des contrats de sûretés. Pour remédier à de telles difficultés, la deuxième partie de l'étude se veut prospective et invite à un renouvellement des modes d'intervention de l'ordre public. Ce renouvellement nous a semblé devoir emprunter deux voies complémentaires. L'intervention de l'ordre public doit tout d'abord être envisagée dans une perspective téléologique (Titre I). Ensuite, elle doit, en certaines hypothèses, répondre à une démarche pragmatique (Titre II).

L'intervention téléologique de l'ordre public est de nature à limiter le phénomène de contournement des règles impératives issu de l'utilisation de garanties conventionnelles non visées par la norme. Cette extension téléologique du domaine de la règle impérative suppose, en premier lieu, que la notion de sûreté soit entendue de manière fonctionnelle et non pas technique. Une telle interprétation fonctionnelle est en mesure de garantir l'applicabilité de la règle à tous les mécanismes conventionnels ayant indiscutablement une finalité de sûreté. En second lieu, l'efficacité de la règle impérative nous semble conditionnée par l'émergence d'un principe d'égalité des sûretés conventionnelles face à la règle. Ce renouvellement des modes d'intervention de l'ordre public doit toutefois préserver la finalité des contrats de sûretés. Aussi, il est nécessaire de limiter l'extension des règles impératives aux seuls cas où l'application de la règle ne contrarie pas la nature d'une sûreté donnée. Cette considération n'est pas prise en compte par le droit positif, comme l'illustre le régime des garanties autonomes dans le contexte du droit des entreprises en difficulté. Préserver la finalité des contrats de sûretés suppose également qu'évoluent quantité de règles d'ordre public contrariant inutilement l'efficacité des sûretés en droit positif. L'intervention téléologique de l'ordre public répond à un schéma descendant, les sûretés concernées étant déterminées à partir du but poursuivi par la règle.

L'intervention de l'ordre public ne peut être envisagée de façon uniquement téléologique et doit, en certaines hypothèses, s'inscrire dans une démarche pragmatique. Le schéma n'est alors plus descendant mais ascendant. L'intervention de l'ordre public est guidée par l'analyse d'une situation concrète. Une telle intervention pragmatique pourrait être utilement mise à profit dans deux hypothèses particulières : d'une part, lorsqu'il s'agit de s'opposer au choix d'une sûreté inutile, inutile car utilisée en lieux et place d'une autre forme de garantie conçue précisément pour s'appliquer à la situation en cause ; d'autre part, lorsqu'il s'agit de limiter les effets d'une sûreté excessive sans que la situation en cause puisse justifier d'un tel excès. Les deux démarches proposées ne sont pas alternatives mais complémentaires. Alors que l'approche téléologique vise à déterminer le champ d'application de la règle, l'approche pragmatique tend à moduler l'intensité de la réaction de l'ordre public à raison de la situation en cause.

La thèse contient donc une analyse des relations actuellement entretenues par l'ordre public et les sûretés conventionnelles en droit positif et, sur la base de ces résultats, des propositions de nature à remédier au caractère conflictuel de ces relations.