



**HAL**  
open science

# La summa divisio des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui

Julie Crastre

► **To cite this version:**

Julie Crastre. La summa divisio des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2020. Français. NNT : 2020PA01D033 . tel-03234541

**HAL Id: tel-03234541**

**<https://theses.hal.science/tel-03234541>**

Submitted on 25 May 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE  
*UFR de droit privé*

École de droit de la Sorbonne

*Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit privé*

*Présentée et soutenue publiquement*

*Le 30 novembre 2020 par*

Julie CRASTRE

**La *summa divisio* des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui**

Sous la direction de M. **Philippe Dupichot**

*Professeur des Facultés de droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Membres du jury :

**Monsieur Laurent AYNÈS,**

*Professeur émérite, Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

**Monsieur Philippe DUPICHOT,**

*Professeur, Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

**Monsieur Michel GRIMALDI,**

*Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas*

**Monsieur François-Xavier LUCAS,**

*Professeur, Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

**Madame Nathalie MARTIAL-BRAZ** – Rapporteur,

*Professeure, Université Paris V Descartes*

**Madame Claire SÉJEAN-CHAZAL** – Rapporteur,

*Professeure, Université de Lille*



## **AVERTISSEMENT**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



# SOMMAIRE

<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....</b>	<b>VII</b>
<b>REMERCIEMENTS .....</b>	<b>XI</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
PREMIÈRE PARTIE.....	15
L'ÉMERGENCE DE LA DISTINCTION.....	15
<i>TITRE I.....</i>	<i>17</i>
<i>INTÉRÊT DU CONSTITUANT ET NATURE DE LA SÛRETÉ.....</i>	<i>17</i>
Chapitre I.....	21
LA THÉORIE DE LA CAUSE CONFRONTÉE AUX SÛRETÉS .....	21
Chapitre II.....	65
LA TYPOLOGIE DES INTÉRÊTS DU CONSTITUANT D'UNE SÛRETÉ .....	65
<i>TITRE II.....</i>	<i>151</i>
<i>INTÉRÊT DU CONSTITUANT ET CLASSIFICATION DES SÛRETÉS .....</i>	<i>151</i>
Chapitre I.....	153
LA CLASSIFICATION DES SÛRETÉS POUR AUTRUI .....	153
Chapitre II .....	187
LA CLASSIFICATION DES SÛRETÉS POUR SOI.....	187
SECONDE PARTIE .....	272
L'INFLUENCE DE LA DISTINCTION.....	272
<i>TITRE I.....</i>	<i>276</i>
<i>NAISSANCE ET EXISTENCE DE LA SÛRETÉ.....</i>	<i>276</i>
Chapitre I.....	278
LA STRUCTURE DE L'OBLIGATION .....	278
Chapitre II .....	340
L'IDENTIFICATION DES RÈGLES COMMUNES .....	340
<i>TITRE II.....</i>	<i>444</i>
<i>RÉALISATION DE LA SÛRETÉ.....</i>	<i>444</i>
Chapitre I.....	446
L'IDENTIFICATION DES RÈGLES COMMUNES LORS DE LA REALISATION.....	446
Chapitre II .....	510
LA RÉCEPTION DE LA <i>SUMMA DIVISIO</i> EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ.....	510
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>566</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>576</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE.....</b>	<b>620</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>628</b>



## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adde	Ajouter
Al.	Alinéa
Anc.	Ancien
Art.	Article
Ass. Plén.	Arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière)
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civiles)
Bull. Ass. Plén.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière
Bull. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso	Code de la consommation
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
CCC	Contrats, concurrence et consommation
CDC	Caisse des dépôts et consignations
Chron.	Chronique
Civ.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre civile)
Coll.	Collection
Com.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale)
Comm.	Commentaires
Comp.	comparer
Concl.	Conclusion
<i>Contra</i>	En sens contraire



CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code de procédure civile d'exécution
Crim.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Crit.	Critique
D.	Recueil Dalloz
DP	Dalloz périodique
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
Dir.	Sous la direction de
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et proc.	Droit et procédures
Dr. et sociétés	Droit et sociétés
éd.	Édition
<i>etc.</i>	<i>Et caetera</i>
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même en droit)
<i>in</i>	Dans
<i>infra</i>	Ci-dessous
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)
JCP G	Juris-Classeur périodique (édition générale)
JCP E	Juris-Classeur périodique (édition entreprise)
JCP N	Juris-Classeur périodique (édition notariale)
JO	Journal officiel
JORF	Journal officiel de la République française

Jur.	Jurisprudence
JurisData	JurisData (base de données du site LexisNexis)
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit cité
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
Obs.	Observations
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
p.	Page
pan.	Panorama
Préc.	Précité
Préf.	Préface
PUF	Presses universitaires de France
Rappr.	Rapprocher
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil, Dalloz
Req.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre des requêtes)
Rev. proc. coll.	Revue de procédure collective
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey

s.	Suivants
Soc.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre sociale)
Somm.	Sommaires, sommaires commentés
Spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
v.	Voir
v°	<i>Verbo</i> , mot
Vol.	Volume

## REMERCIEMENTS

*À mon directeur de thèse, le Professeur Philippe Dupichot, pour ses précieux conseils, pour son soutien infaillible et qui m'a tant appris,*

*Aux membres de mon jury de soutenance de thèse, Monsieur le Professeur Laurent Aynès, Monsieur le Professeur Michel Grimaldi, Monsieur le Professeur François-Xavier Lucas, Madame la Professeure Nathalie Martial-Braz, Madame la Professeure Claire Séjean-Chazal, qui m'ont fait l'honneur de porter leurs regards avisés sur mes travaux,*

*À ma mère, pour son soutien indéfectible depuis toutes ces années, et qui m'a donné la conviction de poursuivre dans cette voie,*

*À mon père, pour avoir toujours cru en moi,*

*À mon frère et Marie-Muriel, pour leur aide essentielle et leur bienveillance, ainsi qu'à Augustin pour son sourire,*

*À Jules, pour son soutien inconditionnel et pour m'avoir donné la volonté,*

*À mes amis, qui ont toujours été là et qui m'ont aidée à chaque instant,*

*Aux étudiants qui m'ont convaincue de la richesse de l'enseignement,*

*Je tiens à vous remercier et vous dédier ma thèse.*



## INTRODUCTION

1. **Les distinctions et le droit** – « *Dans cette vaste complexité de données nécessaires, il devra faire des classifications nombreuses, et distinguer les objets d'investigation, suivant le degré de lumière et de certitude qu'ils lui apportent. Il devra surtout, comme le ferait le législateur lui-même doser ces objets d'après leur nature propre, et déterminer les lois de leur harmonie, en tenant les yeux fixés vers l'idéal de justice ou d'utilité sociale, qu'il faut, avant tout, satisfaire ; se gardant d'abuser d'une systématisation, toute en logique, qui doit seulement diriger sa pensée, ou lui procurer les moyens, purement techniques, de régir les situations proposées à son jugement* »<sup>1</sup>. Ces mots de François GénY raisonnent tel un avertissement dans le maniement des règles de droit.

Les distinctions sont des constructions intellectuelles et abstraites permettant de structurer le droit. Il est indéniable que celles-ci sont indispensables pour les praticiens. Le nombre impressionnant de distinctions en droit le démontre. Il est difficile d'énumérer toutes les distinctions qui balaient le droit privé. De fameux exemples nous viennent à l'esprit pour illustrer leur importance, telle que la distinction « mère » opposant le droit privé au droit public, ou encore la distinction des droits réels et personnels qui a fait couler beaucoup d'encre mais n'a jamais su être dépassée<sup>2</sup>. Léon Duguit expliquait déjà en 1927 dans son *Traité de droit constitutionnel* que « *dans les sociétés modernes, le domaine du droit est devenu tellement étendu qu'il est nécessaire d'y faire des divisions. C'est la condition*

---

<sup>1</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation en droit positif : essai critique*, LGDJ, 1919, t.II, n° 183.

<sup>2</sup> V. la célèbre remise en cause de la distinction par Ginossar : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960 ; v. *infra*, n° 387.

*indispensable pour étudier avec ordre et méthode les nombreuses règles du droit moderne* »<sup>3</sup>. Malgré leur caractère essentiel, aucune théorie générale n'est venue procurer une méthode de construction des distinctions ou encore une analyse quant à leurs effets. L'enjeu n'est pourtant pas négligeable, comme tout travail de qualification qui est fort connu des juristes. Le régime juridique résulte en effet directement de l'opération de qualification.

Le plus souvent, les distinctions se retrouvent sous une forme binaire fondée sur un critère. Tel que nous l'enseigne Gény, ce critère doit aboutir à une distinction propre « à *déterminer les lois de leur harmonie* »<sup>4</sup>. Elles opposent ainsi des contraires afin d'apporter plus de clarté dans la lecture des régimes juridiques<sup>5</sup>. Il va de soi qu'une distinction ne peut résulter d'éléments dits intermédiaires ou mixtes. Le critère doit constituer l'assise d'une opposition entre les deux branches. Cette forme binaire souligne le fort degré de généralité impulsé par la distinction. Puis, au sein de chacune des deux branches, vont se trouver des sous-distinctions, que l'on qualifiera de classifications, permettant d'entrer plus intensément au sein du régime juridique afférent à celle-ci. Se révèle ainsi la hiérarchie dans l'opération de distinction en ce que les oppositions ne présentent pas toutes la même portée. La *summa divisio* est considérée comme la distinction fondamentale, la plus élevée : la distinction mère<sup>6</sup>. Puis par un phénomène « d'emboîtement » à la manière des poupées russes, les règles de droit suivront un ordonnancement allant du plus général au plus précis. A titre d'illustration en droit des biens, la *summa divisio* consacrée à l'article 516 du Code civil est fondée sur la nature du bien selon un critère de fixité opposant les meubles aux immeubles. En fonction de ce critère de fixité, des règles distinctes en résultent afin de fonder un régime juridique commun pour les meubles d'une part, et pour les immeubles d'autre part. En revanche, la *summa divisio* n'est pas totalement étanche en raison de flux et reflux entre les deux familles de biens. Les meubles par anticipation, les immeubles par destination, les nouveaux biens posent la question du

---

<sup>3</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, La règle de droit, le problème de l'Etat*, t. I, 3<sup>e</sup> éd. Paris, De Boccard, 1927, p. 702.

<sup>4</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation en droit positif : essai critique*, loc. cit.

<sup>5</sup> T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », *LPA*, 2000, n° 70, p. 5.

<sup>6</sup> B. BARRAUD, « Droit public – droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *rev. de la recherche juridique - droit prospectif*, 2014, p. 1101 : l'auteur compare la *summa divisio* à la *ratio divisio* en expliquant que « La « *summa divisio* » des juristes correspond classiquement à la séparation de l'ensemble-droit en deux méta-branches, non pas principales, mais uniques : le droit public et le droit privé ; cette distinction serait la division-mère de tout le droit ou, en tout cas, de tout le droit français. Inviter la doctrine juridique à substituer « *ratio divisio* » à « *summa divisio* », c'est donc proposer de faire de cette frontière entre le public et le privé une frontière toujours pertinente et nécessaire, mais plus infranchissable et incontestable. La grande différence entre les idées de *summa divisio* et de *ratio divisio* est que cette dernière est accueillante à l'égard de la possibilité qu'il existe une part de « *transdroit* », quand la première y est par définition hostile ».

maintien de la *summa divisio* des biens sur le critère de fixité. Les distinctions en droit privé ne sont donc pas figées et peuvent être discutées, dès lors qu'elles ne parviennent plus à apporter la clarté tant recherchée.

Il apparaît que les distinctions viennent servir le droit en offrant un rangement des règles selon le critère adopté. S'il est vrai que celles-ci n'ont en principe pas vocation à avoir un quelconque effet sur la substance de la règle de droit, en ce qu'elles sont purement fonctionnelles, il apparaît pourtant qu'une *summa divisio* ou une distinction dépassée puisse travestir une notion juridique en ne lui appliquant pas le bon régime. L'affirmation se constate au regard de la distinction actuelle du droit des sûretés qui présente indéniablement des failles.

2. **Distinction actuelle en droit des sûretés** – Le professeur Pierre Crocq a su revêtir la notion de sûreté d'une définition étroite en affirmant qu'elle « *est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement* »<sup>7</sup>. La tâche n'était pas aisée<sup>8</sup>, mais elle a eu pour effet d'empêcher le risque de « *dilution* » de la notion de sûreté<sup>9</sup>. C'est ainsi que les sûretés se distinguent des garanties, en ce que ces dernières représentent une enveloppe plus large, englobant à la fois les sûretés au sens strict mais aussi « *les garanties de paiement* »<sup>10</sup> qui rassurent la confiance du créancier en lui conférant des « *avantages spécifiques dont la finalité est de permettre de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution* »<sup>11</sup>. Ainsi, selon l'auteur, si la garantie présente les trois traits caractéristiques de la sûreté, alors elle

---

<sup>7</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1995, n° 282.

<sup>8</sup> V. en ce sens : M. CABRILLAC, CH. MOULY et PH. PETEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. Manuel, 15<sup>e</sup> éd., 2015, n° 2.

<sup>9</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n°5, p. 16 ; H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés et publicité foncière*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., par Y. Picod, 1999, n° 5-1.

<sup>10</sup> P. CROCQ, thèse préc., n° 287.

<sup>11</sup> P. CROCQ, thèse préc., n° 287 : l'auteur explique la nécessité d'adopter une définition large de la notion de garantie « *dans la mesure où la garantie est une notion fonctionnelle et non pas conceptuelle comme la sûreté* ». Il en déduit « *ainsi doivent recevoir entre autres, car l'énumération est loin d'être exhaustive, cette qualification : le droit de rétention, la compensation, l'action résolutoire, l'exception d'inexécution, la solidarité, l'astreinte, la clause pénale, les « sûretés » négatives, la clause de domiciliation, la clause de fidélité, la clause pari-passu et la délégation* ».



pourra revêtir la qualification<sup>12</sup>. *In fine*, les sûretés sont des garanties mais les garanties ne sont pas nécessairement des sûretés<sup>13</sup>. Depuis, la doctrine majoritaire admet une acception conceptuelle de la notion de sûreté et fonctionnelle de la notion de garantie<sup>14</sup>.

Les sûretés sont elles aussi réparties en classes. Le critère de distinction consacré au sein du Code civil se loge dans l'assiette de la sûreté opposant ainsi les sûretés personnelles dont l'assiette est le patrimoine du garant aux sûretés réelles qui reposent quant à elles sur un ou plusieurs biens du constituant. Les sûretés personnelles consistent en l'engagement d'un tiers à garantir la dette du débiteur principal, permettant au créancier d'exercer son droit de gage général sur un patrimoine autre que celui du débiteur en cas de défaillance<sup>15</sup>. L'adjonction de débiteur constitue ici l'effet de garantie. Les sûretés réelles confèrent quant à elles au constituant le droit d'affecter un bien en garantie de la dette principale, octroyant au créancier un droit réel sur la chose pouvant être un droit de préférence ou un droit de propriété sur la valeur<sup>16</sup>. La *summa divisio* ainsi consacrée fait l'objet de sous-distinctions. Plus précisément, au sein des sûretés personnelles, le caractère accessoire de l'engagement du garant déterminera le régime de la garantie et permettra de départir les sûretés personnelles entre elles. Il suffit dès lors de se poser la question de savoir si le garant s'est engagé à payer ce que

---

<sup>12</sup> P. CROCQ, *ibid.* : les trois traits caractéristiques mis en exergue par M. Crocq sont : 1°/ la finalité, en ce que la sûreté assure une amélioration des droits du créancier ; l'effet de la sûreté qui est la satisfaction du créancier ; 3° la technique employée qui est celle de l'accessoire dont la force est susceptible de degrés.

<sup>13</sup> H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *ibid.* : les auteurs expliquent que « Dans cette conception, les « sûretés » ne sont qu'un sous-ensemble de la catégorie plus vaste des « garanties », notions souvent employées par commodité comme synonymes ».

<sup>14</sup> *Contra*. PH. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2<sup>e</sup> éd. 1998, n° 6.

<sup>15</sup> Pour une définition de la sûreté personnelle, v. notamment : L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, Defrénois, 14<sup>e</sup> éd., 2020, n° 5 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY et PH. PETEL, *op. cit.*, n° 23 et s. ; PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 5 ; J. FRANCOIS, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, coll. Droit civil, dir. Ch. Larroumet, Economica, n° 1 ; H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n°6-4 : « La sûreté personnelle est l'engagement d'un tiers à payer le créancier en cas de défaillance du débiteur. Le garant ajoute ici son engagement à celui du débiteur garanti. Du coup, plusieurs patrimoines répondent de la même dette ».

<sup>16</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 400 : les auteurs mettent en avant une évolution dans la conception de la sûreté réelle comme octroyant un droit préférentiel accessoire en constatant que « les sûretés réelles traditionnelles, c'est-à-dire celles qui confèrent un droit de préférence au créancier (privilege, hypothèque et nantissement) constituent des droits réels accessoires, en un double sens. (...). Réduites à des avantages exclusivement juridiques, à la différence de droits réels autonomes, les sûretés réelles n'existent que par la créance à laquelle elles sont attachées. Elles disparaissent et ne se transmettent en même temps que le droit qu'elles servent ». Ils soulignent ensuite que « cette conception traditionnelle des sûretés réelles est cependant à nuancer aujourd'hui, et ce pour deux raisons :

- d'une part, l'émergence de sûretés conférant non pas un simple droit de préférence mais un droit exclusif au créancier, la propriété, a suffisamment montré qu'un droit réel principal pouvait lui aussi parfaitement constituer un droit accessoire,

- et, d'autre part, la consécration de sûretés dites « rechargeables » (...) a montré qu'une sûreté réelle pouvait ne pas être accessoire ou, à tout le moins, ne l'être que partiellement et cela, aussi bien lorsqu'elle confère un simple droit de préférence (...) ».

doit le débiteur ou s'il doit s'exécuter de manière autonome à l'égard du rapport de base. Cette distinction permet d'opposer le cautionnement en tant que sûreté personnelle accessoire, aux autres garanties personnelles non accessoires telles que la garantie autonome. Quant aux sûretés réelles, le Code civil distingue une fois encore selon l'assiette de la sûreté. Ainsi les sûretés sur les meubles sont séparées des sûretés sur immeubles, reprenant la *summa divisio* des biens. Or avec l'avènement des propriétés-garanties, nous pouvons constater l'émergence d'une classification entre les sûretés réelles conférant un simple droit de préférence et les sûretés offrant un droit de propriété à titre de garantie.

**3. Les origines de la *summa divisio* des sûretés réelles et des sûretés personnelles** – Les fondations de la *summa divisio* remontent aux temps des sociétés primitives. A l'époque de la Rome archaïque, seules les sûretés personnelles, en particulier le cautionnement<sup>17</sup>, étaient consenties à la garantie de la dette pour deux raisons principales : il était plus simple de solliciter une garantie de la part d'un tiers et elles offraient en outre une sécurité importante au créancier, allant jusqu'à une réalisation sur la personne même du garant<sup>18</sup>, symbole d'une époque cruelle. D'ores et déjà, le lien entre la sûreté et l'obligation se constatait puisque, à l'origine, le garant était tenu par l'exécution forcée à raison de l'obligation qui pesait sur le débiteur. Par une volonté d'unifier les sûretés personnelles<sup>19</sup>, Justinien se concentra sur la *fidejussio* afin d'alléger son régime juridique<sup>20</sup>. Les sûretés réelles firent leur apparition bien plus tardivement par la reconnaissance des aliénations fiduciaires. Le débiteur transférait la propriété du bien selon un acte abstrait (la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*), à charge pour le créancier de lui transférer à nouveau la propriété en l'absence de défaillance par un « pacte fiduciaire » appelé la *fiducia cum creditore*, « première source du crédit réel »<sup>21</sup>. A la suite de la fiducie, naquit le *pignus*, ancêtre du gage avec dépossession que notre droit moderne connaît. La sûreté ne supposait donc pas le transfert de propriété mais de la possession – *pignus* – au créancier qui devenait titulaire d'un

---

<sup>17</sup> V. sur une analyse globale de l'histoire des sûretés personnelles : J. GILISSEN, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, Essai de synthèse générale », in *Les sûretés personnelles*, éd. De la Librairie encyclopédique, Bruxelles, 1974, p. 6 et s.

<sup>18</sup> H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 6 ; V. sur le cautionnement dans les sociétés primitives : M. GAMBIER, *Du cautionnement dans le très ancien droit romain et le très ancien droit français*, th. Caen, 1896, p. 18 et s.

<sup>19</sup> En effet, plusieurs types de cautionnements existaient en droit romain : la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*.

<sup>20</sup> A.E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français, Les obligations*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 1976, par R. Villers, n° 519.

<sup>21</sup> R. JACQUELIN, *De la fiducie*, Giard, Paris, 1891, n° 1.

droit réel sur la chose afin de pouvoir vendre le bien, en cas de défaillance, et lui accorder un droit de préférence sur le prix. Néanmoins, la sûreté présentait l'irréductible inconvénient d'ôter les utilités du bien au débiteur. C'est ainsi que « *pensa-t-on à laisser au débiteur non seulement la propriété, mais la détention et l'usage de sa chose, le créancier ayant seulement un droit réel, appelé hypothèque, qui lui confère droit de suite et droit de préférence* »<sup>22</sup>.

Les juristes traitèrent séparément les deux familles de sûretés. Pothier avait même rattaché le cautionnement aux obligations dans son *Traité*<sup>23</sup>, tandis que les sûretés réelles faisaient l'objet d'études au sein de traités sur les nantissements, hypothèques et privilèges, tel que le traité de Baudry-Lacantinerie et De Loynes l'illustre parfaitement<sup>24</sup>. D'ailleurs, lors de la codification de 1804, la séparation des sûretés réelles avec le cautionnement se réalisa puisque ce dernier fut traité avec les « petits contrats ».

Néanmoins, l'impression de devoir réunir ce couple séparé par la force de l'Histoire n'était pas complètement absente dans l'esprit des pères du Code civil. Ces derniers semblaient avoir bel et bien conscience de la nécessité de rapprocher le cautionnement aux sûretés réelles<sup>25</sup>. Ainsi, la doctrine du XXe siècle s'attela à penser le droit des sûretés comme englobant à la fois les sûretés réelles et le cautionnement. En témoigne la structure des cours enseignés à l'époque aux étudiants ainsi que celle de nombreux manuels de droit des sûretés, dont l'héritage est de nos jours très prégnant<sup>26</sup>. Il fallut attendre l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>27</sup> pour consacrer l'unification des sûretés, par la création d'un Livre IV au sein du Code civil, composé d'un Titre I relatif aux sûretés personnelles et d'un Titre II relatif aux sûretés réelles.

---

<sup>22</sup> H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés. Publicité foncière*, coll. *Leçons de droit civil*, dir. Y. Picod, Montchrestien, t. III, vol. I, 7<sup>e</sup> éd., n° 6.

<sup>23</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd.

<sup>24</sup> À titre d'illustration, v. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil, Du nantissement, des privilèges et hypothèques, de l'expropriation*, t. I, II et III, Paris, ed. L. Larose, 1895.

<sup>25</sup> *Code civil avec les notes explicatives rédigées par des juristes qui ont concouru à la confection du Code*, T. VIII, Paris, Y. Gratiot.

<sup>26</sup> Pour un panel des manuels relatifs au droit des sûretés dans son ensemble : C. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, Dalloz, coll. *Hypercours*, 7<sup>e</sup> éd. 2019 ; P. ANCEL et O. GOUT, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd. 2019 ; L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.* ; M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 7<sup>e</sup> éd. 2019 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY et PH. PETEL, *Droit des sûretés, op. cit.* ; D. LEGEAS, *Droit des sûretés et garanties de crédit*, LGDJ 13<sup>e</sup> éd. 2019 ; H.J.L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés. Publicité foncière, op. cit.* ; G. PIETTE, *Droit des sûretés*, Gualino, Mémentos, 14<sup>e</sup> éd. 2020 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd. 2016.

<sup>27</sup> Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

Sans doute, la consécration de la *summa divisio* des sûretés personnelles et des sûretés réelles résulte de leur histoire. Sa source réside dans la technique juridique employée : la caution s'oblige personnellement, tandis que la sûreté réelle fait naître un droit réel sur la chose. De là est née l'idée d'un rattachement des sûretés personnelles au droit des obligations et des sûretés réelles au droit des biens. La différence entre les deux familles de sûretés, en apparence éclairante et imperméable, justifia un traitement différencié selon une évolution par cycle<sup>28</sup> : tantôt les sûretés réelles seront privilégiées, tantôt elles seront délaissées au profit des sûretés personnelles<sup>29</sup>.

Traditionnellement, il était considéré que les sûretés personnelles devaient être gouvernées par une certaine liberté en raison de leur rattachement au droit des obligations contrairement aux sûretés réelles influencées par l'impérativité régnant en droit des biens. Une thèse fondamentale est venue remettre en cause ce postulat en démontrant une institutionnalisation du droit du cautionnement, *in fine* des sûretés personnelles et un affranchissement des sûretés réelles<sup>30</sup>. Si la *summa divisio* n'est pas encore abandonnée, les conséquences de son existence sont remises en cause : ce n'est pas parce que les sûretés personnelles sont liées au droit des obligations qu'elles sont gouvernées par un principe de liberté. Le changement de perspective implique de s'interroger sur le bien-fondé de la *summa divisio* : représente-t-elle le particularisme des sûretés ? Pouvons-nous penser une *summa divisio* propre aux sûretés ?

**4. Une *summa divisio* souffrante, en mal de cohérence** – La *summa divisio* des sûretés personnelles et des sûretés réelles est souffrante. Son imprégnation dans notre droit civil n'empêche pas ce constat. Elle ne permet plus d'offrir une lecture claire des règles et manque ainsi son but. Plusieurs symptômes de ce mal ressortent à la lecture du droit positif.

L'incompréhension de la nature et du régime juridique de la sûreté réelle pour autrui par la Cour de cassation est, selon nous, le premier symptôme d'une *summa divisio* en mal de cohérence. Lorsqu'une personne affecte un de ses biens en garantie de la dette d'un tiers, elle considère qu'il ne s'agit en aucun cas d'un cautionnement à défaut d'engagement personnel

---

<sup>28</sup> Sur l'évolution du droit par cycle, V. J. LEAUTÉ, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Paris 1945.

<sup>29</sup> Sans doute, pouvons-nous constater une fuite des créanciers vers les sûretés fortes et stables telles que les sûretés réelles exclusives en raison de l'institutionnalisation du cautionnement et le risque de requalification des autres sûretés personnelles.

<sup>30</sup> PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc.

consenti, de sorte que la sûreté doit relever du régime juridique des sûretés réelles<sup>31</sup>. L'analyse réaliste de cette figure prouve l'incapacité de la distinction actuelle à comprendre la nature véritable des sûretés. L'exclusion d'un régime protecteur du cautionnement réel est une conséquence fort regrettable et regrettée par les auteurs<sup>32</sup>. Plus encore, elle démontre l'influence de la *summa divisio* sur la substance du droit. Le critère adopté est défaillant en ce que la solution aboutit à faire fi de la dimension primordiale qui réside dans l'engagement à garantir la dette d'autrui. L'incohérence se manifeste au sein même des décisions tenues par la Cour de cassation. Si celle-ci a beau répéter pour se convaincre que la sûreté réelle pour autrui n'est pas un cautionnement<sup>33</sup> et ne saurait se voir appliquer son régime juridique, elle vient pourtant opérer un contrôle de conformité au regard de l'intérêt social à l'ensemble des sûretés personnelles consenties par une société à responsabilité illimitée, en incluant expressément le cautionnement réel<sup>34</sup>. Aussi, elle exige le respect des dispositions de l'article L. 225-35 du Code de commerce dès lors que le garant s'engage pour autrui. Comment refuser une protection en droit commun, à l'égard de garants personnes physiques s'étant engagés sur des biens en particulier alors qu'une telle protection existe à l'égard de sociétés ayant consenti une sûreté identique ? Le législateur a lui-même reconnu la nécessité d'aligner le sort des sûretés personnelles, coobligés solidaires, ainsi que les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie de la dette de l'entreprise faisant l'objet d'une procédure collective. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005<sup>35</sup> avait unifié le sort « *des cautions, coobligés et garants* ». L'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>36</sup> vient porter le coup de grâce à la distinction des sûretés accessoires et des sûretés non accessoires en consacrant l'alignement des règles applicables aux garants pour autrui<sup>37</sup>. Il concerne le cautionnement, la garantie autonome, le porte-fort, la solidarité passive non intéressée à la dette, la délégation imparfaite et permet au cautionnement réel de renaître de ses cendres. Cette unification s'opère nonobstant le caractère accessoire ou autonome de la garantie décidée par le Code civil et revient sur une analyse réaliste du cautionnement réel. Le droit des sûretés du Code civil se fond dans le droit des procédures collectives pour revivre seulement en cas de liquidation judiciaire.

---

<sup>31</sup> Cass. mixte, 2 déc. 2005, *Bull. ch. mixte* n° 7 ; v. *infra* n°336.

<sup>32</sup> V. notamment : PH. SIMLER, « le cautionnement réel est - aussi - réellement un cautionnement », *JCP G* 2001.I.367.

<sup>33</sup> V. *infra*, n°336.

<sup>34</sup> V. par exemple : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, n° 17-17.542.

<sup>35</sup> L. n° 2005-843 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises.

<sup>36</sup> Ord. n° 2008-1343 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

<sup>37</sup> V. *infra*, n° 615.

La *summa divisio* actuelle obscurcit la compréhension des sûretés, pire, influence son régime juridique en aboutissant à des solutions qui sont infondées et contradictoires.

5. **La *summa divisio* des sûretés vue de l'extérieur** – « Une meilleure connaissance du droit des sûretés des pays étrangers présente non seulement des intérêts pratiques évidents à une époque où l'on met l'accent sur la fonction exportatrice des entreprises, mais encore d'incontestables intérêts théoriques », expliquait M. Claude Witz<sup>38</sup>. L'observation est d'autant plus vraie à l'heure d'une réflexion sur l'harmonisation d'un droit civil et d'un droit des affaires européen<sup>39</sup> ; projet qui participera forcément d'une plus grande efficacité et attractivité du droit européen dans un contexte de forte concurrence entre les droits.

Au regard des systèmes tant de *Common Law* que de *Civil Law*, il apparaît que le droit des sûretés est structuré selon une même distinction opposant les sûretés personnelles aux sûretés réelles. La classification des sûretés personnelles est construite sur le même critère qu'en France, à savoir le caractère accessoire de la garantie. L'existence d'une sûreté personnelle accessoire est une « *figure quasi universelle* »<sup>40</sup>, se retrouvant dans une majorité de systèmes juridiques. Le droit anglais oppose ainsi au sein des « *contracts of suretyship* » les sûretés accessoires aux sûretés indemnitaires. En effet, les « *contracts of guarantee* » représentent l'équivalent du cautionnement français puisqu'il s'agit d'une sûreté consentie en garantie de la dette d'un tiers, présentant des caractéristiques identiques, en ce qu'elle est nécessairement accessoire à une créance principale, en principe subsidiaire, etc. La sûreté se distingue des « *contracts of indemnity* » qui se caractérisent par l'indépendance de la sûreté au regard de la créance garantie. Une telle classification est également retenue en droit allemand<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> C. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *Rev. internationale de droit comparé*, vol. 37, n° 1, p. 22-68.

<sup>39</sup> V. sur la présentation du projet de Code européen des affaires : P. BAYZELON, « Plaidoyer pour un Code européen des affaires », *Gaz. Pal.* 2016, n° 07 p. 45 ; J.-S. BERGE, « Pour un Code européen des affaires ; de quoi parle-t-on ? », *RDC* 2018, n° 04, p. 67 ; PH. DUPICHOT, « Pour un Code européen des affaires », *BJS* 2018 n° 06, p. 309 ; M. GRIMALDI, « Code européen des affaires et notariat européen », *Deffrénois* 2019, n° 01-02, p. 1.

<sup>40</sup> V. notamment : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, in *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, LGDJ, n° 23 ; *Les garanties de financement*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées portugaises, t. 47, LGDJ, 1996.

<sup>41</sup> A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *ibid.*

Quant aux sûretés réelles, la grande diversité qu'offre le droit français ne se retrouve pas nécessairement en droit étranger. Ainsi, le système anglo-saxon s'éloigne du droit français par l'existence d'une sûreté réelle globale<sup>42</sup>. En droit américain, l'article 9 du *Uniform Commercial Code* consacre le *security interest*, sûreté qui a la faculté de porter sur un bien meuble corporel, incorporel voire sur un immeuble par destination<sup>43</sup>. Le droit anglais connaît également une telle sûreté qui est née des règles de l'*Equity*. La *floating charge* représente en effet une technique de garantie pouvant être déconnectée de toute créance à garantir et grever n'importe<sup>44</sup>. Dans le système de *Civil Law*, le droit allemand se rapproche des sûretés réelles françaises tout en révélant une plus grande flexibilité, par la reconnaissance de sûretés indépendantes<sup>45</sup>.

Puisque les systèmes de *Civil Law* et de *Common Law* reconnaissent également la *summa divisio* des sûretés personnelles et des sûretés réelles, la question se pose alors de savoir s'ils éprouvent les mêmes difficultés que le droit français à appréhender la figure du cautionnement réel qui cristallise les failles de la distinction actuelle. Dans sa thèse consacrée au cautionnement réel, M. Jean-Jacques Ansault constate que la « *consultation du droit étranger nous a montré qu'il était agité par les mêmes oppositions que le droit français et que la généralité des décisions du juge étranger ne permettait pas de les résoudre ; il ne pouvait donc nous être d'aucun secours* »<sup>46</sup>. Il est vrai que nul droit étranger n'est capable d'apporter une réponse claire à la nature juridique de la sûreté et à son régime juridique correspondant. Certains droits adoptent une analyse réaliste de la sûreté<sup>47</sup>, tandis que d'autres vont considérer

---

<sup>42</sup> Pour une analyse d'une réception d'une sûreté réelle unique en droit français : CL-A. MICHEL, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2018 ; selon un autre prisme : Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant*, préf. A. Ghozi, LGDJ Bibl. dr. privé 2016.

<sup>43</sup> V. sur la notion de *security interest* : A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés réelles mobilières*, préf. H.S. SCOTT, LGDJ 1990 ; J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, préface J. Stoufflet, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, t. 1 1997 ; B. TESTON, « Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », *Dr. et patr.* 2001, n° 94, p. 69 et s. ; C. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », *RD bancaire et bourse* 1992, p. 143 et s.

<sup>44</sup> V. notamment sur la *floating charge* : M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RD aff. Int.* 1995, n° 2, p. 145 et s. ; J.-F. RIFFARD, thèse préc., n° 697 ; B. TESTON, « Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », art. préc. ; C. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », art. préc.

<sup>45</sup> V. *infra* n° 151, 155.

<sup>46</sup> J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, 2009, n° 12.

<sup>47</sup> Par exemple sur le droit belge : V. M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006, n° 523.

qu'il s'agit d'un véritable engagement personnel<sup>48</sup>. L'absence de consensus en droit étranger confirme la difficulté à appréhender la nature de cette sûreté à l'aune de la *summa divisio* des sûretés réelles et personnelles<sup>49</sup>.

**6. L'émergence de la distinction des sûretés pour soi et pour autrui – *De lege lata***, une distinction émerge entre les sûretés qui ont été consenties pour autrui et celles qui l'ont été pour garantir sa propre dette. Le constat implique de porter un regard différent, si ce n'est pas nouveau, sur la nature des sûretés. L'engagement pour autrui révèle l'opposition entre les deux catégories de sûretés. En effet, le risque pris par une personne qui s'engage à garantir la dette d'un tiers ne sera, par définition, jamais le même que celui qui s'engage pour lui. Les hypothèses où la *summa divisio* actuelle des sûretés faillit visent précisément le cas où le garant prend le risque d'engager tout ou partie de son patrimoine afin de garantir la créance d'une tierce personne. La dimension de l'engagement pour autrui doit ainsi prendre le pas sur l'objet de l'obligation ou la nature du droit conféré au créancier. Le dépassement de la *summa divisio* actuelle s'explique par la nécessité de construire une théorie générale des sûretés, fondée sur une distinction qui lui est propre, afin de s'émanciper de l'emprise de la distinction des droits patrimoniaux<sup>50</sup>. Les travaux s'affaireront donc à déterminer un critère afin de sceller la distinction.

**7. Définition des sûretés pour autrui** – La sûreté pour autrui est le contrat par lequel *une personne s'engage à couvrir le risque de défaillance d'un tiers en permettant au bénéficiaire d'agir à son encontre selon les termes de la garantie*. Il en résulte que le garant n'est pas tenu, du moins entièrement, au titre de la créance principale. C'est ainsi que ce type d'engagement se démarque. A la différence des sûretés personnelles, la notion est plus large

---

<sup>48</sup> Le droit uniforme africain est en ce sens ; v. M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », LPA 2004 n° 205, p. 30 : « La seconde est relative au cautionnement réel. Après avoir énoncé que « la caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens » (article 12, alinéa 1), l'Acte uniforme ajoute qu'« elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté » (alinéa 2). Par cette seconde proposition, il semble reconnaître au cautionnement réel une nature mixte : une nature personnelle en ce que la caution s'engage personnellement à hauteur de la valeur du bien, une nature réelle en ce que la caution confère sur ce même bien un gage ou une hypothèque en garantie de son engagement. Mais tout ne se trouve pas pour autant élucidé ».

<sup>49</sup> J.-J. ANSAULT, thèse préc., *ibid.* : « Il apparaît que la tension théorique qui existe au sein de cette institution en droit français se comprend mieux si l'on considère que des droits étrangers, qui conçoivent d'une part le cautionnement et d'autre part les sûretés réelles d'une manière similaire à celle de notre droit, aboutissent à des analyses du cautionnement réel diamétralement opposées ».

<sup>50</sup> C. DAUCHEZ, « Pour une théorie générale des sûretés », *Rev. de la recherche juridique. Droit prospectif*, PUAM, 2016, vol. 3, p. 1121, spéc. n° 5.



en ce qu'elle fait fi du mode de réalisation de la sûreté, que celle-ci fasse naître un droit personnel ou engage un bien du garant, que l'engagement soit accessoire, autonome, ou indemnitaire. Le cœur des sûretés pour autrui réside dans cet engagement particulier qu'est de consentir à couvrir le risque de défaillance d'une tierce personne. La mise en œuvre de la sûreté ne participe pas, selon nous, de son essence.

**8. Définition des sûretés pour soi** – Par opposition, la sûreté pour soi réside dans *l'affectation d'un ou plusieurs biens, présents ou futurs, à garantir la propre créance du constituant en conférant un droit de préférence ou exclusif au créancier*. Selon une approche positive, au regard de la définition, les sûretés pour soi comprennent toutes les sûretés réelles qui confèrent à leurs titulaires soit la faculté de rompre le principe d'égalité entre les créanciers en conférant une préférence dans le rang, soit une exclusivité en assurant d'échapper à tout concours, que le débiteur soit *in bonis* ou fasse l'objet d'une procédure collective, par l'octroi d'un droit réel accessoire sur le bien.

**9. Actualité du sujet : des perspectives de réforme** – Nous sommes à la veille de profondes réformes. La loi Pacte du 22 mai 2019<sup>51</sup> habilite le gouvernement à légiférer par ordonnance pour réformer le droit des sûretés. Dans ce cadre, un avant-projet de réforme du droit des sûretés, porté par l'Association Henri Capitant, propose très certainement les futures dispositions de notre droit des sûretés. Il n'est nullement question de remettre en cause l'actuelle *summa divisio* des sûretés. Pour autant, nous pouvons constater que la Commission Grimaldi invite le législateur à briser la jurisprudence relative à la sûreté réelle pour autrui. L'article 2291 du Code civil énoncerait selon l'avant-projet que « *le cautionnement réel est une sûreté constituée pour garantir la dette d'autrui. Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet* »<sup>52</sup>. Les membres de la Commission font ressusciter sous leur plume le cautionnement réel en mettant en avant le fait que la sûreté est constituée « *pour garantir la dette d'autrui* ». L'avant-projet appelle à une réflexion sur la nature du cautionnement réel, et plus généralement des sûretés garantissant la dette d'autrui. Les travaux s'inscrivent directement dans cette réflexion en soumettant un regard nouveau sur la nature des sûretés.

---

<sup>51</sup> L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, art. 6.

<sup>52</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : la commission explique ainsi que « *cet article constitue une innovation remarquable, mettant à néant une jurisprudence de la Cour de cassation inaugurée par un arrêt rendu en Chambre mixte le 2 décembre 2005. (...). Ce rétablissement est pleinement justifié, car le tiers constituant est réellement, à bien des égards, dans la même situation qu'une caution, spécialement si la sûreté réelle constituée est exécutée, et plus encore si ce tiers constituant paye volontairement la dette pour éviter la perte du bien affecté en garantie* ».

L'avant-projet de réforme doit en outre soigner l'articulation avec le droit des procédures collectives qui va subir une réforme majeure. En effet, la loi Pacte prévoit notamment de transposer la directive européenne dite restructuration et insolvabilité<sup>53</sup>, laquelle peut être à l'origine d'une réelle refonte des procédures d'insolvabilité si l'opportunité est saisie par la France. *De lege*, le droit des procédures collectives adopte, implicitement, la distinction des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui en consacrant un alignement du sort des garants pour autrui. La différence de traitement entre les sûretés pour autrui et les sûretés pour soi dans l'actuel droit des entreprises en difficulté convainc du fonctionnement de la *summa divisio* que nous proposons.

La concomitance des réformes des sûretés et des procédures collectives invite à une harmonisation de ces deux droits afin de parvenir à l'équilibre tant recherché entre la préservation des droits des créanciers et la volonté de donner une seconde chance au débiteur. C'est ainsi que nos travaux s'inscriront dans une telle démonstration. Il n'est en effet guère possible d'envisager une nouvelle *summa divisio* des sûretés sans aborder les conséquences qui en résulteraient en cas d'ouverture d'une procédure collective.

**10. Plan** – Il appartient d'analyser l'émergence de la distinction entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui afin de déterminer le critère sur lequel elle repose ainsi que les classifications internes qui en résultent (Partie I). Son influence sur le régime juridique des sûretés ainsi que sa réception en droit des entreprises en difficulté constituent l'ultime épreuve pour l'élever au rang de *summa divisio* (Partie II).

---

<sup>53</sup> Dir. (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dette.



# PREMIÈRE PARTIE

## L'ÉMERGENCE DE LA DISTINCTION

11. **À la recherche du fondement de la distinction** – L'émergence de la distinction entre les sûretés pour soi et pour autrui se révèle en droit positif. Néanmoins, pour que celle-ci puisse être qualifiée de distinction, il appartient de la fonder sur un critère binaire qui permettra de sceller l'opposition entre les deux familles de sûretés. Négativement, il convient d'exclure le critère actuel de l'assiette de la sûreté qui n'est manifestement plus fonctionnel.

La terminologie des sûretés pour soi et pour autrui renvoie à la personne qui s'engage. La différence se loge dans le fait que la sûreté peut être consentie pour soi-même ou pour autrui. L'engagement pour soi est un acte naturel tandis que prendre le risque pour une tierce personne l'est moins. Pour autrui, le constituant de la sûreté n'obtiendra guère de contrepartie alors qu'il prendra en charge un risque conditionné par la défaillance du débiteur principal. L'absence de contrepartie semble traduire juridiquement la différence entre les deux sortes d'engagement, ce qui fait appel à une institution du droit français. C'est ainsi que la cause, une fois confrontée aux sûretés, constitue le critère permettant d'expliquer un clivage net entre les sûretés pour soi et pour autrui.

12. **Plan** – La cause de la sûreté, comprise comme étant l'intérêt du constituant, apporte un éclairage sur la nature du contrat de sûreté (Titre I) et constituera le fil d'Ariane afin de définir la classification des sûretés pour soi et pour autrui (Titre II).



## TITRE I.

# INTÉRÊT DU CONSTITUANT ET NATURE DE LA SÛRETÉ

13. **Le rapport entre la cause et la nature de la sûreté** – Dans son traité de la théorie générale de l'obligation, Saleilles évoque que « *la volonté est l'agent principal destiné à former l'engagement juridique* »<sup>54</sup>. La clé de voûte du rapport contractuel se loge dans la rencontre des volontés<sup>55</sup>. Les bâtisseurs de la relation contractuelle ont voulu et ont donc façonné le contrat qui composera le ciment de leur rapport<sup>56</sup>.

L'élaboration du contrat, passant parfois par une période de négociations précontractuelles, poursuit nécessairement la réalisation d'un but. Une fois que les volontés se sont rencontrées sur la finalité, elles mettront à son service des instruments juridiques offerts par le droit en vue de le réaliser. De ce constat très simple, le rôle de la cause dans la définition de la nature des contrats se dévoile naturellement. Le droit français a toujours été causaliste, prenant acte du rôle fondamental de la volonté des parties dans la construction contractuelle. Partant, la

---

<sup>54</sup> R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, in Mémoires du droit, n° 138.

<sup>55</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit. n° 3 : « *L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle contrat. Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit. Ceux qui seront curieux de les connaître pourront consulter le titre de pactis, dans notre ouvrage sur les Pandectes, où ils sont détaillés. De là, il suit que dans notre droit on ne doit point définir le contrat comme le définissent les interprètes du droit romain, Conventio nomen habens à jure civili, vel causam ; mais qu'on le doit définir, une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose* » ; R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *ibid.* : Saleilles poursuit « *Mais, en règle générale, il n'y a engagement véritable, susceptible de produire un lien de droit et par suite de donner action à autrui, que s'il y a eu accord de volontés. Pour s'engager, il faut être deux, l'un qui promet, l'autre qui accepte la promesse ; en d'autres termes, le contrat est la source normale de l'obligation* ».

<sup>56</sup> C'est ainsi que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » ; C. civ. anc. art. 1134 ; C. civ., art. 1103 ; V. sur la force obligatoire des contrats : A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 17<sup>e</sup> éd., n° 248 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., n° 122 et s.

théorie de la cause fût employée pour contrôler la validité des contrats. L'ancien article 1108 du Code civil, selon lequel le contrat devait comporter « *une cause licite dans l'obligation* » en est le parfait témoin. En effet, dans son acception classique, la cause permettait au juge de contrôler, d'une part si l'obligation avait une contrepartie objective, et d'autre part si la cause du contrat n'était pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Néanmoins, lorsque l'on mentionne la cause, on se remémore forcément la controverse qui entoure la notion. Institution bouleversante et insaisissable, il s'avère que le droit français en est imprégné et n'a jamais su s'en dessaisir<sup>57</sup>. La complexité de l'institution fut mise en exergue par d'éminents auteurs<sup>58</sup>. Tant d'interrogations s'ouvrirent alors sur son rôle, sur sa définition, son contenu et sa portée. L'intérêt de la cause ne se limitait donc pas aux contrôles objectif et subjectif.

À la lecture des discussions passionnantes et passionnées, un aspect de l'institution nous intéresse particulièrement. Au sein des écrits de Jean Domat<sup>59</sup>, le rôle de catégorisation attribué à la cause nous apparaît fort éclairant afin de sceller la *summa divisio* des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui. L'auteur démontra de manière lumineuse que la cause du contrat permettait de faire le départ entre les conventions à titre gratuit et à titre onéreux<sup>60</sup>. Le rapport entre la nature du contrat et sa cause fut établi. Les prémices de la cause catégorique étaient nées avec les pensées de Domat dont les fondations ont par la suite été reprises<sup>61</sup>.

**14. La lecture du droit des sûretés par la théorie de la cause** – En droit des sûretés, la théorie de la cause imprégna difficilement la matière alors que nous croyons pourtant en ses vertus explicatives. *De lege lata*, les sûretés sont classées selon leur assiette opposant les sûretés personnelles aux sûretés réelles. Or deux familles de sûretés émergent à la lecture des décisions jurisprudentielles et des dispositions législatives. Une distinction

---

<sup>57</sup> La reconnaissance de la puissance de la volonté de tous les hommes libres fut d'ailleurs le socle de la Révolution française.

<sup>58</sup> V. *infra*, n° 27 et s.

<sup>59</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Partie I, Liv.I, titre I, section I, V, VI : « *il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre* » ; « *Et dans les conventions mêmes, où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte, a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner, pour former la convention* » ; « *l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions, au profit de l'un des contractants, à toujours sa cause de la part de l'autre ; et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause* » ; « *Dans les donations et dans les autres contrats où l'un seul fait, ou donne : et où l'autre ne fait et ne donne rien ; l'acceptation forme la convention. L'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien* ».

<sup>60</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *ibid*.

<sup>61</sup> Sur les théories relatives à la cause du droit romain jusqu'au droit contemporain : v. *infra*, n° 25 et s.

latente apparaît entre les sûretés consenties pour garantir la dette d'autrui de celles qui ont vocation à garantir sa propre dette. Nous nous apercevons que le régime juridique des sûretés pour autrui est effectivement plus protecteur que celui venant régir les sûretés pour soi. Le socle de cette distinction trouve son origine dans la volonté originelle du constituant de la sûreté. S'engager pour autrui engendre un risque qui ne se retrouve pas lorsque l'on s'engage pour soi-même. Il est en effet fondé d'apporter une protection plus importante à celui qui prend un risque conséquent sur son patrimoine sans contrepartie ou en présence d'une contrepartie indirecte. La volonté du constituant de la sûreté est à la source de cette prise de risque. Derrière la volonté du constituant se cache la cause du contrat. A la manière de la classification édictée par Domat entre les contrats à titre gratuit et à titre onéreux, la cause sera distincte selon que l'on se trouve dans la famille des sûretés pour soi ou des sûretés pour autrui. La finalité poursuivie dans chacune de ces deux catégories de sûretés apporte un éclairage sur la *summa divisio* que nous entendons proposer. Néanmoins, il s'avère que la théorie de la cause instituée en droit français doit être confrontée aux sûretés afin d'être adaptée et précisée.

15. **Plan** - La théorie de la cause est un concept décrié, *a priori* abandonné par le droit positif, mais qui continue d'imprégner le droit français des contrats. Les fonctions classiques l'ont menée à sa perte en ce qu'elles ont été galvaudées et incomprises. Suite à son abandon par la réforme du droit des contrats<sup>62</sup>, on peut considérer que la cause n'a pas pour autant disparu du paysage civiliste français. En effet, celle-ci a beau avoir été bannie du Code civil, ses fonctions demeurent. L'institution continue d'être d'actualité. Percevrait-on ici un phénix qui renaîtrait de ses cendres ? Nous pensons au contraire qu'elle ne nous a jamais vraiment quitté<sup>63</sup>. Elle continue de nous offrir une meilleure compréhension de certaines règles juridiques, dont celles relatives aux sûretés. Afin de sceller la *summa divisio* sur le critère de la cause, il nous appartient de la confronter aux sûretés (Chapitre I). De cette rencontre, les intérêts du constituant seront mis en lumière dans la perspective d'asseoir la distinction des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui pour ensuite apporter un regard sur leur classification (Chapitre II).

---

<sup>62</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>63</sup> L'institution est en effet consubstantielle à la philosophie du droit français des contrats, tel que nous pourrions bientôt le constater. Malgré les vives critiques qui lui ont été opposées, nous sommes bien impuissants à expliquer le droit des contrats sans se fonder sur la cause. La réforme du droit des contrats opérée le 10 février 2016 en atteste.





## Chapitre I.

# LA THÉORIE DE LA CAUSE CONFRONTÉE AUX SÛRETÉS

16. **Une nécessaire confrontation** – L'institution de la cause telle qu'elle est définie classiquement ne saurait permettre d'expliquer la différence d'engagement entre les sûretés pour soi et pour autrui, pour une raison très simple qui est celle de la structure unilatérale des sûretés. Le constat force à une adaptation. Mais avant d'opérer une telle confrontation, nous croyons qu'il est essentiel de revenir sur l'histoire de l'institution afin de pouvoir la proposer comme critère de distinction des sûretés.

17. **Plan** – Nulle fatalité ne doit se laisser entrevoir par le bannissement de la terminologie de « cause » dans le Code civil. A la lecture des articles nouveaux issus de la réforme, celle-ci continue d'imprégner le droit des contrats français (Section I). Face aux sûretés, la théorie de la cause se met à l'épreuve au regard de ses fonctions tant classique que moderne. De cette analyse, en résultera une nécessaire adaptation dans sa perception. Nous verrons, en effet, que la cause définie par le professeur Judith Rochfeld sied parfaitement pour comprendre la nature des sûretés. Partant, le droit des sûretés s'avère illustrer l'actualité de la théorie dans une matière où celle-ci n'a jamais eu de place, ni de réelle incidence reconnue par le droit positif (Section II).



## SECTION I – LA THÉORIE DE LA CAUSE À L'ÉPREUVE DES CONTRATS

18. **La cause, une institution française** – « *La cause est morte ; vive la cause* »<sup>64</sup>. L'éloge funèbre est prononcé par le législateur en 2016<sup>65</sup> enterrant la cause et avec elle ses éternels questionnements... Les divergences d'interprétation sont certainement la source de sa disparition. Jugée nocive à l'égard de la sécurité juridique des conventions<sup>66</sup>, le glas est sonné et la cause n'est plus. Il apparaît néanmoins que le droit français reste profondément causaliste. L'économie des conventions continue de se lire, implicitement, à l'aune de la cause. Son histoire nous apporte une compréhension nécessaire afin de pouvoir comprendre son évolution pour ensuite la confronter aux sûretés. Des temps romains, en passant par l'Ancien droit, pour en finir au droit contemporain, l'essentiel reste toujours de comprendre la naissance du contrat sans plonger pour autant dans les méandres de la volonté des Hommes.

19. **Plan** – La disparition de la cause dans le Code civil constitue en effet l'aboutissement d'une longue évolution (I). Néanmoins, son caractère fonctionnel n'a pas pour autant disparu du droit français suite à la réforme du droit des contrats intervenue le 10 février 2016 (II). L'œuvre du législateur ne serait-il donc qu'un leurre afin d'apaiser les controverses ?

### I. UNE DISPARITION APPARENTE DE LA CAUSE

20. **Le double visage de la cause** – Instrument de validité, la cause fut cantonnée, à la suite d'une intense évolution, à un double contrôle de la validité des contrats. Il est classiquement admis que celle-ci permet de contrôler « l'économie » de la convention par le constat d'une contrepartie<sup>67</sup> d'une part, et d'autre part de déterminer si le contrat ne

---

<sup>64</sup> F. CHÉNÉDÉ, « La cause est morte, vive la cause ? », *in* Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, CCC 2016, doss. 4.

<sup>65</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, *op.cit.* ; C. civ., art. 1128 : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : le consentement des parties ; leur capacité de contracter ; un contenu licite et certain* ».

<sup>66</sup> En effet, la notion de cause a été certainement interprétée de manière trop extensive, voire galvaudée, en ce qu'elle permettait aux juges de s'immiscer dans l'économie des contrats, mettant à mal la sécurité juridique des conventions. V. *infra*, n°39.

<sup>67</sup> Le contrôle de la cause objective n'emportait pas pour autant un contrôle de la lésion en droit des contrats français, sauf disposition contraire, tel que cela est le cas en matière de vente immobilière. V. M.

contrevient pas aux bonnes mœurs. Ce double visage de la cause est né à la suite d'une très longue évolution.

21. **Plan** – Malgré un consensus apparent sur la fonction duale de la cause, les conceptions moderne et classique de la cause (A) ne sont pas parvenues à convaincre pour la sauver (B).

## A. Présentation de la théorie

22. **Émergence de deux conceptions de la cause** – Plus qu'un concept juridique, la cause est devenue au fil des siècles une institution imprégnant très largement le droit français. Sa consécration ne fut le résultat que d'une lente évolution, dont le terme a été marqué par sa négation dans le Code civil. Depuis les temps romains jusqu'à l'ère moderne, la conception de la cause n'a jamais été le fruit d'une analyse unitaire. Deux compréhensions surgissent alors de son histoire : la conception objective d'une part et subjective d'autre part. Loin d'être exclusives l'une de l'autre, ces deux approches doivent surtout être mises en synergie afin de percevoir sa définition.

23. **Plan** – Le point cardinal de l'histoire de la cause se situe très certainement en 1804, date de sa codification au sein du Code civil. Ainsi, il convient de présenter l'évolution de la cause jusqu'en 1804 (1) puis après 1804 (2) afin de retracer son immense histoire.

### 1. Avant la codification

24. **Plan** – L'édification de la cause remonte à des temps anciens. En droit romain, elle se découvrit de manière ponctuelle sans pour autant aboutir à une théorie (a). La mise en lumière de la cause se réalisa essentiellement dans l'Ancien droit par les jurisconsultes (b).

#### a. En droit romain

---

FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 636 : « L'ancien article 1118 du Code civil, mis à la suite des trois vices du consentement (erreur, dol, violence), énonçait que « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ». La lésion était donc présentée comme une exception au principe selon lequel le déséquilibre des prestations ne vicie pas le contrat. En même temps, le Code consacrait ainsi de façon générale ce mécanisme, qui se décline ensuite dans diverses dispositions, dans le Code civil ou en dehors du Code civil. Le nouvel article 1168 ne mentionne plus expressément le terme de « lésion », mais celle-ci demeure bien un mécanisme légal permettant de contrôler l'équilibre des prestations ».

25. **Reconnaissance des actes abstraits** – A l'ère du droit romain, la cause n'existait pas en tant que tel. Nulle théorie n'était en effet conçue. Pourtant nous croyons que ses prémices sont apparues à cette époque. Le terme de « *causa* » renvoyait à une notion polymorphe dont les contours rendaient difficile l'élaboration d'une analyse unitaire<sup>68</sup>. Se rapprochant de la cause ès condition de validité des contrats, la cause efficiente en droit romain constituait une formalité à accomplir afin de faire naître l'obligation et procurer la force au contrat projeté<sup>69</sup>. Elle représentait certes une condition substantielle à l'élaboration du contrat mais se trouvait concrètement dénuée de tout rapport avec la volonté des parties. La cause efficiente relevait uniquement de l'accomplissement d'une formalité ; détachée de la volonté des parties. La prise en considération de la volonté des parties avait en principe un second rôle dans l'élaboration du contrat et n'emportait aucune conséquence sur sa validité<sup>70</sup>. La détermination de la *justa causa* avait pour effet de caractériser l'accord de volontés intervenu entre les parties à un contrat translatif de propriété opéré par une remise de la chose – *sic la traditio* –<sup>71</sup>. Son rôle n'était pourtant que secondaire selon les auteurs car l'erreur ou l'illicéité de la *justa causa* ne pouvait entraîner la nullité du contrat de vente.

26. **Une influence ponctuelle de la cause** – En droit romain, le principe était donc que les contrats constituaient des actes abstraits en ne reconnaissant pas l'effet de la volonté sur ces derniers. L'influence de la cause n'était pas pour autant complètement rejetée. De manière ponctuelle, celle-ci était prise en considération en ce qu'elle avait un effet sur la naissance de l'obligation. Le constat fut énoncé notamment dans le Digeste d'Ulpian qui

---

<sup>68</sup> V. en ce sens : M. MEIJERS, « *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation* », in *Etudes d'histoire du droit*, par R. FEENSTRA et H. W. D. FISHER, t., IV ; G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. Droit savant du Moyen-Âge – Droit savant français*, thèse Paris, 1929, p. 4.

<sup>69</sup> À titre d'illustration, le droit romain imposait dans le cadre de la conclusion d'un contrat translatif de propriété une cause efficiente. Celle-ci résultait d'une formalité solennelle appelée la *mancipatio* ou *in jure cessio*. Nous voyons bien que la finalité poursuivie par les parties ne se reflète nullement par la *mancipatio*.

<sup>70</sup> Une exception existait cependant en matière de constitution de la dot. En effet, celle-ci était subordonnée à la réalisation d'un mariage. Il fallait donc une contrepartie à l'obligation de constituer une dot. L'origine de la cause contrepartie, objective, que nous connaissons aujourd'hui, émane certainement du droit romain. V. en ce sens : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 16.

<sup>71</sup> Un débat existait sur le point de savoir si la *tradiatio* dépendait ou non de l'existence d'une *justa causa*. Selon certains auteurs, tels que Paul ou Ulpian, la *tradiatio* était insuffisante à transférer la propriété du bien mais elle devait être précédée d'une cause, par contrat de vente ou une donation. Or il semblerait que la thèse opposée eût été retenue, considérant ainsi que l'existence d'une *justa causa* ne devait pas nécessairement précédée la *tradiatio*, de sorte que la justification du transfert de propriété ne portait aucune influence sur la validité du contrat. Selon cette pensée, défendue notamment par Julien, l'erreur par le contractant sur la *justa causa* ne faisait pas obstacle au transfert de propriété (Julien, D.41.1, *de adq. Rer. Dom.*, 36). V. en ce sens : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, *ibid.*.)

considérerait en effet que « *et si in alium contractum res non transeat subsit tamen causa...esse obligatio* »<sup>72</sup>. Aussi, au sein des contrats formels tels que la *stipulatio*<sup>73</sup>, la *causa* n'était pas une condition *ad validitatem* de la convention<sup>74</sup>. La limite de ces actes abstraits était de permettre des enrichissements injustifiés. Une jurisprudence très ancienne a dès lors construit la théorie des *condictiones causa*<sup>75</sup> offrant à la partie une action lui permettant de se délier de son engagement en l'absence de contrepartie. Parmi ces actions figurait la *condictio incerti* qui conférait au promettant, engagé sans cause, la faculté de se libérer de son engagement. Si ce dernier se trouvait être poursuivi, il pouvait opposer l'exception de dol. Il disposait également d'une action dénommée *condictio ob turpem vel injustam causam* dans l'hypothèse où le but poursuivi par le stipulant était illicite ou immoral. L'effet de la *causa* rejaillissait non pas lors de la formation du contrat mais lors de son exécution. Bien que l'incidence de la cause ne se réalisait qu'au moment de l'exécution, nous pouvons constater que l'origine de son appréciation objective et subjective remonte au temps du droit romain<sup>76</sup>. Une autre application du contrôle de la cause subjective apparaissait en matière de donations. En effet, les juristes romains considéraient qu'il fallait rechercher l'intention du donateur,

---

<sup>72</sup> Ulpian fit référence à la cause à deux reprises. Il considéra notamment que l'obligation existe dès lors que la cause est définie peu important le fait qu'il ne s'agisse pas d'un contrat nommé tel que la vente, « *et si in alium contractum res non transeat subsit tamen causa...esse obligatio* ». V. sur ce point : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit. ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta and co, Ltd, Cape Town, p. 550.

<sup>73</sup> H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, ed. La mémoire du droit, n° 42 : la stipulation « engendre des obligations sans qu'il y ait à rechercher s'ils correspondent bien à la volonté de celui qui s'engage. Du moment qu'ils ont été faits dans la forme requise, le promettant est lié, quand même il se serait obligé sans cause, ou pour une cause illicite, ou sous l'empire de la violence, du dol ou de l'erreur (...). Dans la stipulation, qui est la forme la plus employée pour s'obliger, la cause de la promesse n'est même pas énoncée ; le promettant se contente de répondre affirmativement à la demande d'engagement que lui adresse le stipulant. C'est l'acte abstrait par excellence ».

<sup>74</sup> En revanche, il était possible, par une clause d'énoncer la cause de la stipulation ôtant ainsi tout caractère abstrait à l'acte. V. P.E. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 1911. p. 453 et s.

<sup>75</sup> P.E. GIRARD, op. cit., p. 453 et 454 : « *Au cas d'absence de cause, c'est-à-dire pratiquement au cas où le débiteur s'est engagé en croyant à l'existence d'une cause qui n'existait pas, il est, à l'époque classique, protégé à la fois par le droit prétorien et par le droit civil. Le prêteur lui donne une exception de dol pour refuser l'exécution de l'engagement qu'il a pris sans cause. Le droit civil lui donne une action personnelle, une condictio, soit pour demander la restitution de ce qu'il a versé, quand il a exécuté cet engagement par erreur (condictio indebiti), soit même auparavant pour demander sa libération (condictio sine causa). Seulement, à la différence du débiteur engagé par contrat non formel qui pourrait laisser au prétendu créancier le soin de prouver l'existence de la cause, ce sera, qu'il use d'un moyen ou de l'autre, au débiteur qui prétend avoir le droit de ne pas exécuter son engagement, à prouver qu'il l'a pris sans cause* ».

<sup>76</sup> H. CAPITANT, op. cit., n° 44 : En matière de prêt d'argent, là aussi le droit romain prenait en considération la cause objective. La *querela non numeratae pecuniae* permettait à l'emprunteur de contester sa dette sur le fondement de cette action lorsqu'il n'avait pas reçu les fonds. Le prêteur devait alors prouver la remise de fonds par un élément de preuve extrinsèque à l'écrit. L'action fut par la suite étendue en matière de dot, de prêt de denrées. « *A Rome, on faisait précéder le mutuum d'une stipulation par laquelle l'emprunteur s'obligeait à restituer la somme qui allait lui être prêtée. Lorsque l'usage, emprunté aux Grecs, s'introduisit de rédiger des écrits pour constater les conventions, le prêteur fit signer à l'emprunteur un billet constatant le prêt et se terminant ordinairement par la clause stipulatoire qui tenait lieu de la prononciation des paroles solennelles. (...) Il y avait là pour lui un risque, car il pouvait arriver que les fonds ne lui fussent pas versés, ou bien encore le prêteur pouvait inscrire dans l'acte une somme supérieure à celle qu'il prêtait en réalité* ».

*l'animus donandi*, afin de déterminer si la loi *Cincia* avait vocation à s'appliquer au contrat<sup>77</sup>. *In fine*, la reconnaissance de la cause en droit romain ne s'était opérée que par strates successives sans élaboration d'une analyse d'ensemble. Ce n'est que dans l'Ancien droit que la théorie fut pensée et conceptualisée par les jurisconsultes.

b. *Dans l'Ancien droit*

27. **De la réception de l'héritage romain à la reconnaissance de la cause** – Au XII<sup>e</sup> siècle, par la découverte des enseignements romains, la réception de la théorie des actes abstraits allait sans dire, plaçant ainsi le formalisme du contrat comme élément essentiel de sa validité. Néanmoins, des auteurs développèrent une vision différente en démontrant que l'équité devait avoir sa place dans le processus d'élaboration du contrat. Partant, la doctrine des Irnériens souleva l'idée d'accorder une place importante à l'équité dans la relation contractuelle. Selon eux, les conventions étaient certes soumises à la technicité du droit civil mais leur force exécutoire était fonction de l'*oequitas* sous peine de courir le risque de créer un déplacement de valeur injustifié. La cause devait être reconnue comme étant un élément essentiel afin de faire obstacle à ces mouvements de valeur injustifiés<sup>78</sup>. Ils la qualifiaient alors de « *naturalis* » en ce qu'elle constituait un élément fondamental de la convention devant être apprécié de manière objective. Ils estimaient que la cause ne devait pas seulement constituer une fonction de validité des contrats mais devait représenter une valeur objective assurant une certaine équité<sup>79</sup>. Le pacte, tel qu'il existait dans l'Ancien droit, acte dénué de toute forme, portait une cause afin d'empêcher la naissance d'obligation sans contrepartie en compensation<sup>80</sup>, tandis que dans l'hypothèse de l'acte formel, la cause permettait d'assurer que le promettant se soit engagé sur le fondement d'une finalité économique ou d'une intention libérale<sup>81</sup>. Ainsi naissait sur le fondement de l'*oequitas* la notion de cause-

---

<sup>77</sup> J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 16 : « Dans la donation, l'intention de donner, l'*animus donandi*, est généralement pris en considération afin de qualifier le contrat pour lui appliquer la loi *Cincia*, qui interdit les donations supérieures à un montant déterminé ».

<sup>78</sup>: J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 20 ; E.M. MEIJERS, « Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation », op.cit., p. 109.

<sup>79</sup> Il s'agit certainement des prémices de l'insertion de la justice sociale dans les rapports contractuels.

<sup>80</sup> G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. Droit savant du Moyen-Âge – Droit savant français*, thèse préc., p. 43.

<sup>81</sup> G. CHEVRIER, thèse préc., *ibid.*



contrepartie telle que nous la connaissons de nos jours ainsi que sa fonction de classification des conventions<sup>82</sup>.

Dans l'Ancien droit, une autre acception fondamentale de la cause émergea de la pensée des Bartolistes. Les auteurs s'intéressèrent à la cause finale étant entendue comme le but poursuivi par les parties lors de la conclusion du contrat. La recherche de la finalité impliqua nécessairement de rattacher la cause au consentement des parties<sup>83</sup>. Balde et Bartole estimèrent ainsi que le consentement des parties n'avait de force exécutoire qu'à la condition de poursuivre une cause entendue comme étant une raison. Les canonistes<sup>84</sup> se rapprochèrent de la pensée des Bartolistes en exigeant outre le respect d'un formalisme certain des conventions, l'existence d'une cause consistant en un « *but économique que recherchait le promettant en s'obligeant* »<sup>85</sup>. La validité de l'acte était subordonnée à l'existence de la cause naturelle. Le formalisme était ainsi devenu certes nécessaire mais insuffisant. Au XIII<sup>ème</sup> siècle, la place de la cause prit une toute autre dimension<sup>86</sup>. Elle vint se substituer au formalisme des actes juridiques de sorte que la naissance de l'obligation devait dépendre de la volonté des parties ; autrement dit de l'existence d'une cause à la convention. Par ailleurs, le droit canon a expressément considéré que la convention ne valait plus dès lors qu'elle reposait sur une cause immorale<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> G. CHEVRIER, thèse préc., p. 44 et s. : Les doctrines postérieures manquèrent d'unité dans leur analyse de la cause contrairement à la doctrine des Irnériens. En effet, la Grande Glose opta plutôt pour une extension de la cause tandis que le droit savant, aux XIII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> siècles, cantonna le rôle de la cause à une fonction purement procédurale. La cause n'était devenue qu'une simple mention expressément stipulée dans le contrat. Ce fut ainsi le retour à la théorie de l'acte abstrait.

<sup>83</sup> G. CHEVRIER, thèse préc., p. 92 : « *Leur œuvre propre fut d'approfondir les idées virtuellement contenues dans les œuvres de leurs devanciers et de les combiner en une construction éclectique, dont le point central, apparu surtout sous la plume de Balde, fut la notion de cause finale. A côté du système pratique de défense contre l'acte abstrait, création personnelle des glossateurs que renforceront nos auteurs, s'élabore, à partir de la seconde moitié du XIV<sup>ème</sup> siècle, avec des matériaux empruntés à la philosophie ambiante, une doctrine nouvelle. Indifférente à la nature du negotium (acte économique ou donation), avec lequel pratiquement s'identifie la cause, elle s'attache à analyser le rapport unissant cet acte à l'obligation nouvelle. La cause finit par apparaître comme une partie du consentement : elle est la fin que poursuit la volonté* ».

<sup>84</sup> La notion de cause est notamment réapparue dans les *Sentences de Pierre Lombard, la Concordance des Canons de Gratien*.

<sup>85</sup> G. CHEVRIER, thèse préc., p. 8.

<sup>86</sup> R. ZIMMERMAN, *op. cit.*, p. 550-551 : La doctrine scolastique mit en avant quatre fonctions de la cause en se fondant sur les écrits de Saint Thomas d'Aquin. L'auteur pensait en effet qu'il existait quatre catégories de cause : la cause formelle, la cause matérielle, la cause efficiente et la cause finale. Les canonistes étendirent la notion de cause en considérant que la cause ne pouvait être réduite à une cause intrinsèque, à avoir le factum ou la datio, de sorte qu'il était possible de la rechercher en dehors du contrat. Ils admirèrent en ce sens que la cause extrinsèque pouvait servir de fondement à la validité des conventions. Ils visèrent la cause efficiente ou finale. La naissance d'une obligation pouvait également résulter d'un motif raisonnable du contractant : la *causa impulsiva*.

<sup>87</sup> J.L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Rev. Droits*, 1990, 41 : « *On doit respecter la parole donnée et tenir la foi engagée, à la condition que la promesse repose sur une*

28. **Conception des juriconsultes** – Aux siècles des grands juriconsultes, une refonte du droit commun des contrats fut opérée. Domat présenta ainsi la cause comme une condition de validité des conventions<sup>88</sup>. La théorie contemporaine trouve en effet son origine dans les pensées de Domat. A la lecture de ses écrits dans « *Les lois civiles* », il apparaît que l'auteur ne considère pas avoir découvert cette notion mais conceptualise sa théorie à partir du droit romain. Il estimait que le fondement du contrat était la cause<sup>89</sup>, comprise comme étant un accord de volontés. Selon lui, la rencontre des volontés se caractérise comme étant la volonté réciproque motivée par la poursuite d'un but. A partir de cette notion, il a pu construire une classification des contrats, séparant les contrats à titre onéreux des contrats à titre gratuit<sup>90</sup>. Domat recherchait la cause dans l'existence d'une contrepartie objective de l'obligation sans avoir à scruter les motifs qui avaient motivé la partie à s'obliger. Selon le juriconsulte, la volonté compose la cause certes, mais toutes les considérations de la volonté n'entrent pas dans son champ. Or concernant les contrats à titre gratuit, il était forcé d'entrer dans les motifs de la volonté en visant le « *motif raisonnable et juste* »<sup>91</sup> et en donnant pour exemple le « *service rendu* »<sup>92</sup> ou le « *seul plaisir de faire du bien* »<sup>93</sup> au donataire. Traditionnellement, il est communément admis que la cause ne doit pas résider dans les divers motifs qui ont poussé le donateur à donner mais dans ce motif raisonnable et juste que traduit

---

*bonne et juste cause. La justification morale est très nette. Il y a péché à manquer à sa promesse, il y en a plus grand à promettre une mauvaise action ».*

<sup>88</sup> La théorie de la cause trouve son origine dans les pensées de Domat : J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., Partie I, Liv. I, Titre I, Section I.

<sup>89</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., Partie I, Liv. I, Titre I, Section I.

<sup>90</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., Partie I, Liv. I, Titre I, Section I, IV, V, VI, VII : Domat explique ainsi « *Les communications et les commerces pour l'usage des personnes, et celui des choses sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions Car ceux qui traitent ensemble, ou se donnent réciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente et dans un échange : ou font quelque chose l'un pour l'autre, comme s'ils se chargent de l'affaire de l'un de l'autre ; ou bien l'un fait et l'autre donne, comme lorsqu'un mercenaire donne son travail pour un certain prix : ou enfin un seul fait ou donne, l'autre ne faisant rien et ne donnant rien, comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire d'un autre : ou que l'on fait une donation par une pure libéralité* ». La classification ainsi établie, Domat apporte une analyse à l'aune de la cause en distinguant les contrats onéreux des contrats gratuits : « *Dans ces trois premières sortes de conventions, il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paroît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte, a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devoit donner, pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants, a toujours la cause de la part de l'autre ; et l'obligation seroit nulle si dans la vérité elle étoit sans cause. Dans les donations et dans les autres contrats où l'un seul fait ou donne ; et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention. Et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien* ».

<sup>91</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., Partie I, Liv. I, Titre I, Section I, VII.

<sup>92</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *ibid.*

<sup>93</sup> J. DOMAT, *ibid.*

l'intention libérale. Pothier distinguait quant à lui la cause efficiente de la cause finale<sup>94</sup>. La cause efficiente est ce qui permettait à l'obligation de naître comme le contrat ou le quasi-contrat ; tandis que le rôle de la cause finale est de permettre à l'obligation d'exister au regard du but poursuivi. A la suite d'une longue et dense évolution, dont les premiers édifices remontent au droit romain, le droit français des contrats est devenu causaliste ; sa codification interviendra en 1804.

## 2. Après la codification

29. **La codification** – Lors de la codification du Code civil du 17 février 1804, le droit des contrats français devint officiellement causaliste. En reprenant la théorie élaborée au XVIIe siècle, deux fonctions furent attribuées à la cause. L'ancien article 1108 du Code civil énonçait quatre conditions de validité pour la formation du contrat dont la dernière était l'existence d'une « *cause licite dans l'obligation* ». La cause fut alors consacrée au rang des conditions de validité du contrat. Celle-ci devait exister et être licite<sup>95</sup>. Le contrôle de la cause objective permettait d'assurer l'existence d'une contrepartie à l'engagement. Son appréciation devait se faire de manière objective sans avoir à sonder les intentions profondes des cocontractants afin de déterminer l'existence de la cause ni de constater si la contrepartie était équivalente à l'engagement pris. Il suffisait de déterminer l'existence réelle d'une contrepartie. *A contrario*, le contrôle de la cause subjective imposait de scruter l'intention des parties afin de déterminer, comme le prévoyait l'ancien article 1133 du Code civil, si la cause n'était pas « *contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public* »<sup>96</sup>. La codification ne mit pourtant pas fin aux divergences d'appréciation de sa définition.

30. **Appréciation purement objective : la cause contrepartie** – Parmi ces interprétations, certains auteurs apportèrent une interprétation strictement objective de la cause en la définissant comme la contrepartie à l'obligation, représentant ainsi le mouvement

---

<sup>94</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit. n° 42 et s. : « *Tout engagement doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties est ce que l'autre partie lui donne, ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause, ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté est une cause fautive, l'engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul* ».

<sup>95</sup> C.civ., art. anc. 1131 : « *L'obligation sans cause, ou sur une fautive cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

<sup>96</sup> C. civ., art. anc. 1133 : « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ».

de valeur d'un patrimoine à un autre<sup>97</sup>. Cette conception de la cause est *in fine* détachée de toute considération des motifs tenant à la volonté des parties. Il suffit de trouver la contrepartie. Aussi, Louis-Lucas précise que la cause doit constituer « *la nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait qui, réalisant un enrichissement suffisant, est la source objective et le fondement quantitatif de l'obligation dont son bénéficiaire est tenu envers celui qui s'en est appauvri* »<sup>98</sup>. L'auteur expose au sein de ses travaux une distinction entre la volonté et la cause en considérant que cette dernière est un outil juridique permettant de traduire un équilibre objectif économique des prestations<sup>99</sup>. La doctrine purement objectiviste de la cause s'est heurtée à des critiques qui ont révélé ses failles. Le fait d'exclure tout élément subjectif d'ordre psychologique a pour effet d'éluider tout contrôle de la licéité de la cause. La cause contrepartie ne saurait effectivement permettre de contrôler la moralité de l'obligation puisque celle-ci se borne à contrôler l'équilibre économique des prestations. En outre, il a été soulevé qu'il restait discutable d'imposer un tel équilibre en raison de l'absence de reconnaissance de la lésion en droit des contrats français. Néanmoins, selon Louis-Lucas, l'équilibre objectif des prestations imposé par la cause ne consisterait pas en un équilibre parfait, de sorte que le « *contenu de l'équivalence doit donc être large et un peu imprécis* »<sup>100</sup>, ce qui implique de déterminer à quel moment la cause va devenir insuffisante. Pour cela, l'équilibre des prestations doit se mesurer au regard d'un critère d'ordre économique mais également moral. Selon cette conception, l'intervention du juge s'avèrerait indispensable pour réparer le déséquilibre des prestations dont se prévaudrait une des parties au contrat. La théorie purement objectiviste de la cause s'est heurtée à l'impossibilité de faire fi de tout élément tenant à la psychologie des parties. D'autres analyses doctrinales se sont donc attachées à composer un alliage entre éléments objectifs et subjectifs en vue de définir la cause.

**31. La théorie d'Henri Capitant** – Selon Henri Capitant, « *s'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou* »<sup>101</sup>. L'auteur explique que toute personne qui s'engage dans

---

<sup>97</sup> E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, reimpr. Dalloz 2004, p. 117 : « *la valeur économique, créance ou prestation, qui accroît l'actif du débiteur, en compensant l'accroissement du passif produit par la naissance de l'obligation* ».

<sup>98</sup> P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, thèse Dijon, 1913, p. 155.

<sup>99</sup> P. LOUIS-LUCAS, thèse préc., p. 93.

<sup>100</sup> P. LOUIS-LUCAS, thèse préc., p. 141.

<sup>101</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 1 : l'auteur se fonde ainsi sur la pensée de Jhering « *Il faut pour que la volonté agisse, a dit Jhering, une raison suffisante, une cause. C'est la loi universelle* », (citant Jhering, *Zweck im Recht*, L'Evolution du droit, traduct. Meulenaere), p. 2.

un contrat le fait en considération d'un but<sup>102</sup> qui « *varie du reste suivant la nature de l'obligation et notamment du contrat qui donne naissance à cette obligation* »<sup>103</sup>. Selon lui, « *l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur sa cause* »<sup>104</sup>. Henri Capitant opère alors une distinction entre trois catégories de contrats sur le fondement de la finalité. Les « *contrats à titre onéreux, dans lesquels chacun des contractants est guidé par son propre intérêt, c'est-à-dire, par le désir d'acquérir quelque chose en échange de ce qu'il donne* »<sup>105</sup> sont ainsi distingués de deux autres catégories de contrats en regard de l'intérêt personnel des parties porté à la contrepartie espérée. Les contrats à titre gratuit forment la deuxième catégorie puisqu'ils « *appauvrissent le disposant, c'est-à-dire font passer une valeur de son patrimoine dans celui du gratifié sans qu'il n'acquière rien en échange* »<sup>106</sup>, de sorte que leur but consiste en un transfert patrimonial d'une valeur sans contrepartie et ce de manière volontaire. Enfin, il observe que « *les contrats désintéressés qui se caractérisent par ce trait que l'un des contractants, comme le prêteur à usage, le prêteur d'argent sans intérêt, le dépositaire, le mandataire non salarié, la caution quand elle s'oblige uniquement dans l'intérêt du débiteur principal, veut rendre à l'autre un service économique ou pécuniaire non rémunéré, mais n'entraînant pas diminution de son propre patrimoine* »<sup>107</sup>. Nous pouvons en comprendre que la cause telle qu'elle a été pensée par Henri Capitant permet d'opérer une classification des conventions en fonction de leur but et plus précisément au regard de l'intérêt poursuivi par les parties, faisant le départ entre les contrats à titre onéreux, à titre gratuit ainsi que les contrats désintéressés. Pour autant, Henri Capitant met en garde contre une confusion avec les motifs. En effet, il « *faut bien se garder de confondre la cause et le*

---

<sup>102</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 2 : « *Le but fait partie intégrante de la manifestation de la volonté créatrice de l'obligation. On peut même dire qu'il en est l'élément essentiel. En effet, le débiteur ne consentirait certainement pas à s'obliger s'il savait que le résultat qu'il se propose ne sera pas obtenu. L'acte de volonté se compose de deux éléments : d'abord, le consentement, qui est le fait de promettre, de s'engager, et ensuite la considération du but à atteindre au moyen de cette promesse. L'obligation n'est qu'un moyen pour arriver à un but. On ne peut donc disjoindre ces deux choses. Les isoler l'une de l'autre, ne tenir compte que de la promesse sans s'inquiéter du but qui l'explique, ce serait amputer arbitrairement l'acte de volition, le déformer, et méconnaître l'intention de son auteur* ». Henri Capitant poursuit en citant Bufnoir : « *« Le but, dit Bufnoir, Propriété et contrat, p. 529, est comme un élément subjectif qui vient compléter la volonté de celui qui s'oblige. Il s'oblige, ce n'est qu'une partie de sa volonté ; c'est encore, pourrait-on dire, sa volonté prise par sa décision finale et non dans l'unité de son but et la complexité de ses éléments. En réalité, il s'oblige pour atteindre tel résultat qu'il attend du contrat, ou encore, il s'oblige parce que tel résultat se trouve déjà réalisé. Telle est sa volonté prise dans son unité psychologique* ». On retrouve dans ces quelques lignes toute la pénétration de pensée du maître ».

<sup>103</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 1.

<sup>104</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 7.

<sup>105</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 1.

<sup>106</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, *ibid.*

<sup>107</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, *ibid.*

*motif déterminant* »<sup>108</sup>, tout en admettant que les motifs peuvent entrer dans le champ contractuel en présence d'actes unilatéraux à titre gratuit. Dans cette catégorie - qui comprend les legs -, la distinction entre la cause et les motifs déterminants devient poreuse pour ne pas dire invisible par opposition aux donations qui sont des contrats dans lesquels le but est nécessairement connu du donataire.

**32. La théorie de Jacques Maury : la notion d'équivalent voulu** – Jacques Maury concilie une vision objective et subjective de la cause en définissant celle-ci comme étant *l'équivalent voulu* des parties au contrat<sup>109</sup>. La conception objective de la cause réside dans la raison d'être économique du contrat tandis que le versant subjectif de la cause vise le motif. L'alliance entre les deux versants se retrouve dans la notion *d'équivalent voulu*. L'auteur observe « *qu'on contracte, donc on s'oblige pour échanger, pour avoir un équivalent : la considération de l'équivalent, tel est le mobile principal ; le mobile essentiel, celui qui fonde et explique la volonté de s'obliger. La cause de l'obligation consentie, c'est l'équivalent voulu* »<sup>110</sup>. Partant, *l'équivalent voulu* devient le critère opérant la distinction entre les contrats onéreux des contrats à titre gratuit<sup>111</sup>. En effet, « *il faut à toute obligation une cause, un équivalent : l'intérêt domine les relations du commerce juridique ; mais il n'est pas que commerce ; d'autres sentiments existent que le désir de s'enrichir, au moins subjectivement, par l'échange ; la catégorie des libéralités est pour permettre à ces sentiments de se satisfaire* »<sup>112</sup>. L'auteur précise que « *l'homme peut s'appauvrir, sans enrichissement correspondant : il le peut parce qu'il le veut ; il est exact de dire que la volonté tient lieu de cause ; le consentement, c'est la volonté de s'obliger, la cause, la raison immédiate de cette volonté, le mobile premier et, par là, déterminant, la conscience de ne pas*

---

<sup>108</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 4 : il explique en effet que « *le motif déterminant est un facteur psychologique qui n'est pas compris dans l'acte de volonté créateur de l'obligation, et par conséquent n'est pas un élément constitutif de l'accord des volontés, tandis que la cause est partie intégrante de cet acte de volonté et par suite de contrat. Aucune confusion n'est donc possible entre l'une et l'autre, et il faut bien se garder de dire, comme le font ordinairement les autres, que la cause est le mobile immédiat, direct (causa proxima), et le motif la cause secondaire, éloignée (causa remota), qui incite à contracter. En s'exprimant ainsi, on facilite la confusion, et on méconnaît la différence de nature qu'il y a entre la cause ou but visé par l'obligé et le motif ou mobile psychologique qui le décide à passer le contrat* ».

<sup>109</sup> J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, t.1.

<sup>110</sup> J. MAURY, thèse préc., p. 32.

<sup>111</sup> J. MAURY, thèse préc., *ibid.* : la pensée de Maury se fonde sur la volonté. Il explique ainsi qu'« *on peut surtout s'attacher au rôle de la volonté : c'est la valeur d'usage, l'équivalence subjective qu'on considèrera ; on peut, de préférence, parler de l'équilibre réel, matériel des prestations : c'est l'équivalence objective, la valeur d'échange* ».

<sup>112</sup> J. MAURY, thèse préc., p. 41.

*obtenir d'équivalent* »<sup>113</sup>. Ainsi, le motif ne doit pas avoir été nécessairement connu par le donataire puisque seule la volonté du donateur importe. Ce motif déterminant doit émaner d'un fait objectif perceptible de tous, par exemple le lien de filiation ou encore un service rendu. L'un des apports retenus de l'analyse de Jacques Maury est de conférer à la cause un rôle de qualification des conventions selon le critère de l'*équivalent voulu*.

**33. La cause des contrats types ou atypiques** – La théorie de la cause typique et atypique fut pensée en droit italien. L'article 1322 du Code civil énonce ainsi que « *les parties peuvent également conclure des contrats qui n'appartiennent pas aux types ayant une réglementation particulière, pourvu qu'ils soient destinés à réaliser des intérêts méritant protection selon l'ordre juridique* »<sup>114</sup>. La catégorie fut introduite en droit français, notamment par le professeur Judith Rochfeld qui en a extrait une redéfinition de la cause au sein de ses travaux<sup>115</sup>. Selon l'auteur, « *le type est donc la réduction de la réalité à des éléments essentiels et distinctifs permettant non seulement une identification, mais également une modélisation* »<sup>116</sup>. Il en résulte que la définition objective de la cause, entendue comme la cause contrepartie à l'obligation, est adaptée uniquement pour les contrats types dont la structure est connue et par ricochet la finalité recherchée par les contractants. Par conséquent, la définition de la cause sera identique pour chaque type de contrat au regard de la structure. A l'inverse, au sein d'un contrat atypique - dont la structure ne sera pas connue, la cause sera redéfinie au regard de la finalité recherchée par les parties, plus précisément de l'intérêt porté au contrat<sup>117</sup>.

**34. La cause finale ou l'intérêt à contracter ?** – L'accord de volontés est le créateur du contrat. Sans la volonté des parties, élément subjectif fondamental, le contrat ne saurait exister. Il permet d'accorder les intérêts personnels poursuivis par les parties. En effet,

---

<sup>113</sup> J. MAURY, thèse préc., *ibid*.

<sup>114</sup> C. civ., art. 1322 : « *Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico* » ; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella del negozio giuridico*, Milan, Giuffrè, 1966 ; E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Diritto Metodo Ermeneutica*, Giuffrè, 1991, 325 ; cité par J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, « Bibl. dr. privé », 1999, préf. J. Ghestin.

<sup>115</sup> J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1999.

<sup>116</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n° 7, 8 : l'auteur poursuit en expliquant que l'idée d'un type de contrat s'éloigne de la tradition française qui est bercée par un idéal de liberté dans la construction de la convention. Mme. Rochfeld constate que « *dans la réalité, les conventions se plient, bien plus qu'il n'est habituellement décrit, à des modèles abstraits, à des types contractuels (...)* ».

<sup>117</sup> Sur la définition de la cause comme étant l'intérêt au contrat, v. *infra*, n° 63.

les contractants vont décider de s'engager dans la relation contractuelle en considération de cet intérêt particulier. L'intérêt à contracter reflète la cause finale. La cause est une notion dont on peut dire que les fondations remontent aux temps du droit romain. Elle a fait l'objet d'une conceptualisation doctrinale qui a permis de façonner une théorie dont il en est ressorti deux fonctions principales. La première fonction est de contrôler l'existence d'une contrepartie à l'obligation pour ainsi déterminer si le contrat poursuit une finalité. La seconde fonction de la cause est la vérification de la licéité du contrat. Cette institution du droit français constitue plus qu'un instrument de contrôle entre les mains du juge ; elle révèle également une idéologie selon laquelle les personnes s'engagent à des fins personnelles, pour une utilité certaine. Néanmoins, suite à de multiples controverses, la cause a été supprimée du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>118</sup>.

## **B. Motifs de la disparition**

35. **Plan** – Depuis la réforme du droit des contrats, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, la cause ne figure plus parmi les conditions de validité du contrat. Plus encore, le terme de « cause » a disparu du Code civil. La suppression de la cause, justifiée par les critiques tant classiques que contemporaines qui lui étaient sans cesse opposées (1), doit être soumise à la discussion (2).

### **1. Critiques classiques et contemporaines**

36. **Les griefs opposés à la cause** – Au fil des siècles, la cause a subi de nombreux procès. Divers griefs ont pu être soulevés à son égard. Insécurité juridique, contenu imperceptible, utilité critiquable, sont autant de raisons qui ont concourues à sa disparition.

37. **Inutilité** – Dans une vive et célèbre critique, Planiol<sup>119</sup> démontrait l'inexistence de la notion en raison de la naissance concomitante des obligations dans le cadre d'un contrat

---

<sup>118</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>119</sup> M. PLANIOL, *La cause du contrat*, Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1931, avec la collaboration de G. Ripert, n° 1026 et s., spéc., n° 1037 : « *La théorie de la cause, telle que la doctrine française l'a construite, a un double défaut : 1<sup>o</sup> elle est fautive au moins dans deux cas sur trois ; 2<sup>o</sup> elle est inutile (...)* ». Sur l'inutilité de la cause, Planiol énonce que : « *L'absence de cause ne peut pas se réaliser pour les actes unilatéraux, comme les contrats réels ou les donations. En matière de dépôt ou de prêt, par exemple, il est clair qu'il n'y a ni dépositaire ni emprunteur tant que la chose ne leur a pas été remise ; l'absence de cause se confond ici avec l'absence de contrat : rien n'a été fait qui puisse être déclaré nul pour défaut de cause. En*



synallagmatique, de sorte qu'il est impossible que la cause d'une obligation se retrouve dans l'existence de l'autre obligation. Elle aurait donc dû être antérieure. Dans le cas des donations, l'auteur soulevait que la cause n'avait plus de sens si celle-ci était détachée des motifs. Selon lui, l'absence de cause revenait tout simplement à une absence de contrat en prenant notamment l'exemple des contrats réels. Ces critiques n'ont pas eu raison de la notion à l'inverse des griefs contemporains.

**38. Insécurité juridique** – L'insécurité juridique amenée par le contrôle de la cause fut le principal grief dont elle a dû faire face. Les parties pouvaient effectivement se soustraire de leurs engagements de manière dilatoire. La cause était devenue un instrument juridique dangereux entre leurs mains mais aussi entre celles des juges. Au nom d'une justice contractuelle, l'approche fonctionnelle de la cause fut galvaudée par un excès de subjectivisation<sup>120</sup>. La lecture opérée par les juges aboutit à ce qu'elle soit employée à assurer

---

*matière de donations, l'absence de cause serait l'absence de motif : une donation sans cause serait donc l'acte d'un fou, d'une personne dénuée de raison. Les auteurs « causalistes » ne peuvent appliquer leur idée de nullité pour absence de cause qu'aux contrats synallagmatiques : si la chose vendue n'existe pas, l'obligation du vendeur qui devait lui en tenir lieu n'a pas pris naissance. On peut arriver au même résultat sans faire intervenir l'idée de cause, par la simple nature synallagmatique du contrat qui suppose des prestations réciproques : chacune des parties n'entend se lier qu'en considération de l'avantage que l'autre doit lui procurer, et cette connexité qui lie leurs deux engagements est un rapport de dépendance mutuelle tout à fait distinct d'un rapport de causalité (...)».* Concernant l'inutilité de la cause subjective, Planiol explique « *Les auteurs causalistes disent : « La promesse de payer l'assassin n'est pas nulle à raison de son objet, qui est de l'argent, elle est nulle parce qu'elle a pour cause l'obligation contractée par l'autre partie : c'est sa cause qui est illicite ». On n'a nul besoin de ce détour pour annuler cette seconde obligation, elle est nulle, comme la première, parce qu'elle a un objet illicite (...).* En matière de libéralités, la jurisprudence a cru trouver un emploi utile à la théorie de la cause : elle s'en sert pour annuler les donations ou les legs dont le motif est illicite ou immoral. Outre que cette jurisprudence confond la cause et le motif, alors que la plupart des auteurs rejettent cette distinction, l'idée de cause est tout aussi inutile ici qu'ailleurs : la moralité de l'acte s'apprécie d'après l'intention de l'agent : une libéralité est nulle quand son motif est contraire aux lois et aux bonnes mœurs ».

<sup>120</sup> Sur ce mouvement de subjectivisation de la cause : Cass. com. 22 oct. 1996, *Chronopost*, n° 93-18.632, *Bull. civ. IV*, n° 261, *D.* 1997. 121, n. A. SERIAUX ; *D.* 1997. CH. LARROUMET ; *JCP* 1997. I. 4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 3 juill. 1996, *Point Club Video*, *Bull. civ. I*, n° 286. En commentaire de ces arrêts : PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., n°624 : les auteurs constatent une subjectivisation de la cause puisque « *l'absence de cause est souvent définie de manière encore plus étendue, par référence à « l'économie du contrat », comprise de deux manières. Tout d'abord, l'absence de cause peut résulter non seulement de l'absence de contrepartie, mais de l'absence d'intérêt qu'un des contractants trouve à l'exécution du contrat. Par exemple, l'arrêt Chronopost : la sté Chronopost, administrée par le service des postes, s'était engagée moyennant un surcoût à une délivrance rapide des plis qui lui étaient confiés ; jugé que devait être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité contredisant cette « obligation essentielle » : si on avait admis la validité de la clause, le surcoût eût été sans cause. De même a été annulée « pour défaut de contrepartie réelle », la location de vidéo-cassettes destinées à une exploitation commerciale, alors que celle-ci s'était révélée impossible en l'absence de clientèle dans un petit village rural. Cette extension de la notion de cause à celle d'intérêt au contrat ruine la sécurité juridique : le juge pourrait ainsi anéantir des contrats qui ne plaisent plus à l'une des parties (...)».* Pour des applications plus récentes de ce mouvement de subjectivisation de la cause : Cass. com., 23 oct. 2012, arrêt *Mécasonic*, n° 11-23.376 ; *D.* 2013.686, n. D. MAZEAUD ; Cass. com. 17 mai 2017, n°15-15.746 ; *RTD civ.* 2017.640, obs. H. BARBIER ; *D.* 2017.2004, obs. P. CROCQ ; *Rev. proc.coll.* 2018, comm. 22., obs. Ch. GUISBERS, *RTC* 2017, p.421, obs. Y-M. LAITHIER ; *RD bancaire et financier* 2017.161, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.*, 2018, p. 197, obs. A. MARTIN-SERF ;

un certain équilibre économique dans une perspective de protection de la partie faible, justifiant alors une large immixtion du juge dans la relation contractuelle<sup>121</sup> Le contrat encourrait en effet la nullité lorsqu'il ne pouvait plus satisfaire les motifs qui avaient motivé les parties à s'engager. Les juges procédaient à une analyse des motifs pour déterminer si le but poursuivi était atteint. Or, la théorie de la cause telle qu'elle fut majoritairement interprétée par la doctrine ne postule pas une telle recherche.

## 2. Appréciation critique

39. **Une illégitime subjectivisation de la cause** – L'insécurité juridique, résultat de la subjectivisation de la cause, fut certainement la source de sa suppression. L'immixtion du juge dans la relation contractuelle a permis à des contractants, parfois de mauvaise foi, de sortir de contrat dont le gain ne leur paraissait plus assez attrayant... Le juge prenait en considération les motifs alors même qu'ils n'étaient pas entrés dans le champ contractuel pour déterminer si le contrat permettait de satisfaire la finalité poursuivie par les parties. La cause comprenait en sus de l'élément objectif résultant de la contrepartie au contrat un élément subjectif visant les motifs, lesquels n'étaient pas nécessairement connus du cocontractant. Les juges recherchaient les raisons profondes et personnelles qui avaient motivé chaque partie à s'engager dans la relation contractuelle afin de déterminer si le contrat permettait la réalisation de ces raisons intimes<sup>122</sup>. La frontière entre le but poursuivi et les profondeurs de la

---

D. 2017.1694, n. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2017. I. 842, n°4, obs. Y.-M. SÉRINET ; *JCP G* 2017.I.1239, n° 7, obs. PH. SIMLER ; *Banque et droit*, n° 174, juill.-août 2017, p.62, obs. N. RONTCHEVSKY et n° 175, sept.-oct. 2017, p. 67, obs. F. JACOB ; *adde.* pour une analyse plus globale : M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 625.

<sup>121</sup> Cass. Soc., 10 avr. 2013, n° 11-25.841 ; *RDC* 2013, 1321, obs. TH. GÉNICON : l'arrêt constitue une belle illustration de l'immixtion du juge dans le contrat par le contrôle de sa légitimité. La question se posait de savoir si une clause de « golden parachute » était justifiée, donc causée. La chambre sociale a répondu « *qu'ayant constaté que la clause litigieuse avait été convenue en raison des avantages que la société Altran technologies tirait du recrutement de ce salarié et de l'importance des fonctions qui lui avaient été attribuées, la cour d'appel en a déduit à bon droit, que l'obligation de l'employeur avait une cause* ».

<sup>122</sup> La jurisprudence de la Cour de cassation a effectivement mis en œuvre un mouvement d'extension de l'appréciation de l'existence d'une cause à l'obligation en ne s'arrêtant plus au contrôle de l'existence d'une contrepartie objective. Par un arrêt célèbre, « *Point club vidéo* », la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation a considéré que le contrat de location de vidéo-cassettes était frappé de nullité pour « défaut de contrepartie réelle » puisque la location de ces vidéo-cassettes était affectée à une activité commerciale de sorte qu'en l'absence d'une clientèle suffisante dans un petit village rural, l'exécution de ce contrat ne permettait pas au preneur d'atteindre ses prétentions économiques (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 286). Certains auteurs ont vivement critiqué cet arrêt en considérant que la Cour de cassation avait mis en œuvre un mouvement de subjectivisation de la cause excessif mettant en péril la sécurité juridique des conventions. Dans une autre espèce toute aussi connue, la Cour de cassation a cette fois-ci estimé qu'une clause devait être réputée non écrite dès lors qu'elle contredisait une obligation essentielle du contrat (Cass. com. 22 octobre 1996, *Chronopost*, *Bull. civ. IV*, n° 261; Cass. com. 29 juin 2010, *SAS Faurecia*, n° 09-11.841). Dans l'arrêt *Chronopost*, il s'agissait d'une société de transport qui s'était engagée à une livraison rapide des plis en contrepartie d'un surcoût. Or au

volonté était alors franchie. La confusion était patente, emportant avec elle une grave insécurité juridique. Une telle subjectivisation de la cause n'avait pas lieu d'être. Il était nécessaire de conserver une compréhension objective de la cause afin d'éviter l'insécurité juridique.

**40. Une suppression de la cause critiquable** – Faire disparaître la cause purement et simplement aboutit à nier le rôle créateur de la volonté ainsi que son influence sur l'obligation<sup>123</sup>. Il faut se souvenir de ce qu'évoquait avec évidence Henri Capitant : « *S'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou* »<sup>124</sup>. Le droit des contrats français est profondément causaliste<sup>125</sup>. La démonstration d'un rapport entre la cause et l'obligation nous convainc<sup>126</sup>. Prenons pour illustration le contrat de bail d'habitation. La cause objective résulte de la volonté du preneur de mettre à disposition la jouissance paisible d'un bien en contrepartie d'une rémunération pendant une certaine durée. Les obligations sont alors marquées par l'influence de la cause. L'obligation de conservation de la chose louée se comprend dans la mesure où la destination de la chose louée devra être respectée s'agissant d'un contrat de restitution<sup>127</sup>.

**41. Une nécessaire exclusion des motifs restés hors du champ contractuel** – La genèse du contrat réside dans la volonté consciente voire parfois inconsciente de la partie qui s'engage. Là se trouve l'origine de la distinction entre les faits juridiques et les actes juridiques. L'acte juridique est défini comme étant « *un acte de volonté destiné - dans la pensée de son ou de ses auteurs- à produire un effet de droit* »<sup>128</sup> par opposition aux faits juridiques qui résultent « *d'un fait quelconque - agissement intentionnel ou non de l'homme, événement social, phénomène de la nature, fait matériel - auquel la loi attache une conséquence juridique -acquisition d'un droit, création d'une obligation, etc.- qui n'a pas*

---

sein du contrat, il était stipulé une clause limitative de responsabilité qui avait pour effet de vider de sa substance cette obligation essentielle du contrat.

<sup>123</sup> Ainsi le professeur Denis Mazeaud plaide vigoureusement pour un maintien de la cause avant que sa suppression ne soit actée par l'ordonnance de réforme du droit des contrats de 2016 ; v. D. MAZEAUD, « La cause. Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. et patr.* 2014, n° 240.

<sup>124</sup> H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, *op. cit.*, n°1

<sup>125</sup> Sur les origines de la cause qui remontent au droit romain, v. *supra* n° 25.

<sup>126</sup> Sur la pensée d'Henri Capitant démontrant l'incidence de la cause tout au long de l'existence du contrat, v. *supra* n° 31.

<sup>127</sup> J. ROCHFELD, thèse préc, n° 87.

<sup>128</sup> Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G. CORNU, PUF, PUF, coll. Quadrige, 11<sup>e</sup> éd. 2016.

*nécessairement été recherchée par l'auteur du fait* »<sup>129</sup>. Le fait juridique n'aura guère besoin de l'intervention de la volonté de l'Homme pour produire les effets de droit. En matière contractuelle, la cause représente la volonté des parties, ce qui appelle une observation : elle ne se résume pas pour autant uniquement à la volonté des parties. Il est nécessaire de faire le tri entre le bon grain et l'ivraie afin de délimiter les éléments entrant dans son champ. Partant, la notion doit être composée à la fois de ce versant subjectif représenté par la volonté mais également par le versant objectif dont le contenu fut décrit par de nombreux grands auteurs. *In fine*, il s'agira d'un alliage entre un élément subjectif puisé et d'un élément objectif<sup>130</sup>. L'équilibre est fondamental afin d'assurer la sécurité juridique des conventions<sup>131</sup>. L'exclusion des mobiles dans la détermination de la cause empêche de heurter la sécurité juridique des conventions. Ces mobiles ne doivent être l'affaire ni du droit, ni du juge. La pérennité des relations contractuelles ne pouvait que s'en trouver fatalement affectée.

**42. Conclusion de paragraphe** – L'histoire de la cause nous enseigne que l'équilibre entre l'appréciation objective et subjective est essentiel. Une subjectivisation de la cause aboutirait, tel que cela fut le cas avant sa suppression, à une insécurité juridique notable, tandis qu'une appréciation purement objective engendrerait une confusion entre l'objet et la cause<sup>132</sup>. Faute de respecter l'équilibre, les contours de la notion devinrent confus, voire imperceptibles. Malgré l'apparente disparition de la cause, nous pouvons constater que, dans les coulisses, l'institution continue toujours d'innover le droit des contrats français...

## II. UNE RÉSURRECTION DE LA CAUSE

**43. Un abandon symbolique de la cause** – L'abandon de la cause a du mal à convaincre les auteurs de sa réalité<sup>133</sup>. Le constat se confirme à la lecture de certains articles dont il ressort qu'elle n'a pas réellement quitté le sillon du droit des contrats. Finalement, la mort de la cause serait plus symbolique, justifiée par la volonté de mettre fin à une jurisprudence excessive<sup>134</sup>. L'abandon apparent de la cause nous conforte dans l'idée que

---

<sup>129</sup> Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*

<sup>130</sup> V. *infra* n° 46.

<sup>131</sup> Sur le mobile : v. J. ROCHFELD, thèse préc., n° 266 et s.

<sup>132</sup> Rejoignant ainsi la vive critique de Planiol à l'égard de la cause ; v. *infra* n° 166.

<sup>133</sup> G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015 p. 1557.

<sup>134</sup> L'avant-projet de réforme Terré proposait aussi une suppression de la cause. V. F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009.

l'institution ne relève pas de l'histoire du droit mais constitue un instrument juridique dont la vigueur reste entière. Plus encore, le législateur semble marquer un retour à la cause entendue comme la contrepartie à l'obligation consentie. Jacques Ghestin avait vu juste lorsqu'il mettait en garde contre le bannissement de la notion <sup>135</sup>.

44. **Plan** – La réforme du droit des contrats laisse apparaître des réminiscences de la cause au sein de certaines dispositions qui permettent notamment de contrôler la licéité du contrat au regard de l'ordre public ; d'autres dispositions révèlent quant à elles une fonction relative à l'exigence d'une contrepartie à l'obligation. Ainsi, il en résulte d'abord que la réforme s'est largement inspirée de la notion de cause contrepartie (A) ; néanmoins derrière l'exigence d'une contrepartie à l'obligation se cache, selon nous, la protection de l'intérêt de la partie au contrat (B).

#### A. Retour à une conception classique et équilibrée

45. **Notion de cause contrepartie** - Les nouvelles dispositions du Code civil tant relatives à la formation du contrat qu'à son exécution font appel à la notion de cause objective que nous connaissions, à savoir la contrepartie réelle à l'obligation <sup>136</sup>. Elle ne figure plus parmi les conditions de validité. Pourtant aux termes de l'article 1169 du Code civil, « *le contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* »<sup>137</sup>. La nullité est encourue en l'absence de contrepartie. Le terme de « contrepartie » renvoie directement à la conception de la cause objective. Rappelons-nous de la théorie élaborée par Gaudemet<sup>138</sup>, théorie purement objectiviste, selon laquelle la cause doit se retrouver et être cherchée dans la contrepartie à l'obligation. La *contrepartie convenue* est alors appréciée au regard du seul transfert patrimonial intervenu entre les parties nonobstant le fait qu'il soit éventuellement

---

<sup>135</sup> J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 6 et s.: l'auteur conclut l'introduction de son ouvrage : « *L'une des raisons du maintien, en droit français, de la cause, condition de validité du contrat, c'est que celle-ci fait partie de la tradition historique française, (...)* ».

<sup>136</sup> La notion de cause subjective permettant de contrôler la licéité du contrat au regard de l'ordre public ne sera pas développée en ce que sa fonction n'entre pas dans la démonstration de nos travaux.

<sup>137</sup> Il s'agit très certainement d'une disposition inspirée du droit spécial de la vente. En effet, l'article 1591 du Code civil exige que le prix soit déterminé ou déterminable. Partant, la jurisprudence en a déduit que le prix symbolique, dérisoire, devait emporter la nullité du contrat, puisque cela revient à lui priver de cause.

<sup>138</sup> E. GAUDEMET, *op. cit.* p. 117 : « *La cause d'une obligation dans ces contrats est la valeur économique, créance ou prestation, qui accroît l'actif du débiteur, en compensant l'accroissement du passif produit par la naissance de l'obligation. Les motifs sont l'ensemble des raisons psychologiques qui déterminent le consentement de l'obligé et expliquent l'engagement. La cause est donc essentiellement économique et objective ; le motif essentiellement psychologique et subjectif* ».

déséquilibré. Il doit seulement exister et ce « au moment de sa formation ». A défaut, le contrat encourt la nullité, oserons-nous dire, pour défaut de cause. Néanmoins pour que la nullité du contrat soit encourue, il est requis une absence de contrepartie puisque l'article 1169 du Code civil vise le cas d'une contrepartie « dérisoire » ou « illusoire ». On ne saurait donc se prévaloir de la nullité en présence d'engagements déséquilibrés, dès lors que ces derniers existent. Il faudrait que le déséquilibre soit *a minima* manifestement disproportionné pour soulever la nullité. *In fine*, la sanction serait encourue dans l'hypothèse où l'intérêt du contractant aurait été manqué de manière ostensible<sup>139</sup>. Désormais, l'écueil ne peut plus être fait. Le regard du juge ne pourra se porter qu'au jour de la conclusion du contrat pour constater l'éventuelle contrepartie dérisoire ou illusoire. Aussi, son appréciation ne pourra se concentrer sur l'existence d'un équilibre entre les prestations en scrutant les intentions cachées des parties. Par l'article 1169 du Code civil, le législateur est venu réintroduire la fonction classique de la cause objective<sup>140</sup>.

**46. L'alliance opérée avec l'élément subjectif** – L'équilibre entre l'élément objectif et l'élément subjectif demeure nécessaire afin de refléter et de respecter la volonté des parties. Le cas de la violence économique révèle l'insuffisance de l'approche purement objective. Aux termes de l'article 1143 du Code civil : « *lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». En présence d'un consentement forcé, imposé, la nullité est encourue. En l'occurrence, la contrepartie à l'obligation existe mais ne résulte pas de la volonté propre du contractant. La notion de *contrepartie convenue* proposée par Jacques Ghestin<sup>141</sup> est insuffisante pour expliquer cette appréhension de la cause, pourtant présente dans le nouveau

---

<sup>139</sup> La lecture du nouvel article 1170 du Code civil conforte consacre à droit constant la célèbre jurisprudence *Chronopost* (Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Bull. Civ. IV* n° 115). Selon cet article, « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation du débiteur est réputée non écrite* ». Le législateur a voulu sanctionner en réputant non écrites les clauses qui ont pour effet de « contredire la portée de l'engagement ». (V. sur ce point, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*). Partant, le fait de contredire la portée de l'obligation aboutit sur une atteinte à la substance de l'engagement, de sorte que l'on doit considérer que celui-ci ne comporte plus de contrepartie. Ce n'est donc pas le déséquilibre qui est sanctionné mais l'absence de contrepartie effective.

<sup>140</sup> En effet, sous l'empire de l'ancien droit des contrats, certaines décisions avaient adopté expressément une appréciation objective de la cause. V. en ce sens : Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11.420 : la chambre commerciale avait ainsi censuré l'arrêt de la cour d'appel au visa de l'ancien article 1131 du Code civil en considérant que la nullité pour absence de cause ne pouvait être prononcée que dans le cas où l'absence de contrepartie est caractérisée puisque « *la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre* ».

<sup>141</sup> J. GHESTIN, *op.cit.*, n° 212 et s.

droit des contrats. En effet, dans le cas d'un consentement vicié par l'exercice d'une violence sur le contractant, la contrepartie, consistant en un transfert patrimonial, existe. La sanction n'est donc pas fondée sur le terrain d'une absence de *contrepartie convenue* entre les parties mais sur une *contrepartie imposée* à l'une d'elles. René Descartes disait que « *la volonté est tellement libre de sa nature, qu'elle ne peut jamais être contrainte* »<sup>142</sup>. Que recouvre le vice de violence ? Derrière la notion de violence, le Code civil entend certainement protéger la volonté de la personne. L'appréciation de la sanction de la violence économique peut se réaliser à l'aune de la cause en intégrant le versant subjectif. Descartes soulevait en effet que « *la volonté est tellement libre de sa nature, qu'elle ne peut jamais être contrainte* ». Il s'agirait ainsi de sanctionner une absence de cause : se sentant contrainte de contracter, la partie n'a pas poursuivi son intérêt personnel. Le consentement est vicié puisque la partie faible n'a pas poursuivi son intérêt propre mais s'est engagée par l'effet d'une « contrainte » exercée sur elle. La reprise du contrôle de la cause subjective par le législateur finit de convaincre de l'admission implicite des fonctions classiques de la cause <sup>143</sup>.

**47. Une influence de la cause tout au long de l'existence du contrat** – Nous devons à Henri Capitant d'avoir démontré de manière juste l'influence de la cause tout au long de l'exécution du contrat<sup>144</sup>. Indirectement, la réforme du droit des contrats semble reconnaître la pensée de l'auteur. La caducité<sup>145</sup> en matière de contrats interdépendants nous procure en effet une illustration. L'article 1186 alinéa 2 du Code civil prévoit que « *lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition*

---

<sup>142</sup> R. DESCARTES, *Les passions de l'âme*, éd. Flammarion.

<sup>143</sup> L'approche subjective se lit également aux termes de l'article 1162 du Code civil, selon lequel « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Le but opère un renvoi flagrant à la notion de cause subjective. En effet, l'ancien article 1108 du Code civil exigeait à titre de validité que les parties ne poursuivent pas un but illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ce qui était très largement appliqué par les juges. La cause était dite subjective puisqu'il était nécessaire de rechercher les motifs poursuivis par les contractants afin de déterminer si le contrat était illicite ou immoral. La mention faite expressément à la moralité et la licéité du but reprend expressément le contrôle de la cause subjective avant la réforme.

<sup>144</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, *ibid.*

<sup>145</sup> La caducité peut être comprise à la lumière de la cause. La distinction est traditionnellement faite entre deux grands types de sanction : la nullité et la caducité. La nullité emporte l'anéantissement rétroactif du contrat puisqu'un élément essentiel à sa validité manque *ab initio*. Les restitutions réciproques résultent donc du retour au *statu quo ante*. A l'inverse, dans le cas de la caducité, le contrat cessera du fait de la perte d'un élément essentiel en cours de son exécution et non lors de sa formation. La rétroactivité ne se retrouve donc pas. Les cas ouvrant droit à la caducité visent le plus souvent des hypothèses dans lesquelles le contrat ne comporte plus d'intérêt à raison de la perte d'un élément essentiel (mais non une condition de validité).

*déterminante du consentement d'une partie* ». Pour que le contrat soit caduc, il est nécessaire, selon l'alinéa 3 de l'article 1186, que « *le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* ». L'identification du lien qui unit ces contrats emporte l'interdépendance. Le prononcé de la caducité s'effectuera soit lorsque la disparition du contrat rend l'exécution de l'autre impossible, soit lorsque l'exécution du contrat constituait une condition déterminante du consentement de la partie. Les deux approches, objective et subjective, ressortent des conditions posées. L'opération visée constitue la finalité de chaque contrat interdépendant. La disparition de cette finalité emporte la caducité du contrat. Derrière la disparition de la finalité se trouve la cause finale. La présence sous-jacente de la notion de cause finale dans les contrats interdépendants se confirme à la lecture de l'article 1189 du Code civil. Cet article impose, « *lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération* », de l'interpréter « *en fonction de celle-ci* ». En reprenant la définition des contrats interdépendants, il s'avère que l'opération constitue le but de l'existence de chaque contrat créant ainsi l'indépendance entre les conventions. La finalité poursuivie représente le critère de qualification et influe également sur leur régime juridique<sup>146</sup>.

## **B. Interprétation à l'aune de l'intérêt au contrat**

---

<sup>146</sup> La consécration de la révision pour imprévision révèle aussi la reconnaissance par le droit français des contrats le souci de préserver l'intérêt des parties. Avant la réforme, une telle faculté était refusée aux juges. L'arrêt du Canal de Craponne se retrouve alors mis au banc. V. Cass. civ. 6 mars 1876 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n° 165. Par cet arrêt de principe, la Cour de cassation a affirmé qu'aucune « *considération de temps ou d'équité ne peut permettre au juge de modifier la convention licite et librement acceptée par les parties* ». De lege, l'article 1195 du Code civil prend le contrepied de la décision en affirmant que « *si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant (...)* ». Pour encadrer la prérogative, l'alinéa 2<sup>nd</sup> poursuit en précisant que dans l'hypothèse « *de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». La prérogative de renégocier le contrat est désormais admise en cas d'imprévision. Cela implique que l'intérêt poursuivi par le contractant ne soit plus respecté à raison d'un événement qui n'eût pas été prévu lors de la conclusion du contrat. L'exécution devient alors excessivement onéreuse aboutissant à chasser la contrepartie. Il apparaît alors que le fondement de l'imprévision soit la cause. La réforme reprend ainsi la solution de l'arrêt « *Soffimat* » par lequel la Cour de cassation a affirmé : « *si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution* » (Cass. com. 29 juin 2010, *Soffimat*, n° 09-67.369). Pour rendre cette solution, la Cour de cassation s'est fondée sur la cause en visant l'ancien article 1131 du Code civil.



48. **La protection de l'intérêt des cocontractants** - Assurer la protection du transfert patrimonial prévu par la convention réalise l'intérêt des parties au contrat. Par de nombreuses dispositions, le nouveau droit des contrats protège la contrepartie à l'obligation en permettant l'efficacité des conventions dont la contrepartie convenue a été respectée. Grâce à l'exigence d'une contrepartie au contrat, la fonction de la cause a été préservée. Cet impératif est gouverné par l'idée d'une justice commutative<sup>147</sup>, imposant que la convention ait pour objet d'opérer un échange patrimonial préservant l'intérêt des parties. Il n'est pas nécessaire que l'échange contractuellement prévu entre les parties soit équilibré et proportionné. En ce sens, l'exigence d'une contrepartie doit être distinguée de l'exigence d'une proportionnalité certaine ou d'une équivalence des prestations. Il ne doit pas s'agir d'une appréciation quantitative de l'exigence d'une contrepartie sauf pour le cas d'une contrepartie qui serait illusoire. Ainsi, comme l'a souligné le professeur Judith Rochfeld, « *l'exigence de cause se distingue d'un second impératif : celui de proportionnalité (...). En réalité, les deux domaines ne se superposent pas exactement : la cause ne sera en jeu que lorsque l'une des parties offrira un avantage « dérisoire » par rapport à celui procuré par l'autre et que cet avantage composera la cause de l'engagement* »<sup>148</sup>. L'exigence d'une contrepartie implique que le contrat opère un échange sans que ce dernier soit proportionné.

Plus encore, le droit des contrats n'exige pas seulement qu'une contrepartie soit existante ; encore faut-il qu'elle ait été réellement voulue et consentie par les parties au contrat. La seule existence d'une contrepartie au sein de la structure contractuelle est effectivement insuffisante. Il est nécessaire, pour que le contrat soit valide, que cette contrepartie respecte l'intérêt des parties. L'équilibre entre le versant objectif et le versant subjectif de la cause se manifeste au sein des nouvelles dispositions du Code civil. Pour caractériser la violence économique, il faudra déterminer si l'intérêt réel et propre de la partie alléguée victime n'aura pas été respecté en raison de la contrainte exercée sur elle. La conception de Jacques Ghestin<sup>149</sup> de la contrepartie convenue trouve une limite dans cette hypothèse de ne pas prendre en considération ce qui a été réellement souhaité par les parties. Dans le versant subjectif, il prend effectivement en compte les motifs qui sont entrés dans le champ

---

<sup>147</sup> J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2000, p. 415-431 ; L. CADIET, « Une justice contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ, 2000, p. 177-1999. V. *infra* n° 57.

<sup>148</sup> J. ROCHFELD, « Cause », *RTD. civ.*, mars 2014, n° 45.

<sup>149</sup> J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.* V. *supra* n° 45.

contractuel. Or, cette conception de la cause n'embrasse pas les hypothèses dans lesquelles le contrat n'a pas respecté l'intérêt propre des parties telles que le cas de la violence.

**49. Conclusion de paragraphe** – La notion de la « contrepartie convenue » est parfaitement adaptée aux contrats synallagmatiques commutatifs au sein desquels les parties ont su trouver un accord afin de poursuivre leurs propres finalités et ainsi préserver leurs intérêts. Or elle s'avère être trop restreinte pour regrouper les contrats unilatéraux à titre onéreux<sup>150</sup> mais également pour les hypothèses dans lesquelles les parties se sont engagées dans la relation contractuelle sans poursuivre leur propre finalité. Par conséquent, derrière l'exigence d'une contrepartie à l'obligation qui ne soit pas « illusoire » ou « dérisoire » et réellement voulue par les parties, le droit des contrats adopte une conception de la cause dont le versant subjectif correspond à l'intérêt au contrat.

**50. Conclusion de la Section I** – La cause est une institution juridique française dont les fondations se retrouvent à l'ère romaine. L'institution est le fruit de nombreuses évolutions au fil des siècles sous la plume d'éminents auteurs, de juges mais également du législateur. Après une consécration en 1804, son reniement fut prononcé en 2016. Ses fonctions classiques permettaient de déterminer la validité des conventions en opérant un contrôle de l'existence d'une contrepartie à l'obligation et un contrôle de sa licéité au regard de l'ordre public et des bonnes mœurs. La cause offrait également un instrument pour classer les contrats. Malgré l'importance de ses fonctions, le législateur prononça sa suppression lors de la réforme du droit des obligations intervenue en 2016. En dépit de son abandon, il apparaît nettement que la notion demeure par souci d'une idée de justice contractuelle en préservant l'intérêt des parties. Nul ne doit demeurer dans un contrat faute d'intérêt. De même, nul ne doit être contraint lorsque l'intérêt a été travesti ou est inexistant. La justice contractuelle s'opérait sous le sceau de la cause et continue de se réaliser désormais de manière clandestine. Interdiction nous est faite de prononcer le mot de cause comme si ce dernier portait malheur. Pourtant, il s'agit bien de la cause qui continue à être le bastion de la justice contractuelle en droit français. Elle continue de vivre officieusement dans le Code civil afin de veiller au bon déroulement des relations contractuelles. Les racines mais aussi les évolutions plus récentes de la cause perdurent. Il convient désormais de confronter la théorie de la cause aux sûretés (Section II).

---

<sup>150</sup> V. *infra* n° 55.



## SECTION II – LA THÉORIE DE LA CAUSE A L'ÉPREUVE DES SÛRETÉS

51. **Une confrontation nécessaire** – Malgré l'apparente disparition de la cause, nous comprenons que celle-ci demeure selon une acception à la fois objective et subjective. Le contrôle de la cause objective assure l'existence d'une contrepartie réelle et voulue par le contractant tandis que la cause subjective permet de vérifier que le contrat n'est ni illicite ni immoral. Les fonctions traditionnelles ont été reprises de manière implicite par le législateur. Confrontée aux sûretés, la conception classique révèle à la fois ses limites et ses apports. La méthodologie employée est nécessaire afin de constater que la conception classique ne saurait être transposée directement aux sûretés.

52. **Plan** – La confrontation (I) implique d'analyser la cause des sûretés selon l'intérêt du constituant au contrat (II).

### I. LE CONSTAT DE LA CONFRONTATION

53. **Une institution indispensable malgré des faiblesses** – Face aux sûretés, la conception classique de la cause présente des faiblesses. La structure unilatérale des contrats de sûretés exclut d'identifier la cause au sein de la contrepartie apparente. Plus encore, les contrats unilatéraux onéreux ne peuvent par définition répondre à une conception classique et objective de la cause. La confrontation de la cause aux sûretés nous conforte dans l'idée d'affirmer une conception plus équilibrée de la cause entre le versant objectif et subjectif. Toutefois, la vocation de la cause, à savoir assurer une justice contractuelle, nous convainc de son utilité. La réforme du droit des contrats confirme le caractère profondément causaliste du droit français afin justement d'assurer une justice contractuelle, sans pour autant imposer un équilibre contractuel. Aussi, l'histoire de la cause permet de prendre conscience d'une de ses fonctions, peu ou mal connue, ayant pour effet d'assurer la qualification des contrats. Fort de ces enseignements, nous comprenons que le résultat de la confrontation entre la cause et les sûretés aboutira à une meilleure compréhension de cette catégorie de contrats.

54. **Plan** – Le constat de la faiblesse de la théorie de la cause (A) est directement compensé par le bénéfice d'enseignements fondamentaux dont on en conclut que la cause demeure nécessaire (B).

#### A. Lacune

55. **Insuffisance de la conception objective de la cause** – Le rapport entre la cause et la structure contractuelle fut très pertinemment démontré par le professeur Judith Rochfeld au sein de ses travaux : en présence d'un contrat dont la structure est connue, la cause est standardisée ; tandis que dans les contrats atypiques – contrats nés de la liberté contractuelle sans se fonder sur un modèle de contrat préexistant ou en adjoignant une finalité atypique –, il est plus difficile d'identifier la cause<sup>151</sup>. La structure interne à un contrat pourtant considéré comme étant typique peut poser difficulté à l'égard d'une conception objective de la cause. Alors que les contrats de sûreté répondent en principe à un modèle connu<sup>152</sup>, la structure unilatérale heurte en effet la conception purement objective de la cause en excluant la faculté de l'identifier au sein de la contrepartie convenue. Au sein des contrats synallagmatiques prévoyant un échange de prestations, il est aisé de déterminer l'existence ou non d'une contrepartie. Or l'acception communément admise de la cause dans sa fonction de contrôle de son existence – mettant en œuvre une justice contractuelle – enjoint de vérifier l'existence d'une telle contrepartie<sup>153</sup>. Faute de contrepartie apparente, la conception

---

<sup>151</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n° 230 : « La cause représente la recherche d'un intérêt typique lorsque les parties se placent volontairement, ou de manière contrainte, dans un type de contrat et admettent en conséquence de se référer à sa structure typique. Mais, s'il en va ainsi dans la majorité des contrats, ce n'est plus le cas lorsque certaines parties, qui décident de négocier leur accord et disposent d'un poids économique et technique suffisant, élaborent le contenu de leur acte sans plus s'en remettre à ces types existants. Le contrat est alors maîtrisé, autour d'une finalité atypique, soit totalement dans les contrats lourds, soit partiellement, dans les contrats typiques auquel on adjoint une finalité atypique. Il s'avère alors impossible de se référer à une cause typique, « identique par type de contrat donné » qui n'existe pas. Dans ce cas, la cause est individuellement définie par les parties, sans possibilité de référence à un modèle contractuel pour le juge. Pourtant, la cause dite « subjective », comme issue d'une définition propre aux contractants et d'une analyse de leurs mobiles particuliers par l'organe de contrôle, est traditionnellement cantonnée au contrôle de la licéité et de la moralité de l'acte ».

<sup>152</sup> Il existe des exceptions. En effet, le pouvoir des volontés en la matière est reconnu. Des sûretés sont nées de la pratique puis ont été reconnues en droit positif par le juge et le législateur, telles que la garantie autonome.

<sup>153</sup> J. ROCHFELD, art. préc., n° 26 : « Appliquée aux différentes sortes de contrats, l'idée de contrepartie se décline alors et l'on se rend compte que, si elle s'applique aisément à certains, elle en épouse plus difficilement d'autres. En réalité, seuls les contrats synallagmatiques commutatifs relèvent de la première catégorie : on saisit aisément la contrepartie qui tient lieu de cause pour chaque cocontractant. Pour les autres contrats, en revanche, les auteurs ressentent comme nécessaire d'introduire des distorsions. (...). Dans les contrats unilatéraux, en second lieu, au sein de la structure desquels aucune contrepartie à l'engagement de celui qui s'oblige n'est immédiatement présente, une sous-distinction intervient. D'un côté, lorsque ceux-ci sont réels, (...), la cause de l'obligation de restituer de l'un résiderait, non dans une contrepartie, mais dans la remise

objective s'avère peu efficace à identifier la cause dans les contrats de sûreté, de sorte que « *le bât blesse toujours au même endroit, celui des contrats unilatéraux* »<sup>154</sup>. Eu égard à la difficulté, la recherche de la cause fut réalisée en dehors de la structure contractuelle<sup>155</sup>. Le fait que la théorie se soit construite dans le carcan des contrats synallagmatiques commutatifs a pour effet d'exclure de son champ les contrats dont la structure est distincte. En effet, face aux contrats unilatéraux à titre onéreux non réel, il est impossible de déterminer la cause sans travestir les contours de sa définition. Une seule partie s'engage à l'exécution d'une obligation.

## B. Enseignements

56. **Plan** – Les théories classique que moderne de la cause ont su apporter deux enseignements fondamentaux qui offrent une lecture pertinente du droit des contrats. La notion de cause contrepartie permet d'inoculer une idée de justice contractuelle (A) alors que la notion de cause catégorique révèle un instrument juridique réalisant une classification des contrats selon leur cause (B).

### 1. Une idée de justice contractuelle

57. **Une fonction fondamentale de justice contractuelle** – Selon Aristote, « *nul n'est volontairement injuste envers lui-même. Personne n'y consent, pas même l'intempérant ; dans ce cas, il agit contre sa propre volonté* »<sup>156</sup>. Il estime ainsi que le déséquilibre dans les prestations ne s'admet que s'il reflète la volonté des parties de consentir

---

*antérieure d'une chose par l'autre (...). D'un autre côté, relativement aux contrats unilatéraux non réels, la cause est traditionnellement regardée comme une contrepartie puisée à l'extérieur du contrat. (...). On hésite beaucoup, enfin, sur la « contrepartie » des engagements endossés dans les sûretés personnelles, à savoir les cautionnements et garanties à première demande : est-elle à rechercher dans les rapports du débiteur principal et de la caution (ou du garant à première demande) ? (...). En définitive, au fil de ces descriptions, on constate que, hors l'hypothèse des contrats synallagmatiques commutatifs, des distorsions importantes sont introduites par rapport à la définition initiale d'une contrepartie. On ne peut alors que relever le caractère peu opératoire et universel de celle-ci. C'est que, en réalité, cette définition masque la composante première de la cause, à savoir l'intérêt, pour ne s'attacher qu'à la contrepartie des contrats synallagmatiques commutatifs qui n'en constitue pourtant qu'un épiphénomène. Il s'avère donc nécessaire de prolonger l'analyse ».*

<sup>154</sup> PH. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges en l'honneur de Raynaud*, 1985, Dalloz-Sirey, p. 295.

<sup>155</sup> En raison de cette difficulté, les auteurs ainsi que les juges tentèrent d'identifier la cause en dehors de la structure, à l'aune de la condition. Nous rejoignons néanmoins le professeur Judith Rochfeld lorsqu'elle démontre qu'il s'agissait plutôt de la cause qui était visée au sein de ces décisions. V. en ce sens : J. ROCHFELD, thèse préc., n° 254 et s.

<sup>156</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 9, 6.

un don<sup>157</sup>. Les contrats volontaires sont en effet soumis à une justice distributive voire commutative<sup>158</sup>. La notion de cause contrepartie participe très certainement de cette idée de justice contractuelle<sup>159</sup>. S'il est vrai que la raison veut que l'individu ne s'engage pas involontairement pour s'appauvrir, le risque n'est pourtant pas exclu d'une convention dénuée de justification et d'*animus donandi*. La notion de cause contrepartie participe très certainement de cette idée de justice contractuelle en contrôlant l'existence d'une justification à l'engagement.

## 2. Une fonction de classification

**58. L'utile cause catégorique** – Les auteurs classiques découvrirent la fonction de classification en constatant qu'une cause identique se retrouvait au sein de chaque catégorie de contrat identique. Néanmoins, tel que le remarque le professeur Judith Rochfeld, « *même si l'affirmation de l'identité des causes se précise et s'affine, elle ne va pas jusqu'à fixer la nature de celle-ci* »<sup>160</sup>. Il manquait de faire le rapport entre l'identité de cause et la qualification. Malgré les vives critiques qui s'élevèrent à l'encontre de la fonction de

---

<sup>157</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 9, 7 : Aristote illustre son raisonnement par une anecdote. Il explique que Diomède avait transmis à Glaucos des armes en bronze et neuf bœufs. En échange, il reçut de Glaucos des armes en or et la valeur de cent bœufs. Aristote considère que l'échange constitue un don car nul ne s'appauvrit de manière involontaire.

<sup>158</sup> CH. LARROUMET et A. AYNÈS, *Introduction à l'étude du droit*, Traité de droit civil, dir. Ch. Larroumet, Economica, n° 57: « *Il est courant d'affirmer que le droit a pour but de réaliser la justice, qu'il s'agisse de la justice individuelle ou de la justice sociale et il est vrai que l'on peut considérer qu'il n'y a pas de bonne règle de droit sans réalisation d'un idéal de justice. Cependant, la justice suppose que l'on porte un jugement de valeur sur une règle de droit pour déterminer si elle est bonne ou si elle est mauvaise en fonction d'un impératif donné. Elle est avant tout affaire de morale et d'idéologie et c'est pour cela qu'elle est extérieure au droit. Le droit est jugé du point de vue de la justice, mais celle-ci ne fait pas partie de son essence, sans compter qu'elle est par certains aspects relative et donc variable selon les temps et les lieux. Le terme de justice est en lui-même polysémique. On parle ainsi aussi bien de justice « commutative », lorsqu'il est donné à chacun la même chose (égalité théorique et mathématique), que de justice « distributive » lorsqu'il est donné à chacun selon sa situation et ses « mérites » respectifs (égalité subjective et inégalité mathématique). L'impératif de justice est pris en considération pour l'élaboration de la règle de droit avec d'autres impératifs (...)* ».

<sup>159</sup> L'impératif d'assurer une justice contractuelle est très présent dans la philosophie chrétienne. Pour une vue d'ensemble : v. L. DUVANEL, *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*, op. cit. p. 157 et s.

<sup>160</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n° 136 : « *Les auteurs classiques sont en effet absorbés par leur préoccupation principale qui est de poser des limites au contrôle du juge en bornant son domaine d'examen. Dans ce contexte, faire de la cause un élément objectif, prédéterminé et identique par type de contrat donné par opposition aux mobiles « variables », « éloignés », « occasionnels », permettait de cantonner le contrôle judiciaire aux seuls aspects externes de l'acte. En conséquence, la réflexion ne se situait résolument pas sur la réalité de la motivation du contrat et sur la signification du caractère typique de la cause. Or cette absence de justification livrera cette théorie aux plus vives attaques et obérera la reconnaissance du type* ».

catégorisation<sup>161</sup>, nous croyons aujourd'hui en sa réalité. L'identité de cause se constate au sein d'une catégorie de contrat type<sup>162</sup> marquant ainsi la différence avec les contrats ne présentant pas la même cause. Partant, l'opposition des contrats à titre onéreux des contrats à titre gratuit se fonde directement sur le critère de la cause<sup>163</sup>. La réception de l'héritage de la cause catégorique en droit français fut l'œuvre de plusieurs auteurs, et notamment portée au sein des travaux de Mme. Judith Rochfeld<sup>164</sup>.

**59. L'émergence de la distinction entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui analysée au regard de la cause catégorique** – La compréhension de certaines familles de contrat peut dès lors se réaliser par le prisme de la cause, prise dans sa fonction de classification. L'émergence de la distinction entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui doit reposer sur un critère d'opposition afin de lui conférer une assise, permettant d'effectuer des distinctions. La cause catégorique représente un candidat sérieux pour fonder la distinction si celle-ci vient à s'opposer au sein de chaque famille de sûretés.

## **II. LE RESULTAT DE LA CONFRONTATION**

**60. Appréciation de la cause par la notion d'intérêt au contrat** – Faute de contrepartie apparente, les auteurs sont forcés de distendre l'acception par la recherche d'une cause extérieure au contrat. Le constat force à établir un équilibre entre le versant objectif et subjectif de la cause, qui s'avère délicat à réaliser : trop d'objectivité galvaude la représentation de la volonté tandis que trop de subjectivité tend à ouvrir la boîte de Pandore. Or celui-ci peut se réaliser en interprétant la cause par la notion d'intérêt au contrat.

**61. Volonté, intérêt et intention** – La notion d'intérêt se rapproche de la volonté et de l'intention mais s'en différencie néanmoins. La volonté reflète une notion plus globale en ce qu'elle recouvre à la fois l'intention et l'intérêt. Elle est finalement l'enveloppe qui rassemble tout ce qui a contribué à impulser l'action : les motifs, les intérêts profonds, les intentions quant au résultat souhaité. Tel que le définit Henri Conte, « *la volonté englobe*

---

<sup>161</sup> F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1996, t. 2, 1957, n° 251 et s.

<sup>162</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n° 136 : « Or, l'identité des causes ne se vérifie effectivement que si le processus mental d'alignement des causes et des contrats selon un type existe, c'est-à-dire dans le domaine des contrats typiques. Elle tombe à l'inverse dans celui où la cause est définie de façon individualisée. La cause, identique par type de contrat donné n'est pas exclusive d'un autre mode, atypique, de contracter ».

<sup>163</sup> La distinction fut notamment démontrée dans les écrits de Domat ; v. *supra* n° 28.

<sup>164</sup> J. ROCHFELD, thèse préc. *ibid.*



*l'intention puisqu'elle constitue à la fois le vouloir et le fait que mon action tende vers ce but* »<sup>165</sup>. Il en résulte que l'intérêt doit à la fois se détacher des motifs ou raisons profondes qui ont motivé l'action et des intentions. A l'égard de l'intention<sup>166</sup>, nous nous souvenons de Machiavel lorsqu'il disait « *que pour être efficace, il faut cacher ses intentions* »<sup>167</sup>. L'intention est en effet directement en rapport avec le résultat souhaité. Partant, la coloration de l'action dépend entièrement de l'intention<sup>168</sup>. L'action pourra être considérée comme étant morale ou juste uniquement si l'intention l'était, tandis que si l'acteur a une mauvaise intention, l'acte prendra une coloration différente. L'intention n'est par définition pas connue des tiers. L'intérêt se situe en amont. Il justifie de s'engager afin de satisfaire un besoin. L'action peut exister alors même que son auteur n'en avait pas l'intention, tandis que l'intérêt est consubstantiel aux actes volontaires. L'intention, bonne ou mauvaise, peut ne pas être. L'intérêt existe nécessairement. Finalement l'intention vise le résultat tandis que l'intérêt explique l'engagement.

**62. Plan** – L'interprétation de la cause comme étant l'intérêt des parties au contrat (A) permet dans sa fonction de catégorisation (B) d'expliquer la distinction entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui (C).

## **A. Compréhension de la cause par la notion d'intérêt**

**63. Appréciation par la notion d'intérêt au contrat** – La compréhension de la cause par la notion d'intérêt semble servir ce rapport d'équilibre, sans avoir à être submergé par les infinis mobiles des parties. En effet, la notion présente un domaine d'application « *plus large et plus souple que celle de contrepartie* »<sup>169</sup> englobant ainsi les contrats

---

<sup>165</sup> H. CONTE, *Volonté et droit de la responsabilité civile*, préf. J. Julien, PUAM, 2019.

<sup>166</sup> Sur une définition de l'intention : H. CONTE, *Volonté et droit de la responsabilité civile*, thèse préc., n° 7; A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, préf. D. Mazeaud, thèse, PUAM, 2004, t. 1, 2.

<sup>167</sup> N. MACHIAVEL, *Discours sur la première Décade de Tite-Live*.

<sup>168</sup> H. CONTE, thèse préc., n° 7 : L'auteur met en rapport la définition de l'intention avec les cas de responsabilité notamment pour établir si la faute est intentionnelle ou non. En effet, « *l'intention fait corps avec l'acte et permet de le rattacher à la catégorie des fautes intentionnelles* ».

<sup>169</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n° 87 : L'auteur met en avant trois arguments en faveur de la définition de la cause par la notion d'intérêt. Elle souligne d'abord que l'intérêt constitue une acception plus large de la cause en sortant de « *la seule considération de la contrepartie* ». Ensuite, « *et c'est la deuxième raison en faveur de la définition de la cause comme un intérêt, celle-ci fait sortir la cause de la seule considération formelle d'une contrepartie. Même lorsqu'une contrepartie existe, la prise en compte de l'intérêt qu'elle représente permet, en effet, de souligner la motivation concrète de l'acte juridique. L'individu ne s'engage pas pour l'obtention d'une contrepartie, mais pour l'intérêt qu'il en attend* ». Enfin, elle souligne qu'une telle compréhension de la cause permettrait de « *justifier la vision concrète qu'en propose désormais la jurisprudence* ».

unilatéraux en dépassant la seule considération de la contrepartie à l'obligation mais aussi en permettant de comprendre l'engagement du contractant, sans avoir à scruter ses mobiles pour autant. Concevoir la cause comme étant l'intérêt au contrat a pour effet de porter un regard plus vaste en comprenant l'opération économique voulue par les parties. Pourtant, la notion d'intérêt au contrat n'est pas expressément consacrée en droit français des contrats, contrairement au droit allemand<sup>170</sup> et italien<sup>171</sup>. En France, lors de la découverte de la cause dans l'Ancien droit, la notion d'intérêt permettait de comprendre ce qu'avaient mis en avant certains courants doctrinaux. La cause n'était en effet plus attachée à une simple forme – la cause impulsive romaine – mais à l'identification du but économique de l'acte<sup>172</sup>. Puis cette acception fut abandonnée dans les écrits de Domat qui ne s'attacha qu'à déterminer le but poursuivi par le contractant<sup>173</sup>. L'abandon de l'analyse de la motivation concrète du contractant s'explique très certainement par la consécration du consensualisme<sup>174</sup>. Tel que l'observe le professeur Judith Rochfeld, « *la cause en tant qu'intérêt apparaît périmée à l'époque du consensualisme, où elle ne représente qu'un simple élément psychologique, indissociable du consentement : élaboré sur le fondement d'un consentement libre et non vicié, le contenu du contrat ne peut que correspondre à la Justice contractuelle et satisfaire les parties* » de sorte qu'« *un examen de leurs intérêts véritables n'est donc pas nécessaire* »<sup>175</sup>. Suite à l'abandon apparent de la notion d'intérêt, une conception objective devait se lire lors de la codification de la cause. Pourtant, dans l'esprit des codificateurs, la cause représentait toujours l'avantage poursuivi, *in fine* l'intérêt<sup>176</sup>. La notion d'intérêt était en

---

<sup>170</sup> V. sur ce point : J. ROCHFELD, thèse préc., n° 91 : « *Au fil d'une évolution de la notion de cause que l'on peut retracer avec M. Ferri selon trois phases, la doctrine allemande a admis la catégorisation des contrats en fonction du résultat recherché et a fait une place au but économique. Elle est passée en effet de la « cause », justification de la tradition d'un bien dans le domaine des droits réels, à la « cause », chère notamment à Savigny, condition de l'acte juridique mais aussi élément de catégorisation, puis enfin à la cause, intérêt pratique de l'acte* » ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 19, 1961, n° 271 et s.

<sup>171</sup> Le Code civil italien consacra expressément la notion d'intérêt au contrat. L'article 1174 dispose ainsi que « *la prestation qui constitue l'objet de l'obligation doit être susceptible d'une évaluation économique et doit correspondre à un intérêt, même non patrimonial, du créancier* » tandis que l'article 1322 énonce que les contrats pour avoir un effet obligatoire doivent être « *destinés à réaliser des intérêts méritant protection selon l'ordre juridique* ». V. sur ce point : J. ROCHFELD, thèse préc., *ibid.*

<sup>172</sup> V. *supra* n° 45 ; G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, thèse préc., 1929, n° 8.

<sup>173</sup> V. *supra* n° 28.

<sup>174</sup> G. CHEVRIER, thèse préc., p.120 et s. ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, *op. cit.*, n° 40.

<sup>175</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n° 88.

<sup>176</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq 1836, p. 131.

effet présente dans l'esprit des auteurs des XIXe et XXe siècles<sup>177</sup> pour être finalement écartée par les auteurs contemporains<sup>178</sup>.

64. **Plan** – Il existe en droit français un consensus doctrinal sur l'existence de la notion d'intérêt mais force est d'admettre que des divergences persistent quant aux contours de sa définition (1). *De lege lata*, des applications concrètes permettant de constater que la notion n'est pas purement théorique (2).

## 1. Définition de la notion

65. **La satisfaction d'un besoin par l'utilité d'un bien ou une prestation de service** – Les Hommes agissent en vue de satisfaire leur intérêt entendu comme étant la satisfaction d'un besoin. L'analyse de la cause par l'intérêt pourrait aboutir à sanctionner chaque contrat qui ne présenterait pas une utilité pour le contractant, renouant ainsi avec la conception extensive jurisprudentielle qui la mena à son exclusion du Code civil<sup>179</sup>. L'argument est très vrai mais ne saurait constituer un motif d'exclusion de l'analyse par la notion d'intérêt. Demogue affirmait déjà en ce sens que « *l'utilité objective* » suffisait<sup>180</sup>. Il convient donc de porter une appréciation objective de la notion d'intérêt afin de parvenir à l'équilibre recherché. Ainsi, selon M. Gervais, l'intérêt se comprend de la « *possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients* »<sup>181</sup>. Il n'y a donc pas d'action sans intérêt à améliorer la situation ou à éviter son aggravation. L'action négative vise l'abstention d'agir pour ne pas concourir à l'aggravation de la situation, tandis que l'action positive procure une utilité, un avantage à la personne par l'usage d'un bien ou l'exercice d'une prestation. L'intérêt vise dès lors l'utilité procurée par un bien ou une prestation qui permettrait la réalisation de la finalité poursuivie

---

<sup>177</sup> V. en ce sens : A.-M. DEMANTE et E. COLMET de SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, Paris, Henri Plon, 1865 ; P. COLIN, *Théorie de la cause dans les obligations conventionnelles*, Paris, 1896, p. 68-69 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, par E. Bartin, Paris, LGDJ, 1917, p. 468 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, t. 2, n° 539.

<sup>178</sup> J. ROCHFELD, *thèse préc.*, n° 90, p. 84 : l'auteur relève en effet que « *cette conception semblerait, en revanche, s'être raréfiée chez les auteurs contemporains, ou, du moins, elle existerait aujourd'hui de façon plus diffuse. La cause est, en effet, généralement définie désormais, nous l'avons vu, comme « la considération de la contrepartie qu'entend recevoir en principe toute personne qui assume une obligation », sans que soit pris en compte l'intérêt que représente cette contrepartie* ».

<sup>179</sup> V. *supra* n° 38.

<sup>180</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, op. cit.*, t. 2, n° 758.

<sup>181</sup> A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t.1, Dalloz-Sirey, 1961, n° 1.

par la personne : la satisfaction de son intérêt<sup>182</sup>. La conception utilitariste de l'intérêt fut très certainement l'œuvre de la doctrine italienne qui eut réussi à établir le rapport entre le bien ou la prestation et leur affectation à la satisfaction du besoin de l'homme<sup>183</sup>.

**66. Rapport entre cause et intérêt** – Le rapport entre la cause et la notion d'intérêt se manifeste par le fait que les hommes s'engagent dans une relation contractuelle en vue de satisfaire un besoin, en ce sens « *il insiste sur sa satisfaction et implique ainsi un mouvement de finalité* »<sup>184</sup>. Intérêt et cause deviennent alors deux notions consubstantielles<sup>185</sup>. En effet, la conclusion d'un contrat s'opère suite à la rencontre des volontés dans la « *considération de la contrepartie qu'entend, en principe, recevoir toute personne qui assume une obligation* »<sup>186</sup>. Il n'y a donc de sacrifice sans l'espoir de l'obtention d'un avantage. L'idée de poursuivre la satisfaction de son intérêt personnel est sous-jacente à la notion de cause. La doctrine italienne perçoit la cause en la définissant par l'intérêt au contrat<sup>187</sup>. La cause « *est la recherche du bien ou du service adéquat au besoin, l'intérêt et l'utilité en train de se mettre en place et de se former, c'est-à-dire ce même rapport, mais finalisé et en mouvement* »<sup>188</sup>. La définition de la cause, comme étant la satisfaction de son besoin par la recherche d'un bien ou d'un service en s'engageant dans le contrat, est particulièrement pertinente. La notion de « *besoin* », telle qu'employée dans la définition du professeur Judith Rochfeld, renvoie ainsi à la notion d'intérêt, tandis que la notion « *d'utilité* » fait référence à l'objet du contrat qui sera mis au service de la satisfaction de ce besoin. La mise en mouvement de ces deux notions révèle l'équilibre recherché entre les versants objectif et subjectif de la notion de cause. L'aspect objectif s'attache à la notion d'utilité qui vise la contrepartie, c'est-à-dire le transfert de valeur patrimoniale généré par le contrat. Comme

---

<sup>182</sup> G. WICKER, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in Les concepts contractuels français à l'heure des PDEC, 2003, Dalloz, p. 156.

<sup>183</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1940, Biblioteca del Foro Italiano, Roma, §17, p. 31-32, §36, p. 62 ; Sur ce point, V. J. ROCHFELD, *thèse préc.*, n° 96 et s. : « *Intervient alors la notion d'utilité qui exprime l'adéquation, au sein de ce rapport, entre le bien et le besoin, entre le bien et la fin qu'il sert à réaliser. L'intérêt représente donc une utilité spécifique entre une personne et un bien. De côté de la chose ou de la prestation, on parlerait d'utilité (la chose est utile à l'homme) ; du côté de la personne, d'intérêt (l'homme a un intérêt à la chose). Ainsi, l'intérêt et l'utilité constitueraient les deux faces, les deux points de vue (de la personne ou de la chose) du même phénomène, l'utilité insistant davantage sur l'adéquation du rapport créé* ».

<sup>184</sup> J. ROCHFELD, *thèse préc. ibid.*

<sup>185</sup> G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2 LGDJ, 1957, n° 299 : en effet, « *le code met en œuvre cette idée que les activités juridiques s'assignent des fins égoïstes : on n'a droit à une prestation qu'à la condition de consentir un sacrifice* » puisque les hommes ne peuvent s'engager sans cause ; *adde*, Cambacérés, *Rapport fait à la Convention nationale sur le 2<sup>e</sup> projet de Code civil au nom du Comité de législation*, 1794, Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1828, t. I, p. 108.

<sup>186</sup> J. FLOUR, J.L. AUBERT, *Les obligations. L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 9<sup>e</sup> éd. 2015, n° 269.

<sup>187</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1940, Biblioteca del Foro Italiano, Roma.

<sup>188</sup> J. ROCHFELD, *thèse préc.*, n° 96.

nous le croyons, il serait insuffisant de résumer la cause du contrat à l'existence de la contrepartie pour pouvoir rendre compte de l'opération globale voulue par les parties. La subjectivité réside ainsi en la considération que les parties poursuivent « *un besoin* ». Au regard de ce « besoin », la structure du contrat sera établie en vue de l'atteindre<sup>189</sup>.

**67. Appréciation de l'intérêt** – L'appréciation objective de l'intérêt est susceptible de degré. En effet, selon une conception stricte, l'intérêt ne viserait que l'intérêt matériel apprécié comme étant la contrepartie pouvant être mesurée d'un point de vue économique<sup>190</sup>. La conception objectiviste renouerait avec les difficultés posées par la cause contrepartie<sup>191</sup> et ne saurait expliquer certaines catégories de contrat. Partant, il convient d'intégrer dans la définition une touche de subjectivité en considérant que l'intérêt matériel peut s'opposer à l'intérêt moral<sup>192</sup>. Cette fois, pour éviter de tomber dans l'excès, il appartient de standardiser les intérêts poursuivis par les hommes lorsqu'ils s'engagent<sup>193</sup>. D'une part, il existe l'intérêt économique ou matériel qui représente la réception d'une valeur au sein de son patrimoine et d'autre part l'intérêt moral se définissant par opposition à l'intérêt patrimonial en ce sens qu'il ne procure aucun avantage économique à celui qui s'engage. Le besoin qui se trouve poursuivi est donc de faire le bien, soit en raison de rapports personnels avec le bénéficiaire soit en raison d'un besoin de servir une cause morale. L'intérêt matériel, économique ou dit patrimonial permet d'améliorer sa propre situation ou d'éviter une aggravation tandis que l'intérêt moral a pour effet d'améliorer la situation d'autrui.

---

<sup>189</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., *ibid.*

<sup>190</sup> V. en ce sens : P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.* p. 122 et s.

<sup>191</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, op. cit.*, t. II, n°746; J. ROCHFELD, thèse préc., n°98: l'auteur fait le parallèle avec le droit anglais en expliquant que si l'on adoptait cette conception objective « *on rejoindrait, ce faisant, les principes du droit anglais qui, achevant en cela de suivre son fondement utilitariste, ne prend en compte que les actes dans lesquels se produit un échange de prestations matérielles, un bargain autour de considérations, et rejette hors de la sphère contractuelle les libéralités et les contrats unilatéraux sans considération concomitante* ».

<sup>192</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n°98 : En visant la pensée du Doyen Carbonnier (J. Carbonnier, *Les obligations, op. cit.*, n°64, p.128-129), le professeur Judith Rochfeld relève que « *des conceptions larges de la cause l'admettent, à l'inverse, comme un intérêt matériel ou moral. Elles réservent le premier aux actes à titre onéreux, le second aux actes à titre gratuit. La cause embrasse alors les libéralités et réside dans une satisfaction d'honneur, de prestige, une reconnaissance sociale ou affective, ou l'exécution d'un devoir de gratitude* ».

<sup>193</sup> A. GERVAIS, *op. cit.*, p. 241.

## 2. Illustration

68. **L'intérêt comme critère de qualification** – La cause entendue comme étant l'intérêt au contrat se manifeste déjà en droit positif dans sa fonction de qualification. A l'instar de la classification de Domat établie sur la cause contrepartie, il s'agit en l'occurrence d'opposer des situations juridiques en se fondant sur le critère de l'intérêt. Nous relèverons deux exemples de droit positif afin de démontrer la réalité de la fonction sans pour autant tendre à l'exhaustivité : la qualification d'un contrat (a) et d'une infraction pénale (b).

### a. Intérêt et qualification du contrat

69. **Notion d'intérêt économique et élément essentiel de qualification** – Nous croyons que la qualification des conventions se réalise au moyen de la cause, laquelle va mettre en lumière leur nature juridique afin de les distinguer d'autres contrats<sup>194</sup>.

70. **Intérêt économique et location-gérance** – Selon une définition communément admise<sup>195</sup>, le contrat de location-gérance permet au preneur d'exploiter à ses risques et périls un fonds de commerce tandis que le bailleur va en conserver la propriété. La qualification du contrat de location-gérance a suscité des débats en doctrine en l'absence de critère fiable. La première étape a ainsi été de clarifier le débat sur la qualification de contrat de louage<sup>196</sup>. Le Doyen Ripert contestait une telle qualification en considérant qu'il n'était guère possible, de lege, que le contrat de louage puisse porter sur des meubles incorporels<sup>197</sup>. Or il a été par la suite admis qu'un bien incorporel puisse faire l'objet d'un droit, notamment

---

<sup>194</sup> Sur le rôle de la cause en tant qu'instrument de qualification des conventions, v. *supra* n° 58.

<sup>195</sup> Pour une définition de la location-gérance, v. C. com. L. 144-1 : « *nonobstant toute clause contraire, tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls est régi par les dispositions du présent chapitre* ». ; C. LEBEL, « Location-gérance », *JCl Contrats, distribution*, Fasc. 1440, 2008 ; H. KENFACK, « Location-gérance de fonds de commerce », *Rep. com.*, févr. 2020 ; M.-J. CAMPANA et G. CARDUCCI, « Bail commercial, location-gérance », *J.-Cl. Entreprise individuelle*, fasc. 4700-4720, 2004. ; A. COHEN, *Théorie et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1948, n° 976 et s.

<sup>196</sup> Sur l'admission générale par les auteurs de la qualification de contrat de louage : B. PETIT, *Droit commercial*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2005, n° 161 ; A. COHEN, « Le nouveau statut de la gérance libre », *JCP* 1956. I. 1301, n° 1127 ; B. PETIT, *Droit commercial*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2005, n° 161.

<sup>197</sup> V. note ss. CA Paris, 14 nov. 1949, D. 1950, p. 372, n. G. RIPERT : l'auteur soulève aussi qu'il est difficilement concevable de séparer la propriété de la chose de son exploitation alors que le bien n'a de valeur qu'en étant exploité.

d'un contrat de louage<sup>198</sup>. En effet, il est parfaitement concevable de scinder la propriété de la jouissance d'un meuble incorporel. L'absence de corpus ne saurait y faire obstacle.

Il résultait de la qualification en contrat de louage une interrogation : faut-il appliquer les articles 1709 et suivants du Code civil ou un régime juridique spécial ? En application du raisonnement tenant au droit des contrats spéciaux, les auteurs se sont accordés pour considérer que dans le silence de la loi<sup>199</sup> ou de la convention des parties, les articles du contrat de louage avaient vocation à s'appliquer<sup>200</sup>. Mais en raison de la qualification de contrat de louage<sup>201</sup>, un loyer doit donc être prévu au profit du bailleur, faute de quoi la qualification ne saurait être prononcée. Dans le cas d'une location-gérance, le loyer se définit comme étant une redevance périodique, en pratique constituée par une somme fixe ou un pourcentage du chiffre d'affaires ou du bénéfice.

Afin de pouvoir qualifier un contrat de location-gérance, la jurisprudence exige qu'une redevance eut été prévue par les parties puisque « *l'existence d'une redevance à la charge du gérant est une condition essentielle de la location-gérance* » refusant de prendre en considération des avantages consentis au profit du bailleur<sup>202</sup>. Jusqu'en 1999, la jurisprudence était constante ; la Haute juridiction exigeait deux éléments essentiels pour qualifier un contrat de location-gérance : la gestion du preneur à ses risques et périls et l'existence d'une redevance. Or en 1999, un revirement de jurisprudence fut opéré par l'abandon de l'exigence d'une redevance. En effet, la chambre commerciale, par un arrêt du 23 mars 1999, a affirmé que le contrat de location-gérance recevait sa qualification dès lors que le preneur « *avait exploité à ses risques et périls le fonds qui lui avait été concédé par cette dernière dans un intérêt économique commun* »<sup>203</sup>. La notion d'intérêt économique commun a suscité des interrogations en doctrine quant à son interprétation. En dépit de l'abandon de la redevance, il apparaît que le caractère intéressé, onéreux du contrat n'a pas pour autant été remis en cause. En effet, tel qu'il l'a été très justement soulevé par M. Derruppé, il résulte de la structure du

---

<sup>198</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français* : t. X, par J. Givord et A. Tunc, n° 419. ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Le louage*, t. I, par Wahl, n° 152.

<sup>199</sup> L. n°56-277, 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux ; abrogée par l'ord. n° 2000-912, art.4 JORF, 21 sept. 2000.

<sup>200</sup> M.-J. CAMPANA, *Entreprise individuelle et fonds de commerce*, J.Cl., fasc. 1740, n° 18.

<sup>201</sup> Cass., com., 09 mars 1953, D.1954.324.

<sup>202</sup> Cass., com., 11 mai 1971, *Bull. Civ. IV*, n° 129 ; Cass., com., 28 mars 1973, *Bull. Civ. IV*, n° 237 ; Cass., Soc., 16 oct. 1980, *Bull. Civ. V*, n° 744.

<sup>203</sup> Cass., com., 23 mars 1999, n°97-15.000, *Bull. Civ. IV*, n° 71.

contrat de location-gérance son caractère onéreux<sup>204</sup>. Un auteur a proposé d'interpréter la notion d'intérêt économique commun par le prisme du concept d'entreprise en considérant que la mise en exploitation d'un fonds de commerce donne naissance à une entreprise justifiant le régime juridique du contrat de location-gérance<sup>205</sup>. Le concept d'entreprise justifie seulement l'exigence d'un intérêt économique commun sans avoir à passer par la théorie de la société – *in fine* de *l'affectio societatis* – qui ne saurait être appliquée, pour des raisons évidentes, au contrat de location-gérance. Or la redevance permettait de faire la distinction avec des contrats de mise à disposition, tels que le commodat ou l'apport en jouissance d'un fonds de commerce en société<sup>206</sup>. A la lecture de l'arrêt du 23 mars 1999<sup>207</sup>, la Cour de cassation a procédé à un élargissement du critère de qualification mais n'a pas pour autant renié le caractère onéreux du contrat. L'intérêt économique commun vise, à l'instar de la redevance, à faire respecter une certaine commutativité. Nul besoin d'une somme fixe périodique ou d'un pourcentage prélevé sur le chiffre d'affaires ou sur le bénéfice pour que soit assuré le caractère onéreux du contrat de location-gérance. La structure même du contrat induit l'existence d'un intérêt économique commun entre les parties résultant d'avantages réciproques, donc d'*intérêts patrimoniaux* : le locataire-gérant bénéficie de l'exploitation d'un fonds de commerce dont il n'a pas eu à dépenser le prix d'achat tandis que le bailleur voit la clientèle de son fonds de commerce être préservée, développée. L'intérêt est économique puisque chacune des parties reçoit, par ce contrat, une valeur dans son patrimoine et ce de manière directe. Dans le cadre du contrat de location-gérance, la notion d'intérêt économique

---

<sup>204</sup> J. DERRUPÉ, « Location-gérance sans redevance », *RTD. com.* 1999, p. 633 : « *Le seul fait que le propriétaire du fonds va bénéficier de la prospérité apportée à son fonds par l'activité de l'exploitant ou même simplement du maintien de la valeur économique de ce fonds, n'est-il pas le signe d'un intérêt commun ? Par hypothèse, celui qui confie l'exploitation de son fonds à autrui, demeure intéressé par cette exploitation. Même s'il ne perçoit pas de redevance, il participe aux résultats d'exploitation en espérant conserver voire accroître la substance de son fonds. Autant dire que la location-gérance totalement désintéressée n'existe pas.* »

<sup>205</sup> A. REYGROBELLET, « Le loyer n'est pas nécessaire dans un contrat de location-gérance », *D.* 2000, p. 19 : « *Ceci explique pourquoi le locataire-gérant contracte une obligation d'exploiter le fonds ; obligation inhérente au contrat, qui marque nettement la distance existant avec le louage classique du code civil. On comprend aussi pourquoi pèse sur le loueur, qui demeure propriétaire de l'entreprise, une obligation certes temporaire, mais illimitée et solidaire, aux dettes nées de l'exploitation. Pareillement, on comprend que, comme dans toute entreprise, seules certaines de ses composantes (associés, dirigeants) ont un pouvoir décisionnel pour la conduite de l'affaire – ici, le locataire-gérant ; les autres « partenaires » (salariés, clients ou fournisseurs intégrés), pourtant directement intéressés à la bonne marche de l'entreprise, se voyant interdire tout pouvoir d'intervention directe – ici, le loueur. Enfin, le recours au concept d'entreprise pourrait expliquer pourquoi un tel contrat peut valablement exister sans qu'une redevance réelle ne soit stipulée. Précisément parce qu'ils s'intègrent tous deux dans le périmètre de la même entreprise, loueur et locataire trouvent dans cette figure juridique le moyen de poursuivre un intérêt économique commun : le locataire, parce qu'il exploite le fonds à ses risques et périls ; le loueur, à travers l'obligation pesant sur le locataire d'exploiter, qui préserve la clientèle, élément central de la valeur du fonds.* »

<sup>206</sup> Cass. com., 3 déc. 1991, *RTD civ.* 1992, p. 781, n° 4, obs. P.-Y. GAUTIER.

<sup>207</sup> Cass., com., 23 mars 1999, arrêt préc.



commun assure ainsi la qualification du contrat en maintenant son caractère onéreux et commutatif.

*b. Intérêt et qualification d'une infraction pénale*

**71. Notion d'intérêt et fait justificatif d'une infraction pénale** – Les articles L.241-3,4° et L.242-6,3° du Code de commerce définissent le délit d'abus de biens sociaux comme étant l'usage de mauvaise foi par les dirigeants sociaux des biens ou du crédit de la société dans un but contraire à l'intérêt social à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. Cette infraction pénale a pour finalité de préserver le patrimoine social d'actes anormaux de gestion des dirigeants sociaux qui auraient pour dessein non pas l'accroissement de leur patrimoine personnel. Ainsi, le délit d'abus de biens sociaux dresse une barrière entre le patrimoine de la société et celui du dirigeant social, celui-ci n'ayant pas le pouvoir d'user du crédit ainsi que des biens sociaux dans un objectif contraire à l'intérêt social<sup>208</sup>.

**72. Abus de biens sociaux et groupe de sociétés** - L'adaptation de l'incrimination de l'abus de biens sociaux dans les financements intergroupes a posé des difficultés en raison du silence de la législation en la matière. Les articles portant prohibition du délit d'abus de biens sociaux ne comportaient aucune mention du cas particulier des groupes de sociétés alors même que les lois contemporaines ne s'intéressaient que très peu aux groupes de sociétés. Or il est fréquent de constater des concours financiers consentis entre sociétés membres d'un groupe. Pour que ces financements intra-groupe puissent échapper à la qualification d'abus de biens sociaux, les juges du fond prononçaient la relaxe des dirigeants sur le fondement d'un défaut d'intention coupable en mettant en exergue le fait qu'ils se trouvaient contraints, au regard des circonstances de fait, de faire consentir ces concours financiers entre les sociétés<sup>209</sup>. La mise en œuvre du critère de l'intention coupable se révélant délicate, la solution fut abandonnée.

---

<sup>208</sup> Pour une appréciation de l'impact de la loi Pacte sur l'incrimination d'abus de biens sociaux : V. E. LE MOULEC, « Les implications de la réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil par la loi PACTE sur l'abus de biens sociaux », *RTD. com.* 2020, p. 1. Sur l'incidence de la réforme quant au contrôle des sûretés pour autrui à l'égard de l'intérêt social, v. *infra* n° 121.

<sup>209</sup> D. REBUT, « Abus de biens sociaux », *Rep. Pén.*, Dalloz : « *L'inertie persistante du législateur a conduit la jurisprudence à tenter d'adapter elle-même la mise en œuvre des délits d'abus de biens sociaux en présence d'un groupe de sociétés. Les premières décisions ont respecté leur régime unitaire en essayant de fonder leur relaxe sur l'absence d'intention coupable du dirigeant, qui engage sa société au profit d'une autre*

Par un arrêt fondateur, la Cour de cassation se fonda sur la notion d'intérêt pour déterminer si l'acte était répréhensible en considérant que « *pour échapper aux prévisions des articles 425-4° et 435-3° de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté, par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* »<sup>210</sup>.

L'arrêt *Rozenblum* est venu apporter un fait justificatif aux flux financiers existants entre les sociétés d'un même groupe sous réserve de respecter des conditions strictes. Deux séries de conditions sont ainsi exigées. D'une part, la décision requiert que l'on soit en présence d'un groupe de sociétés et d'autre part que l'acte se conforme à un contrôle de sa conformité à l'intérêt social<sup>211</sup>. Pour ne pas être illicite, l'acte doit avoir été consenti dans un contexte de groupe de sociétés<sup>212</sup>. Cette exigence résulte d'une interprétation *a fortiori* des termes de la décision *Rozenblum*. Dans l'affaire étant à l'origine de l'arrêt, les juges du fond avaient mis en avant la nécessité d'être « *en présence d'un groupement économique fortement structuré reposant sur des bases non artificielles* » afin de pouvoir justifier l'acte<sup>213</sup>. La condition est reprise en visant expressément la « *politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe* »<sup>214</sup>. Une fois le contexte de groupe de sociétés caractérisé, la notion d'intérêt va expressément légitimer le concours financier consenti par le dirigeant social à une société membre du groupe. La présence d'un tel intérêt poursuivi par la société implique une conformité à

---

*société du groupe en raison des impératifs liés à l'existence du groupe. L'une des plus significatives fut un jugement qui avait relaxé un administrateur au motif qu'il s'était trouvé contraint, par une pression des banques, de garantir une société filiale pour sauver de la ruine la société principale, alors qu'il n'était pas établi qu'en favorisant la société garantie, il ait de mauvaise foi servi un intérêt personnel contraire à celui de la société principale dont il était président-directeur général (T. Corr. Seine, 13 déc. 1955, D. 1957.519. note Autesserre). Les motifs de la relaxe révèlent le raisonnement mis en œuvre par les juges qui tient à la reconnaissance d'une contrainte subie par le dirigeant, laquelle aurait fait obstacle la constitution de l'élément intentionnel nécessaire à l'existence de l'infraction. ». Sur la notion d'intention, v. supra n° 61.*

<sup>210</sup> Cass. Crim., 4 fév. 1985, *Bull. Crim.* n° 54, D. 1985. 478, n. D. OHL ; *Rev. sociétés* 1985. 688, n. B. BOULOC.

<sup>211</sup> Sur le contrôle de l'intérêt social d'une sûreté pour autrui consentie par une société, v. *infra* n° 121.

<sup>212</sup> Traditionnellement, la jurisprudence prend en considération deux critères afin de qualifier un groupe de sociétés : l'existence de liens capitalistiques entre les sociétés membres et une politique menée à l'échelle dudit groupe.

<sup>213</sup> T. Corr., 16 mai 1974, *Gaz. Pal.* 1974.2.886, D1975.37, *Rev. Sociétés* 1975. 657.

<sup>214</sup> Cass. crim., 4 sept. 1996, n° 95-83.718, *Bull. Crim.* n° 314.

l'intérêt social ce qui a pour effet d'exclure *de facto* l'incrimination d'abus de biens sociaux. Les flux financiers doivent effectivement être justifiés par un « *intérêt économique, social ou financier commun* » apprécié au regard de la politique de groupe.

L'intérêt économique, social ou financier commun devient ainsi le fait justificatif du transfert de valeurs entre les deux sociétés membres du groupe en venant lui apporter une cause. Par le critère de « *l'intérêt économique, social ou financier commun* », la distinction se cristallise entre l'intérêt personnel des dirigeants sociaux et l'intérêt individuel de la société bénéficiaire, plus généralement du groupe de sociétés. L'acte consenti doit l'avoir été dans l'intérêt commun du groupe. L'intérêt sera apprécié *in concreto* et pourra correspondre *a priori* à l'intérêt individuel d'une société membre du groupe, mais qui au regard de la politique de groupe correspondra à l'intérêt commun de l'ensemble. Derrière la notion d'intérêt économique, social ou financier commun, la chambre criminelle est venue exiger que les concours financiers soient fondés sur une cause<sup>215</sup>. La cause de ces flux fait obstacle à la qualification du délit d'abus de biens sociaux. L'intérêt économique, social, financier commun explique le transfert de valeurs entre les sociétés membres d'un même groupe. *In fine*, la notion d'intérêt apporte une justification à l'engagement d'une société en ce que ce dernier lui procurera un avantage entraînant une présomption de conformité à son intérêt social<sup>216</sup>

## **B. Identification de l'intérêt au contrat de sûreté**

**73. Nécessité d'adopter une conception large de la cause en droit des sûretés –**  
La cause comprise dans sa conception classique n'est pas adaptée aux contrats de sûretés, en raison de leur structure unilatérale, faute de contrepartie apparente. L'intérêt au contrat permet d'expliquer l'engagement du constituant et s'avère adapté à la structure du contrat. L'approche utilitariste réalisée par la notion d'intérêt, - tout en assurant un équilibre entre l'appréciation objective et subjective -, explique l'engagement. Il est néanmoins essentiel d'opter pour une définition objective de l'intérêt au contrat afin de définir les catégories

---

<sup>215</sup> La cause sera donc caractérisée par l'identification d'un intérêt porté par l'ensemble du groupe de société, qui procurera nécessairement une contrepartie à l'engagement de la société. Si son acte est dans l'intérêt du groupe, alors elle en retirera un avantage, légitimant ainsi l'engagement au regard de son intérêt social. Sur le contrôle des sûretés pour autrui au regard de l'intérêt social et l'identification de la notion, v. *infra* n°116 et s.

<sup>216</sup> En effet, l'existence d'une contrepartie à l'engagement consenti par une société fait présumer la conformité à son intérêt social. Le principe de spécialité des sociétés implique que ces dernières agissent dans un but intéressé, de sorte qu'elles disposeront de la capacité d'agir dès lors qu'elles poursuivront la réalisation d'un but lucratif. V. *infra* n° 116 et s.

d'intérêts expliquant l'engagement du constituant<sup>217</sup>. L'émergence de la distinction entre les sûretés pour autrui et les sûretés pour soi se comprend à l'aune de la cause définie comme étant l'intérêt au contrat.

74. **Conclusion de paragraphe** – Au regard de la conception trop stricte de la cause contrepartie, ne permettant effectivement pas de prendre en considération les sûretés en raison de leur structure, il appartenait d'opter pour une autre conception, plus large. Non seulement la notion d'intérêt correspond à la structure des sûretés, mais elle apporte en sus un éclairage sur le fondement de l'engagement du constituant d'une sûreté, qu'elle soit pour soi ou pour autrui.

75. **Conclusion de la Section II** – La conception de la cause telle qu'elle est appréhendée tant par la doctrine classique que moderne s'avère être trop restrictive une fois confrontée aux sûretés. La cause contrepartie ne saurait se retrouver au sein de la structure d'un contrat unilatéral onéreux non réel ou ne pourrait apporter un éclairage sur une opération économique qui à première vue serait dépourvue de toute contrepartie patrimoniale au sein de sa structure au sens strict. Néanmoins, la conception classique de la cause a su apporter des enseignements fondamentaux. Le droit des contrats français a besoin d'un instrument veillant à la justice contractuelle et permettant de classer les conventions. Constatant l'impossible adaptation de la cause contrepartie face aux sûretés, il a fallu rechercher une autre acception correspondant mieux à la structure des sûretés.

La cause définie comme étant l'intérêt au contrat répond à la requête. La notion, fruit d'une alliance entre le versant objectif et subjectif de la cause, offre une conception plus large de celle-ci qui permet d'intégrer en son champ les contrats unilatéraux et de surcroît, apporte une explication de la finalité sans pour autant se focaliser sur l'intention voire les mobiles des parties. Nécessairement, la notion *d'intérêt au contrat* doit recevoir une définition objective qui sera identique au sein de chaque catégorie de contrat, et précisément de sûretés, afin d'éviter toute insécurité juridique et de rendre parfaitement efficace le rôle de la cause prise dans sa fonction de cause catégorique. Il sera ainsi démontré que l'intérêt du constituant est distinct selon que la sûreté est pour autrui ou pour soi.

---

<sup>217</sup> Sur les types d'intérêt poursuivis par les constituants de sûretés, V. *infra* n° 77 et s.

76. **Conclusion du Chapitre I** – La théorie de la cause demeure d’actualité pour déterminer la validité des conventions au nom d’une justice contractuelle dont le droit des contrats français est imprégné. La cause continue d’assurer la protection des parties faibles au contrat ou d’éviter des rapports contractuels qui manqueraient inévitablement leur finalité économique pour diverses raisons. Néanmoins, la conception de la cause doit sortir de son carcan classique pour revêtir une conception plus large afin de mieux refléter l’opération économique poursuivie par les parties et pour correspondre à tout type de contrat. Partant, la conception de cause contrepartie doit être abandonnée au profit de la reconnaissance de l’intérêt au contrat. La satisfaction d’un besoin par un bien ou un service permet de comprendre la finalité du contrat, sa cause, sans pour autant avoir à se plonger dans les motifs. La cause continue d’influer notamment via son rôle de catégorisation des conventions. C’est ainsi que se révèle une typologie des intérêts poursuivis par une personne consentant à une sûreté (Chapitre II).

## Chapitre II.

### LA TYPOLOGIE DES INTÉRÊTS DU CONSTITUANT D'UNE SÛRETÉ

77. **Appréhension de la distinction sur le fondement de l'intérêt au contrat –** L'émergence de la distinction entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui se comprend en regard de l'intérêt porté au contrat de sûreté. Prise dans sa fonction de classification, la cause constitue un critère réalisant des oppositions. La condition pour que la cause soit élevée au rang de critère de catégorisation est de caractériser d'une part une identité de cause au sein de chaque catégorie et d'autre part qu'elle ne se retrouve pas au sein de chaque famille de contrat. Le clivage entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui existe dans la réalité des faits. Sans le consacrer pour autant, le droit positif prend en compte la distinction en ce que celle-ci s'impose par elle-même. L'approche utilitariste de la cause permet de saisir le fondement de l'engagement du constituant de la sûreté, qui ne sera pas le même selon qu'il s'engage à garantir sa propre dette ou celle d'autrui.

78. **Plan –** Ainsi, le garant qui s'engage à garantir la dette d'un tiers n'a, par définition, pas le même intérêt au contrat que celui qui s'engage auprès de son créancier à garantir sa propre dette. *A priori*, le constituant d'une sûreté pour autrui poursuit la satisfaction d'un intérêt moral en ce qu'il s'engage à garantir la dette d'un tiers sans contrepartie. Or il existe de nombreuses hypothèses au sein desquelles le constituant poursuivra la satisfaction d'un intérêt patrimonial, tel le dirigeant social qui s'engage en qualité de caution solidaire à garantir les dettes de sa société. En cela, « les sûretés pour autrui intéressées » se rapprochent des sûretés pour soi par l'indentification d'un intérêt commun (Section I). Toutefois, nous verrons que la structure de l'intérêt patrimonial du constituant d'une sûreté pour autrui diffère nettement de celui du constituant d'une sûreté pour soi, en

raison de la structure du contrat, ce qui va avoir pour effet de sceller la distinction sur le fondement du critère de la cause entendu comme étant l'intérêt au contrat (Section II).

## SECTION I – L'INTÉRÊT DU CONSTITUANT D'UNE SÛRETÉ POUR AUTRUI

79. **Existence de sûretés pour autrui intéressées et désintéressées** – L'intérêt de celui qui s'engage pour autrui fait écho au caractère gratuit de l'acte, à sa dimension de libéralité, en mettant en avant le plus souvent l'absence d'onérosité de l'acte. Les libéralités correspondent à la définition en ce que l'un va s'appauvrir définitivement et volontairement au profit d'autrui par donation ou testament. La condition de qualification d'une libéralité est en effet l'existence d'un transfert patrimonial à titre gratuit<sup>218</sup>.

Incontestablement, les sûretés pour autrui révèlent elles aussi un caractère gratuit. Une personne s'engage au bénéfice d'un tiers, sans en retirer de contrepartie (en principe) à garantir sa dette de sorte qu'il prend le risque de s'appauvrir pour lui en cas de défaillance. Néanmoins, la différence entre la sûreté pour autrui et la libéralité se loge dans l'existence d'un recours au profit du garant, lui permettant de ne pas prendre en charge définitivement le poids de la dette. L'existence de recours assure néanmoins la distinction entre la libéralité et la sûreté pour autrui<sup>219</sup>.

En l'absence de contrepartie, l'intérêt du constituant ne pourra être considéré comme étant la poursuite d'un avantage économique, patrimonial. Son engagement se comprend davantage par les rapports personnels qui le lie au débiteur principal, *in fine* son besoin de l'aider. L'altruisme<sup>220</sup> permet ainsi de comprendre l'engagement du garant pour autrui. Néanmoins, il serait réducteur de limiter la cause des sûretés pour autrui au seul intérêt altruiste. Il existe en effet des hypothèses où la sûreté sera consentie dans l'espoir d'obtenir un avantage patrimonial<sup>221</sup>. Les sûretés pour autrui intéressées existent mais ne sauraient pour autant se

---

<sup>218</sup> Sur les libéralités, v. *infra* n° 101.

<sup>219</sup> Les recours permettent d'assurer, du moins en théorie, que l'appauvrissement ne sera pas définitif. Le poids de la dette ne doit en effet pas peser de manière définitive sur le garant pour autrui. V. *infra* n° 102.

<sup>220</sup> R.-T. TROPONG, *Du cautionnement et des transactions*, par Charles Hingay, t. 17, 1846, n°13 à 15 : L'auteur qualifiait ainsi le cautionnement de contrat de service d'ami « *Ordinairement, en effet, il est à titre gratuit entre la caution et le débiteur : c'est un office d'ami, un acte de dévouement, bonitatis et humanitatis, comme le dit Quintilien (...).* ».

<sup>221</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 109 : « *Progressivement, par ailleurs, s'est développé un cautionnement d'affaires, dans deux situations fréquentes. Un dirigeant de société, ou un associé majoritaire, ou une société mère donnent à une banque leur garantie pour permettre à la société d'obtenir et de conserver un*



confondre avec les sûretés pour soi. Bien que ces dernières soient nécessairement muées par un intérêt patrimonial en ce qu'elles permettent la réception de l'avantage issu du contrat garanti, les sûretés pour autrui intéressées, en raison de leur structure, ne pourront jamais assurer une réception immédiate de l'avantage attendu. Ainsi, l'intérêt poursuivi par le constituant sera toujours différent selon qu'il s'engage pour lui-même ou pour autrui.

**80. Plan – De lege lata**, il n'a jamais été conféré à la cause une place essentielle en matière de sûretés. L'existence de peu de solutions jurisprudentielles ou doctrinales en atteste. La cause telle qu'elle est définie ne saurait apporter une compréhension de l'engagement du garant (I). En outre, la lecture des sûretés pour autrui par le prisme de l'intérêt éclaire sur la justification de l'engagement et permet de mettre en exergue deux catégories d'intérêts que les constituants de sûreté pour autrui poursuivent en s'engageant (II).

## I. CAUSE ET SÛRETÉ PERSONNELLE

**81. Une cause désincarnée** – Très tôt, le rôle de la cause fut fortement limité par la jurisprudence. La désincarnation de la cause se justifiait très certainement par un souci de préserver la sécurité juridique de la sûreté<sup>222</sup>. La détermination d'une absence de cause relevait presque de l'utopie<sup>223</sup>. Avant que la jurisprudence n'eût à se prononcer, la question se posait de savoir dans quel rapport la cause devait être qualifiée. La légitimité de la problématique se justifie au regard de la structure triangulaire propre aux sûretés personnelles. La portée de la cause n'aurait pas été la même si celle-ci avait été qualifiée au sein du rapport la liant au débiteur principal, ce qui pourtant reflète davantage les raisons d'un tel engagement.

**82. Plan** – Partant, le droit positif ne laisse que peu de place à la cause des sûretés personnelles (A), ce qui est critiquable puisque la définition ainsi posée ne permet pas de saisir le fondement de l'engagement des constituants de ces sûretés (B).

---

*crédit. (...). Une banque donne sa caution afin de permettre à l'un de ses clients d'obtenir un crédit. (...). Ces cautionnements sont bien différents du service d'ami des Romains ».*

<sup>222</sup> Le risque d'insécurité juridique était de fait exclu en plaçant la cause dans le rapport existant entre le créancier et le garant. Sur l'insécurité juridique que causa l'emploi de la cause, v. *supra* n° 38.

<sup>223</sup> Récemment, la Cour de cassation souleva la nullité d'un cautionnement pour absence de cause, en l'absence de crédit octroyé au débiteur principal. V. Cass. com. 17 mai 2017, n° 15-15.746 ; V. *infra* n° 86.

## A. En droit positif

83. **Plan** – La détermination de la cause des sûretés personnelles a posé difficulté en raison de la structure particulière de ces contrats. Guidés par la recherche d'une cause purement objective, les juges se sont confrontés à son insuffisance en raison du caractère unilatéral de la sûreté. Faute de contrepartie apparente, la problématique était ainsi de définir dans quel rapport devait se situer la cause : entre le débiteur et le garant ou entre le garant et le créancier ? (1) La jurisprudence a répondu à la problématique de manière ponctuelle à l'égard de certaines garanties seulement (2).

### 1. La problématique posée

84. **La détermination de la cause des sûretés pour autrui en droit positif** – Selon la conception objective, la cause devrait se situer dans les rapports entre les cocontractants directs. Or les sûretés personnelles étant par nature des contrats unilatéraux, elle ne pouvait se définir de la sorte<sup>224</sup>. Structurellement, la sûreté personnelle est fondée sur deux liens d'obligation : d'une part, le rapport d'obligation entre le débiteur principal et le créancier constituant le rapport de base ; et d'autre part, le lien entre le garant pour autrui et le créancier relatif au contrat de sûreté. Il a été soulevé deux conceptions de la cause des sûretés personnelles, plus précisément du cautionnement<sup>225</sup>. D'abord, la cause peut se trouver dans la relation existante entre le garant et le débiteur principal : un service a en effet été rendu au profit du débiteur principal, *in fine* en considération de leur rapport personnel. A titre d'illustration, nous pensons au garant, qui s'engage à garantir les dettes de loyers par un cautionnement. Son engagement s'explique par sa volonté de permettre au débiteur principal de conclure le contrat de bail d'habitation et ainsi d'avoir un logement. Puis, la cause pourrait viser le lien entre le débiteur principal et le créancier en ce que le garant personnel s'est engagé afin de favoriser la conclusion du contrat principal<sup>226</sup>. Dans cette appréhension, la

---

<sup>224</sup> Sur le rapport entre la structure contractuelle et la cause, v. *supra* n° 63.

<sup>225</sup> Les discussions se sont effectivement cristallisées autour de la cause du cautionnement. La cause des autres sûretés personnelles a fait l'objet que peu de développements.

<sup>226</sup> A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 443 et s. : Les auteurs mettent en avant la difficulté qui s'est posée quant à la caractérisation de la cause de l'obligation de la caution. « *L'existence de la cause est recherchée au moyen d'une cause abstraite. Cette « cause de l'obligation » ou encore « cause objective » serait toujours identique dans une même catégorie de contrats. Elle se distinguerait ainsi des motivations concrètes des parties au contrat. Un minimum de sécurité juridique impose en effet de ne pas anéantir le contrat au prétexte que le motif le plus léger et le plus profondément enfoui dans la conscience de l'une des parties ne s'est*

cause correspond à l'octroi du crédit. La considération des relations entre le garant personnel et le débiteur principal « *ne sont que des mobiles, en principe étrangers au créancier, sauf s'ils sont entrés dans le champ contractuel* »<sup>227</sup>.

## 2. Les solutions apportées

**85. Une divergence apparente de solution en fonction du caractère accessoire de la sûreté** - *A priori*, les solutions de la Cour de cassation divergent en fonction de la spécificité de la sûreté. En ce sens, la cause d'une personnelle, dont la particularité serait d'être indépendante du contrat principal garanti, ne saurait, à première vue, recevoir une définition similaire d'une sûreté accessoire au contrat principal. Néanmoins, *in fine*, la cause sera toujours placée dans les rapports entre le débiteur principal et le créancier en visant l'octroi du crédit.

**86. La cause du cautionnement : l'octroi du crédit** – La reconnaissance de la cause du cautionnement par la Cour de cassation rejette la théorie de l'acte abstrait<sup>228</sup>. « *Le cautionnement a donc une cause !* »<sup>229</sup>. Par le célèbre arrêt « *Lempereur* », la chambre commerciale a en effet affirmé que « *la cause de l'obligation de Lempereur était la considération de l'obligation prise corrélativement par la Société Générale, à savoir*

---

*pas concrétisé. Ainsi, en matière de contrat synallagmatique, cette cause objective se trouverait dans l'objet de l'obligation réciproque. La découverte de la cause de l'obligation est cependant moins aisée dans l'hypothèse d'un contrat unilatéral. (...) Les premières analyses de la cause du cautionnement se fondent sur un constat identique. Le cautionnement étant inuitu personae, la caution s'engage incontestablement en considération du débiteur principal, afin de lui rendre service. Le motif de l'engagement de la caution se situerait dès lors dans les relations qu'elle entretient avec le débiteur principal, ce tiers au contrat. Deux conclusions opposées peuvent être tirées de ces constats : soit il faut admettre que la cause de l'obligation de la caution puisse se trouver à l'extérieur du cautionnement, soit il faut reconnaître que le cautionnement est « abstrait de sa cause ». Ces deux thèses ont été soutenues ».*

<sup>227</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 221 ; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *ibid.*

<sup>228</sup> H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 184 : « *la cause qui détermine la caution à garantir la dette principale doit être recherchée dans les rapports de la caution avec le débiteur principal ; sauf dans le cas exceptionnel et que nous laisserons de côté où la caution s'engage dans l'intérêt du créancier. Or, le créancier ignore quels sont ces rapports, et, par conséquent, l'obligation accessoire contractée envers lui par la caution est valable, quand bien même elle manquerait de cause* ». L'auteur s'appuie sur la conception de Thaller : v. E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, 5<sup>e</sup> éd., avec le concours de J. PERCEROU, éd. A. Rousseau, Paris, 1916, n° 1293 : il considère que le cautionnement est dépourvu de cause car il la porte en lui-même. En effet, « *il puise sa cause dans le cautionnement lui-même, le créancier n'ayant point à rechercher si cette caution qui vient à lui était ou non tenue d'une dette préexistante et régulière envers le débiteur cautionné* ». Sur la notion d'acte abstrait, v. *infra* n° 88.

<sup>229</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 448.

*l'ouverture de crédit à la société Lempereur* »<sup>230</sup>. La caution s'est donc engagée afin de faciliter la conclusion du contrat principal entre le créancier et le débiteur, plaçant la cause au sein du rapport existant entre le débiteur principal et le créancier. La conséquence directe de la solution a été de ne conférer absolument aucune incidence au rapport entre la caution et le débiteur principal, qui pourtant existe et ne saurait être ignoré.

Depuis cet arrêt, les raisons pour lesquelles la caution s'est engagée n'ont plus aucun effet sur le contrat puisqu'elles sont considérées comme étant des mobiles, sauf s'il est prouvé que ces derniers sont entrés dans le champ contractuel. La Cour de cassation n'a depuis pas changé de ligne directrice dans ses décisions<sup>231</sup>. En refusant de considérer que la cause trouvait sa place dans le rapport entre le débiteur principal et la caution, il n'était laissé plus aucune chance aux plaideurs de pouvoir soulever le changement intervenu dans ces relations, tel qu'un divorce de l'époux caution<sup>232</sup>, ou la cessation des fonctions de dirigeant social<sup>233</sup> : les mobiles ne sauraient produire un quelconque effet.

Or lorsque la contrepartie à la conclusion du contrat principal consentie par le créancier fait défaut, alors la nullité du cautionnement est encourue pour absence de cause. A notre connaissance, la Haute juridiction a prononcé une seule fois une telle sanction pour absence de cause<sup>234</sup>. La solution ne fut pas réceptionnée avec les honneurs en doctrine. Si certains

---

<sup>230</sup> Cass. com., 8 nov. 1972, *époux Lempereur*, Bull. Civ. IV, n° 278 ; D. 1973.753, n. PH. MALAURIE : il s'agissait d'une caution qui s'était engagée à garantir les dettes de la société en qualité d'associé majoritaire de celle-ci. Or par la suite, la caution est devenue associé minoritaire de sorte qu'elle a soulevé devant les juges la disparition de la cause de son engagement. Selon elle, la cause de son engagement se trouvait bien dans le rapport avec le débiteur principal, à savoir la société. La Cour de cassation, a, par un arrêt de principe, réfuté cet argument en considérant que la cause se place dans les relations du créancier avec le débiteur principal.

<sup>231</sup> Cass. com., 16 févr. 1977, *JCP G*, 79. II. 19154, n. PH. SIMLER ; Cass. com. 4 déc. 2012, n° 11-27454. Pour une application récente de la jurisprudence *époux Lempereur* ; v. Cass. com. 17 mai 2017, n°15-15.746 ; *RTD Civ.* 2017, p. 640, obs. H. BARBIER ; *D.* 2017, p. 2004, obs. P. CROCQ ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 22., obs. CH. GIJSBERS ; *RDC* 2017, p. 421, obs. Y-M LAITHIER ; *RD bancaire et financier* 2017, comm. 161, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.*, 2018, p. 197, obs. A. MARTIN-SERF ; *D.* 2017, p. 1694, n. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2017, 842, n° 4, obs. Y.-M. SÉRINET ; *JCP G* 2017.1239, n°7, obs. PH. SIMLER ; *Banque et droit*, n°174, juill.-août 2017, p. 62, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Banque et droit*, 2017, p.67, n°175, obs. F. JACOB.

<sup>232</sup> Cass. com. 24 juin 1969, *JCP G*, 70. II. 16221, n. PRIEUR.

<sup>233</sup> Sur l'absence d'incidence de l'arrêt des fonctions de la caution en tant que dirigeant social de la société cautionnée : Cass. com., 6 déc. 1988, *Defrénois* 1989, art. 34482, n. L. AYNÈS ; Cass. com., 29 janv. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 21 ; *JCP G* 2002, I, 184, n° 19 et s., obs. A-S. BARTHEZ ; *RTD civ.*, 2003, p. 124 et s. P. CROCQ ; *D.* 2002, p. 716 et s., obs. A. LIENHARD ; *RD Bancaire et financier* 2002, p. 72 et s., D. LEGEAIS ; Cass. com. 8 janv. 2008, n° 05-13.735, *D.* 2008, p.474, obs. V. AVENA-ROBARDET.

<sup>234</sup> Cass. com., 17 mai 2017, arrêt préc. : il s'agissait du dirigeant d'une société qui s'était porté caution des dettes de sa société auprès d'une banque. Sa société a été placée en redressement judiciaire le 3 juillet 2009, puis la procédure a été convertie en procédure de liquidation judiciaire le 21 juillet 2009. Or le 12 décembre 2009, il s'est à nouveau porté caution solidaire dans une certaine limite auprès de la banque. La caution a alors soulevé la nullité pour absence de cause de son engagement consenti le 12 décembre 2009 puisque la société était en liquidation judiciaire. La cour d'appel a rejeté la demande en estimant que l'engagement de caution

soulèvent l'inutilité d'une telle appréciation masquant une grave confusion avec l'objet du cautionnement et son caractère accessoire<sup>235</sup>, d'autres affirment qu'elle ne serait finalement qu'un « trompe-l'œil »<sup>236</sup>, plaçant de manière implicite la cause dans le rapport entre le débiteur principal et la caution<sup>237</sup>

**87. Indépendance de la garantie et qualification de la cause** – La reconnaissance de la garantie autonome en droit positif eut pour effet de marquer son existence à part entière en rejetant l'analyse par le prisme du cautionnement avec régime probatoire aménagé<sup>238</sup>. Deux arrêts fondateurs ont ainsi établi que « *cet engagement ne constituait pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir, en l'état, des exceptions que le donneur d'ordre pouvait opposer au bénéficiaire tenant à l'inexécution du contrat les unissant* »<sup>239</sup>. Dans la seconde espèce, la chambre commerciale a estimé que « *l'engagement de la banque (...) était un engagement à première demande autonome à l'égard du contrat de base et (...) régi par les seules dispositions de la lettre de garantie* »<sup>240</sup>. L'indépendance de la garantie autonome, ainsi

---

n'était pas dépourvu de cause puisqu'il n'était pas interdit de se porter caution d'un débiteur insolvable. Ainsi, les juges du fond se sont fondés sur l'absence d'erreur sur la solvabilité du débiteur principal pour en déduire que cela avait pour effet d'exclure la nullité pour absence de cause. Au visa de l'ancien article 1131 du code civil, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel en énonçant que celle-ci a caractérisé l'existence d'une cause par des motifs impropres puisqu'« *en l'absence d'un avantage consenti par le créancier* », il ne pouvait y avoir de « *cause de l'engagement souscrit par M.X. après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

<sup>235</sup> M. CABRILLAC, CH. MOULY, PH. PETEL, *op. cit.*, n° 109 : les auteurs critiquent vivement la conception de la cause portée par l'arrêt *Lempereur*. Selon eux, cette « *cause standardisée* » opère « *une confusion grave entre la contrepartie économique et les motifs d'un acte qui rend la théorie de la cause bien moins cohérente* » ; *contra*, v. A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 451 : « *Certes, la protection conférée par la cause à la caution est faible. Le caractère accessoire du cautionnement suppose une obligation principale qui, bien souvent, est celle en considération de laquelle la caution s'est engagée. L'accessoire absorbe donc souvent la cause. Elle conserve néanmoins un territoire propre (...). D'autres avantages que l'accord ou le maintien du crédit peuvent être consentis au débiteur principal et par le créancier, par exemple un délai supplémentaire. Pour peu qu'ils aient été intégrés au champ contractuel, ces éléments peuvent être couverts par la théorie de la cause (...)* ».

<sup>236</sup> J. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 127 : « *C'est-à-dire que la formule de l'arrêt Lempereur n'est qu'un trompe-l'œil : sous couvert de la considération du crédit corrélatif, elle renvoie aux relations que la caution entretient avec le débiteur principal* ». En ce sens, v. *infra* n° 86.

<sup>237</sup> J. FRANCOIS, *ibid.*

<sup>238</sup> CH. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », *RTD. com.*, 1980, p. 1 et s. ; J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale » in *Colloque de Deauville, RJ com.*, 1982, p. 76 et s. : ils ont effectivement considéré que cette sûreté pour autrui ne constituait pas un contrat *sui generis* mais un contrat de cautionnement assorti d'un régime probatoire distinct du cautionnement « de droit commun ». En effet, M. Stoufflet a ainsi soulevé qu'« *il suffit d'admettre que par un arrangement, d'ordre probatoire, le bénéficiaire de la garantie autonome est dispensé d'établir que les conditions de mise en œuvre de cette garantie sont réunies* ».

<sup>239</sup> Cass. com., 20 déc. 1982, *Banque de Paris et des Pays-Bas, Bull. civ. IV*, n° 417, *D.* 1983, p. 365, n. M. VASSEUR.

<sup>240</sup> Cass. com., 20 déc. 1982, *préc.*

consacrée, s'est traduite juridiquement par une inopposabilité des exceptions, confirmée par une troisième décision, selon laquelle la nullité du contrat principal ne saurait avoir d'effet sur la validité « *de l'engagement indépendant de la banque contre-garante* »<sup>241</sup>.

**88. Indépendance et qualification de la cause** – L'indépendance de la garantie autonome influe sur la caractérisation de sa cause. En effet, les garanties autonomes sont traditionnellement définies comme étant « *un engagement de payer une certaine somme, pris en considération d'un contrat de base à titre de garantie de son exécution, mais constitutif d'une obligation indépendante du contrat garanti et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat* »<sup>242</sup>. Sa qualification exige donc un détachement de la garantie au regard du contrat principal se manifestant par une inopposabilité des exceptions. A défaut, la garantie indépendante doit être requalifiée en cautionnement<sup>243</sup>. En considération de son caractère indépendant, une doctrine autorisée a proposé de comprendre la garantie autonome comme étant un acte abstrait. L'acte abstrait est selon une définition communément admise un acte « *qui a une valeur en soi, abstraction faite de sa cause et de ses mobiles (c'est-à-dire nonobstant l'inexistence ou l'illicéité de sa cause)* »<sup>244</sup>. La qualification en acte abstrait eut un temps été proposée pour analyser la garantie autonome, fondée sur l'inopposabilité des exceptions tenant au contrat principal<sup>245</sup>. Une telle interprétation permet d'assurer la pleine efficacité du lien d'obligation entre le créancier et son débiteur en empêchant ce dernier de se prévaloir de l'absence de contrepartie à son obligation ou de la nullité du contrat. L'inopposabilité des exceptions postulerait *de facto* l'abstraction de la cause. L'analyse fut pourtant réfutée tant par la doctrine majoritaire que par la jurisprudence<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> Cass. com., 13 déc. 1983, *D.* 1984, p. 240, n. M. VASSEUR.

<sup>242</sup> PH. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, *op. cit.*, n° 857.

<sup>243</sup> Cass. com., 15 juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 126 ; Cass. com., 5 févr. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 45 ; Cass. com., 20 févr. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 74 ; Cass. com. 13 déc. 1994, *Magnetti*, *Bull. civ. IV*, n° 375 ; *D.* 1995.209 n. L. AYNÈS ; *JCP G* 95.I.3851, n° 11, n. PH. SIMLER ; Cass. com., 10 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 171 ; *D.* 1995.12, obs. M. VASSEUR ; Cass. com., 11 mars 1997, *Bull. civ. IV*, n° 67 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 fév. 1999, *Bull. civ. I*, n° 64 ; *JCP G*, 99. II. 10189, n. GINESTET ; *CCC* 1999015, n°13-26.897, *RDC* 2016, 266, obs. A.-S. BARTHEZ.

<sup>244</sup> Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; J. GHESTIN, *op.cit.*, n° 34 : « *Un acte juridique est considéré comme causal lorsqu'il renferme sa cause (causa), c'est-à-dire lorsqu'il fait apparaître son but économique, la justification du transfert de valeur qu'il opère. Un acte est au contraire abstrait lorsque, bien qu'étant valable indépendamment du but poursuivi, il ne peut se comprendre, d'un point de vue économique, que par référence à un but qui se situe en dehors de lui* ».

<sup>245</sup> PH. THÉRY, *op. cit.*, n° 113

<sup>246</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 336 : les auteurs constatent que l'analyse de la garantie autonome en acte abstrait relève « *plus d'une description que d'une explication* ».

A l'appui du rejet de la qualification en acte abstrait, le professeur Philippe Dupichot a démontré la distinction entre l'inopposabilité des exceptions et l'abstraction de la cause<sup>247</sup>. Selon l'auteur, les contrats portant une structure triangulaire ne constituent pas le terrain propice aux actes abstraits mais davantage à la théorie de l'apparence – laquelle se manifeste par le jeu de l'inopposabilité des exceptions - qui permet de surmonter « *une incertitude sur les justifications respectives des engagements des contractants* »<sup>248</sup>. L'exemple du droit cambiaire pris à l'appui de sa démonstration est particulièrement éclairant : « *ainsi, par exemple, si le tiré ne peut en vertu de l'article L. 511-12 du Code de commerce opposer au porteur légitime les exceptions relatives à ses rapports avec le tireur de la lettre de change, donc au premier chef de l'absence de provision, ce n'est pas parce que l'engagement du tiré serait abstrait de sa cause mais au contraire parce que le tiers porteur mérite la protection due à l'apparence, qui constitue à certaines conditions une source autonome de son droit* »<sup>249</sup>. La théorie de l'apparence éclaire le régime des effets de commerce. Au-delà du droit cambiaire, tel que le note M. Vivant, la théorie de l'apparence n'a pas vocation à s'appliquer uniquement en droit commercial, mais plus largement en droit des obligations, pour venir affirmer que les obligations abstraites sont en réalité des obligations apparentes<sup>250</sup>.

En effet, il convient d'approuver pleinement ces propositions doctrinales de qualification des obligations abstraites en obligations apparentes, ce qui a pour effet d'assurer la protection d'un tiers au lien d'obligation considéré comme étant légitimement ignorant de la teneur de ce lien auquel il n'est pas partie. Force est de constater que la Cour de cassation est allée en ce sens en réfutant la thèse de l'acte abstrait. Par un arrêt du 19 avril 2005, la chambre commerciale a affirmé que « *l'engagement d'un garant à première demande est causé, dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, peu important qu'il n'y soit pas partie* »<sup>251</sup>. A priori, la cause d'une garantie autonome diffère de

---

<sup>247</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 337 : l'auteur relève en premier lieu que « *l'inopposabilité des exceptions a en effet tout d'abord une portée beaucoup plus large que ne suffirait à l'expliquer la théorie de l'abstraction de la cause : cette dernière ne vaut en effet que pour les exceptions relatives à l'absence de cause* ».

<sup>248</sup> PH. DUPICHOT, *loc. cit.*

<sup>249</sup> PH. DUPICHOT, *loc. cit.*

<sup>250</sup> M. VIVANT, « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D.* 1978, p. 42.

<sup>251</sup> Cass., com., 19 avril 2005, n° 02-17.600, *Bull. Civ. IV*, n° 1 : en l'espèce, il s'agissait d'une société importatrice de matières premières qui a donné l'ordre à la banque Crédit Lyonnais France de souscrire une garantie pour la banque Crédit Lyonnais Luxembourg afin que celle-ci octroie au donneur d'ordre des facilités de caisse à la société qui souhaitait conclure un contrat de fourniture. La société a consenti une contre garantie. Néanmoins, la garantie et la contre garantie ont été appelées alors même que le contrat de fournitures n'a jamais été conclu. La société a donc soulevé la nullité de la contre garantie pour absence de cause puisque le contrat de base n'a jamais existé. La Cour de cassation a réfuté cet argument en considérant que la cause existe dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat principal.

celle d'un cautionnement puisque elle est définie comme étant l'« *intérêt économique du donneur d'ordre à la conclusion du contrat de base* », tandis que la cause du cautionnement vise l'avantage consenti au débiteur principal<sup>252</sup>. En réalité, les décisions en matière de cause des sûretés personnelles relèvent de la même idée directrice. La cause se situe effectivement dans les rapports entre le débiteur principal et le créancier, à savoir l'intérêt procuré par la conclusion du contrat principal au débiteur principal ou au donneur d'ordre d'une garantie autonome.

**89. La cause de l'engagement de ducroire** – L'engagement de ducroire présente une réelle originalité en ce qu'il constitue une convention « *par laquelle un intermédiaire, mandataire, commissionnaire ou autre, garantit à son cocontractant l'exécution du contrat* »<sup>253</sup> dont il a permis la conclusion<sup>254</sup>. Originellement, l'engagement de ducroire fut analysé, par la Cour de cassation, comme se rapprochant du cautionnement en observant que l'intermédiaire se portait finalement garant de la bonne exécution d'un contrat par le contractant au profit d'un tiers<sup>255</sup>. La nature de la clause de ducroire se rapproche davantage d'une garantie indemnitaire puisque l'intermédiaire s'engage à garantir le défaut d'exécution du contrat en s'obligeant à verser une indemnité le rapprochant cette fois du porte-fort d'exécution<sup>256</sup>. La clause de ducroire prévoyait très couramment une rémunération appelée « la prime du croire » pour le commissionnaire. La question se posait de savoir si la cause de l'engagement de l'intermédiaire résidait dans cette rémunération<sup>257</sup> ou au contraire dans l'intérêt de favoriser la conclusion du contrat entre les parties. Par un arrêt du 27 octobre 2009, il fut établi que la cause de l'engagement de ducroire ne résidait pas dans l'existence de la rémunération mais dans « *l'intérêt personnel qu'il avait à soutenir le courant d'affaires* »

---

<sup>252</sup> V. *supra* n° 86.

<sup>253</sup> PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 20 ; Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* : « *espèce d'engagement de garantie, plus précisément nom donné à la stipulation annexe aux contrats de distribution par laquelle un mandataire ou un commissionnaire (dit également « ducroire ») garantit la solvabilité des clients, moyennant une augmentation de sa rémunération (dite prime du croire) et, lorsqu'il a payé, subrogation dans les droits du vendeur à l'égard du client défaillant* ».

<sup>254</sup> D. HENNEBELLE, « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP E*, 2000 p. 1366 : En effet, l'engagement de ducroire est spécifique au rôle d'intermédiaire dans la conclusion d'un contrat ; Cass. com. 22 oct. 1996, n° 94-20.488, *Bull. civ. IV*, n°246 ; v. également en ce sens : Cass. com. 6 janv. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 4 : « *l'obligation du commissionnaire ducroire ne se limite pas à la solvabilité du tiers, sauf convention contraire* ».

<sup>255</sup> Cass. Req., 6 mars 1935, S. 1935, 1, p. 210.

<sup>256</sup> V. en ce sens : PH. DUPICHOT, *thèse préc.*, n° 433 ; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1981, n° 75.

<sup>257</sup> La clause de ducroire connaît effectivement un lien de parenté étroit avec la *fidejussio indemnitis* romaine qui avait pour objet de garantir le paiement de la créance du créancier contre l'insolvabilité ou le retard dans l'exécution en contrepartie d'une indemnité.



entre les parties au contrat, de sorte que l'absence de rémunération ne portait pas atteinte à la validité de la clause de ducroire<sup>258</sup>. La cause n'est dès lors pas appréciée comme étant la contrepartie objective : la rémunération.

## B. Appréciation critique

90. **Une identification de la cause erronée** – L'identification de la cause des sûretés personnelles au sein du rapport existant entre le créancier et le débiteur principal s'explique par un objectif de sécurité juridique en vue de renforcer la force obligatoire de la sûreté<sup>259</sup>. La solution a eu pour effet d'exclure la possibilité de se prévaloir « des motifs » qui auraient déterminé le constituant à s'engager à garantir la dette d'un tiers<sup>260</sup>. Aussi, la règle a apporté une justification à l'inopposabilité des exceptions dans le cadre des sûretés indépendantes<sup>261</sup>. En ce sens, la décision de caractériser la cause au sein de la relation liant le débiteur principal à son créancier, à savoir l'octroi du crédit, peut se justifier<sup>262</sup>. Néanmoins, placer la cause de la sûreté personnelle dans le rapport existant entre le créancier et son débiteur principal - en visant l'octroi du crédit - revient à instaurer un contrôle manifestement et excessivement désincarné de la cause. De surcroît, cette qualification ne correspond ni à la définition ni au rôle attribué à la cause en droit français. Il est effectivement difficilement soutenable d'affirmer que le garant va s'engager à garantir la dette du débiteur principal en raison du crédit qui lui sera octroyé ou de l'intérêt économique<sup>263</sup>.

En effet, la solution fait fi de toute considération du lien existant entre le débiteur principal et le garant alors qu'il s'agit d'un engagement pour autrui. Le garant pour autrui s'engage en raison de ses relations avec le débiteur principal. L'engagement pour autrui postule l'existence d'un rapport juridique entre le garant et le débiteur principal bénéficiaire de la

---

<sup>258</sup> Cass. com. 27 oct. 2009, n° 08-10.391 ; *JCP E* 2010.1111, n. N. DISSAUX.

<sup>259</sup> En effet, il est vrai que déterminer la cause dans la relation entre le débiteur principal et la caution aurait pu permettre à cette dernière de se prévaloir de nombre de changements de situations afin de s'échapper de son engagement de caution. Cet argument a sans doute été déterminant dans la caractérisation de la cause dans le rapport existant entre le créancier et le débiteur principal.

<sup>260</sup> Sur l'exclusion des mobiles du garant, v. *supra* n° 41.

<sup>261</sup> V. *supra* n° 87.

<sup>262</sup> V. par exemple : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 454.

<sup>263</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 222 : « *L'analyse ensuite fait bon marché de la psychologie : il est irréaliste d'affirmer que le but poursuivi par la caution lorsqu'elle s'oblige est l'existence de l'obligation principale. C'est confondre cause et objet de l'obligation. Peut-on affirmer que le but poursuivi par un organisme financier lorsqu'il se porte caution est le crédit accordé à son client, et non la rémunération versée par celui-ci ?* ».

sûreté. Il est certain que le garant pour autrui, comme l'a affirmé la jurisprudence, s'est engagé au titre de la sûreté afin de permettre la conclusion du contrat principal. Cette justification de l'engagement est néanmoins insuffisante en ce qu'elle fait l'impasse sur « le besoin » du garant à s'engager.

La conclusion d'une sûreté pour autrui ne saurait s'expliquer par la seule considération de permettre la conclusion du contrat principal. Le fait de s'engager pour autrui est fondé sur l'intérêt du constituant à permettre la conclusion du contrat principal de sorte que la cause doit être identifiée dans le rapport entre le garant pour autrui et le débiteur principal. En appliquant la notion de cause objective au contrat de sûreté pour autrui, la Cour de cassation aurait dû rechercher la contrepartie<sup>264</sup>. En raison de la structure unilatérale du contrat, elle doit être recherchée en dehors de sa structure. La Cour de cassation aurait dû déterminer l'intérêt du garant qui agit, en apparence sans contrepartie, pour rendre un service d'ami. L'analyse vaut pour la garantie autonome et l'engagement de du croire où la solution est identique.

**91. Conclusion de paragraphe** – L'appréciation de la cause des sûretés personnelles n'est pas satisfaisante. Piégée par une conception trop objective de la cause, les juges ont procédé à un contrôle désincarné de l'existence de la cause en la caractérisant au sein du rapport débiteur principal – créancier. Nous croyons que cette acception ne permet pas d'expliquer l'engagement du garant pour autrui, lequel s'engage en raison du rapport existant avec le débiteur principal. Il s'engage en effet au profit de ce tiers. Là où la cause rencontre ses limites, la notion d'intérêt apporte un nouveau regard sur le fondement de l'engagement.

## II. INTÉRÊT ET SÛRETÉ POUR AUTRUI

**92. Le titre gratuit** – Tel que l'énonce justement le Doyen Carbonnier, « *le postulat du droit est que toute démarche d'un être raisonnable est déterminée par un intérêt* »

---

<sup>264</sup> La solution de l'arrêt *Epoux Lempereur* n'est pas juridiquement fondée puisque la Cour de cassation a recherché la cause comme dans le cas d'un contrat synallagmatique. V. en ce sens : L. AYNÈS ; P. CROCQ et A. AYNÈS, *ibid* : « *Dans l'arrêt Lempereur, la Cour de cassation a raisonné comme à l'égard d'un contrat synallagmatique (« corrélativement ») par lequel la caution s'engagerait contre l'obligation souscrite par le prêteur* ». Ce raisonnement ne peut être que rejeté au regard de la structure du contrat. D'autant plus que même si la contrepartie à l'obligation de la partie qui s'est engagée dans le cadre d'un contrat unilatéral doit être recherchée en dehors de sa structure, la Cour de cassation s'est fourvoyée dans la détermination de cette contrepartie. L'obtention du crédit est uniquement la contrepartie à l'obligation du débiteur principal dans le cadre du contrat principal.

*patrimonial (actes à titre onéreux) ou moral (actes à titre gratuit) »<sup>265</sup>. Le caractère gratuit est le reflet de l'absence de volonté d'obtenir une contrepartie équivalente à l'engagement. Il se définit ainsi par un élément matériel résultant de l'abandon d'un droit réel sans contrepartie équivalente et d'un élément moral caractérisant la conscience de transférer une valeur sans contrepartie. La notion de contrepartie est fondamentale faisant *a priori* le départ entre le gratuit et l'onéreux<sup>266</sup>.*

À première vue, la définition imposerait en effet d'exclure de son champs tous les contrats intéressés. Néanmoins, nous croyons que le titre gratuit ne chasse pas l'intérêt. L'existence de contrats intéressés, pourtant consentis à titre gratuit, en atteste. Par exemple, dans le cas de libéralités avec charge, il est admis que le gratifiant poursuit la satisfaction d'un intérêt moral ou matériel sans que cela ôte au contrat son caractère gratuit<sup>267</sup>. Finalement, le contrat à titre gratuit pourra être soit intéressé – en présence d'un intérêt matériel ou patrimonial – soit désintéressé – en présence d'un intérêt moral ou altruiste –. Mais alors, la distinction avec les contrats à titre onéreux s'obscurcit. Voici qu'un contrat à titre gratuit peut être intéressé à l'image d'un contrat onéreux !

La délimitation se comprend aisément à la lumière de la notion d'intérêt. La qualification de contrat à titre onéreux suppose la réception directe de l'avantage attendu<sup>268</sup>, tandis que le contrat à titre gratuit en exclut la possibilité. *In fine*, en présence d'une contrepartie indirecte – donc d'un intérêt patrimonial indirect –, la qualification de contrat à titre gratuit est justifiée.

**93. Les sûretés pour autrui : un contrat à titre gratuit intéressé ou désintéressé** – Les sûretés ne font pas exception à la dichotomie exposée par le Doyen Carbonnier. Nous croyons que la distinction entre contrat onéreux et à titre gratuit est ainsi sous-jacente à l'émergence de la distinction entre sûretés pour soi et sûretés pour autrui. Les sûretés pour autrui doivent recevoir la qualification de contrat à titre gratuit. Nous verrons qu'à l'inverse les sûretés pour soi présenteront toujours un caractère onéreux <sup>269</sup> .

---

<sup>265</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t.4, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 1975, p. 103.

<sup>266</sup> V. *supra*, n° 28.

<sup>267</sup> Sur la notion de libéralités avec charge, v. notamment : J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Defrénois, Doctorat et notariat, 2019, n° 30 et s.

<sup>268</sup> Sur la notion d'intérêt patrimonial direct : v. *infra*, n° 108.

<sup>269</sup> La préexistence du droit de créance à la sûreté pour soi implique que le constituant poursuit la satisfaction d'un intérêt patrimonial direct. En effet, la contrepartie attendue, à savoir l'octroi du crédit, entre

Traditionnellement, les sûretés pour autrui sont considérées comme des contrats de service d'ami, - aussi dits de bienfaisance –, l'un rendant service à l'autre. L'intérêt est alors altruiste, dont les raisons profondes et intimes doivent restées propres au constituant. Le contrat est considéré comme étant désintéressé. Pour autant, il ne s'agit pas d'affirmer ici que les sûretés pour autrui sont présumées, de manière irréfragable, porter un caractère purement altruiste. Ces dernières sont de plus en plus sollicitées dans le financement d'opérations économiques revêtant une dimension patrimoniale où l'on est forcé de constater que l'intérêt du garant n'est pas désintéressé. Pour autant, la poursuite d'un intérêt patrimonial ne doit pas chasser le titre gratuit. En effet, à la différence des contrats à titre onéreux, la réception de l'avantage ne pourra jamais être directe<sup>270</sup>. La contrepartie attendue est par conséquent incertaine d'une part et indirecte d'autre part.

**94. Plan** – Les sûretés pour autrui relèvent ainsi de la catégorie des contrats à titre gratuit (A) bien que l'intérêt les justifiant puisse à la fois être moral et matériel (B).

#### **A. Le caractère gratuit**

**95. Notion** – En principe, la famille des contrats à titre gratuit se compose des libéralités d'une part et des contrats de service gratuit d'autre part. Pour faire le départ entre les deux catégories, le critère de distinction résulte de l'existence ou non d'un appauvrissement actuel et irrévocable et de celui qui s'engage. En effet, la libéralité se définit par la volonté de procurer à autrui un avantage sans contrepartie patrimoniale entraînant un appauvrissement existant de la part du gratifiant qui consent cet avantage<sup>271</sup>. Ce dernier renonce à la propriété de ce qu'il donne à autrui. Tel que Cicéron l'énonce, les libéralités ne heurtent pas pour autant l'équité naturelle puisqu'elles participent à maintenir le lien social qui unit les hommes<sup>272</sup>. *A contrario*, le contrat de service gratuit se caractérise par la volonté de procurer à autrui un avantage mais sans pour autant s'appauvrir de manière irrévocable<sup>273</sup>.

---

directement dans le patrimoine du constituant : l'intérêt matériel sera ainsi toujours direct contrairement aux sûretés pour autrui. V. *infra*, n° 144 et s., 223 et s.

<sup>270</sup> ...donc à la différence des sûretés pour soi ! V. *infra*, n° 165.

<sup>271</sup> Sur la notion de libéralité : V. *infra*, n° 101.

<sup>272</sup> CICERON, *Devoirs*, I, 14, 42.

<sup>273</sup> J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 27: le critère de distinction entre le cautionnement à titre gratuit et le cautionnement libéralité réside sur le critère de l'appauvrissement définitif de la caution. « *Il s'agit bien d'un service d'ami et non d'une libéralité puisque la caution dispose d'un recours contre le débiteur dont elle paie la dette et n'entend donc pas s'appauvrir. A contrario, le cautionnement peut exceptionnellement devenir l'instrument d'une libéralité si la caution renonce conventionnellement à son recours* ».

Nous croyons que le critère de distinction entre ces deux catégories résulte de l'élément matériel, à savoir *l'existence ou non d'un appauvrissement irrévocable*.

96. **Contrat de service gratuit et sûreté pour autrui** – Partant, la sûreté consentie pour garantir la dette d'un tiers doit recevoir la qualification de contrat de service gratuit<sup>274</sup>: l'engagement est certes dénué de contrepartie patrimoniale mais le garant n'a pas pour autant voulu s'appauvrir de manière définitive. Ce n'est qu'en présence d'un appauvrissement actuel et irrévocable que la qualification de sûreté libéralité est fondée<sup>275</sup>.

97. **Plan** – En l'absence d'appauvrissement irrévocable, la sûreté pour autrui reçoit la qualification de contrats de service gratuit (1). A l'inverse, elle reçoit la qualification de libéralité, ce qui a pour effet de mettre en œuvre certaines règles juridiques propres à la catégorie (2).

## 1. Contrats de service gratuit et sûretés pour autrui

98. **Définition du contrat de service gratuit** - Tel qu'il a été défini, le contrat de service gratuit compose avec les libéralités la catégorie des contrats à titre gratuit. La distinction avec les libéralités fut débattue. Il a été soulevé que ce qui permettait de le distinguer des libéralités était la nature du droit transmis en adoptant un critère juridique<sup>276</sup>. Selon Champeaux, les libéralités ont pour objet de transférer au gratifié un droit réel tandis que les contrats de service gratuit font naître une obligation personnelle à la charge de la partie qui s'est engagée<sup>277</sup>. D'autres auteurs ont suggéré de fonder la distinction en mettant en œuvre un critère d'ordre économique, celui de l'existence ou non d'un appauvrissement

---

<sup>274</sup> A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 108 : « (...) l'acte à titre gratuit ne se résume pas à la libéralité. Comment serait-il possible sinon de qualifier d'acte à titre gratuit celui par lequel une personne s'engage à supporter la dette d'autrui ? Réciproquement, comment admettre qu'est consenti à titre onéreux le cautionnement où la caution procure un avantage sans recevoir rien en échange ? La bienfaisance ne saurait impliquer la libéralité ». V. en ce sens : Cass. civ. 12 août 1872. S. 325.

<sup>275</sup> H., L., J., MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 14 ; *contra* A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, *ibid.* : « Certains auteurs soutiennent néanmoins que le cautionnement doit se concevoir comme un contrat à titre onéreux, dès lors qu'il ne constitue pas une libéralité. Ils arguent notamment de ce que le régime du cautionnement ne suit pas celui, plus rigoureux, du contrat à titre gratuit. Ni l'une ni l'autre de ces affirmations ne peuvent être admises. L'on ne saurait d'abord déterminer la nature en fonction du régime : la première commande la seconde, à peine de conduire à de faux raisonnements. Surtout, l'alternative entre onérosité et libéralité est un trompe-l'œil ».

<sup>276</sup> G. CHAMPEAUX, *Etudes sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse, Strasbourg, 1931, p. 128.

<sup>277</sup> CHAMPEAUX, *ibid.*

patrimonial de la partie qui s'est engagée<sup>278</sup>. En reprenant la définition du contrat de service gratuit, il en résulte deux critères de qualification : le critère subjectif tenant à un déséquilibre contractuel voulu et le critère objectif de l'absence actuelle d'appauvrissement patrimonial.

**99. Typologie des contrats de service gratuit** – Les « petits contrats » ou encore « les contrats de service d'ami » visent classiquement le contrat de prêt à usage dont on dit qu'il est essentiellement gratuit, le mandat, le dépôt ou encore le séquestre. En raison du modèle économique de notre société, ils ont vocation à devenir une « espèce de contrat en voie de disparition »<sup>279</sup>. En effet, il existe de nombreuses situations dans lesquelles les « petits contrats » sont en réalité motivés par un intérêt économique en raison de la vie des affaires. Depuis fort longtemps, une méfiance existe à leur égard. En effet, une personne peut-elle rendre service sans rien attendre en retour ? Confucius ne disait-il pas que « *rien n'est jamais sans conséquence. En conséquence rien n'est jamais gratuit* »<sup>280</sup> ?

**100. Qualification des sûretés pour autrui de contrat de service gratuit** – Les sûretés pour autrui répondent à la qualification de contrat de service : le constituant s'engage à garantir alors qu'il n'était pas tenu ab initio, sans attendre de contrepartie immédiate. Dans certaines hypothèses, cet engagement va se réaliser en dehors de toute considération de l'obtention d'une contrepartie patrimoniale. Ici se révèle le caractère gratuit de ce contrat. Néanmoins, faute d'appauvrissement patrimonial définitif, la qualification de libéralité ne saurait s'appliquer. Prenons à titre d'illustration le cautionnement. Il y a bien absence de contrepartie à l'engagement, de sorte que le critère subjectif est respecté. Or l'appauvrissement patrimonial actuel est manquant, en principe. L'existence des recours exclut un tel appauvrissement. La caution ne doit pas supporter définitivement le poids de la dette. Dans cette hypothèse, l'appauvrissement sera caractérisé en cas de défaillance définitive du débiteur principal. En effet, la caution dispose d'un recours après paiement, subrogatoire et personnel, lui permettant d'obtenir paiement de sa créance à l'encontre du débiteur principal qui aura été défaillant face à son créancier<sup>281</sup>. Or le plus souvent, ces

---

<sup>278</sup> R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz 1969, reprint Bibliothèque Dalloz, 2006, n° 98 et s. ; A. ROUAST, *Etudes de droit civil à la mémoire d'H. Capitant*, 1939, p.695 et s. ; M. BOITARD, *Les contrats de service gratuit*, thèse, Paris, 1921.

<sup>279</sup> V. L. JOSSERAND, « Le déclin du titre gratuit », in *Évolutions et Actualités*, Conférences de droit civil, Liège, impr. G. Thone, Paris, Sirey, 1936, p. 135 et s.

<sup>280</sup> CONFUCIUS.

<sup>281</sup> La reconnaissance de recours au bénéfice du garant ayant payé en lieu et place du débiteur doit bénéficier à l'ensemble des constituants de sûreté pour autrui. V. *infra*, n° 582.

recours s'avéreront bien illusoire, laissant à la caution la charge finale de la dette garantie, à laquelle elle n'était pas tenue. Mais contrairement aux libéralités, cet appauvrissement ne s'effectue pas lors de la conclusion du contrat et n'est que conditionnel<sup>282</sup>, tandis que l'appauvrissement sera certain dans le cadre d'une libéralité bien qu'il puisse intervenir qu'au jour du décès du gratifiant. L'observation vaut pour l'ensemble des sûretés pour autrui<sup>283</sup>. Pour autant, il existe une hypothèse dans laquelle la sûreté recevra la qualification de libéralité.

## 2. Libéralités et sûretés pour autrui

101. **Définition des libéralités et critère de qualification** – La libéralité se définit comme étant « *l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit, par donation entre vifs ou par testament, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne, appartenant ou non à sa famille* »<sup>284</sup>. La notion présente à la fois un élément objectif et subjectif de qualification. L'élément objectif vise l'appauvrissement irrévocable du gratifiant qui va transférer un ou plusieurs droits ou biens au gratifié, tandis que l'élément subjectif consiste en l'existence d'une intention libérale<sup>285</sup> caractérisée par la conscience d'abandonner un bien sans contrepartie équivalente<sup>286</sup>. L'enjeu de la qualification est l'application de règles propres aux libéralités<sup>287</sup>.

---

<sup>282</sup> Les recours avant ou après paiement dont dispose la caution – et devraient disposer tous les garants pour autrui – préservent contre un appauvrissement patrimonial certain dès la conclusion du contrat.

<sup>283</sup> Nous verrons bientôt que la fonction de garantie est identique au sein de chaque sûreté pour autrui mais seulement sa matérialisation sera différente en fonction des particularités de chacune. Par conséquent, rien n'empêche qu'une personne s'engage au titre d'une garantie autonome sans poursuivre d'intérêt patrimonial. Or il est vrai que l'altruisme se retrouvera surtout dans le cas du cautionnement ou de la lettre d'intention (parfois).

<sup>284</sup> Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

<sup>285</sup> La notion d'intention libérale a été l'objet de deux conceptions, subjective et objective. L'approche abstraite de l'intention libérale est *de lege lata* retenue. V. *infra*, n° 104.

<sup>286</sup> Le critère objectif permet à lui seul de faire le départ entre le contrat de service gratuit et la libéralité.

<sup>287</sup> A titre d'illustration, la jurisprudence s'est cristallisée sur l'application de l'article 1422 du Code civil. Sa mise en œuvre est en effet justifiée si la sûreté revêt la qualification de donation indirecte portant sur un bien commun, de sorte que le consentement des deux époux à l'acte de renonciation aux recours serait nécessaire, à peine d'emporter la nullité en raison de la règle de cogestion posée par cet article. Il est vrai que la sûreté ayant grevé des biens communs implique que la créance de remboursement soit qualifiée de bien commun par l'effet de la subrogation réelle. V. en ce sens CH. GOLDIE-GÉNICON, *op. cit.*, n° 9 ; F.-X. TESTU, « Le cautionnement libéralité », *JCP G* 1988, I, 307.

**102. Les sûretés-libéralités : une renonciation au recours** – La qualification des sûretés pour autrui en libéralités a été discutée<sup>288</sup>. Or la notion des libéralités ne permet pas d’embrasser toutes les sûretés pour autrui désintéressées, en l’absence d’un appauvrissement irrévocable du constituant<sup>289</sup>, ce qui est d’ailleurs reconnu par la Cour de cassation<sup>290</sup>. Partant, la qualification a vocation à s’appliquer seulement dans le cas où il y a une volonté chez le constituant de prendre en charge de manière définitive le poids de la dette. La renonciation aux recours révèle cette volonté<sup>291</sup> : « *la donation se loge dans la renonciation aux recours* »<sup>292</sup>. Un tel recours fait ainsi naître une créance de remboursement au sein du patrimoine du garant pour autrui en lui permettant d’agir, après paiement de la dette garantie, à l’encontre du débiteur principal. Certes, son exercice peut s’avérer utopique dans la mesure où, par hypothèse, le débiteur principal sera probablement insolvable lors de l’action. La créance de remboursement exclut *de facto* l’existence d’un appauvrissement irrévocable, chassant ainsi la qualification en libéralité.

En cas de renonciation au recours, la qualification devient légitime emportant avec elle la mise en œuvre des règles propres aux libéralités<sup>293</sup>. En ce sens, la jurisprudence considère que la renonciation au recours après paiement confère à la sûreté la qualification de donation indirecte<sup>294</sup>. Elle entraîne un appauvrissement irrévocable : le constituant accepte de prendre

---

<sup>288</sup> A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 111 et s. ; L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 227 ; CH. GOLDIE-GÉNICON, « Libéralités et sûretés », *JCP N* 2017.1148.

<sup>289</sup> Sur l’élément subjectif ; CH. GOLDIE-GÉNICON, art. préc. : « *Mais il n’empêche que l’élément matériel de la libéralité fait défaut, faute d’appauvrissement de la caution qui bénéficie d’un recours contre le débiteur principal, et faute d’enrichissement du débiteur principal. La créance de remboursement prendra en effet la place des sommes déboursées dans le patrimoine de la caution et la dette de remboursement la place des sommes économisées dans le patrimoine du débiteur* ».

<sup>290</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 11 juill. 1978, n° 77-11.550, *Bull. civ. I*, n°264 : « *Mais attendu que le cautionnement, qui ne comporte pas de dessaisissement immédiat et définitif d’un bien patrimonial, ne confère pas à l’engagement qu’il exprime le caractère d’une libéralité et que lorsque la caution est condamnée à rembourser le prêt qu’elle s’est engagée à garantir, le versement auquel elle est tenue constitue une dette au sens de l’article 1413 du Code civil qui en permet le recouvrement sur les biens communs* ».

<sup>291</sup> Le bénéfice des recours personnel et subrogatoire est inhérent à ce type de sûreté et doit avoir vocation à s’appliquer pour toutes les sûretés pour autrui. En effet, la sûreté entraîne par définition un risque d’endettement, voire de surendettement, qui doit appeler un régime protecteur. V. *infra*, n° 582.

<sup>292</sup> CH. GOLDIE-GÉNICON, art. préc.

<sup>293</sup> Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-23.020 : l’arrêt permet de comprendre qu’il faut se placer au jour de la renonciation pour pouvoir considérer qu’il s’agit d’une libéralité. Partant, si la renonciation n’est pas intervenue au cours de la période suspecte, alors la nullité ne pourra pas être prononcée.

<sup>294</sup> R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Deffrénois* 2000, p. 1409 : « *Au sens où nous l’entendons ici, l’intervention d’un tiers dans le schéma de la libéralité ne signifie pas que la chose donnée chemine par l’intermédiaire de ce tiers (...). Les situations dont nous traitons ici sont celles où un tiers intervient comme créancier ou débiteur du donataire, de telle manière que les parties puissent prendre appui sur lui pour réaliser une transmission implicite. Sans que ce tiers joue aucun rôle dans l’économie propre à la donation, il se trouve instrumentalisé pour en permettre le dévoiement au sens étymologique du terme.*



en charge le poids de la dette en renonçant à la créance de remboursement<sup>295</sup>. Ce n'est pas la garantie en elle-même qui justifie la qualification en libéralité mais l'acte unilatéral de renonciation<sup>296</sup>. Il est nécessaire de distinguer deux situations : la renonciation effectuée avant paiement et celle opérée après paiement. Lorsque le garant pour autrui a renoncé aux recours avant d'être appelé en paiement, la qualification de sûreté-libéralité est *de facto* conditionnelle, tandis que s'il renonce à son recours lors de l'appel en paiement la qualification revêt un caractère certain.

**103. Exemple : le cautionnement libéralité** – Les hypothèses dans lesquelles la sûreté pour autrui reçoit la qualification de libéralité sont rares et se retrouvent essentiellement en matière de cautionnement. Par opposition aux sûretés pour soi où une telle qualification est par hypothèse impossible<sup>297</sup>, la notion de sûreté-libéralité peut viser n'importe quelle sûreté pour autrui, dès lors qu'elles impliquent l'existence de recours dont le constituant peut renoncer<sup>298</sup>. Les deux éléments de qualification peuvent en effet être constatés, à savoir l'intention libérale tenant à la volonté de transférer un bien ou un droit sans contrepartie et l'appauvrissement irrévocable de la caution résultant de la renonciation à exercer son recours après paiement. La jurisprudence a évolué sur la question de la preuve d'une telle qualification. Dans un premier temps, l'appréciation de l'intention libérale se

---

*L'hypothèse la plus immédiate est celle dans laquelle le tiers intervient en tant que créancier de la personne à gratifier. Dans ce cas, donner, ce peut être aussi bien éteindre la dette du gratifié auprès de ce tiers. L'archétype de cette figure, sur lequel on a déjà levé le voile, est le paiement pour autrui. Celui qui règle la dette du gratifié, sans espoir de remboursement, notamment par voie subrogative, consent une libéralité à celui que ce paiement libère, même si c'est le tiers qui apparaît comme l'accipiens puisqu'il reçoit les deniers. Sur ce modèle, d'autres techniques permettent de mobiliser un tiers pour réaliser une libéralité qui toutes peuvent, peu ou prou, se ramener au paiement pour autrui. On songe à la souscription de parts sociales pour autrui, qui permet au gratifié d'apparaître comme souscripteur de titre, qui ont, en réalité, été payés par le donateur. On songe encore aux garanties pour autrui, tel le cautionnement ».*

<sup>295</sup> Néanmoins, pour que l'appauvrissement irrévocable puisse être caractérisé, la renonciation doit révéler une réelle volonté de s'appauvrir. Il faut donc exclure que la sûreté eût été consentie en considération d'avantages antérieurs ou postérieurs reçus par le constituant du présumé gratifié. V. en ce sens : CH. GOLDIE-GÉNICON, art. préc.

<sup>296</sup> Dans le cas des sûretés assorties de recours personnel ou subrogatoire, il est effectivement obligatoire de montrer sa volonté d'y renoncer, par un acte dit de renonciation. En effet, les recours sont consubstantiels aux sûretés pour autrui. V. *infra*, n° 102.

<sup>297</sup> En effet, le constituant d'une sûreté réelle, donc pour soi, s'engage à garantir sa propre dette de sorte qu'il est impossible d'y déceler une libéralité : les donations pour soi-même n'existant pas.

<sup>298</sup> CH. GOLDIE-GÉNICON, art. préc. : « Si la donation procède de la renonciation aux recours en remboursement, la même qualification doit être étendue, aux mêmes conditions, aux autres libéralités pour autrui dans lesquelles le garant renoncerait à ses recours. On songe notamment à la garantie autonome, mais également aux sûretés réelles pour autrui, dont le régime est encore embryonnaire, mais pour lesquelles on s'accorde à octroyer à celui qui a payé la dette d'autrui un recours contre le débiteur principal. La renonciation à ce ou ces recours doit donc produire les mêmes effets et pouvoir recevoir, sous les mêmes réserves, la qualification de libéralité, la libéralité naissant, encore une fois, de la renonciation, non de la sûreté elle-même ».

réalisait de manière souple. Ainsi, les juges déduisaient l'intention libérale de la caution des relations personnelles qu'elle entretenait avec le débiteur principal. Dès lors que les rapports relevaient d'un ordre familial ou même affectif, les juges considéraient que la caution s'était engagée dans une intention libérale. Puis, de l'existence de l'intention libérale, ils en concluaient que la caution avait renoncé aux recours après paiement<sup>299</sup>. Par la suite, l'appréciation est devenue stricte. Dorénavant, elle exige la démonstration de l'intention libérale tout en précisant que celle-ci ne saurait se déduire de l'existence de rapports familiaux ou d'ordre affectif existants entre la caution et le débiteur principal<sup>300</sup>.

## **B. Interprétation à l'aune de l'intérêt altruiste**

**104. Le caractère gratuit à la lumière de l'intention libérale** – Traditionnellement, le caractère gratuit se comprend à l'aune de l'intention libérale. L'intention de gratifier est selon la doctrine majoritaire la condition *sine qua non* de la qualification d'une libéralité. La notion fut l'objet de deux conceptions. Selon une approche subjective, elle vise l'engagement totalement désintéressé. Or les auteurs ont pu soulever que l'adoption d'une telle conception aboutit à exclure quasiment toutes les conventions puisque l'intérêt est quasi omniprésent, que celui-ci soit d'ordre moral ou matériel<sup>301</sup>. Alors l'approche abstraite a été retenue en doctrine. Celle-ci implique une « *conscience et volonté de ne pas obtenir d'équivalent* »<sup>302</sup>. Il résulte de l'analyse doctrinale de l'intention libérale en matière de libéralités son caractère compatible avec la recherche d'intérêt. Tel que le note le professeur Julien Boisson, l'approche objective de la notion d'intention libérale implique l'existence de « *libéralités intéressées* »<sup>303</sup>. La notion englobe donc à la fois la recherche d'un intérêt moral et matériel tel que l'auteur l'a justement démontré<sup>304</sup>.

**105. Le dépassement de la notion d'intention libérale** – Il ne faut pas pour autant transposer l'analyse aux sûretés pour autrui. L'intention libérale est avant tout la traduction juridique de la volonté de « gratifier » une personne en abandonnant une valeur. Or cette

---

<sup>299</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 janv. 2012, n° 11-12.863, 09-72.542, 10-25.685 et 10-27.325. V. M. GRIMALDI, « Retour sur les donations de fruits et revenus (à propos de la mise à disposition d'un logement) » in *Mélanges en l'honneur de G. Champenois*, Defrénois 2012, p. 431 ; CH. GOLDIE-GÉNICON, *op. cit.*

<sup>300</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 mars 2014, n° 13-14.795.

<sup>301</sup> J. FLOUR, H. SOULEAUX, *Les libéralités*, par A. Colin, 1997, n° 41.

<sup>302</sup> V. notamment : G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. Raynaud, Paris, Sirey, 1983, n° 297.

<sup>303</sup> J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, thèse préc., n° 35.

<sup>304</sup> J. BOISSON, thèse préc., *ibid.*

intention ne se retrouve que dans les sûretés-libéralités, ce qui représente une hypothèse rare<sup>305</sup>. Par conséquent, ce n'est pas l'intention libérale qui permet de comprendre l'engagement du constituant mais son intérêt au contrat. A l'image des libéralités, l'intérêt pourra être tant matériel que moral sans pour autant porter atteinte au caractère gratuit de ces contrats.

**106. L'altruisme du garant** – Il est de la nature des hommes que d'agir conformément à la bienfaisance sans rechercher un quelconque gain autre que moral<sup>306</sup>. Le constituant d'une sûreté pour autrui n'a pas nécessairement l'intention de gratifier mais peut s'engager à garantir la dette d'un tiers par altruisme, en raison de ses liens personnels qui l'unit au débiteur principal (gratitude, service d'ami, liens familiaux...). Dans ce cas, le constituant s'engage afin de satisfaire un besoin moral. Tel que le note Sénèque, le bienfaiteur ne poursuit que la réalisation d'une satisfaction purement morale<sup>307</sup>. L'altruisme se définit comme le « *souci désintéressé du bien d'autrui* »<sup>308</sup>. Dans le cadre d'une sûreté pour autrui désintéressée, le garant s'engage afin que le débiteur principal puisse obtenir la conclusion du contrat en raison de ses rapports personnels. Procurer un avantage à autrui répond donc à un besoin moral qui sera satisfait par la conclusion du contrat à titre gratuit. En présence d'une sûreté pour autrui désintéressée, le risque patrimonial pris par le constituant est le plus élevé car ce dernier n'attend aucune contrepartie pour compenser<sup>309</sup>. Ce type de sûreté se retrouvera essentiellement en matière civile par opposition à la matière commerciale où souvent les garants poursuivent la réalisation d'un intérêt matériel.

**107. La satisfaction d'un intérêt moral sans considérer les motifs** – L'intérêt altruiste représente la satisfaction d'un besoin moral par l'octroi d'un avantage à autrui sans volonté d'obtenir une contrepartie patrimoniale équivalente à l'engagement pris. Partant, le constituant d'une sûreté pour autrui s'est engagé afin de permettre au débiteur principal

---

<sup>305</sup> V. *supra*, n° 101.

<sup>306</sup> MARC-AUREL, *Pensées*, 7, 74 : Marc-Aurel considère que la nature prescrit la bienfaisance et par voie de conséquence, elle est dans la nature de l'homme. Il opère une comparaison avec la vigne. De même que la nature de la vigne est de produire du raisin, celle de l'homme est de bien agir.

<sup>307</sup> SÉNÈQUE, *Bienfaits*, II, 34, 5 et IV, 12, 4 : selon Sénèque, le bienfaiteur ne doit poursuivre la satisfaction d'aucun intérêt matériel. Il n'attend point de contrepartie. Si contrepartie il y a, alors celle-ci est accessoire et n'était pas de son intention. Sénèque considère que le bienfait se compose de deux éléments. L'élément interne est l'intention tandis que l'élément externe est la réalisation de l'acte. La bienfaisance se loge dans l'intention.

<sup>308</sup> V. Dictionnaire Larousse ; étymologie « *alter* » signifiant « autre ».

<sup>309</sup> Sur l'effet du risque pris sur la classification des sûretés : v. *infra*, n° 192.

d'obtenir la conclusion du contrat de base sans volonté d'obtenir un avantage autre que moral. Cet engagement gratuit s'explique en raison des liens personnels. Ces liens personnels donnent les raisons pour lesquelles le constituant de la sûreté a pris un risque patrimonial pour permettre la conclusion du contrat de base. Il n'est pas nécessaire de préciser la teneur de ces relations personnelles ainsi que les motifs précis de cet engagement qui peuvent résulter d'autant de justifications que de constituants (service rendu antérieur, liens familiaux, *etc.*). En effet, la seule considération de la volonté de satisfaire un besoin moral en s'engageant pour autrui suffit pour distinguer entre les sûretés pour autrui désintéressées et les sûretés intéressées, *a fortiori* entre les sûretés pour autrui et pour soi. Dans sa fonction de classification, la prise en considération des motifs n'est pas utile, surtout qu'il existe autant de raisons que de disposant tel que l'énonce très justement M. Chabas <sup>310</sup> !

### C. Interprétation à l'aune de l'intérêt patrimonial indirect

**108. L'intérêt matériel ne chasse pas le titre gratuit** – Le garant pour autrui n'est pas toujours motivé par le « *souci du bien d'autrui* ». En effet, il est des sûretés pour autrui qui réalisent la satisfaction d'un intérêt matériel. Or par opposition aux contrats onéreux, l'intérêt patrimonial du constituant est par nature indirect en raison de la structure particulière de la sûreté. Le transfert de valeurs est par définition indirect à défaut de relation *inter partes* avec le garant pour autrui. Contrairement aux sûretés pour autrui désintéressées, l'intérêt patrimonial indirect se justifie en l'occurrence par des rapports d'ordre professionnel unissant le débiteur à son garant.

**109. Plan** – Le constituant d'une sûreté pour autrui peut ainsi parfaitement poursuivre la satisfaction d'un avantage matériel s'analysant ainsi en intérêt patrimonial indirect (1). L'existence de sûretés pour autrui intéressées consenties par des sociétés illustre la notion (2).

---

<sup>310</sup> M. CHABAS, *op. cit.*, n° 265: « le disposant s'engage sans rechercher aucun avantage en l'absence de toute contrepartie. La cause est alors différente : la personne qui s'oblige dans ces conditions le fait pour rendre un service gratuit ; l'intention libérale, dégagée des mobiles qui diffèrent avec chaque disposant est bien la cause de son obligation ».

## 1. Notion

110. **Exclusion de l'analyse par la commutativité** – La notion d'intérêt patrimonial en droit privé fait référence à la justification de l'engagement d'une partie par la réalisation d'un transfert d'une valeur patrimoniale. Dans les exemples jurisprudentiels cités, l'intérêt matériel vise la justification de l'engagement par lequel une partie entend recevoir ou maintenir une valeur au sein de son patrimoine sans rechercher nécessairement une équivalence objective. Ces contrats reçoivent la qualification de contrats onéreux commutatifs. En effet, le contrat commutatif se définit comme étant un contrat par lequel « *les prestations de chacun sont déterminées* »<sup>311</sup> et fixées dès l'origine sans pour autant que l'équivalence des prestations ne soit appréciée objectivement<sup>312</sup>. Il en résulte que l'intérêt d'une partie à un contrat onéreux commutatif est aisé à déterminer puisque la structure même du contrat met en lumière ce que recherchent les parties lorsqu'elles s'engagent.

La structure d'une sûreté pour autrui se différencie des cas précités. Celle-ci relève de la catégorie des contrats unilatéraux, de sorte qu'il est nécessaire d'adopter une appréciation plus globale de l'opération<sup>313</sup>. Il convient en effet d'approuver pleinement la proposition selon laquelle la définition de l'intérêt économique d'un contrat commutatif onéreux ne peut être appliquée *stricto sensu* à la sûreté pour autrui intéressée en raison de la structure de ce contrat<sup>314</sup>. La structure d'une sûreté pour autrui fait obstacle à la reconnaissance d'un transfert mutuel de valeur entre deux patrimoines. La contrepartie réciproque et équivalente fait nécessairement défaut. En effet, le contrat étant unilatéral, le constituant s'engage *a priori* en dehors de toute considération d'intérêt économique. Tel que le définit la Cour de cassation dans l'arrêt *Epoux Lempereur*, le constituant a consenti la sûreté en vue de permettre la

---

<sup>311</sup> A. BENABENT, *op. cit.*, n° 23.

<sup>312</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 7.

<sup>313</sup> J. ROCHFELD, art. préc., n° 26 : « *seuls les contrats synallagmatiques commutatifs relèvent de la première catégorie : on saisit aisément la contrepartie qui tient lieu de cause pour chaque cocontractant. Pour les autres contrats, en revanche, les auteurs ressentent comme nécessaire d'introduire des distorsions (...). Dans les contrats unilatéraux, en second lieu, au sein de la structure desquels aucune contrepartie à l'engagement de celui qui s'oblige n'est immédiatement présente, une sous-distinction intervient. D'un côté, lorsque ceux-ci sont réels, tels le dépôt, le gage ou le prêt non consenti par un professionnel du crédit, la cause de l'obligation de restituer de l'un résiderait, non dans une contrepartie, mais dans la remise antérieure d'une chose par. Ainsi, dans le prêt non consenti par un professionnel du crédit, la seule remise de la chose suffirait à constituer la cause, sans égard pour l'affectation de celle-ci. D'un autre côté, relativement aux contrats unilatéraux non réels, la cause est traditionnellement regardée comme une contrepartie puisée à l'extérieur du contrat.* » .

<sup>314</sup> Sur ce point, la structure des deux familles de sûretés sera analysée ultérieurement : v. *infra*, n° 285.

conclusion du principal afin que le débiteur principal puisse obtenir le crédit<sup>315</sup>. L'intérêt apparent du constituant d'une sûreté pour autrui réside dans l'octroi du crédit au débiteur principal. L'absence de contrepartie directe, donc de réciprocité, fait obstacle à la qualification de contrat commutatif à titre onéreux<sup>316</sup>. Le cas du cautionnement rémunéré peut faire douter de l'affirmation puisque la rémunération intègre directement le patrimoine de la caution. Or nous croyons que cette figure ne constitue ni une exception ni un tempérament mais doit plutôt relever du mécanisme de l'assurance-crédit<sup>317</sup>.

**111. Identification de l'indirect patrimonial indirect** – Nous pourrions penser que le caractère gratuit de l'acte – résultant de l'absence de contrepartie réciproque et équivalente – chasse l'existence d'un intérêt matériel. La gratuité exclut l'intérêt. Or il a été démontré que l'affirmation doit être nuancée. Nous croyons, tel que l'a justement démontré le professeur Julien Boisson dans ses travaux, que le titre gratuit n'est pas exclusif de la notion d'intérêt<sup>318</sup>. La distinction entre les contrats onéreux et les contrats à titre gratuit – mais intéressés – réside dans le caractère direct ou indirect de la contrepartie. L'intérêt n'est jamais réciproque, donc direct, dans le cadre d'un contrat à titre gratuit intéressé. M. Julien Boisson prend pour exemple les libéralités avec charge ou plus généralement les libéralités dites collectives<sup>319</sup>.

Les sûretés pour autrui intéressées illustrent parfaitement la notion de contrat à titre gratuit intéressé. Le constituant d'une sûreté pour autrui peut en effet s'engager à garantir la dette d'un tiers afin d'améliorer sa situation patrimoniale. Dans ce cas, la réception d'une valeur au sein de son patrimoine n'est ni certaine ni directe en raison de la structure triangulaire. Dans un premier temps, le garant pour autrui ne perçoit aucun bénéfice de la conclusion de la sûreté. Seul le débiteur principal va directement et de manière certaine recevoir au sein de son patrimoine une valeur, à savoir l'octroi du crédit. Le fait de garantir la dette d'un tiers va lui permettre de stabiliser voire d'améliorer sa situation financière. Dans un second temps, la

---

<sup>315</sup> Cass. com., 8 nov. 1972, arrêt préc.

<sup>316</sup> La qualification de contrat commutatif à titre onéreux est justifiée dans le cadre des sûretés pour soi puisque l'obtention de la contrepartie sera réciproque. V. *infra* n° 95.

<sup>317</sup> Pour une analyse plus approfondie de la sûreté personnelle rémunérée et du mécanisme de l'assurance-crédit : V. HEUZÉ, « Assurance-crédit et sûretés personnelles », *D.* 2014, p. 493.

<sup>318</sup> J. BOISSON, thèse préc., *ibid.* ; v. *supra*, n° 95.

<sup>319</sup> J. BOISSON, thèse préc., n° 38 : l'auteur déduit ainsi que « *Bien que les libéralités soient, avec les contrats de bienfaisance, des actes à titre gratuit, rien n'empêche qu'elles peuvent être intéressées. Elles le sont chaque fois que le disposant stipule une charge ou qu'il souhaite la réalisation de mobiles déterminés. La reconnaissance de la possibilité de libéralités intéressées est le point de départ à l'admission de l'existence de libéralités en droit public* ».

bonification de la situation financière du débiteur principal peut avoir pour corrélation de créer, par ricochet, une valeur au sein du patrimoine du garant, en raison du lien particulier – souvent professionnel – l’unissant au débiteur principal. La réception de la valeur au sein du patrimoine du garant pour autrui a pour origine, de manière indirecte, le contrat de sûreté pour autrui. Le caractère indirect de la réception de la valeur au sein du patrimoine du garant pour autrui a pour corollaire son caractère incertain. L’incertitude de la réception de la valeur patrimoniale résulte de l’objet même du contrat de sûreté pour autrui. La défaillance du débiteur garanti peut faire disparaître tout espoir d’obtenir une contrepartie ou peut avoir pour effet de la rendre temporaire. L’intérêt patrimonial indirect se constate essentiellement dans les rapports entre professionnels, tel que la sûreté consenti par le dirigeant social en garantie des dettes de sa société ou encore des sûretés consenties par une société à garantir la dette d’un tiers.

## **2. Illustration : les sûretés pour autrui consenties par les sociétés**

112. **Plan** – La validité des sûretés pour autrui consenties par les sociétés constitue une excellente illustration de ce que représente l’intérêt patrimonial indirect. En effet, leurs règles de capacité (i), de pouvoir (ii), impliquent en principe que la sûreté soit consentie en considération d’un avantage patrimonial (bien que sa réception soit par définition indirecte) pour qu’elle soit valide (iii).

### *a. Les règles de capacité*

113. **Sûretés et sociétés, une antinomie apparente des notions** – Les sûretés consenties par les sociétés pour garantir la dette d’un tiers constituent une illustration éclairante de la notion d’intérêt patrimonial indirect. Les politiques législative et jurisprudentielle ont pris en considération la spécificité de l’engagement afin d’établir un régime unitaire fondé sur l’intérêt de la société à s’engager au titre du contrat de sûreté constitué pour garantir la dette d’un tiers.

114. **Sûretés et principe de spécialité** – A première vue, il y aurait un certain paradoxe à vouloir qu’une société s’engage à garantir la dette d’un tiers. Jean Honorat avait souligné l’antinomie des notions de société et de sûreté personnelle en raison du risque

d'appauvrissement patrimonial qu'engendre la constitution d'une telle garantie<sup>320</sup>. Il est vrai que les sociétés sont soumises à un principe dit de spécialité qui leur commande de poursuivre un but lucratif. Henri Hovasse disait avec clarté que « *l'objet légal impose que tout acte soit orienté vers l'obtention d'un avantage économique et l'objet statutaire, que cet avantage économique se rattache à l'exploitation définie par les statuts* »<sup>321</sup>. L'article 1832 du Code civil nous enseigne l'objet social légal des sociétés qui est la recherche de bénéfices ou la réalisation d'économie<sup>322</sup>. L'enrichissement patrimonial est la raison d'être des sociétés ce qui permet de les différencier d'autres groupements tels que les associations qui ne peuvent, *a contrario*, poursuivre qu'un but altruiste. Le principe de spécialité a directement une incidence sur la délimitation des actes pouvant être consentis par les sociétés, *in fine* sur leur capacité à s'engager à l'égard des tiers. Les actes conclus par les sociétés doivent être conformes au principe de spécialité en respectant la vocation intéressée des sociétés. Partant, les actes, qui ont pour effet d'exposer la personne morale à des risques patrimoniaux sans contrepartie, entreront difficilement en conformité avec le principe de spécialité des sociétés.

**115. La capacité dans la réforme du droit des contrats** – La réforme du droit des contrats a tenté de consacrer les règles générales de capacité des personnes morales dans le Code civil. A l'issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1145 alinéa 2 du Code civil est venu présenter en ces termes que « *la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles* ». La version de cet article issue de l'ordonnance du 10 février 2016 a vocation à s'appliquer aux contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2018<sup>323</sup>. Sa rédaction interroge quant à la limitation apportée à la capacité des sociétés à s'engager. Une nouvelle appréciation de la capacité des personnes morales a donc été introduite par la réforme. Le

---

<sup>320</sup> J. HONORAT, « Société et cautionnement », *Defrénois*, 1982, art. 32970, p. 1590, spéc., n° 25 ; J. DEVEZE, A. COURET, G. HIRIGOYEN, *Droit du financement*, Lamy, 1995, n° 3286 : « *les difficultés proviennent de l'antinomie apparente entre cautionnement et société car cet engagement, gratuit et unilatéral, paraît peu compatible avec l'activité sociale* ».

<sup>321</sup> H. HOVASSE, « Sûretés et garanties - les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. et patr.*, 2001, n° 92, p. 76.

<sup>322</sup> C. civ., art. 1832 : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.* »

<sup>323</sup> En effet, la loi de ratification du 20 avril 2018 n° 2018-287 est venue réformer à nouveau l'article 1145 alinéa 2 du Code civil en faisant disparaître les références qui étaient sources de débats et de critiques. La loi de ratification du 20 avril 2018 a introduit l'article 1145 alinéa 2 qui dispose dorénavant que « *la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* » et a pour vocation de régir les contrats conclus à compter de son entrée en vigueur, soit le 1<sup>er</sup> octobre 2018.



texte s'est attaché à considérer que la société peut s'engager au titre « d'actes utiles » qui seront appréciés à la lumière de son objet social statutaire, et non légal, afin de déterminer si elle disposait de la capacité de conclure le contrat. Les auteurs ont critiqué le fait de devoir se référer à la notion « d'actes utiles » pour établir si la société avait la capacité de s'engager en soulevant une appréciation trop subjective et l'insécurité juridique qui en résultait <sup>324</sup>.

Il faut admettre que le terme « d'acte utile » constitue une notion floue en ce qu'elle laisse une place trop importante à l'immixtion du juge, *in fine* à un potentiel contentieux sur la validité des actes consentis par la société ouvrant la porte à l'immixtion du juge dans la gestion<sup>325</sup>. Les termes de l'article 1145 du Code civil ne fournissent effectivement aucune indication sur le mode d'appréciation de l'utilité de l'acte et en fonction de quel intérêt il faudrait le contrôler<sup>326</sup>. En effet, l'utilité de l'acte renvoie à apprécier la conformité du contrat projeté à l'aune de l'intérêt de la société. Le grief opposé à l'article 1145 alinéa 2 du Code civil est de n'avoir pas précisé l'intérêt de la société qu'il fallait protéger dans la conclusion du contrat.

Le texte poursuit en précisant que l'appréciation de l'utilité de l'acte doit s'effectuer au regard de l'objet social statutaire de la personne morale. La référence à l'objet social statutaire peut être considérée comme étant une acception classique de la capacité des personnes morales et du principe de spécialité. Il est régulièrement présenté que le principe de spécialité implique que la société ne soit engagée dans les limites à la fois de son objet social légal et statutaire. Or l'objet social statutaire fait plutôt référence à la règle des pouvoirs du dirigeant d'engager la société en son nom et pour son compte. L'objet social statutaire a pour fonction de fournir

---

<sup>324</sup> P. MOUSSERON, « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », *D.*, 2016, p.906 : « Cette innovation sémantique pourrait ne pas être anodine. Elle pourrait restreindre la capacité en augmentant l'exigence, qui de simple appréciation objective de l'inclusion dans l'objet social imposerait désormais une appréciation qualitative et subjective. Prenons l'exemple simple d'une société dont l'objet social consiste en des opérations mobilières et immobilières relatives à un bâtiment. La vente par cette société des meubles contenus dans cet immeuble entrera dans l'objet social mais pourrait ne pas être nécessairement « utile » à celui-ci dès lors que cette vente porterait sur des biens nécessaires à la bonne exploitation de l'immeuble ou se ferait à un prix trop faible. D'une certaine façon, c'est la cause du contrat, par ailleurs rejetée par la grande porte du code civil, qui pourrait refaire son retour par la fenêtre du droit de la capacité des personnes morales. C'est à la jurisprudence qu'il appartiendra de trancher, et il semble conforme aux objectifs de sécurité juridique que celle-ci retienne une interprétation objective de l'« utilité » par laquelle tout acte relevant ou entrant dans l'objet social sera considéré comme lui étant utile ».

<sup>325</sup> La sanction encourue pour le cas d'incapacité d'une personne morale est la nullité relative de l'acte juridique. V., C. civ., art. 1147.

<sup>326</sup> D. HOUTCIEFF, « Capacité des personnes morales après la réforme : c'est bien plus beau lorsque c'est inutile ? », *Lexbase Hebdo éd. Aff.*, 2018, n° 560 : « La notion d'utilité a du reste cet inconvénient d'être subjective : non seulement son appréciation varie suivant qu'il s'agit de réaliser l'objet d'une association, d'un syndicat de copropriétaires ou encore d'une société anonyme, mais elle peut être jaugée à l'aune d'intérêts commerciaux, financiers, stratégiques ou politiques qui ne se recouvrent pas ».

une liste d'activités, d'actes pouvant être accomplis par la société. En fonction de cette liste d'actes mais également de la raison sociale, la société sera ou non engagée envers les tiers au titre du contrat consenti par ses dirigeants, alors que, l'objet social légal constitue le niveau de protection supérieur des sociétés en ce qu'il permet de vérifier si ces dernières avaient la capacité de s'engager en déterminant la conformité de l'acte au but lucratif de la société. L'appréciation de l'utilité de l'acte n'a de sens que pour contrôler l'existence d'une contrepartie patrimoniale à l'engagement de la société afin de vérifier si l'acte n'est pas contraire à l'intérêt social.

En raison des nombreuses critiques, la loi de ratification du 20 avril 2018 a abandonné la référence à la notion « d'actes utiles » apprécié au regard de l'objet social statutaire pour se limiter à proclamer que « *la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* »<sup>327</sup>.

**116. Capacité et conception institutionnelle de la société** – Les règles de capacité font référence à l'approche institutionnelle de la personne morale<sup>328</sup>, en dehors de la considération des intérêts propres de ses associés ou actionnaires. Elles visent à protéger l'intérêt de la société en tant que personne morale à part entière qui poursuit son intérêt personnel à savoir un intérêt patrimonial, lucratif, se définissant par le partage de bénéfices et la réalisation d'économies. Il s'agit de la protection suprême de la société, pour sa survie, sa stabilité financière. L'appréciation de la conformité de l'acte ne pourra se faire en considération des intérêts additionnés des membres de la société mais seulement au regard de l'intérêt social.

La loi Pacte<sup>329</sup> consacre l'approche institutionnelle de la société par la modification de l'article 1833 alinéa 2 du Code civil, lequel énonce désormais que « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »<sup>330</sup>. La modification législative a été source de nombreuses et vives critiques<sup>331</sup>. Tel

---

<sup>327</sup> L. 20 avril 2018 n° 2018-287.

<sup>328</sup> Par opposition à l'approche contractuelle de la société selon laquelle l'intérêt social résulte de l'addition des intérêts des associés ou actionnaires ; V. *infra*, n° 116.

<sup>329</sup> L. n° 2019-486, 22 mai 2019 : JO, 23 mai 2019 ; Cons. const., 16 mai 2019, n° 2019-781 DC : JO, 23 mai 2019 ; *Defrénois* flash 27 mai 2019, n° 150, p. 1.

<sup>330</sup> La réforme est transposée au sein des dispositions spéciales relatives aux SA : v. C. com. art. L. 225-35 et L.225-64.

que le note le professeur François-Xavier Lucas, « *l'affirmation de la nécessité que la société soit gérée dans son intérêt social est d'autant plus vouée à décevoir qu'elle ne modifie en rien le droit existant, ce que l'étude d'impact juridique reconnaît avec une touchante naïveté lorsqu'elle pronostique que l'effet de cette proclamation tautologique [devrait être nul, puisqu'il ne s'agit que de reprendre explicitement une notion actuellement appliquée par la jurisprudence]* »<sup>332</sup>. Il est vrai que l'intégration dans le Code civil de l'obligation de gérer la société dans son intérêt social n'apporte guère au droit positif. En effet, la jurisprudence use d'ores et déjà de la notion d'intérêt social afin de contrôler les actes passés au nom et pour le compte de la société. Or le professeur Antoine Tadros souligne à juste titre que « *son inscription au sein de l'article 1833 n'a de sens que si le législateur entend donner une directive quant au domaine et/ou contenu de la notion (...). Dépourvue de contenu, la consécration de l'intérêt social interroge* »<sup>333</sup>.

L'intention du législateur était en effet de consacrer l'approche institutionnelle de l'intérêt social sans pour autant lui assigner de contenu<sup>334</sup>. Outre l'absence de définition apportée à l'intérêt social, son articulation avec la prise en compte dans la gestion des enjeux sociaux et environnementaux interroge. En effet, ces derniers intègrent-ils la notion d'intérêt social ? A

---

<sup>331</sup> F.-X. LUCAS, « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS*, sept. 2018, n° 118, p. 477 ; A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p. 1756 ; D. PORACCHIA, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS* juin 2019, n° 119, p. 40 ; H. LE NABASQUE, « A propos de la réforme de l'article 1833 du Code civil », *BJS* sept. 2019, n° 120, p. 1.

<sup>332</sup> F.-X. LUCAS, « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », art. préc. : l'auteur éclaire sur la *ratio legis* d'une telle modification. « *Reposant sur une navrante confusion entre l'entreprise et la société, ces dispositions cherchent à remédier à l'excès d'avidité reproché à certains propriétaires d'entreprises en modifiant le droit des sociétés, perdant de vue que non seulement nombre d'entreprises sont exploitées par des personnes physiques qui n'ont aucune vocation à se voir appliquer le droit des sociétés, et que par ailleurs nombre de sociétés n'exploitent aucune entreprise et ne devraient pas avoir à subir une réforme qui a pris cette dernière pour cible. Ce ne sont pas les sociétés en général qu'il faut réformer mais seulement la poignée de sociétés par actions qui, étant soumises aux contraintes des marchés et à l'obsession de la création de valeur actionnariale, sont concernées par les excès d'une financiarisation qui, dans sa version débridée, heurte le sens commun. Au-delà, il faut signaler que le contrat de société n'est pas la cause des maux dénoncés car, s'il vise à enrichir les associés, c'est au même titre que d'autres contrats permettant l'exercice d'une activité économique. La location procure au bailleur des revenus, la vente vise à enrichir le vendeur et le crédit le banquier, sans que personne n'ait jamais prétendu imposer à ces parties de modifier l'économie du contrat au nom d'enjeux sociaux et environnementaux. Pourquoi devait-il en aller différemment pour le contrat de société et pourquoi faudrait-il imposer aux seuls associés de défendre un intérêt qui n'est pas le leur et des valeurs qu'il revient à la loi de garantir ?* ».

<sup>333</sup> A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », art. préc.

<sup>334</sup> D. PORACCHIA, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », art. préc.

défaut, quelle est la hiérarchie<sup>335</sup> établie entre le respect de l'intérêt social et l'obligation de prendre en considération les enjeux environnementaux et sociaux<sup>336</sup> ? A la lecture du texte, de l'étude d'impact<sup>337</sup>, il apparaît que les enjeux sociaux et environnementaux constituent un élément extérieur à la notion d'intérêt social, laquelle reflète l'intérêt propre de la société. Néanmoins, la prise en considération de ces enjeux influencera nécessairement la prise de décision. Il résulte unanimement en doctrine que le processus décisionnel doit être adapté à cette nouvelle obligation légale à peine d'engager la responsabilité des dirigeants<sup>338</sup> ou même de fonder une juste révocation<sup>339</sup>. L'intégration de l'obligation de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux dans le processus de décision constitue désormais une obligation autonome engageant *de facto* la responsabilité des acteurs sociaux<sup>340</sup>. Il leur appartiendra donc d'une part d'agir dans l'intérêt social<sup>341</sup> puis de déterminer si la décision projetée respecte les enjeux sociaux et environnementaux. Néanmoins, un doute persiste

---

<sup>335</sup> A. TADROS, art. préc. : « Ces différentes questions conduisent à réclamer l'établissement d'une hiérarchie entre l'intérêt social et les enjeux sociaux et environnementaux. Certes, l'étude d'impact indique qu'une telle hiérarchie existe au profit de l'intérêt social et qu'elle repose sur la lettre du nouvel article 1833 du code civil. Selon nous, elle n'est guère évidente à la seule lecture du texte et mériterait, si telle est réellement la volonté des rédacteurs du projet, d'être explicitée pour éviter toute difficulté d'interprétation, (...) ».

<sup>336</sup> H. LE NABASQUE, « A propos de la réforme de l'article 1833 du Code civil », art. préc. : Soulignant la portée de l'obligation de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux, l'auteur explique qu'« en revanche, l'obligation qu'ont nouvellement les dirigeants de « prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux » liés à l'activité de la société qu'ils dirigent est une réforme importante. On entend dire, ici ou là, qu'elle ne retentira pas sur le régime de responsabilité des dirigeants : ce n'est pas si certain car la phrase, aujourd'hui, est au texte de l'article 1833, alors qu'elle n'y figurait pas auparavant : de sorte qu'il faut prendre au sérieux l'idée, énoncée dans le même exposé des motifs, selon laquelle : « Si l'intérêt social correspond ainsi à l'horizon de gestion d'un dirigeant, la considération de ces enjeux (sociaux et environnementaux) apparaît comme des moyens (sic) lui permettant d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ces décisions. Par conséquent, un éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver à lui seul l'inobservation de cette obligation. Ce sont ces moyens et ces réflexions (qui, s'ils manquent, permettront de le faire) ». On en déduit, dans les sociétés concernées, que c'est tout le processus décisionnel qui devra être revisité (création de comités, dédiés à l'examen de ces enjeux, recours, - dans certains cas – à des experts qualifiés), car il est parfaitement illusoire de croire un seul instant que, demain, la seule mention dans le procès-verbal des délibérations d'un conseil que ce dernier a pris sa décision en prenant en considération sa dimension « sociale et environnementale » (un projet de fusion, par exemple, la cession d'une filiale, la fermeture d'un site, la réorganisation du groupe), si elle est de pure forme, suffira à chasser les chefs de responsabilité auxquels ses membres resteront exposés ».

<sup>337</sup> Une étude d'impact fut en effet réalisée sur la portée d'une telle modification : v. N. NOTAT, J.-D. SENARD, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », *La Documentation française*, 9 mars 2018.

<sup>338</sup> H. LE NABASQUE, art. préc. ; D. PORACCHIA, art. préc. ; A. TADROS, art. préc. ; D. SCHMIDT, « La loi PACTE et l'intérêt social », *D.* 2019, p. 633 ; D. SCHMIDT, « Loi PACTE – l'intérêt social », *JCl Com.*, Fasc. 25 ; A. LIENHARD, « Loi PACTE : consécration de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux », *D. actualités*, 16 avril 2019 ; *adde* Dossier sous dir. I. Urbain-Parleani, « La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ? », *Rev. sociétés* 2018, p. 551.

<sup>339</sup> A. TADROS, art. préc.

<sup>340</sup> Le rayonnement de l'obligation autonome de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux ne se réalise pas uniquement sur les dirigeants sociaux mais aussi sur les associés dès lors qu'ils participent à la gestion de la société. V. en ce sens : A. TADROS, art. préc.

<sup>341</sup> En ce sens, l'intérêt social constitue la boussole afin de guider les représentants sociaux dans leur prise de décision. V. *infra*, n° 213.

quant à l'identification de la faute : une décision conforme à l'intérêt social mais contraire aux enjeux sociaux et environnementaux peut-elle engager la responsabilité des décisionnaires ? Selon nous, si l'étude de l'impact sur ces enjeux a été réalisée et prise en compte dans la décision mais que celle-ci est indispensable au regard de l'intérêt social, alors la responsabilité ne devrait pas être engagée.

*b. Les règles de pouvoir*

117. **La représentation de la société** – « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* » affirmait avec ironie Gaston Jèze<sup>342</sup>. Le pouvoir décisionnel des sociétés repose en effet sur un mécanisme de représentation par ses dirigeants. Le pouvoir de décider au nom et pour le compte de la société est encadrée par les règles de pouvoir des représentants sociaux. Ceux-ci ont en effet pour obligation de respecter l'objet social statutaire. En cas de dépassement des pouvoirs, l'incidence sera différente selon que la société est à responsabilité limitée ou illimitée. Le dirigeant dispose d'un pouvoir légal de représentation de la société à responsabilité limitée de sorte que le dépassement de ses pouvoirs entraîne l'inopposabilité seulement en cas de mauvaise foi du tiers, tandis que dans le cas des sociétés à responsabilité illimitée, la société ne sera pas engagée.

118. **La société : une complémentarité entre les approches contractuelle et institutionnelle** – Le Code civil de 1804 a imposé une approche contractuelle de la société en mettant en évidence que celle-ci naît d'un contrat de société au sein duquel les intérêts de ses membres sont préservés et vont guider la vie de la personne morale. La société est avant tout un contrat où règne l'autonomie de la volonté des associés. Ce n'est qu'au début du XXème siècle que la doctrine administrative s'est opposée à l'approche contractuelle de la société en

---

<sup>342</sup> Citation attribuée à G. Jèze.

faisant émerger l'idée selon laquelle elle relèverait davantage de l'institution<sup>343</sup> que du contrat<sup>344</sup>.

En constatant que les associés membres d'une société avaient l'obligation de se soumettre soit aux décisions des majoritaires, soit à des règles impératives gouvernant le fonctionnement des sociétés nées de l'effet unique de la création d'une personne morale, les auteurs ont affirmé que la société constituait dès lors « *des groupements humains permanents et organisés, établis en vue d'atteindre un but d'intérêt collectif. Elles sont une réalité sociale distincte des individus* »<sup>345</sup>. Mais à l'encontre de cette approche nouvelle, certains ont soulevé que le lien contractuel pouvait parfaitement s'adapter à la figure de la société expliquant ainsi l'existence de limite à l'autonomie de la volonté, telle que le démontre la soumission des associés minoritaires à la décision des majoritaires.

Les approches tant institutionnelle que contractuelle ont connu une modernisation de leur pensée. Le renouvellement de l'approche institutionnelle fut l'œuvre de l'École de Rennes qui a conceptualisé la théorie dite de l'entreprise<sup>346</sup>. La société constitue « *la résultant des différents intérêts catégoriels au sein de l'entreprise* »<sup>347</sup>, comprenant ainsi l'intérêt des créanciers, débiteurs, salariés, etc. Il en résulte que l'intérêt de la société est distinct de l'intérêt de ses associés puisqu'il est composé de la somme de plusieurs catégories d'intérêts opposés. La difficulté de cette théorie réside dans la multitude d'intérêts représentés au sein

---

<sup>343</sup> Sur la notion d'institution considérée comme étant le fait pour les parties de devoir accepter ou rejeter un ensemble de règles sans avoir la faculté de les modifier sauf si la loi le précise, v. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris Sirey, 1946, p. 14 ; M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation, Essai de vitalisme social », *Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, 1933, Bloud et Gay : « *une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* ».

<sup>344</sup> M. HAURIOU, E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, n° 30-31, 1995, p. 391. ; E. GAILLARD, *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, 2<sup>e</sup> éd., 1933 ; G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., n° 40, Paris 1951 ; J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société » in *Études offertes à A. SAYAG*, 1997, p.131 ; C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987 ; M.C. DUCOULOUX-FAVARD, « Notes de leçon sur le contrat social », *D.* 1997, 319 ; J. PRIEUR, « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Études offertes à A. SAYAG*, 1997, p. 371 ; J. C-I. MAY, *La société : contrat ou institution ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p.122 ; FI. DEBOISSY, *Le contrat de société*, in *Le contrat, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. LV, Société de législation comparée, 2008, p. 119 et s. ; T. FAVARIO, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. Sociétés* 2008, p. 53 et s. ; J. -F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012.

<sup>345</sup> J. BRETHERS DE LA GRESSAYE, « Institution », *Rép. Civ.* Dalloz.

<sup>346</sup> La théorie de l'entreprise est née de la pensée par les auteurs de l'Université de Rennes donnant ainsi le nom de l'École de Rennes à ce mouvement doctrinal.

<sup>347</sup> V. J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP N* 1985, n°27. 100740.

de l'entreprise emportant inévitablement une contradiction entre tous : l'intérêt des associés est différent de celui des salariés et de celui des créanciers. La question se pose alors de savoir quel est l'intérêt qui prime lors de la prise de décision par la société. En parallèle, l'approche contractuelle a été analysée à l'aune de l'acte juridique unilatéral qui compose l'expression de la volonté d'un être unique<sup>348</sup>. La lecture de la société par l'acte juridique unilatéral n'apporte pourtant rien à l'approche contractuelle de la société et ne permet pas de répondre à ses lacunes.

Selon nous, l'approche contractuelle n'est pas exclusive de la conception institutionnelle. Au contraire, elles sont complémentaires afin de comprendre l'entière dimension du contrat de société<sup>349</sup>. Le caractère hybride marque profondément la société. La création d'une société naît de la volonté des fondateurs, rassemblés par *l'affectio societatis*. Lors de la constitution de la société, l'autonomie de la volonté est totale. En effet, ce sont eux qui vont opérer le choix de la structure de la société, de son régime juridique impératif et décider des statuts<sup>350</sup>. Le choix leur est souverain de créer les règles qui gouverneront le fonctionnement de la société. En droit des contrats, ce sont bien les parties qui décident de la façon dont la relation

---

<sup>348</sup> Selon cette conception, l'acte juridique est considéré comme étant individuel dans le cadre de sociétés unipersonnelles tandis qu'il sera collectif en présence de sociétés pluripersonnelles.

<sup>349</sup> L'approche contractuelle ne doit pas avoir pour effet d'exclure l'approche institutionnelle qui permet d'apporter des explications là où le bât blesse. V. en ce sens : Y. GUYON, *Les sociétés*, in *Traité des contrats*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., n° 8 : « *La société a une nature plus institutionnelle que contractuelle. En effet si la volonté individuelle est nécessaire, en ce sens qu'on n'est jamais obligé de faire partie d'une société, son rôle est assez limité. D'une part les fondateurs n'ont le choix qu'entre des formes sociales organisées par le législateur. Pour prendre une comparaison tirée du droit des contrats, on dirait qu'il n'existe que des sociétés nommées et non des sociétés innommées ou « sui generis ». D'autre part les associés n'ont pas la faculté de modifier toutes les règles applicables à la forme de société qu'ils ont adoptée. Beaucoup de règles ont, en effet, un caractère impératif. Cependant, de ce second point de vue, la situation est assez diversifiée. Certaines formes sociales, notamment les SARL et surtout les sociétés anonymes, ne laissent que peu de place à la volonté individuelle. (...) Au contraire les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif et les sociétés par actions simplifiées sont des structures moins contraignantes. De même encore la nullité des sociétés obéit à un régime restrictif, qui n'est pas sans rappeler celui applicable aux nullités du mariage. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'éviter les conséquences dangereuses de l'annulation rétroactive d'une situation qui a produit ses effets non seulement entre les parties – époux ou associés – mais aussi à l'égard des tiers ».*

<sup>350</sup> L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, 2 vol. 3<sup>e</sup> éd. 1932, n° 168 : l'auteur apporte une analyse pertinente de l'existence d'une loi intérieure à la personne morale : « *Il y a dans toute personne morale une sorte de vie intérieure, qui est réglée par la personne morale elle-même, dans la mesure où la législation générale lui laisse le droit de le faire. Ce pouvoir intérieur découle directement de l'existence même du groupement organisé ; il n'est point créé par la loi ; il est seulement reconnu et délimité par elle. C'est une part d'autonomie, d'indépendance qui est, non donnée, mais laissée au groupe. Ce pouvoir comprend dans une mesure plus ou moins large, le droit de régler par des statuts les rapports internes du groupe (nomination, révocation et compétence des organes, droits et obligations des membres en ce qui concerne la vie corporative) ; et le droit d'appliquer ces statuts aux membres et aux organes du groupe. Les statuts forment pour la corporation une véritable loi intérieure (...). Les dispositions écrites que les statuts renferment sont, comme celles de la loi elle-même complétées par les traditions intérieures, et doivent être interprétées d'après les idées qui règnent dans le groupement, d'après l'esprit qui l'anime, comme la loi doit être interprétée dans l'esprit du milieu social qui lui a donné naissance ».*

contractuelle va s'organiser et *in fine* le régime juridique auquel elles devront se soumettre. La force obligatoire des contrats est sans contestation un corollaire de l'autonomie de la volonté. L'article 1103 du Code civil affirme que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Il est dès lors légitime que les associés minoritaires se soumettent à la loi des statuts et aux décisions des associés majoritaires. L'autonomie de la volonté a toujours eu comme limite la force obligatoire du contrat<sup>351</sup>.

Adopter entièrement une approche contractuelle aboutit pourtant à nier la particularité du contrat de société qui fait naître une personne morale, distincte de la personne de ses fondateurs. Souvent, cet intérêt se recoupe avec celui de ses membres ; à défaut, l'approche institutionnelle apporte une protection de l'intérêt propre de la société face aux intérêts individualistes de ses membres. Dans l'exemple de l'efficacité des décisions des associés majoritaires, la limite résidera dans l'abus de majorité<sup>352</sup> caractérisé par une atteinte à l'intérêt social de la société. Au regard du processus décisionnel et de la validité des actes, le caractère hybride de la société se révèle, oscillant entre approche contractuelle et institutionnelle. L'acte consenti par une société doit effectivement respecter à la fois les règles de capacité et les règles de pouvoir des dirigeants. Les règles de capacité ont pour objet de préserver l'intérêt propre de la société tandis que les règles de pouvoir résultent quant à elles de la conformité de l'engagement au regard du contrat de société. La validité des sûretés pour autrui consenties par les sociétés le démontre.

### c. La validité des sûretés

**119. Plan** – La notion d'intérêt patrimonial indirect permet d'expliquer le contrôle opéré par la Cour de cassation lorsque la sûreté pour autrui est consentie par une société, plus précisément par une société à responsabilité illimitée. Au-delà de l'application des règles de pouvoir, la sûreté devra être conforme à l'intérêt social, *in fine* devra être justifiée par

---

<sup>351</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 74 : « *La théorie de l'autonomie de la volonté explique donc que la force obligatoire du contrat par la toute puissance de la volonté qui peut se donner à elle-même sa propre loi et par là-même se contraindre. L'individu est obligé parce qu'il l'a voulu et il n'est obligé que dans la mesure où il l'a voulu. On trouve trace de cette explication dans l'article 1103 du Code civil selon lequel si les contrats légalement formés « tiennent lieu de loi », c'est seulement à « ceux qui les ont faits », suggérant ainsi que la force obligatoire du contrat vient de la volonté propre des parties s'étant données cette loi* ».

<sup>352</sup> Sur la notion d'abus de majorité : v. notamment : J.-F. BARBIÉRI, « Abus de majorité par autorémunération des dirigeants », *BJS* 2020, n° 120, p. 16 ; A. BENOIT, I. PROD'HOMME, « Abus de majorité : toujours les mêmes critères », *Gaz. Pal.* 2018, n° 339, p. 63 ; TH. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Abus de majorité : de l'importance de la condition relative à l'intérêt social », *BJS* 2019, n° 119, p. 29 ; E. GUÉGAN, « Abus de majorité : retour sur le critère de la contrariété à l'intérêt social », *BJS* 2020, n° 121, p. 9 ; D. SCHMIDT, « Abus de minorité et de majorité : Évolutions ( ? ) », *BJS* 2007, n° 199, p. 745 ; P. STORCK, « Abus de majorité : conditions d'appréciation », *JCP N* 2019 p. 1330.



l'existence d'un intérêt matériel, par nature indirect. Néanmoins, il convient de distinguer selon que la sûreté est consentie par une société à responsabilité illimitée (i) ou à responsabilité illimitée (ii) puisque les règles seront en effet distinctes en fonction du régime de responsabilité des associés ou actionnaires.

i. Sociétés à responsabilité illimitée

**120. La responsabilité illimitée des associés : les exemples de la société en nom et de la société civile** – Les associés de sociétés à responsabilité illimitée sont tenus indéfiniment au passif social de sorte que leur responsabilité ne se limite pas au montant de leurs apports. Dans le cas de la société en nom collectif, l'article L.221-1 du Code de commerce impose une responsabilité indéfinie et solidaire. Les auteurs qualifient leur engagement de garantie légale en considérant qu'ils sont des débiteurs subsidiaires de la société<sup>353</sup>. En effet, la responsabilité indéfinie et solidaire d'un associé en nom implique que le créancier ait l'obligation d'agir en paiement contre la société avant d'exercer un recours à l'encontre des associés. En cas de défaillance, il pourra agir contre l'associé en nom de son choix, lequel disposera d'un recours à l'encontre de la société puisqu'ils n'ont pas vocation à supporter définitivement le poids de la dette sociale. Le mécanisme de la garantie se retrouve ainsi dans le fonctionnement de la responsabilité des associés en nom. Les sociétés civiles répondent à un principe de responsabilité similaire. L'article 1857 du Code civil énonce qu'ils sont indéfiniment tenus des dettes de la société. Néanmoins, l'article poursuit en précisant qu'il ne s'agit pas d'une obligation solidaire mais d'une obligation conjointe. L'engagement conjoint des associés d'une société civile s'effectue, « à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements ». Les statuts peuvent prévoir une répartition non proportionnelle des pertes au regard des apports effectués par les associés. En outre, l'associé d'une société civile ne peut plus être poursuivi par un créancier social dès lors qu'il a cédé ses parts.

Il existe un rapport entre le régime de responsabilité illimitée et les règles de pouvoir. La société n'est effectivement engagée que par les actes consentis dans la limite de son objet

---

<sup>353</sup> P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2019, n° 1398 : « La doctrine discute de la nature de l'engagement que l'article L.221-1 fait peser sur les associés en nom. Pour certains, il s'agit d'un cautionnement solidaire. Pour d'autres, c'est une garantie légale. La seconde opinion nous semble plus juste. En effet, si les associés sont solidaires entre eux, ils ne le sont pas avec la société, qui est le débiteur premier (c'est elle qu'il faut préalablement mettre en demeure), et dernier (si un ou plusieurs associés paient une dette sociale, ils disposent d'un recours subrogatoire contre la société, qui, à raison de sa personnalité propre, est le débiteur final de ses créanciers). Les associés sont donc débiteurs subsidiaires ».

social<sup>354</sup>. Cette mesure apporte une protection supplémentaire aux associés afin d'encadrer les hypothèses dans lesquelles leur responsabilité pourrait être engagée au titre des actes consentis au nom et pour le compte de la société. Finalement, les sociétés ont pour obligation de respecter deux principes lorsqu'elles ont à consentir un acte : la capacité à consentir et le pouvoir de conclure l'acte juridique<sup>355</sup>.

**121. La validité des sûretés consenties par les sociétés à responsabilité illimitée : la saga jurisprudentielle** – Les représentants des sociétés à responsabilité illimitée ont pour obligation de respecter l'objet social statutaire. A défaut, l'acte ne sera pas opposable aux tiers, marquant *de facto* son inexistence juridique. L'on sait que l'opposabilité est une condition pour que le contrat puisse avoir une valeur dans l'ordre juridique<sup>356</sup>. Les sûretés pour autrui n'échappent pas à l'exigence<sup>357</sup>. Néanmoins, il s'est avéré que très peu de sociétés prévoyaient au sein de leurs statuts la faculté de consentir des sûretés pour garantir la dette d'un tiers. L'objet social statutaire a vocation à définir l'activité plutôt que de préciser la possibilité d'apporter des soutiens financiers à autrui en consentant des sûretés<sup>358</sup>, d'autant plus que le fait de souscrire des garanties relève du monopole bancaire et ne saurait être érigé en activité habituelle<sup>359</sup>.

De ce constat, la première chambre civile est venue apporter une atténuation à la rigueur de la solution en proposant trois conditions alternatives afin de respecter les règles de pouvoir<sup>360</sup>. Elle a donc affirmé que le cautionnement hypothécaire n'encourt pas la nullité dès lors qu'il entre dans l'objet social statutaire ou à défaut qu'il résulte soit d'une décision unanime des

---

<sup>354</sup> Pour les sociétés civiles, v. C. civ., art. 1849 ; pour les sociétés commerciales, v. C. com., art. L.221-5.

<sup>355</sup> En effet, les approches institutionnelle et contractuelle ont vocation à se rencontrer. Les représentants de la société ont pour obligation de respecter l'objet social statutaire mais aussi agir dans l'intérêt propre de la société. V. *supra*, n° 116.

<sup>356</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 514 : « Dire que le contrat a un effet relatif ne signifie pas qu'il soit dépourvu de tout effet à l'égard des tiers. L'effet relatif du contrat se limite en effet à son effet obligatoire, c'est-à-dire à l'obligation d'exécuter le contrat (ou au droit réciproque de le faire exécuter). Le contrat est en revanche opposable à tous (on parle d'opposabilité *erga omnes*), c'est-à-dire également aux tiers. En d'autres termes, si le contrat n'oblige que les parties, il doit être, dans son existence, respecté par tous. ».

<sup>357</sup> M. GERMAIN, « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, p. 289, spéc., p. 293.

<sup>358</sup> Y. CHAPUT, « Objet social », *Rép. Sociétés*, Dalloz, n° 47.

<sup>359</sup> Sur le monopole bancaire, v. TH BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2017, n° 275 et s.

<sup>360</sup> Cass., Civ., 1<sup>ère</sup>, 8 nov. 2007, n°04-17893 : « alors que le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés, sans préciser, à défaut d'une décision de l'assemblée générale des associés, que le cautionnement remplissait l'une de ces conditions, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ».

associés soit d'une communauté d'intérêts entre la société caution et la société cautionnée<sup>361</sup>. Lorsque la sûreté respecte l'une des trois conditions, alors sa validité ne peut encourir le moindre grief. L'accord unanime des associés constitue une condition qui permet de suppléer l'absence de mention au sein de l'objet social statutaire de la possibilité pour la société de consentir des sûretés<sup>362</sup>. Les actes qui ne sont pas prévus dans l'objet social peuvent l'être par des décisions unanimes effectuées par les associés au sein des sociétés de personne. La condition a vocation à garantir la bonne mise en œuvre des règles de pouvoir, tandis que le critère de la communauté d'intérêts s'en éloigne. Le critère exige de déterminer si la société garantie et le garant sont liés économiquement par leurs activités, ou par leurs associés. *In fine*, cela tend à définir si l'opération est justifiée en raison du lien entre les deux sociétés sans pour autant caractériser l'avantage espéré. Le professeur Laurent Aynès en a justement conclu que cette condition revenait à contrôler, *a minima*, la conformité de la sûreté à l'intérêt social<sup>363</sup>.

Or la chambre commerciale et la troisième chambre civile s'élevèrent instantanément à l'encontre de cette décision en relevant l'insuffisance des conditions, et de fait exigèrent en outre un contrôle de la conformité de la sûreté à l'égard de l'intérêt social. L'existence du consentement unanime des associés<sup>364</sup> et d'une communauté d'intérêts entre la société caution

---

<sup>361</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 nov. 2007, arrêt préc.

<sup>362</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, p° 117 : « *Les statuts doivent donc faire entrer le cautionnement dans l'objet social. A défaut, l'engagement doit être précédé d'une modification des statuts, ou, ce qui revient au même, d'une décision des associés unanime* ».

<sup>363</sup> L. AYNÈS, « Validité d'un cautionnement n'entrant qu'indirectement dans l'objet social de la société garante », *D.* 2001, p. 692 : le Professeur Laurent Aynès explique que les actes consentis par les sociétés doivent nécessairement entrer dans l'objet social et être conforme à l'intérêt social. La difficulté que représente le contrat de cautionnement est « *de rendre la caution unilatéralement débitrice* ». Les cautionnements consentis à titre gratuit ne seront pas conciliables avec le but lucratif des sociétés et les cautionnements à titre onéreux relèvent quant à eux du monopole bancaire. L'auteur relève que la problématique vise en particulier ce que l'on appelle « le cautionnement intéressé ». Alors, « *cette catégorie d'actes brouille la distinction entre objet social et intérêt social : un cautionnement ne peut entrer dans l'objet social qu'à la condition de présenter un intérêt pour la société. C'est ce qui explique que les tribunaux ne se livrent pas au contrôle de la régularité du cautionnement distinctement sur le terrain de l'objet, puis sur celui de l'intérêt social, mais contemplent l'intérêt social, afin d'étendre l'objet social et y inclure le cautionnement. De là, la formule utilisée à nouveau (V. déjà, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mars 1988, Bull. civ. I, n° 75) dans le présent arrêt : « si le cautionnement donné par une société n'entre pas directement dans son objet social, ce cautionnement est néanmoins valable lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la société cautionnée* ». En cela, la condition tenant à l'existence d'une communauté d'intérêts permettait de contrôler la conformité à l'intérêt social mais *a minima*.

<sup>364</sup> Cass. com., 8 nov. 2011 n° 10-24438 : En l'occurrence, « la garantie hypothécaire » avait été consentie à la suite d'une délibération de l'ensemble des associés de la SCI. Cela fut jugé insuffisant pour les juges du fond qui la déclarèrent contraire à l'intérêt social et également par la chambre commerciale qui considéra que « *la sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social (...)* ».

et le débiteur principal<sup>365</sup> ne suffisent pas à rendre valable la sûreté valide, encore faut-il contrôler sa conformité à l'intérêt social. La solution trouve une justification par le fait que seules les règles de pouvoir étaient assurées par ce régime et non les règles de capacité des sociétés.

En effet, l'accord unanime des associés a trait à une extension de la condition de l'objet social statutaire puisqu'il est permis à ces derniers de modifier les statuts au moyen d'une assemblée générale extraordinaire. La communauté d'intérêts entre la société caution et le débiteur principal a pour fonction de contrôler *a minima* la justification de l'acte pris par la société au regard de son intérêt en exigeant un lien entre les deux parties. L'appréciation souple de ce lien ne permettait pas de déterminer si l'engagement de la société était conforme au regard du principe de spécialité, *in fine* de son but lucratif. Finalement, il manquait à la décision de la première chambre civile le contrôle de la capacité de la société. Conformément à une approche hybride – à la fois institutionnelle et contractuelle – de la société, le respect des règles de capacité et de pouvoir doit être assuré<sup>366</sup>.

Par le contrôle de l'intérêt social, la Cour de cassation assure le respect du principe de spécialité en déterminant si la société poursuivait un intérêt à s'engager dans le contrat de sûreté. La sûreté qui aurait pour effet de mener la société à sa perte, sans aucune contrepartie patrimoniale, ne saurait être considérée comme étant valide nonobstant l'existence d'une décision unanime des associés ou d'un lien entre la société caution et le débiteur principal. La solution se comprend à la lumière du principe de spécialité de l'article 1832 du Code civil. La modification de l'article 1844-10 du Code civil par la loi Pacte ne semble pas avoir pour effet de remettre en cause la jurisprudence. Désormais le texte prévoit que « *la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition*

---

<sup>365</sup> Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11785 : une cour d'appel avait caractérisé l'existence d'une communauté d'intérêts entre la SCI qui avait consenti le cautionnement hypothécaire et le débiteur principal qui était l'associé majoritaire mais également le gérant et exploitant des parcelles dont était propriétaire la SCI. Les juges du fond en avaient ainsi déduit l'intérêt patrimonial qu'avait la SCI à soutenir financièrement son gérant. L'arrêt est cassé par la chambre commerciale au visa de l'article 1849 du Code civil : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le cautionnement n'était pas contraire à l'intérêt de la SCI, dès lors que le montant de l'engagement était tel qu'en cas de défaillance de M. X..., la société devait réaliser son entier patrimoine pour l'honorer, ce qui était de nature à compromettre son existence même, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1849 du code civil* ». La Cour de cassation a estimé que l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société garante et le débiteur principal est insuffisant dès lors que la sûreté est contraire à l'intérêt social, en ayant pour effet de mettre en péril l'existence même de la SCI. Le lien existant entre le débiteur principal et la SCI n'apporte pas une justification suffisante pour admettre le risque encouru par la SCI. La notion d'intérêt social est ici un outil de protection de la société en tant que personne morale contre l'utilisation de ses associés.

<sup>366</sup> V. *supra*, n° 212.

*impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* »<sup>367</sup>. Rappelons que l'alinéa dernier de l'article 1833 impose une gestion de la société en conformité à son intérêt social et en prenant en compte les enjeux sociaux et environnementaux. Alors la nullité ne pourrait-elle être prononcée pour contrariété de l'acte à l'intérêt social ? Selon nous, la réforme n'a pas pour effet de porter atteinte aux solutions relatives aux sûretés contraires à l'intérêt social. Tel que le note M. Didier Poracchia, il convient de distinguer selon que l'acte est interne – l'acte ou la délibération – ou externe à la société – le contrat –<sup>368</sup>. *De lege lata*, l'auteur relève que la jurisprudence opère d'ores et déjà cette distinction en prononçant la nullité des contrats pour contrariété à l'intérêt social et non des actes internes. Il en conclut que « *par conséquent, la nullité de l'acte conclu contrairement à l'intérêt de la société, laquelle nous semble fondée sur un défaut de capacité de la société à risque illimité de s'engager dans un acte contraire à ce pourquoi la loi lui a attribué la personnalité, ne dépend donc pas du régime des nullités des actes et délibérations des sociétés, mais du régime du droit commun* »<sup>369</sup>.

**122. La notion d'intérêt social : modalités d'appréciation** – L'appréciation de la notion s'opère selon deux approches : une approche négative permettant de déterminer la contrariété à l'intérêt social et une approche positive visant la conformité à l'intérêt social. *In fine*, les analyses tant négative que positive de la notion d'intérêt social vont révéler l'unique critère protégé à travers elle, à savoir l'existence d'une contrepartie, indirecte, à la sûreté consentie par la société pour autrui.

**123. Approche négative : la contrariété à l'intérêt social** – La contrariété à l'intérêt social, par la conclusion d'une sûreté consentie pour garantir la dette d'autrui, se caractérise lorsque l'existence même de la société est mise en péril posant ainsi la question de la consécration d'un droit subjectif des personnes morales à la vie indépendamment de la volonté de leurs fondateurs.

---

<sup>367</sup> La modification est l'œuvre d'un amendement déposé par la Commission spéciale « *afin d'éviter que le juge n'ait à s'immiscer de façon trop avancée dans la gestion et les orientations des sociétés, il est proposé qu'il n'ait pas à apprécier la conformité à l'intérêt social d'un acte ou une délibération sociale sur l'unique fondement de l'article 1844-10 (...). Cette proposition n'est pas de nature à remettre en question les solutions jurisprudentielles existantes en matière de contrariété à l'intérêt social, comme la théorie de l'abus de majorité* ». V. AN, amendement n° 1479, 3 sept. 2018.

<sup>368</sup> D. PORACCHIA, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », art. préc.

<sup>369</sup> D. PORACCHIA, art. préc., *ibid.* : l'auteur soulève malgré tout le possible renversement de la jurisprudence actuelle sur le fondement de cet article.

## 124. Un droit subjectif à la préservation de l'existence même de la société ? –

Au regard du régime prétorien, la protection de l'existence même de la société semble être établie, puisque les sûretés qui auraient pour effet de les mettre en péril se verraient, le cas échéant, privées d'effet en raison de leur contrariété à l'intérêt social<sup>370</sup>. La *mise en péril de l'existence même* de la société est expressément visée, *in fine* protégée, par les Conseillers de la Haute juridiction. Ainsi, lorsque l'appel de la sûreté entraîne fatalement la réalisation de l'entier patrimoine de la société caution en raison de la valeur inférieure du patrimoine social comparée au montant de l'engagement de la société caution<sup>371</sup> - introduisant *de facto* une exigence de proportionnalité entre la créance garantie et le patrimoine de la société garante –, la sûreté est frappée de nullité. L'actif de la société constitue ici le critère retenu par la Cour de cassation pour déterminer si l'engagement de caution a pour effet de grever entièrement ou trop lourdement le patrimoine social<sup>372</sup>. La solution n'est pas sans rappeler l'exigence d'un engagement proportionné en matière de cautionnement consenti par une personne physique<sup>373</sup>, soumis à une règle de proportionnalité à peine de déchéance du droit d'agir<sup>374</sup> du créancier tant que la caution n'est pas retournée à meilleure fortune<sup>375</sup>.

---

<sup>370</sup> Cass. com. 8 nov. 2011, *préc.*, ; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 12 sept. 2012, n<sup>o</sup> 11-17.948, *Bull. Civ. III*, n<sup>o</sup> 121 ; 388 ; Cass. com., 14 fév. 2018, n<sup>o</sup> 16-19.762.

<sup>371</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, *préc.* : « *en statuant ainsi sans rechercher qu'il le lui était demandé, si la garantie consentie par la SCI n'était pas contraire à son intérêt social, dès lors que la valeur de son unique bien immobilier évaluée à 133 000 euros était inférieure au montant de son engagement et qu'en cas de mise en jeu de la garantie, son entier patrimoine devrait être réalisé, ce qui était de nature à compromettre son existence même* » ; Cass. com. 14 fév. 2018, *préc.* : « *Qu'en se déterminant par ces seuls motifs, impropres à caractériser la conformité à l'intérêt social d'une garantie prise sur l'immeuble dont la société garante faisait valoir, sans être démentie, qu'il constituait tout son patrimoine immobilier et qu'elle ne tirait aucune contrepartie de l'opération* ».

<sup>372</sup> Ch. ALBIGES, « Précisions relatives aux conditions de validité d'une sûreté conclue par une société civile immobilière », *RLDA*, 2012 : en analysant l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 12 septembre 2012 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, n<sup>o</sup> 11-17.948), l'auteur a mis en exergue « *que la valeur de l'immeuble affecté en garantie constitue un élément déterminant. Il est en effet précisé que l'absence de conformité à l'intérêt social de l'engagement conclu par la société résulte de la « valeur de son unique bien immobilier » évalué à un montant inférieur au montant de son engagement. Dès lors, en cas de défaillance du débiteur principal et de la réalisation de la sûreté, « son entier patrimoine devrait être réalisé », risque de nature à compromettre de toute évidence l'existence même de la société. La troisième chambre civile de la Cour de cassation semble opérer un contrôle, certes implicite, de la proportionnalité entre les facultés financières du garant, en l'occurrence son patrimoine immobilier, et l'étendue de son engagement, pour en déduire qu'il existe un risque manifeste pour l'existence même de la société* ».

<sup>373</sup> E. SCHLUMBERGER, « Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », in *Mélanges en l'honneur d'Henri Hovasse*, LexisNexis, 2016, p. 169.

<sup>374</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, assoc. H. Capitant, juin 2017 : L'avant-projet de réforme du droit des sûretés propose d'abandonner la déchéance du droit d'agir en cas de cautionnement disproportionné pour retenir l'allocation de dommages et intérêts venant se compenser avec la dette garantie. V. *infra*, n<sup>o</sup> 493 et s.

<sup>375</sup> Initialement, l'exigence de proportionnalité en matière de cautionnement a été introduite par l'article L.314-18 du Code de la consommation issu de la loi du 31 décembre 1989 « *relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles* ». Cet article a eu pour effet d'interdire à un établissement de crédit – ou à une société de financement - de se prévaloir d'un cautionnement

La loi Dutreil<sup>376</sup> a généralisé l'exigence de proportionnalité des engagements des cautions personnes physiques, profane ou avertie<sup>377</sup>, face à un créancier professionnel. Le professeur Philippe Dupichot a soulevé le caractère anthropomorphique de la solution qui tend à rapprocher voire à assimiler la situation de la personne morale à celle des personnes physiques<sup>378</sup>.

Il s'avère que le rapprochement connaît néanmoins des limites<sup>379</sup>. En matière de sûretés consenties par des sociétés pour autrui, la disproportion n'a nul besoin d'être manifeste pour

---

conclu par une personne physique pour garantir un crédit régi par le Code de la consommation qui était manifestement disproportionné à ses biens et à ses revenus lors de la conclusion du contrat, sauf si la caution était retournée à une meilleure fortune au jour de l'appel en garantie. Pour la première fois, fut introduite une règle de proportionnalité en matière de cautionnement qui ne pouvait s'analyser comme étant une condition de validité du contrat puisque la proportionnalité s'analysait lors de la conclusion du cautionnement mais également lors de son exécution, pour déterminer l'existence d'un éventuel retour à meilleure fortune. La Cour de cassation est venue élargir le champ d'application de l'exigence de proportionnalité dans un premier temps par l'arrêt « *Macron* » par lequel elle s'est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile pour sanctionner une banque d'avoir obtenu un cautionnement d'un dirigeant social manifestement disproportionné et la condamner au paiement de dommages et intérêts venant se compenser avec la dette de la caution (v. Cass. com. 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188). Puis, la chambre commerciale a opéré un revirement de jurisprudence dans l'arrêt « *Nahoum* » en refusant de reconnaître la responsabilité d'une banque qui avait fait souscrire à un dirigeant de société un cautionnement disproportionné en estimant qu'il n'était pas établi que l'établissement de crédit disposait d'informations ignorées des cautions sur leur faculté de remboursement raisonnablement prévisible en l'état du succès escompté de l'opération garantie. La solution « *Macron* » est dès lors abandonnée pour laisser place à un devoir de mise en garde des créanciers professionnels dus aux cautions profanes dès lors que l'opération n'est pas économiquement viable.

<sup>376</sup> Loi Dutreil, 1<sup>er</sup> août 2003, C. conso., art. L.332-1 et L.343-4.

<sup>377</sup> Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-16.355, *Dr et patr.* Fév. 2013, 83, obs. PH. DUPICHOT : « *le caractère averti de la caution est indifférent pour l'application de ce texte* ». L'exigence de proportionnalité est dès lors réintroduite en matière de cautionnement consenti par un dirigeant social ; v. Cass. com. 13 avril 2010 n° 09-66.309.

<sup>378</sup> PH. DUPICHOT, « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? », *BJS*, mai 2015, n° 113, p. 260 : avec pertinence, l'auteur a souligné l'assimilation opérée par la jurisprudence entre le régime juridique du cautionnement consenti par une personne physique et celui consenti par une personne morale en constatant que « *la solution procède toutefois d'une assimilation excessive des personnes morales aux personnes physiques. Or cet assouplissement se manifeste sur deux plans* ». D'abord, il relève que la solution opère une distinction entre l'intérêt social et la somme des intérêts des associés fondateurs de la société « *confinant à la reconnaissance d'un droit à son existence même* ». Il en résulte que les actifs immobiliers détenus en SCI ne sont plus « *pratiquement un élément du crédit des associés* ». En effet, engager le patrimoine social dans leur seul intérêt devient insuffisant au regard de la jurisprudence actuelle. Ensuite, M. Dupichot fait le constat de l'exigence d'un engagement proportionné tel qu'en matière de cautionnement conclu par une personne physique. Or l'auteur a su mettre en exergue l'obstacle à l'assimilation entre les deux régimes qui résultent du fondement de la règle de l'interdiction de l'engagement disproportionné. « *En effet, on a pu dire que le cautionnement disproportionné serait combattu parce qu'il emporterait l'exclusion et donc la « mort » sociale d'une personne physique, injustement acculée à une possible ruine pour autrui. Mais comparaison n'est pas raison ! On rappellera ici une évidence: à la différence de pères et mères heureusement impuissants à méconnaître l'intérêt et le droit (authentique) à la vie de leur progéniture, des associés peuvent décider d'une dissolution anticipée (et donc d'une « mise à mort » pour filer la métaphore) de leur société aux termes de l'article 1844-7, 4° du Code civil, et ce à la majorité requise pour les modifications statutaires !* ». Pour en conclure que les associés devraient avoir le pouvoir de consentir à l'unanimité une sûreté pour autrui mais à condition d'avoir conscience de l'étendue et du risque inhérent à l'engagement.

<sup>379</sup> La sanction de la disproportion en matière de cautionnement disproportionné consenti par une personne physique est la déchéance du droit d'agir du créancier tandis qu'en matière de sûreté consentie par la

faire obstacle à la mise en œuvre de la garantie<sup>380</sup>. Il suffit de démontrer l'absence de rapport équivalent entre le montant de la créance garantie et le patrimoine social<sup>381</sup>. Surtout, la distinction fondamentale entre les deux régimes se loge dans la justification de l'engagement de la société caution<sup>382</sup>, permettant d'échapper à la sanction tandis qu'en matière de cautionnement conclu par une personne physique, les revenus escomptés de l'opération garantie ne seront pas pris en considération pour apprécier l'actif du patrimoine de la caution, donc le caractère disproportionné de son engagement<sup>383</sup>. La Cour de cassation estime en effet que l'engagement de la société caution réelle est consolidé par l'existence d'une contrepartie patrimoniale donnant ainsi une cause à la prise de risque<sup>384</sup>. C'est le cas d'une SCI qui se porte caution d'un prêt lui permettant d'acquérir des biens immobiliers qui intégreront son patrimoine et lui procureront des revenus fonciers<sup>385</sup>: l'avantage attendu permet alors de conférer une justification à la sûreté et au risque inhérent à celle-ci<sup>386</sup>. La notion d'intérêt

---

société pour garantir la dette d'autrui, la sanction se portera sur le terrain de la nullité. Or des critiques ont été soulevées à l'encontre de cette solution prétorienne en estimant qu'il n'était pas possible de soulever la disproportion d'un cautionnement réel, par définition limité à l'assiette de la garantie. V. *infra*, n° 482.

<sup>380</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, *préc.* ; Cass. com. 14 fév. 2018, *préc.*

<sup>381</sup> P. CROCQ, « L'accord unanime des associés ne peut pallier le défaut d'intérêt social résultant d'un cautionnement réel susceptible d'absorber totalement l'actif de la société », *RTD. civ.*, 2012, p. 754 : « *il n'en aboutit pas moins à un résultat qui peut paraître a priori quelque peu paradoxal dans la mesure où la personne morale garante de la dette d'autrui se trouve, de ce fait, mieux protégée qu'une caution personne physique à l'encontre d'un engagement trop important. En effet, la caution personne physique n'est protégée que dans la mesure où son engagement est disproportionné, c'est-à-dire supérieur au montant total de son patrimoine et de ses revenus, ce qui a notamment pour conséquence que l'exigence de proportionnalité ne peut pas s'appliquer dans le cas d'un cautionnement réel consenti par une personne physique puisque cet engagement étant au maximum égal à la valeur du bien donné en garanti, il est nécessairement inférieur ou égal aux facultés contributives de celui qui le consent (...)* ». L'auteur opère ensuite la comparaison avec l'engagement de la personne morale en concluant que la disproportion sera caractérisée dès lors son engagement est « *égal à la totalité de son patrimoine (comme c'était le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté) ou même seulement qu'il grève lourdement ce patrimoine* ».

<sup>382</sup> Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 avril 2017, n° 16-12.388 ; Cass. com., 14 fév. 2018, n° 16-19.762.

<sup>383</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 3 juin 2015, n° 14-13.126, *D.* 2015.2044, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2015. 1810, obs. P. CROCQ ; Cass. com., 22 sept. 2015, n° 14-22.913 ; *RTD com.* 2015. 727, n. D. LEGEAIS.

<sup>384</sup> Ph. DUPICHOT, « Derrière l'intérêt social de la SCI : la cause ? », art. préc. : le professeur Philippe Dupichot a relevé que la Cour de cassation subordonnait la validité de la sûreté pour autrui à l'existence d'une cause. « *De façon inavouable, l'arrêt commenté laisse entendre que la sûreté personnelle devrait être « causée » et justifiée par la perspective d'un « avantage », d'une contrepartie économique ? Point de cause et nulle justification lorsque, comme au cas d'espèce, l'entreprise de l'associé cautionné se trouvait à l'aube d'une cessation des paiements, que ce dernier était dans l'incapacité de travailler efficacement par suite d'un accident de voiture tandis que l'immeuble hypothéqué pour autrui était l'unique actif de la SCI...* ».

<sup>385</sup> Cass. com., 2 nov. 2016, arrêt préc.

<sup>386</sup> CH. JUILLET, « La validité d'une sûreté pour autrui consentie par une société à risque illimitée : « la boussole de l'intérêt social » perd le Nord », *RLDC* 2013 : l'auteur souligne l'existence d'un tempérament apporté par la Chambre commerciale et la troisième Chambre civile de la Cour de cassation résultant de la présence d'une contrepartie à la sûreté permettant de la valider malgré son caractère disproportionné ; mais il vient apporter une définition stricte à la notion de contrepartie en considérant : « *Cela étant, la troisième chambre civile et la Chambre commerciale admettent implicitement un tempérament à cette solution. À plusieurs reprises, elles ont en effet approuvé les juges du fond d'avoir annulé la sûreté au motif que celle-ci obérait*



social recouvre l'existence de la contrepartie qui constitue le fait justificatif à l'engagement risqué de la société.

Par conséquent, la contrepartie attendue de l'opération garantie a pour effet de sauver la sûreté. Il n'existe donc pas de droit subjectif à la préservation de la société puisque l'acte sera valable même s'il a pour effet de mettre en péril la société dès lors qu'il est justifié par un intérêt matériel.

**125. Distinction de régime juridique entre les sûretés pour autrui intéressées et désintéressées** – Il résulte de l'application de la règle une distinction de régime selon que la société a consenti une sûreté pour autrui intéressée ou désintéressée. Dans le cas où la société ne poursuivrait qu'un intérêt altruiste, la sûreté doit respecter une règle de proportionnalité entre le patrimoine social et le montant de la créance garantie. A défaut, elle va encourir la nullité pour contrariété à l'intérêt social dès lors que sa mise en œuvre aurait pour effet de réaliser l'entier patrimoine social. A l'inverse, dans le cas d'une sûreté pour autrui intéressée, l'existence de la contrepartie procure une cause à l'engagement de la société en la rendant conforme à son intérêt social, nonobstant le fait que la mise en œuvre de la sûreté aurait eu pour effet de réaliser son entier patrimoine. Il en résulte une différence de protection en fonction de l'intérêt poursuivi par la société<sup>387</sup> faisant émerger alors une sous-classification au sein même des sûretés pour autrui entre celles qui sont intéressées et celles qui ne le sont pas.

---

*gravement le patrimoine de la société « sans aucune contrepartie ». (...) Autrement dit, par un raisonnement a contrario (dont on n'ignore pas la faiblesse), il semble qu'en dépit de ce qu'elle obérerait gravement le patrimoine de la société, la sûreté serait valable si elle faisait l'objet d'une rémunération au profit de la société. En revanche, le caractère simplement intéressé de la sûreté résultant d'une communauté d'intérêts entre la société et le débiteur cautionné n'est pas suffisant pour valider la sûreté (Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826, précité ; Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11.785, précité ; comparer supra, n° 7) (...). A priori, ce tempérament semble parfaitement justifié. À lire l'article 1832 du Code civil, qui définit la société, il apparaît que celle-ci ne peut avoir d'autre but que la recherche d'un bénéfice ou d'une économie. En présence d'une sûreté pour autrui, il n'y aurait donc guère que la rémunération qui permettrait à la société de poursuivre ce but. Cependant, l'argument ne convainc qu'à moitié. D'abord, lorsque le législateur n'interdit pas les sûretés pour autrui consenties par une société à risque limité, il ne les subordonne pas à la rémunération de la société. A fortiori cette rémunération ne doit pas être la seule condition envisageable de la sûreté consentie par une société à risque illimité. Ensuite, l'article 1832 du Code civil n'interdit pas la recherche indirecte du bénéfice ou de l'économie. C'est ce que décide, assez justement semble-t-il, la première chambre civile lorsqu'elle valide les sûretés simplement intéressées en raison de la communauté d'intérêts entre la société et le débiteur garanti (v. supra, n° 7). Au fond, et de manière plus générale, dès lors que le but immédiat et le but médiate poursuivis par la société ne sont ni l'un ni l'autre altruistes, on ne voit guère en quoi la sûreté ne permettrait pas à la société d'atteindre son but, ne serait-ce que par des moyens indirects ».*

<sup>387</sup> Il sera démontré que le type d'intérêt va façonner le type de contrat, *in fine* son régime juridique qui prendra en compte, notamment, le risque pris par le garant. Le risque va ainsi avoir un effet sur la classification des sûretés pour autrui. V. *infra*, n° 192.

**126. Présomption simple de contrariété à l'intérêt social** – Finalement, la contrariété à l'intérêt social est simplement présumée en présence d'un engagement disproportionné de la société dont la sûreté consentie a pour effet de menacer son existence même. La présomption peut être renversée par la démonstration que l'opération est, malgré la disproportion, conforme à l'intérêt social en raison de l'existence d'une contrepartie patrimoniale attendue. A défaut, la sûreté consentie pour garantir la dette d'un tiers qui ne présenterait aucun avantage pour la société se verrait frapper de nullité pour contrariété à l'intérêt social<sup>388</sup>. L'analyse se confirme à la lecture de l'arrêt rendu par la chambre commerciale, le 14 février 2018, dans une espèce particulière où il s'agissait d'un cautionnement hypothécaire consenti par une société civile immobilière, portant sur son bien immobilier, en garantie de la dette d'une société appartenant au groupe familial au profit d'une banque qui avait accordé un prêt à cette dernière<sup>389</sup>. La société bénéficiaire du prêt ayant été placée en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit a alors mis en œuvre le cautionnement hypothécaire en délivrant un commandement de payer valant saisie vente et en assignant la société caution aux fins de vente forcée.

Or la nullité de la sûreté a été soulevée devant les juridictions puis rejetée par les juges du fond. Ces derniers ont relevé que la sûreté entrait dans l'objet social statutaire et résultait à la fois du consentement unanime des associés et d'une communauté d'intérêts entre la société caution et la société bénéficiaire de la sûreté puisqu'il s'agissait d'un même groupe familial. Les juges de la cour d'appel ont retenu que la sûreté entrait dans les statuts puisque « *la société a vocation à exploiter par bail ou tout autre moyen l'immeuble servant de siège social à la société Abeille distribution* » pour conclure que la garantie ne pouvait pas être contraire à l'intérêt social de la SCI. La censure était inévitable. En effet, bien que le consentement à la sûreté venait remplir deux conditions posées par la jurisprudence ancienne de la première chambre civile, à savoir la décision unanime et l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société caution et le bénéficiaire de la sûreté, les juges du fond auraient dû contrôler si le cautionnement hypothécaire consenti par la SCI était conforme à son intérêt social. Le consentement unanime des associés et l'existence d'une communauté d'intérêts n'ont plus pour effet de faire présumer la conformité à l'intérêt social. Or en l'occurrence, le cautionnement hypothécaire portait sur l'unique bien de la SCI et sa mise en œuvre aurait eu

---

<sup>388</sup> Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347 ; Cass. 3° civ., 27 avril 2017, n° 16-12.388 ; Cass. com. 14 fév. 2018, n° 16-19.762.

<sup>389</sup> Cass. com. 14 fév. 2018, arrêt préc.

pour effet de réaliser tout le patrimoine social. La Cour de cassation a dès lors caractérisé la disproportion de l'engagement. La contrariété à l'intérêt social de la SCI par le cautionnement hypothécaire était présumée à ce stade. La question se posait de savoir si le fait d'avoir consenti la garantie dans une situation de groupe familial était à même de justifier le risque pris afin de caractériser la conformité à l'intérêt social. La chambre commerciale n'a pas admis que l'existence d'un groupe familial constituait une contrepartie patrimoniale en affirmant que celle-ci « *ne tirait aucune contrepartie de l'opération* », cassant ainsi l'arrêt de la cour d'appel au visa des articles 1852 et 1854 du Code civil. La solution est fondée au regard des règles prétoriques sus énoncées. En effet, la circonstance du groupe familial est caractérisée par le fait que les deux sociétés disposaient du même gérant et du même siège social, ce qui était insuffisant à déterminer l'avantage économique qui serait résulté de l'opération litigieuse.

La notion d'intérêt social vient dépasser la satisfaction des intérêts des associés et même des fondateurs d'une société de personnes en venant protéger l'intérêt propre de la société. La vision institutionnelle de la société se retrouve consacrée par ces arrêts qui établissent la distinction entre la satisfaction des intérêts des associés de celle des intérêts de la société. La démonstration de l'existence d'un avantage patrimonial au profit de la société de son gérant ne permettait aucunement de présumer que cet avantage aurait bénéficié à la SCI en tant que personne morale autonome et indépendante.

Ainsi, la sûreté est présumée contraire à l'intérêt social en cas de disproportion. La présomption est cependant simple puisqu'elle peut être renversée par la preuve d'une contrepartie économique réelle à l'engagement. La solution s'avère critiquable au regard de la sécurité du crédit. On sait que de très nombreux français ont fait le choix de disposer de leur patrimoine immobilier au sein de sociétés civiles immobilières composant dès lors une richesse, donc une source de crédit. Or sur le fondement de ces arrêts<sup>390</sup>, les établissements de crédit deviennent frileux et préfèrent éviter de faire garantir des financements par des SCI, à tout le moins par des sûretés dont l'assiette reposerait sur les immeubles détenus par la

---

<sup>390</sup> Mais au regard du droit des sociétés, les solutions sont parfaitement fondées assurant le respect du principe de spécialité.

société<sup>391</sup>. Pour assurer la protection à la fois des sociétés et du crédit, il est fondamental de trouver un équilibre<sup>392</sup>.

**127. Approche positive : l'intérêt patrimonial indirect** – L'appréciation positive de la notion d'intérêt social a pour objectif de mettre en exergue les cas d'absence de contrariété à l'intérêt social. Cela recouvre deux séries d'hypothèses : lorsque la sûreté n'est pas considérée comme mettant en péril l'existence de la société et, lorsque la sûreté se justifie par une contrepartie espérée.

**128. L'absence de mise en péril de l'existence de la société** – La conformité à l'intérêt social se caractérise en présence d'une sûreté équilibrée ne mettant pas en péril la société. L'atteinte à la pérennité de l'existence de la société résulte du caractère disproportionné de la garantie. Ainsi, la sûreté réelle pour autrui, (le cautionnement réel ou hypothécaire), est susceptible d'être disproportionnée lorsque l'engagement de la société dépasse la valeur de son actif social ce qui a pour effet de réaliser son patrimoine entièrement en cas d'appel<sup>393</sup>. Selon une approche positive, l'absence de disproportion de la sûreté résulte d'un engagement inférieur à la valeur du patrimoine social, ce qui est le cas lorsque la valeur du bien social est supérieure au montant de la dette cautionnée<sup>394</sup>. La société ne met pas non plus son existence en danger lorsque son patrimoine social est composé de plusieurs immeubles dont seul l'un d'eux constitue l'assiette de la sûreté<sup>395</sup>. Les solutions sont fondées. Néanmoins, la Haute juridiction n'apporte aucun critère permettant d'identifier le point de

---

<sup>391</sup> PH. DUPICHOT, art. préc. : « *L'intérêt social ne serait donc pas, en cette matière, la somme des intérêts unanimes des associés. Lorsqu'elle a été dématérialisée à travers le voile sociétaire, la richesse immobilière n'est plus, pratiquement un élément du crédit des associés : le nantissement des parts de SCI devra être préféré à l'hypothèque... Pareille conséquence est économique désastreuse dans une France où plus d'un million de SCI abritent la propriété immobilière et ses démembrements* ».

<sup>392</sup> Le changement de sanction pourrait représenter le point d'équilibre par une réduction de l'engagement en lieu et place de la nullité de la sûreté. V. *infra*, n° 493.

<sup>393</sup> V. *infra*, n° 132.

<sup>394</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 déc. 2017, n° 16-26.500 : « *Mais attendu qu'ayant souverainement retenu que la valeur de l'immeuble donné en garantie par la SCI excédait le montant de son engagement, de telle sorte que la mise en jeu de la garantie ne pourrait pas entraîner la disparition de son entier patrimoine, la SCI pouvant réinvestir les sommes lui revenant après la vente conformément à son objet, la cour d'appel a pu en déduire que cet engagement, qui n'était pas de nature à compromettre son existence, n'était pas contraire à son intérêt social* ».

<sup>395</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 avril 2017, *préc.* : la Cour de cassation a relevé l'absence de mise en péril de l'existence de la société en considérant « (...) *que la SCI possédait d'autres immeubles que les deux appartements hypothéqués et retenu que la sûreté consentie par celle-ci, qui n'était pas de nature à compromettre son existence, n'était pas contraire à son intérêt social, le tribunal, qui, sans être tenu de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit qu'elle ne pouvait être frappée de nullité, a légalement justifié sa décision* ».

bascule de la disproportion <sup>396</sup>. Il s'agit, selon nous, d'un équilibre objectif : le montant de l'engagement doit être inférieur à la valeur du patrimoine social. Il conviendrait d'appliquer les règles d'appréciation de la disproportion du cautionnement de la personne physique, en laissant une marge d'appréciation au juge<sup>397</sup>. Le moment de l'appréciation doit également être calqué en imposant d'apprécier au jour de la conclusion de la sûreté tout en ménageant la faculté d'agir contre la société en cas de retour à meilleure fortune au jour de l'appel en paiement. La solution se comprend surtout au regard de la composition du patrimoine social, en particulier des SCI qui comprennent des biens immobiliers dont on sait que la valeur fluctue en fonction du marché.

**129. L'intérêt social et la contrepartie à l'engagement de la société** – L'existence d'un engagement équilibré présume de manière irréfragable la conformité à l'intérêt social. A défaut, si le caractère disproportionné de la sûreté est établi, il est possible de renverser la présomption par la preuve de la conformité à l'intérêt social <sup>398</sup>. Sur le droit substantiel, le contenu de la preuve vise la démonstration d'un intérêt de la société à s'être engagée à garantir la dette d'un tiers résultant de l'existence d'une contrepartie patrimoniale à son engagement.

---

<sup>396</sup> R. DALMAU, « Quelques précisions sur la contrariété d'une sûreté à l'intérêt social d'une SCI », *Revue des sociétés*, 2018, p.727 : « Du reste, l'arrêt laisse une certaine liberté aux juges du fond dans l'appréciation de la possibilité pour la société de poursuivre son objet social après la mise en jeu de la sûreté. En l'espèce, c'était le cas. L'engagement n'absorbait que la moitié de la valeur du bien hypothéqué. Dans ces conditions, la société pourra récupérer le surplus pour le réinvestir. Mais ce seuil de 50 % de la valeur du bien constituant l'unique actif de la société constitue-t-il un seuil absolu ? L'arrêt n'apporte pas de précision sur ce point. Le patrimoine restant était loin d'être négligeable. Il s'élevait à près de deux millions d'euros. La solution aurait-elle été la même pour une société moins richement dotée qui, tout en engageant seulement la moitié de son patrimoine, ne conservait pas de quoi acquérir un nouvel immeuble ? Dans cette hypothèse, il n'est pas certain que les sommes qui reviennent à la société permettent de poursuivre immédiatement l'objet social. Que penser alors du cas où la société ne récupère pas, après la vente et désintéressement du créancier, des sommes lui permettant d'acquérir immédiatement un nouvel immeuble sans avoir à obtenir un prêt ? On ne sait pas si la « poursuite de l'objet social » doit être effective immédiatement ou simplement possible. Par ailleurs, on peut aussi se demander quelle serait la solution si l'objet social mentionne expressément le bien objet de la sûreté. Il est vraisemblable que la simple vente de ce bien interdit la poursuite postérieure de l'objet social. La réponse à ces questions est pourtant susceptible d'ouvrir ou de restreindre la nullité. ».

<sup>397</sup> V. *infra*, n° 491, 492.

<sup>398</sup> Cass. com., 2 nov. 2016, n° 16-10.363 : « Mais attendu que l'arrêt relève que le cautionnement litigieux a permis à la SCI d'acquérir un patrimoine immobilier et de percevoir les revenus tirés du bail commercial exploité par le débiteur cautionné ou par les exploitants ultérieurs et retient que, sans ce cautionnement, elle n'aurait pu se doter ni d'immeubles, ni de revenus fonciers ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche, dès lors inopérante, du risque pouvant peser sur l'existence même de la société en raison du possible engagement de son entier patrimoine en cas de réalisation de la sûreté, a pu déduire que le cautionnement litigieux n'était pas contraire à l'intérêt social de la SCI ».

La Cour de cassation confirme la validité du cautionnement hypothécaire dès lors que les sociétés cautions avaient un intérêt à leur engagement<sup>399</sup>. *In fine*, la preuve de la conformité à l'intérêt social se réalise par la manifestation d'un intérêt de la société à l'opération garantie, visant ainsi les revenus escomptés de l'opération garantie<sup>400</sup>. L'intérêt porté par la société à l'opération garantie va se traduire sur le plan patrimonial. Cette dernière va espérer obtenir un avantage économique en contrepartie du risque. La solution témoigne d'un respect du principe de spécialité des sociétés. Celles-ci ne sauraient effectivement s'engager sans poursuivre un but lucratif. Le droit ne leur a pas conféré la capacité juridique pour prendre le risque de s'appauvrir pour autrui sans attendre de contrepartie.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale, le 10 février 2015, s'inscrit pleinement dans ce raisonnement, affirmant la validité de la sûreté eu égard à la contrepartie que la société civile immobilière a obtenu en s'y engageant<sup>401</sup>. En effet, une SCI s'était engagée au titre d'une sûreté dont l'originalité est à souligner en ce qu'elle constituait une garantie solidaire hypothécaire à première demande. La sûreté avait été autorisée en assemblée générale extraordinaire par tous les associés. L'intérêt était de garantir l'exécution d'un protocole d'accord conclu entre une société membre du groupe de sociétés, auquel appartenait également la SCI, et la société qui détenait les créances sur une autre société du groupe. Ce protocole d'accord prévoyait que la société actionnaire minoritaire de la société débitrice principale réglerait à hauteur d'un certain montant les créances détenues par le créancier. Le protocole d'accord avait pour objet d'assurer l'existence du groupe de sociétés. Mais, le tribunal de commerce a par la suite prononcé le redressement puis la liquidation judiciaire des sociétés du groupe. La SCI a demandé l'annulation du protocole d'accord et *in fine* la nullité de la garantie. Les juges du fond n'ayant pas fait droit à sa demande, la SCI a soulevé au sein de son moyen que la garantie était contraire à son intérêt social puisqu'elle engageait son entier patrimoine de sorte que la cour d'appel avait violé les dispositions de l'article 1849 du Code civil en considérant que l'accord unanime des associés et que l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société garante et la société garantie avaient eu pour effet de rendre conforme la sûreté à l'intérêt social de la SCI. La Cour de cassation a balayé

---

<sup>399</sup> Cass. com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760 ; Cass. com., 02 nov. 2016, arrêt préc. ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 nov. 2017, n° 16-20.210.

<sup>400</sup> *Contra*, dans le cas du cautionnement consenti par une personne physique au profit d'un créancier professionnel, les revenus escomptés de l'opération garantie ne sont pas pris en compte dans l'appréciation du patrimoine de référence. V. Cass. com., 6 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 18 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 sept. 2015, n° 14-22.913 ; *D.* 2015.1810 obs. P. CROCQ ; *D.* 2015.2044, n. CH. JUILLET ; Cass. com., 5 sept. 2018, n° 16-23.036.

<sup>401</sup> Cass. com., 10 févr. 2015, arrêt préc.

l'argument de l'auteur du pourvoi en relevant que la SCI poursuivait un intérêt à la conclusion de la garantie tenant à la sauvegarde du groupe de sociétés auquel elle appartenait. En effet, « *les accords ainsi prévus, autorisés par le juge-commissaire, s'inscrivaient dans le processus de sauvegarde des autres sociétés du groupe* »<sup>402</sup>. Or sans la garantie consentie par la SCI, « *la procédure de sauvegarde de la société Villeminot aurait été vouée à l'échec* », ce qui caractérisait ainsi la conformité à l'intérêt social de la SCI<sup>403</sup>.

Sauver la société mère constitue la cause de l'engagement de la SCI, étant définie comme son intérêt à s'engager au titre de la sûreté. Cet intérêt rendait ainsi la sûreté conforme en assurant un avantage patrimonial à la société. L'intérêt social est respecté en présence d'un engagement justifié par un intérêt patrimonial de la société caution. Cela est aussi le cas lorsque la société se porte caution hypothécaire du remboursement d'un prêt qui lui a permis d'acquérir son « *patrimoine immobilier et de percevoir les revenus tirés du bail commercial exploité par le débiteur cautionné* »<sup>404</sup>. De même, la chambre commerciale établit le lien de causalité entre la contrepartie patrimoniale et la sûreté pour autrui en considérant que « *sans ce cautionnement* », la SCI « *n'aurait pu se doter ni d'immeubles, ni de revenus fonciers* », de sorte que l'engagement est conforme à l'intérêt social sans avoir à rechercher si la sûreté avait pour effet de réaliser l'entier patrimoine. A l'inverse, à défaut de contrepartie caractérisant l'intérêt patrimonial de la société garante, la sûreté encoure donc la nullité pour contrariété à l'intérêt social<sup>405</sup>.

---

<sup>402</sup> Cass. com., 10 févr. 2015, arrêt préc.

<sup>403</sup> Cass. com., 10 févr. 2015, arrêt préc. ; PH. DUPICHOT, « Cautionnement à bout de souffle, porte-fort et Dailly dans le vent... » *Dr. et patr.*, 2015, p. 251 : « *Or, contrairement à ce qu'une lecture rapide pourrait suggérer, l'arrêt commenté n'est pas à l'origine d'un assouplissement de la jurisprudence de la Chambre commerciale. Il est une simple illustration d'une hypothèse dûment motivée de conformité à l'intérêt social : si le pourvoi est rejeté contre la décision ayant reconnu la validité de cette sûreté pour autrui originale, c'est après qu'il a été relevé « qu'en l'absence de la garantie accordée par la SCI, la procédure de sauvegarde de la société Villeminot (société mère de la SCI garante) aurait été vouée à l'échec ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que l'acte litigieux n'était pas contraire à l'intérêt de la SCI, la cour d'appel a statué à bon droit* ». (...) L'avantage économique se trouvait caractérisé via l'intérêt plus général du groupe de sociétés : cette sûreté inédite se trouvait ainsi « causée », à la différence de celle ayant donné lieu à l'espèce précitée de la troisième chambre civile en date du 24 septembre 2014 ».

<sup>404</sup> Cass. com., 2 nov. 2016, arrêt préc. : « *Mais attendu que l'arrêt relève que le cautionnement litigieux a permis à la SCI d'acquérir un patrimoine immobilier et de percevoir les revenus tirés du bail commercial exploité par le débiteur cautionné ou par les exploitants ultérieurs et retient que, sans ce cautionnement, elle n'aurait pu se doter ni d'immeubles, ni de revenus fonciers ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche, dès lors inopérante, du risque pouvant peser sur l'existence même de la société en raison du possible engagement de son entier patrimoine en cas de réalisation de la sûreté, a pu déduire que le cautionnement litigieux n'était pas contraire à l'intérêt social de la SCI* ».

<sup>405</sup> Cass. com., 14 févr. 2018, arrêt préc.

**130. Le critère déterminant de contrôle de l'intérêt social : l'existence d'une contrepartie à la sûreté** – La condition essentielle se loge dans le respect de l'intérêt social. Dès lors que l'intérêt social est heurté par une garantie dépourvue de contrepartie, la nullité est prononcée en cas de disproportion.

**131. Nature de la notion d'intérêt social : le contrôle de l'intérêt de la société au contrat** – La protection de l'intérêt social face à une sûreté consentie pour garantir la dette d'un tiers révèle que ce qui est réellement préservé est le principe de spécialité de la société. La réforme du droit des sociétés semble apporter une nouvelle dimension à la notion d'intérêt social en dépassant la seule considération du lucre. L'une des ambitions affichées par la loi Pacte a été de responsabiliser les sociétés au regard des enjeux sociaux et environnementaux. Dans une époque où la préservation du bien commun est censée dépasser celle des intérêts personnels de chacun, la loi Pacte a voulu que les sociétés françaises prennent en considération ces enjeux dans leur processus décisionnel.

Le législateur a modifié l'article 1833 alinéa 2 du Code civil en affirmant que « *la société est gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux* » consacrant dans la lettre de la loi la notion d'intérêt social. La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux n'est pas une remise en cause du principe de spécialité des sociétés. Au contraire, l'intérêt social est consacré comme guide de bonne gestion des sociétés en imposant en outre une prise en compte du bien commun sociétal par le respect des enjeux sociaux et environnementaux. Le guide de la société doit bien être son intérêt social. Les enjeux sociaux et environnementaux ne viennent pas le supplanter. Le législateur invite les dirigeants à prendre en compte ces enjeux dans leur décision. L'apport de la loi Pacte est la consécration de la notion d'intérêt social sans l'avoir limitée dans une définition trop stricte.

Par cela, la conception institutionnelle des sociétés est consacrée en droit français. L'intérêt de la société lui est propre sans pour autant faire abstraction du monde qui l'entoure. Il n'est pas le résultat de tous les intérêts personnels de ses membres. Le contrôle de la prise de sûreté pour garantir la dette d'autrui au regard de l'intérêt social entre entièrement dans la lecture institutionnelle de la société.



**132. Champ d'application : validité des sûretés pour autrui intéressées** – Le contrôle des sûretés au regard de l'intérêt social a vocation à s'appliquer à toutes les sûretés consenties pour garantir la dette d'autrui, y compris au cas du cautionnement réel. Les arrêts visent effectivement pour l'essentiel des « cautionnements hypothécaires »<sup>406</sup>. La solution appelle une première remarque : l'incohérence de la Cour de cassation. En effet, l'arrêt de chambre mixte rendu le 2 décembre 2005<sup>407</sup> a affirmé que le cautionnement réel n'existe pas en ce qu'il ne comporte aucune obligation personnelle et constitue une sûreté réelle pour autrui, refusant ainsi de lui appliquer les règles protectrices du cautionnement. Depuis cet arrêt, la Haute juridiction rejette de manière constante l'application du régime du cautionnement à la figure de feu le cautionnement réel. Comment est-ce possible d'appliquer le contrôle de l'intérêt social d'un cautionnement consenti par une société à responsabilité illimitée à ce que la Cour de cassation qualifie de sûreté réelle pour autrui, puisque selon elle, les règles applicables au cautionnement sont, par définition, exclues ?

Par sa solution, elle refuse de reconnaître la nature véritable du cautionnement réel, affirmant une solution de principe qu'elle ne respecte pas elle-même en droit des sociétés. Force est de constater qu'en l'occurrence, la jurisprudence opère une application unitaire des règles en faisant fi de la fausse distinction entre le cautionnement réel et la sûreté réelle pour autrui. Par ces arrêts, elle fait renaître la figure du cautionnement réel en revenant sur l'idée selon laquelle cette sûreté ne comporte aucun engagement personnel de sorte que le régime du cautionnement ne devrait pas lui être appliqué. Or en parallèle, la solution issue de l'arrêt de chambre mixte continue d'être appliquée comme étant la règle de principe. Il n'est pas tenable d'affirmer d'une part par un arrêt de chambre mixte que le cautionnement réel n'existe pas et de le faire vivre d'autre part dans l'élaboration d'une règle prétorienne en lui appliquant le régime juridique du cautionnement et plus généralement des sûretés personnelles. Le double visage de la jurisprudence révèle les limites de la qualification du cautionnement réel en sûreté réelle pour autrui qui a pour effet de nier la dimension d'engagement à garantir la dette d'un tiers, ce qui engendre un risque nécessairement plus important que dans le cas d'une

---

<sup>406</sup> V. par exemple : Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11785.

<sup>407</sup> Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *Bull. ch. mixte*, n°7 ; *D.* 2006, 729, avis J. SAINTE-ROSE, n. *D.* 2006 L. AYNÈS ; *JCP* 2005, II, 10183, n. PH. SIMLER ; *LPA* 2006, n°16, p.7, n. D. HOUTCIEFF : « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que l'art. 1415 du code civil n'était pas applicable au nantissement donné par M. B. ».

sûreté réelle<sup>408</sup>. Dans le cadre du contrôle de la validité des sûretés pour autrui au regard de l'intérêt social, la Cour de cassation rétablit la prise en considération de la dimension de l'engagement pour autrui qui constitue le point d'orgue de la distinction. *In fine*, le champ d'application du contrôle vise ainsi les sûretés pour autrui consenties par les sociétés à responsabilité illimitée qui poursuivent *de facto* un intérêt patrimonial.

La seconde remarque tient à la notion de contrepartie qui tient lieu de cause à l'engagement de la société garante. Elle répond parfaitement à la définition proposée de l'intérêt patrimonial indirect<sup>409</sup>. En effet, l'avantage attendu est économique, ce qui permet de respecter le principe de spécialité par la réalisation d'un but lucratif. Aussi, l'intérêt est nécessairement indirect en raison de la structure particulière de la sûreté pour autrui. La contrepartie résultant de l'opération garantie est directement intégrée dans le patrimoine du débiteur principal, ce ne sera que par ricochet que le garant pourra bénéficier de ses effets. Par conséquent, la notion d'intérêt patrimonial indirect constitue bien la cause de l'engagement au sein des sûretés pour autrui intéressées, ce qui leur permet d'échapper à la nullité.

**133. Sanction : de la nullité à la réduction de l'engagement** – La solution est certes vertueuse en ce qu'elle assure un équilibre entre le risque pris et la raison d'être des sociétés, ne rendant plus antinomique la sûreté personnelle et la société. Toutefois, elle a pour inconvénient de faire peser un risque sur le crédit tel que l'a relevé M. Dupichot<sup>410</sup>. L'effet néfaste peut cependant être contourné par l'abandon de la nullité, qui constitue une sanction rigide. En présence d'un cautionnement consenti par une personne physique, l'avant-projet de l'association Henri Capitant propose de sanctionner l'engagement disproportionné par sa réduction<sup>411</sup>. *De lege feranda*, l'alignement des solutions aboutirait selon nous à un équilibre entre la nécessaire préservation du principe de spécialité et la sécurité du crédit. Or cela aurait pour effet d'éloigner la règle de la sanction traditionnelle des actes contraires à l'intérêt social. En revanche, il est envisageable d'édicter une règle spéciale relatives aux conditions de conclusion d'une sûreté pour autrui par une société, sanctionnée par une règle spéciale.

---

<sup>408</sup> Sur l'absence de risque supplémentaire à raison de la conclusion d'une sûreté pour soi, v. *infra* n° 220.

<sup>409</sup> V. *supra*, n° 111.

<sup>410</sup> PH. DUPICHOT, art. préc.

<sup>411</sup> V. *infra*, n° 471.

## ii. Sociétés à responsabilité limitée

**134. Le fonctionnement des sociétés à responsabilité limitée et le pouvoir de leur dirigeant** – La distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux<sup>412</sup> réside dans le régime de responsabilité des membres de la société, laquelle influe sur le pouvoir des dirigeants sociaux à engager la société. La responsabilité des associés ou actionnaires dans les sociétés de capitaux est nécessairement limitée aux apports tandis qu'elle est indéfinie au sein de sociétés de personnes, qu'elle soit solidaire ou non. En présence d'une société à responsabilité limitée, le danger est moindre pour les membres, de sorte que par un effet de vases communicants la protection des tiers s'en trouve renforcée. En effet, les dirigeants sociaux ont le pouvoir d'engager la société, selon des modalités différentes en fonction du type de sociétés, dans la limite de l'objet social. En cas de dépassement, la société restera malgré cela engagée à l'égard des tiers sauf en cas de mauvaise foi. Si le tiers a connaissance du dépassement des statuts, l'acte sera inopposable à la société. La question se pose de savoir si la différence de régime de responsabilité influe sur le consentement des sociétés et plus particulièrement sur la validité des sûretés consenties à garantir la dette d'autrui.

**135. La validité des sûretés consenties pour autrui : un contrôle au regard de la directive européenne** – Jusqu'à récemment, l'exigence de conformité à l'intérêt social de la sûreté émise par une société de capitaux pour autrui était contrôlée par la Cour de cassation<sup>413</sup>. Il y avait ainsi une identité de régime entre les sociétés de personnes et de capitaux. Par l'arrêt *La Batelière*, la chambre commerciale a refusé de prononcer la nullité d'un cautionnement réel dont la mise en œuvre avait pourtant pour effet de contrevenir à l'intérêt social de la société à responsabilité limitée<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> Sur la différence de régime juridique entre les sociétés de personnes et de capitaux, v. *infra*, n° 209.

<sup>413</sup> Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826 : « *Mais attendu qu'après avoir constaté que la banque avait consenti le prêt "dans le cadre de ses relations commerciales et des concours par elle apportés aux sociétés du groupe Nico SA, après une étude globale de la situation économique et financière du groupe" faisant ainsi ressortir les liens unissant les deux sociétés, l'arrêt relève que la sûreté litigieuse avait pour effet de priver la société Chelloise, sans aucune contrepartie, de ressources éventuelles, en grevant lourdement son patrimoine immobilier ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont il résultait que la souscription de cette sûreté était contraire à l'intérêt social de cette société, la cour d'appel a pu en déduire qu'en raison de cette contrariété à l'intérêt social, le cautionnement de l'une des sociétés du groupe au profit de l'autre n'était pas valable* ».

<sup>414</sup> Cass. com., 12 mai 2015, *La Batelière*, n° 13-28.504 et 14-11.028, *RDC* 2016, p. 56, obs. A.-S. BARTHEZ ; *D.* 2015, p. 1815, obs. P. CROCQ ; *RLDC* oct. 2015, p. 24, n. R. DALMAU ; *JCP G* 2016, 174, n° 5, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP G* 2015, 1222, n° 14, obs. PH. DELEBECQUE ; *D.* 2015, p. 1815, A. LIENHARD p.2408, obs. J. Cl. HALLOUIN, p. 2427, n. D. ROBINE ; *Dr. et patr.* Juin 2016, p. 80, obs. D. PORACHIA ; *Banque et droit*, n°164, nov.-déc. 2015, p. 70, obs. N. RONTCHEVSKY : « *Vu l'article L. 223-18 du Code de commerce ;*

Une société à responsabilité limitée avait consenti un cautionnement hypothécaire portant sur son unique bien afin de garantir le remboursement d'un prêt contracté par la société mère. Les juges du fond prononcèrent la nullité de la sûreté comme étant contraire à l'intérêt social de la SARL puisque celle-ci aurait eu pour effet de réaliser son entier patrimoine alors qu'elle était dépourvue de toute contrepartie patrimoniale, faisant une parfaite application de la jurisprudence relative au contrôle des sûretés – pour autrui – au regard de l'intérêt social. L'arrêt est pourtant cassé au visa de l'article L.223-18 du Code de commerce interprété à la lumière de l'article 10 de la directive du 16 septembre 2009<sup>415</sup>. Certes, la Cour de cassation ne réfute pas l'existence d'une contrariété à l'intérêt social de la SARL mais elle vient affirmer qu'il n'est pas opérant de venir déterminer une telle contrariété en ce que cela n'entre pas dans la catégorie des causes de nullité de l'article L.223-18 du Code de commerce interprété selon la directive européenne applicable.

Depuis l'arrêt *La Batelière*, la distinction entre les sociétés à responsabilité illimitée et les sociétés à responsabilité limitée a retrouvé de sa vigueur. Partant, la contrariété à l'intérêt social n'emporte pas la nullité de la sûreté. La seule limite apportée à la validité de ces garanties est le dépassement de l'objet social statutaire par les dirigeants de la société en cas de mauvaise foi du tiers, qui se caractérise par la connaissance du tiers du dépassement par les représentants de la société de leurs pouvoirs.

---

*Attendu qu'il résulte de ces dispositions, lesquelles doivent être mises en œuvre à la lumière de celles de l'article 10 de la directive 209/101/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, ayant codifié la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, que, serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des tiers ».*

<sup>415</sup> La directive 209/101/CE du 16 septembre 2009 est venue recodifier la première directive européenne 68/151/CEE du 9 mars 1968 dont le but était le renforcement de la protection des tiers en droit des sociétés. L'article 10 de la directive du 16 septembre 2009 énonce ainsi que : « 1. La société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes. Toutefois, les États membres peuvent prévoir que la société n'est pas engagée lorsque ces actes dépassent les limites de l'objet social, si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. 2. Les limitations aux pouvoirs des organes de la société qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées. 3. Si la législation nationale prévoit que le pouvoir de représenter la société peut, par dérogation à la règle légale en la matière, être attribué par les statuts à une seule personne ou à plusieurs personnes agissant conjointement, cette législation peut prévoir l'opposabilité de cette disposition des statuts aux tiers à condition qu'elle concerne le pouvoir général de représentation ; l'opposabilité aux tiers d'une telle disposition statutaire est réglée par les dispositions de l'article 3. ». La directive européenne exclut l'intérêt social comme étant une cause de nullité des actes consentis par les sociétés de capitaux.

Il s'avère que la Cour de cassation a néanmoins employé cet argument afin de prononcer la nullité d'une sûreté consentie pour garantir la dette d'autrui<sup>416</sup>, marquant une volonté de contourner la jurisprudence *La Batelière*. Une SASU s'était engagée en qualité de caution à garantir les dettes d'une SAS envers la société fournisseur. Le cautionnement prévoyait en garantie de cet engagement une cession de créances détenues sur le compte client, à concurrence du montant garanti, qui devait être exécutée sur demande du créancier et de plein droit. La société caution fut placée en liquidation judiciaire. Les juges du fond avaient établi la disproportion de l'engagement de la SASU pour en prononcer sa nullité pour contrariété à l'intérêt social. Le créancier est venu critiquer la solution apportée par la cour d'appel en soulevant, notamment, que la contrariété à l'intérêt social ne saurait constituer une cause de nullité au regard de l'article L. 227-6 alinéa 2 du Code de commerce interprété à la lumière de l'article 10 de la directive européenne du 16 septembre 2009. Le raisonnement n'est pas approuvé par la Cour de cassation qui s'est placée sur le terrain du dépassement de pouvoir du dirigeant connu par le tiers pour confirmer la nullité du cautionnement. Pour prononcer une telle sanction, l'arrêt caractérise la connaissance par le tiers du dépassement de l'objet social par les dirigeants, de manière peu rigoureuse, par un faisceau d'indices peu probant : la connaissance par le tiers du groupe de sociétés composé notamment par les sociétés caution et débitrice, l'ancienneté des relations d'affaires entre la société débitrice, une société membre du groupe et le tiers, et la détention d'actions par ce tiers dans une société membre du groupe qui est actionnaire de la société débitrice, laquelle constitue l'associé unique de la société

---

<sup>416</sup> Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-16.013 : « Mais attendu que l'arrêt constate que les sociétés Iso Plas et Iso Sud étaient liées, au sein du groupe dont elles faisaient partie, par un intérêt commun à voir se poursuivre les approvisionnements, par la société Deceuninck, de la société Iso Plas, permettant ainsi à celle-ci de poursuivre sa production conditionnant l'activité de vente de la société Iso Sud ; qu'il retient qu'il n'entrerait pas néanmoins dans l'objet social de cette dernière, même en considération de l'organisation du groupe, de cautionner les engagements de la société Iso Plas, son associé unique ; qu'il estime que la société Deceuninck, compte tenu de sa connaissance du groupe, de l'ancienneté de ses relations commerciales tant avec la société Huis Clos qu'avec la société Iso Plas, et de ce qu'elle était actionnaire de la société Huis Clos, actionnaire unique de la société Iso Plas, elle-même associée unique de la société Iso Sud, ne pouvait l'ignorer ; que l'arrêt retient encore que l'engagement de caution pour toutes créances de la société Deceuninck sur la société Iso Plas, qui devait s'exécuter obligatoirement sur simple demande de la société Deceuninck, de plein droit et sans délai, par la cession, à due concurrence du montant cautionné, de toutes les créances détenues par la société Iso Sud dans son compte client, s'entendant comme l'ensemble des droits détenus par elle à la date de la signature ainsi que tous droits futurs relatifs à ses créances, revenait à exposer la société Iso Sud, qui avait des capitaux propres négatifs et ne disposait d'aucun actif autre que ses créances, à la privation immédiate de la quasi-totalité de son activité circulant et ainsi à lui faire perdre tout moyen de poursuivre son activité et à compromettre sa pérennité et était ainsi contraire à son intérêt social ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, c'est sans se fonder sur la seule contrariété à l'intérêt social de la société Iso Sud de l'engagement pris par elle, et en ayant procédé à la recherche invoquée à la deuxième branche dont elle a souverainement déduit que l'intérêt commun des deux sociétés au maintien des approvisionnements de la société Deceuninck en faveur de la société Iso Plas n'avait pas fait entrer le cautionnement litigieux dans l'objet social de la société Iso Sud, que la cour d'appel a décidé, après avoir caractérisé la connaissance qu'avait la société Deceuninck du dépassement de l'objet social que constituait cet engagement de la société Iso Sud, que ce dernier était nul à son égard ; (...) ».

caution. Aucun lien direct n'est établi entre le créancier et la société caution, ce qui pourrait établir la mauvaise foi du tiers. Le fait d'être actionnaire d'une société membre du groupe dans laquelle se trouve la société caution ne préfigure pas d'une telle connaissance puisque les sociétés membres d'un groupe conservent leur indépendance et autonomie juridique.

La solution constitue manifestement un détournement de l'arrêt *La Batelière* d'autant que l'arrêt vise bien l'état de contrariété à l'intérêt social dans son attendu. En outre, la nullité de la sûreté est ordonnée alors qu'en principe la sanction réside en l'inopposabilité de l'acte à la société. *De lege lata*, la nullité d'une sûreté pour autrui pour contrariété à l'intérêt social ne se fait que par le truchement de la connaissance par le tiers du dépassement des pouvoirs<sup>417</sup>. Les solutions peinent à convaincre, pour deux raisons essentielles. La première se cristallise autour de la justification d'une protection du principe de spécialité, *in fine* des règles de capacité, limitée aux sociétés à responsabilité illimitée tandis que les sociétés à responsabilité limitée ne sont éligibles à une telle protection. La distinction entre leur régime de responsabilité est au fondement de leur différence de règles de pouvoir pour engager la société. Ainsi, par souci de protection des tiers, la nullité de la sûreté pour autrui pour contrariété à l'intérêt social est une règle dont ne bénéficient pas les sociétés à responsabilité limitée. Or au regard du principe de spécialité qui a vocation à préserver l'intérêt social<sup>418</sup>, il est difficilement justifiable de reconnaître son application à une catégorie de sociétés et non à l'autre au motif que cette dernière bénéficie d'un régime de responsabilité limitée aux apports. Cela n'a pas pour objet de faire disparaître le principe de spécialité et la nécessité de le préserver face à des actes dangereux tels que les sûretés pour autrui dont il reste nécessaire de déterminer si le constituant poursuit un intérêt patrimonial en s'engageant. La seconde critique se concentre autour de l'instrument juridique adopté pour suppléer à l'impossibilité de se fonder sur la notion d'intérêt social : le dépassement de l'objet social. En droit des sociétés, le dépassement de l'objet social statutaire n'a pas pour effet de faire encourir la nullité de l'acte en principe mais son inopposabilité<sup>419</sup>.

Un alignement du sort des sûretés pour autrui consenties par les sociétés, que celles-ci soient à responsabilité illimitée ou limitée, serait opportun. Le changement de sanction proposée, consistant en une réduction de l'engagement, le permettrait en chassant la nullité.

---

<sup>417</sup> En dehors des cas de nullité édictés par la loi concernant des sociétés particulières. Sur ce point, v. *infra*, n° 424, 425.

<sup>418</sup> Sur la modification de l'article 1833 du Code civil par la loi PACTE, v. *supra*, n° 213.

<sup>419</sup> J. HONORAT, « Nullité », *Rep. Sociétés*, Dalloz, mars 1997.

136. **Les règles spéciales : la SARL et la SA** – La loi du 24 juillet 1966<sup>420</sup> est venue porter la prohibition du cautionnement des dettes personnelles du gérant ou de ses associés personnes physiques pour le cas de la SARL<sup>421</sup> et des cautionnements consentis par les dirigeants, des administrateurs ou assimilés, des membres de leur famille proche ou des personnes interposées pour la SA moniste ou dualiste<sup>422</sup>. Ces actes sont en effet présumés contraire à l'intérêt social de manière irréfragable. On considère qu'ils sont en ce sens uniquement consentis dans l'intérêt propre des membres et non celui de la société. Les sociétés anonymes connaissent en outre un régime d'autorisation préalable des garanties émises pour autrui par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance<sup>423</sup>. L'autorisation préalable délivrée sera limitée en durée et en montant. Une nouvelle fois, l'exigence a vocation à s'appliquer à toutes les sûretés qui viennent garantir la dette d'un tiers en faisant fi de la distinction entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles et de la qualification de sûreté réelle pour autrui confortant l'existence sous-jacente de la distinction entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui.

137. **Conclusion de paragraphe** – Analysée par le prisme de l'intérêt au contrat, la cause révèle l'émergence de la distinction entre les sûretés pour soi et pour autrui. La sûreté pour autrui existe en raison d'un intérêt purement moral, l'intérêt altruiste, résultant du besoin de rendre service à autrui en raison des liens personnels unissant le garant au débiteur principal, ou d'un intérêt patrimonial indirect fondé sur les rapports professionnels existant entre les deux acteurs. Bien que le constituant d'une sûreté pour autrui puisse poursuivre la satisfaction d'un intérêt matériel, la contrepartie attendue ne peut jamais être obtenue directement. Cela marque la distinction avec les sûretés pour soi.

138. **Conclusion de la Section I – De lege**, la cause des sûretés personnelles, ayant été placée en droit positif dans le rapport existant entre le débiteur principal et son créancier, ne réalise pas une lecture satisfaisante. La cause, dans sa fonction catégorique, offre un instrument juridique qui apporte un éclairage sur la nature du contrat. Or ainsi définie, elle ne

---

<sup>420</sup> L. n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales/

<sup>421</sup> V. C. com. art. L. 223-21.

<sup>422</sup> V. C. com. art. L. 225-43 et L. 225-91.

<sup>423</sup> Pour les sociétés anonymes monistes, l'exigence est posée à l'article L. 225-35 du Code de commerce alors que pour les sociétés anonymes dualistes l'article L. 225-68 du Code de commerce en formule la nécessité.

permet pas d'expliquer les raisons pour lesquelles le garant pour autrui s'est engagé à garantir la dette d'un tiers. En raison de leur structure unilatérale, les sûretés pour autrui ne répondent pas à la définition classique de la cause objective par laquelle l'on se doit de rechercher la contrepartie apparente à l'obligation. Les solutions de droit positif restent ainsi insatisfaisantes. Le constituant ne s'engage pas à garantir la dette d'un tiers en totale abstraction de ses liens avec le débiteur principal. Il convient d'analyser la source de l'engagement pour autrui afin de le comprendre.

Le passage à la notion d'intérêt mène à l'identification de la catégorie des sûretés pour autrui. L'intérêt poursuivi par le constituant d'une sûreté pour autrui est par nature distinct de celui d'une sûreté pour soi. Il constitue le critère de distinction. La notion d'intérêt au contrat, reconnue par les auteurs comme étant une éclairante définition de la cause, s'avère particulièrement adaptée au droit des sûretés afin d'expliquer leur nature juridique. Le garant pour autrui va poursuivre la satisfaction de deux sortes d'intérêts, soit un intérêt altruiste dans le cadre des sûretés pour autrui désintéressées, soit un intérêt patrimonial indirect dans le cas des sûretés pour autrui intéressées. Traditionnellement, la sûreté personnelle est un contrat par lequel le garant s'engage sans attendre de contrepartie, de sorte qu'il poursuit la satisfaction d'un besoin moral, altruiste. Il entend rendre service à ce débiteur principal en raison de ses liens personnels qui les unissent. La volonté de rendre service porte l'intérêt altruiste. En revanche, les raisons importent peu.

Le garant pour autrui ne s'engage pas toujours par altruisme. Les sûretés pour autrui intéressées existent, sans pour autant remettre en cause leur nature de contrat à titre gratuit. En l'occurrence, le constituant s'engage en considération de l'obtention potentielle d'un avantage économique. Par hypothèse, l'intérêt est certes patrimonial mais toujours indirect. Il est d'abord patrimonial puisque le garant va espérer qu'en s'engageant la situation financière d'autrui se stabilise ou s'améliore. Ce sera notamment le cas du dirigeant social qui garantira les dettes de sa société ou encore d'une société filiale qui s'engagera pour le bien être financier du groupe. Il est ensuite indirect en ce que le transfert de valeurs n'opère pas *inter partes* mais s'effectue en présence de l'intermédiation d'un patrimoine tiers, à savoir le patrimoine du débiteur principal. Le bénéfice de la sûreté entre directement dans le patrimoine du débiteur principal. Ce n'est que par ricochet, - en améliorant ou en stabilisant la situation financière du débiteur principal -, que le garant en percevra un avantage économique caractérisé par la stabilité ou l'amélioration de sa propre situation financière. Le caractère



indirect de l'intérêt patrimonial poursuivi marque la différence avec les sûretés pour soi. En effet, au regard de la structure des sûretés, l'intérêt patrimonial indirect ne se retrouve qu'au sein de la famille des sûretés pour autrui puisqu'il est nécessairement direct en présence d'une sûreté pour soi (Section II).

## SECTION II – L'INTÉRÊT DU CONSTITUANT D'UNE SÛRETÉ POUR SOI

139. **L'identification d'un intérêt distinct** – L'identification d'un intérêt distinct du constituant d'une sûreté pour soi offre un critère de classification afin de justifier l'émergence de la distinction entre les deux catégories de sûretés. La différence d'intérêt permet de comprendre la différence de structure mais aussi de régime. Si la notion d'intérêt au contrat apporte une meilleure compréhension des sûretés pour autrui, il convient d'adopter une même méthodologie<sup>424</sup> en vue de déterminer si la notion est aussi adaptée aux sûretés pour soi. *De lege lata*, force est de constater que les solutions sont rares et peu représentatives de la cause de l'engagement. La cause se caractérise en effet par l'existence d'une créance garantie. Or cela aboutit à une confusion avec le principe de spécialité et le caractère accessoire des sûretés réelles. L'interprétation selon l'intérêt procure une meilleure lecture du fondement de l'engagement, *in fine* de l'émergence de la distinction entre les sûretés pour autrui et pour soi. Le fait de s'engager pour soi-même revêt une dimension naturellement différente : le constituant s'engage toujours afin d'obtenir la contrepartie du contrat garanti, ce qui améliore directement sa situation patrimoniale.

140. **Plan** – Par conséquent, telle qu'elle est définie en droit positif, la cause n'apporte pas une compréhension satisfaisante des sûretés réelles en ce qu'elle se confond avec le principe de spécialité et le caractère accessoire (I), tandis que l'interprétation à l'aune de l'intérêt apporte une meilleure lecture de l'engagement du constituant d'une sûreté pour soi (II).

### I. CAUSE ET SÛRETÉ RÉELLE

141. **Un manque d'identité de la cause des sûretés réelles** – Considérée comme la créance garantie, la cause des sûretés réelles telle qu'elle a été définie par le juge manque d'identité. En effet, une telle identification revient à confondre la cause avec le principe de spécialité des sûretés réelles – *in fine* leur caractère accessoire –. Il est vrai que la sûreté réelle

---

<sup>424</sup> En ce sens, il s'agit d'apprécier la cause des sûretés réelles telle qu'elle a été définie en droit positif pour ensuite l'analyser selon le prisme de l'intérêt.

se fonde sur l'existence d'un droit de créance à garantir. Mais tel n'est pas la finalité de toutes sûretés ? L'application de l'approche objective de la cause ne permet pas de saisir la spécificité des sûretés pour soi, laquelle résulte de la poursuite d'un intérêt patrimonial direct, expliquant le principe de spécialité et le caractère accessoire.

142. **Plan** – Malgré le faible contentieux relatif à la cause des sûretés réelles, certaines décisions l'identifient comme la créance garantie (A), ce qui doit être soumis à la critique (B).

### A. En droit positif

143. **Plan** – En principe, la cause des sûretés pour soi est identifiée comme étant la créance garantie (1). Or la particularité du crédit-bail a révélé une spécificité quant à sa caractérisation (2).

#### 1. La créance garantie

144. **Approche structurelle de la cause : l'existence de la créance garantie** – Très peu de littérature juridique ainsi que de décisions ont trait à la cause des sûretés réelles. Les décisions et conceptions doctrinales convergent à la placer dans l'existence d'une créance garantie, excepté pour le cas particulier du contrat de crédit-bail<sup>425</sup>. Les solutions sont fondées sur le caractère accessoire des sûretés réelles.

Par un arrêt rendu le 24 février 1998, la Cour de cassation a expressément caractérisé la cause d'une sûreté réelle dans l'existence d'une créance à garantir dans le cas d'un gage-espèce<sup>426</sup>. Une société libanaise avait conclu un contrat de fourniture d'équipements industriels à une société irakienne. Des acomptes eurent été versés par la société acquéreur en échange de la souscription d'une garantie de restitution à première demande émise à son profit par une banque irakienne et contre-garantie par une banque française. La société libanaise eût également constitué un gage-espèces à hauteur du montant des acomptes versés en vue de

---

<sup>425</sup> Sur la cause du contrat de crédit-bail, v. *infra*, n° 145.

<sup>426</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 24 févr. 1998, n° 95-19.442, *Bull. Civ. I*, n° 69 : « *Attendu que la cour d'appel a constaté que les garanties et les contre-garanties, souscrites pour une durée déterminée, n'avaient pas été mises en œuvre avant le terme conventionnel, qui n'a pas été prorogé ; qu'elle en a exactement déduit que ces engagements étaient devenus caducs, et que le gage, qui en était l'accessoire, se trouvait privé de cause* ».

garantir le remboursement des sommes que la banque garante et la banque contre-garante aurait eu à verser en cas de mise en œuvre des garanties. En raison d'un embargo ordonné à l'égard de l'Irak par l'Organisation des Nations Unies en août 1990<sup>427</sup>, le contrat établi entre les parties eut à s'interrompre. La société bénéficiaire des garanties et contre-garanties formula la demande de proroger leur terme puisque ce dernier était prévu pour la date du 30 novembre 1990. Ce vœu se heurta au refus de l'administration française. La garantie et la contre-garantie arrivant à leur terme, la société *ès* qualité de constituante et de donneur d'ordre des sûretés adressa une assignation à l'encontre des banques en constatation de la caducité de la garantie et contre-garantie et par voie de conséquence en extinction du gage-espèces. Les juges du fond constatèrent, outre la compétence des juges français, la caducité de la garantie et de la contre-garantie de sorte qu'ils en conclurent que le gage s'en trouvait nécessairement éteint. La Cour de cassation est venue confirmer le raisonnement tenu par la cour d'appel en retenant que la cause du gage-espèces était de garantir le remboursement des sommes dues par le donneur d'ordre après la mise en œuvre de la garantie et de la contre-garantie, la plaçant ainsi dans l'existence d'une créance à garantir. La solution est expressément fondée sur le caractère accessoire de la sûreté. La première chambre civile relève que du fait de la caducité des garanties constituant les créances garanties par le gage-espèces, ce dernier se trouvait donc privé de cause.

Dès lors, en matière de sûretés réelles, le caractère accessoire emporte qualification de la cause du contrat. La sûreté réelle doit être le corolaire d'une obligation à garantir. Faute de créance à garantir, le contrat de sûreté n'a plus lieu d'être. Caractère accessoire et cause de la sûreté réelle ne font plus qu'un. La limpidité de la solution est telle que nul débat n'en est résulté. La cause des sûretés réelles s'en est trouvée effacée, car occultée par le caractère accessoire des sûretés réelles<sup>428</sup>. Par analogie, la décision a vocation à s'appliquer à toutes les sûretés réelles. Il apparaît néanmoins que la spécificité du contrat de crédit-bail le fait échapper au domaine d'application du placement de la cause en l'existence d'une créance à garantir.

---

<sup>427</sup> Le 2 août 1990, l'Irak avait envahi le Koweït provoquant de nombreuses sanctions internationales à son égard. L'invasion du Koweït eut entraîné le prononcé d'un embargo total par l'Organisation des Nations Unies (commercial, financier, etc.) à l'encontre de l'Irak, le 6 août 1990. L'interruption du contrat de fourniture d'équipements industriels destinés pour l'Irak entre la société libanaise et la société irakienne s'expliquait au regard de ce contexte international particulier.

<sup>428</sup> La solution n'est pas la même pour le contrat de crédit-bail, v. *infra*, n° 145.

## 2. Le cas particulier du contrat de crédit-bail

145. **La spécificité du contrat de crédit-bail : entre dimensions économique, financière et juridique** – Outre les avantages fiscaux apportés par le crédit-bail<sup>429</sup>, ce montage a pour finalité de financer l'acquisition d'un bien. Cette opération juridique<sup>430</sup> à portée financière, « *consiste pour une banque, plutôt que de prêter directement une somme d'argent à une entreprise, à acquérir la propriété du bien que celle-ci convoite, puis à le lui louer pendant la période d'amortissement, en lui laissant à terme une option d'achat* »<sup>431</sup>. S'agissant d'abord d'une opération juridique, deux contrats viennent se succéder pour réaliser le montage. Dans un premier temps, un fournisseur va transférer la propriété du bien, sur le fondement d'un contrat de vente, à un établissement financier. Par la suite, la banque ou l'établissement financier en sa qualité de crédit-bailleur va consentir de transférer la jouissance dudit bien, tout en retenant la propriété, à l'entreprise *ès* qualité de crédit-preneur, lequel paie en contrepartie des loyers. En sus de ce contrat de bail, une option d'achat est conférée au bénéficiaire du crédit-preneur par la banque au titre d'une promesse unilatérale de vente, lui offrant la faculté d'acquérir la propriété du bien lors de l'arrivée du terme. Juridiquement, l'opération se compose d'un contrat de vente qui apparaît comme étant le fondement du crédit-bail, qui constitue quant à lui une alliance entre un contrat de bail et une promesse unilatérale de vente à terme. Le crédit-bail réalise un effet de sûreté en ce sens que le crédit-bailleur va conserver la propriété du bien en cas de défaillance du crédit-preneur<sup>432</sup>. Selon une approche économique, le professeur Charles Gijssbers y dénote « *sans peine une opération de crédit, dans laquelle la propriété joue le rôle d'une garantie, comme en atteste l'entrée en jouissance immédiate du débiteur, mis en situation de tirer profit de la substance économique de l'actif financé, ainsi que la privation corrélative de tout pouvoir du créancier qui, pur financier, n'a aucune intention de se comporter en propriétaire ni même en bailleur du bien, dont il ne conserve le titre de propriétaire que pour se prémunir d'une éventuelle*

---

<sup>429</sup> Sur les avantages fiscaux du crédit-bail, v. CH. GIJSSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. P. Crocq, Economica, 2016, n° 82.

<sup>430</sup> Le crédit-bail a été codifié en droit français par la loi n° 455 du 2 juillet 1966 dont les dispositions ont été codifiées aux articles L.313-7 et suivants du Code monétaire et financier.

<sup>431</sup> CH. GIJSSBERS, thèse préc., *ibid.*

<sup>432</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 806 : au sujet de la propriété du crédit-bailleur, « *on dit parfois que le crédit-bailleur a une propriété « artificielle », « purement juridique », que son espérance est que le bien ne lui soit jamais restitué, que la propriété « économique » appartient au locataire ». Les auteurs en concluent que « la propriété n'exerce plus sa fonction habituelle, qu'elle n'est plus une fin en soi, mais seulement un instrument de crédit ».*

*défaillance du débiteur (...)*».<sup>433</sup> Partant, l'auteur considère, que le crédit-bailleur ne dispose pas du fructus tel que ce serait le cas dans le cadre d'un contrat de bail, mettant en avant le fait que le contrat relève d'une opération de crédit. Il en déduit donc que « *les sommes payées par l'utilisateur s'analysent moins comme la rémunération de la jouissance du bien que comme le remboursement du prix d'acquisition et des intérêts de l'argent avancé par le banquier* »<sup>434</sup>.

**146. Approche économique et cause du crédit-bail** – La cause du crédit-bail est délicate à définir eu égard à sa nature financière ainsi que le transfert de jouissance qu'il confère au crédit-preneur<sup>435</sup>. L'opération juridique présente un double visage faisant naître une opposition d'intérêts selon que l'on se place du côté du crédit-bailleur ou du crédit-preneur. Le crédit-bailleur, « pur financier »<sup>436</sup>, ne voit en la figure juridique du crédit-bail qu'un outil de financement d'un capital, assorti d'intérêts, tandis que le crédit-preneur contemple quant à lui le bénéfice d'un instrument juridique lui assurant certes le financement mais corrélativement la jouissance du bien financé<sup>437</sup>. On cerne bien la difficulté de caractériser la cause d'une telle opération juridique. En adoptant la seule analyse financière du contrat, la cause doit être détachée de tout rapport au contrat de vente conclu avec le fournisseur du bien pour se concentrer uniquement sur l'opération de crédit. Adoptant une approche économique, M. Charles Gijbers estime que la cause « *est plutôt à chercher dans l'avance d'un capital dont les « loyers » constituent un remboursement à terme majoré d'intérêts* »<sup>438</sup>.

**147. Approche juridique et cause du crédit-bail** – L'analyse juridique du crédit-bail emporte quant à elle une identification de la cause dans le rapport unissant le crédit-preneur et le fournisseur du bien. Lorsque la jouissance du bien n'est plus assurée, empêchant *in fine* l'exercice potestatif du droit d'option, alors l'engagement du crédit-preneur se retrouve dénué de cause. En ce sens, le professeur Christian Larroumet retient une approche juridique

---

<sup>433</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc. *ibid.*

<sup>434</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc. *ibid.*

<sup>435</sup> V. *supra*, n° 145.

<sup>436</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.*

<sup>437</sup> CH. LARROUMET, « Résiliation du crédit-bail après résolution de la vente », *D.* 1991, p. 121.

<sup>438</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.* : « *On ne voit pas, dès lors, que la cause de ces prétendus « loyers » réside dans l'obligation de procurer la jouissance du bien dont le bailleur, précisément, s'exonère : cette cause est plutôt à chercher dans l'avance d'un capital dont les « loyers » constituent un remboursement à terme, majoré d'intérêts* ».

du contrat de crédit-bail en considérant que l'analyse purement financière est insuffisante à rendre compte de l'intérêt du contrat pour le crédit-preneur. A l'appui de sa démonstration, il opère une comparaison avec une pure opération financière qu'est le contrat de prêt de consommation. Il admet que le contrat de prêt suffit à lui seul pour exprimer sa cause même si ce dernier a vocation à financer l'acquisition d'un bien. Cette information est, selon l'auteur, extérieure au contrat. Or dans le cadre d'un crédit-bail, il explique que la seule nature financière ne suffit pas à appréhender l'intérêt de l'opération puisque la jouissance du bien conférée au crédit-preneur constitue une donnée essentielle, en ce qu'elle est aussi importante que l'aspect financier, pour qualifier le contrat de crédit-bail se plaçant *in fine* sur le terrain de la cause dans son rôle de qualification. Par conséquent, il en conclut que le crédit-preneur s'engage au titre du crédit-bail, c'est-à-dire à payer des « loyers », en considération du transfert de jouissance du bien et de sa potentielle acquisition de sorte que « *l'obligation de faire payer a pour cause la jouissance du bien et la possibilité de l'acheter* »<sup>439</sup>.

**148. Un ensemble contractuel** – Plus avant, la question s'est posée de savoir si l'anéantissement du premier contrat, à savoir du contrat de vente, par le prononcé d'une résolution, avait un effet sur le contrat de crédit-bail. Il y eut une divergence entre la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation. Par trois arrêts, une chambre mixte est venue affirmer que la résolution du contrat de vente entraînait nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve des clauses régissant la résiliation du contrat<sup>440</sup>. L'anéantissement pour l'avenir du crédit-bail est affirmé, assurant une solution équilibrée entre les intérêts en présence<sup>441</sup>. La jouissance du bien, effet du contrat de vente, constitue donc la cause de l'engagement du crédit-preneur, *a priori* son intérêt à s'engager.

---

<sup>439</sup> CH. LARROUMET, art. préc. : « *si le bien doit être restitué au vendeur en raison de la résolution de la vente et que, par conséquent, le crédit-preneur est privé de son droit de jouissance et de celui de lever l'option, l'obligation de payer le loyer vient à manquer de cause* ». La chambre commerciale eut à juger en ce sens en considérant que l'obligation du crédit-preneur était dépourvue de cause dès lors qu'il se trouvait privé de la jouissance du bien objet du contrat ; Cass. com., 04 fév. 1990, *Bull. Civ.* IV, n° 52.

<sup>440</sup> Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396 et 87-17.044 : les arrêts sont fondés sur l'ancien article 1184 du Code civil relatif à l'inexécution du contrat alors que la solution est pour reprendre l'expression du professeur Jacques Mestre « *fondamentalement* » fondée sur la cause. V. en ce sens, J. MESTRE, « Des engagements nécessairement causés à ceux relativement abstraits », *RTD civ.*, 1991, p. 325. Le fait que l'anéantissement ne soit prononcé que pour l'avenir par la sanction de la résiliation n'est pas un obstacle à ce que l'on reconnaisse que la cause soit le motif de cette sanction. En effet, lorsque la cause disparaît en cours d'existence du contrat, il est admis que celui-ci soit anéanti seulement pour l'avenir et non de manière rétroactive. V. CH. LARROUMET, « Résiliation du crédit-bail après résolution de la vente », art. préc.

<sup>441</sup> CH. LARROUMET, art. préc.

## B. Appréciation critique

149. **La détermination de la cause en droit positif : une approche restrictive** – La confusion avec le principe de spécialité et le caractère accessoire des garanties (1) ainsi que l'impossibilité d'embrasser toutes les sûretés (2) dévoilent le caractère restrictif de l'analyse.

### 1. La confusion avec le principe de spécialité et le caractère accessoire

150. **Quid du lien avec le principe de spécialité et le caractère accessoire des sûretés réelles** – Pour comprendre la place de la cause dans le droit des sûretés réelles, il est fondamental de revenir sur deux principes qui innervent ce droit : le principe de spécialité et le caractère accessoire des sûretés réelles<sup>442</sup>. Selon une approche structurelle, ils établissent un lien entre la sûreté et la créance garantie.

151. **Le principe de spécialité des sûretés réelles : l'illustration de l'hypothèque conventionnelle** – Les sûretés réelles sont soumises au principe de spécialité afin d'assurer une nécessaire protection du crédit mais aussi du patrimoine du débiteur<sup>443</sup>. Traditionnellement, les auteurs définissent le principe de spécialité comme ayant pour objet de limiter la sûreté réelle quant aux créances qu'elle a vocation à garantir mais également au regard de l'assiette de la sûreté, à savoir des biens<sup>444</sup> qu'elle va venir grever<sup>445</sup>. La règle serait consubstantielle à la sûreté réelle en ce qu'elle a pour effet de proscrire, en principe, sûreté omnibus et sûreté flottante. La figure de l'hypothèque conventionnelle fut la première sûreté

---

<sup>442</sup> Nous verrons bientôt que le principe de spécialité est un effet du caractère accessoire des sûretés pour soi, v. *infra*, n° 151.

<sup>443</sup> C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, dir. M. Grimaldi, thèse Paris, 2013 ; PH. DUPICHOT, thèse préc. n° 63 : sur la justification du principe de spécialité appliqué aux hypothèques conventionnelles, le professeur Philippe Dupichot explique que l'impérativité de la règle est le « *résultat d'une analyse erronée de l'hypothèque en un acte grave digne de suspicion, le principe de spécialité témoignerait d'une volonté de protection du débiteur constituant contre la tentation de « brûler son crédit » par avance au profit du premier créancier venu, plus spécifiquement son « crédit privilégié* ».

<sup>444</sup> L'étude du principe de spécialité quant aux biens grevés sera exposée ultérieurement, v. *infra*, n° 151. Seul le principe de spécialité quant aux créances garanties sera analysé en ce qu'il établit un lien avec la créance garantie et *in fine* la cause des sûretés réelles.

<sup>445</sup> L. AYNÈS, P. CROcq et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 662 : « *Le principe de spécialité est deux fois double. D'abord, il intéresse et la constitution et l'inscription (c'est-à-dire la publicité). Ensuite, il s'applique et à la créance garantie et au bien affecté en sûreté* ».



réelle à être soumise au principe de spécialité par une loi du 11 brumaire An VII<sup>446</sup>. Ainsi, le principe de spécialité a été construit et pensé selon le modèle de l'hypothèque conventionnelle.

Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, le principe de spécialité de l'hypothèque conventionnelle quant à la créance garantie résultait de l'ancien article 2132 du Code civil dont les termes avaient en leur temps provoqué un débat doctrinal. En effet, les auteurs ne savaient si l'affectation hypothécaire devait, à peine de nullité, déterminer le montant de la créance garantie ou la cause de la créance garantie<sup>447</sup>. Par un arrêt de principe, la Cour de cassation est venue affirmer que l'affectation hypothécaire était frappée de nullité à défaut d'indication dans le titre constitutif de la sûreté de la cause de la créance garantie<sup>448</sup> emportant *de facto* prohibition des hypothèques omnibus et flottantes<sup>449</sup>. Le principe de spécialité quant aux créances garanties consistait donc à déterminer, dans l'acte constitutif et lors de l'inscription, la cause de la créance garantie afin de l'individualiser et non pas à en déterminer son montant.

Se confondant avec le caractère accessoire<sup>450</sup>, cette conception du principe de spécialité a été critiquée. Par la réforme du droit des sûretés, la conception du principe de spécialité quant aux créances garanties a connu une évolution en raison de l'admission de sûretés réelles garantissant des créances futures mais aussi par l'avènement des sûretés rechargeables. L'article 2423 du Code civil impose ainsi à peine de nullité de l'affectation hypothécaire que

---

<sup>446</sup> La loi fut donc adoptée le 1<sup>er</sup> novembre 1798, avant l'élaboration du Code civil de 1804. Sur les travaux parlementaires de la loi du 11 Brumaire An VII, v. C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse préc., n° 5 : « Introduit en droit français par la loi du 11 Brumaire an VII (1er novembre 1798), il est en vigueur depuis cinq ans au moment de l'élaboration du Code civil. Au cours des débats préparatoires, dans la section du Conseil d'Etat chargée de l'élaboration du Code civil, s'affrontent les partisans d'un retour au système de l'ancien droit, reposant sur l'hypothèque occulte et générale, et les partisans du nouveau système fondé sur les principes de publicité et de spécialité de l'hypothèque. Les discussions sont menées avec ferveur. « Pour » ou « contre » le principe de spécialité, la commission est partagée. Le Premier Consul demande l'établissement de deux rapports, l'un présentant le système de la loi du 11 brumaire an VII<sup>94</sup> et l'autre le système de l'ancien droit. Il tranche lui-même la discussion et impose le principe de spécialité tout en lui accordant une ampleur moindre que celle qui lui était conférée par la loi du 11 brumaire an VII. Reprise d'un principe révolutionnaire, le principe de spécialité marque la fin de l'ancien droit, tout autant que le principe de publicité de l'hypothèque qu'il accompagne et avec lequel il a toujours été combiné ».

<sup>447</sup> Sur la divergence d'appréciation, v. C. DAUCHEZ, thèse préc., n° 45 et s.

<sup>448</sup> Cass. civ., 6 févr. 1939, DP, 1939, 1, p. 53, n. PLASSARD.

<sup>449</sup> Les hypothèques omnibus étaient ainsi interdites puisque la détermination dans l'acte constitutif et lors de l'inscription de la cause de la ou des créances garanties entraîne leur individualisation.

<sup>450</sup> C. DAUCHEZ, thèse préc., n° 35 : « le caractère accessoire ne peut que traduire un lien structurel entre l'obligation garantie et l'hypothèque » de sorte que le principe de spécialité des sûretés réelles s'en trouvait occulté.

le montant de la créance garantie soit déterminé dans l'acte constitutif de l'hypothèque conventionnelle<sup>451</sup>. La condition *ad validitatem* tenant à la détermination du montant de la charge hypothécaire n'a eu pour effet de faire disparaître l'exigence de détermination de la cause de la créance garantie dans l'acte constitutif. Aux termes de l'article 2421 du Code civil, il est précisé que « *l'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables* ». L'alinéa 2<sup>nd</sup> ajoute que « *la cause en est déterminée dans l'acte* ». Il en résulte que la détermination de la cause des créances garanties demeure une exigence au titre du principe de spécialité même si cela est critiquable puisque cela revient à le confondre avec le caractère accessoire de la sûreté réelle. En effet, les sûretés réelles indépendantes n'existant plus<sup>452</sup>, leur caractère accessoire s'est révélé de manière implicite à la lecture de textes qui exigent un lien avec une créance à garantir. Il s'agit d'une particularité du droit français à l'inverse des droits allemand et suisse qui reconnaissent la validité de sûretés réelles indépendantes<sup>453</sup>.

#### 152. Une confusion avec le caractère accessoire et le principe de spécialité –

L'approche adoptée par la Cour de cassation est structurelle. Le principe est de constater à peine de nullité le rapport entre la sûreté et la créance garantie, ce qui est conforté par

---

<sup>451</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 662 : sur l'application du principe de spécialité à la suite de la réforme du droit des sûretés, « *ce n'est pas tant le montant de la créance garantie qu'il faut indiquer, que celui de la charge hypothécaire, car l'hypothèque peut être consentie pour un montant supérieur à celui de la créance actuelle. Dans tous les cas (hypothèque pour dette présente, rechargeable ou non, hypothèque pour créance future), l'acte notarié doit indiquer à peine de nullité une « somme déterminée » représentant le capital garanti par l'affectation hypothécaire ; celle-ci s'étend de plein droit aux intérêts et autres accessoires, qui n'ont donc pas à être évalués. Lorsque le capital garanti n'est pas déterminé au jour de l'acte (rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels), les parties doivent évaluer la créance afin d'indiquer un montant en capital. Si la créance est variable en application d'une clause de réévaluation (clause d'indexation ou dette de valeur), cette clause doit être mentionnée dans l'acte, en plus du capital initial, afin que soit garantie la créance qui résultera de la réévaluation... La règle de spécialité quant à la créance garantie ainsi comprise permet, d'une part, d'attirer l'attention du constituant sur l'étendue de la charge hypothécaire ; d'autre part, d'identifier la créance garantie, notamment afin de permettre aux ayants cause d'en contrôler la validité et l'efficacité. Elle interdit l'hypothèque « flottante », qui permettrait d'affecter l'immeuble à n'importe quelle créance future et pour n'importe quel montant... ».*

<sup>452</sup> Il fut un temps où il existait des sûretés réelles indépendantes appelées « cédulas hypothécaires » qui étaient détachées de tout lien avec une créance à garantir. Les cédulas hypothécaires permettaient effectivement de grever son bien d'une hypothèque avant même d'être débiteur au titre d'une obligation, sans nécessiter que celle-ci soit même en germe. L'article 36 de la loi du 9 messidor An III permettait au propriétaire de l'immeuble de constituer une hypothèque sur son bien pour un montant quelconque mais sous réserve de respecter le seuil des trois quarts de la valeur du bien. Il devait ensuite inscrire la sûreté à la conservation des hypothèques ce qui lui permettait d'obtenir une cédula. La cédula constituait une sorte de billet à ordre qui comporte la sûreté qui se transmettra par la technique de l'endossement. Le paiement de la cédula se fera selon un terme fixe. V. J.-P. MASCLET et D. LAMY, « Une tentative oubliée de mobilisation des sols : la cédula hypothécaire révolutionnaire », *Banque*, 1973, p. 1130 et s. Le système des cédulas hypothécaires a été abandonné par une loi du 11 brumaire An VII. Le Code civil de 1804 est venu consacrer le caractère accessoire des sûretés réelles.

<sup>453</sup> Ainsi, le *Gründschuld* permettant au constituant de grever leurs biens de sûretés sans être débiteur. Sur cette sûreté allemande, v. M. ELSER, L. JULIEN-SAINT-AMAND, « Les garanties hypothécaires en droit allemand », *LPA* 1997, n° 49, p. 59.

l'application du principe de spécialité, l'exigence de détermination des créances garanties et parfois par l'emploi de la cause<sup>454</sup>. Cette approche mène à un contrôle désincarné de la cause ; celle-ci ne pouvant être distinguée à la fois du principe de spécialité<sup>455</sup> et du caractère accessoire. On peine en effet à les distinguer.

**153. Existence de tempéraments au principe de spécialité des sûretés réelles, obstacle à la détermination de la cause en la créance garantie** – Par l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>456</sup> portant réforme du droit des sûretés, un assouplissement du principe de spécialité s'est réalisé par l'admission de la garantie des créances futures<sup>457</sup> et l'avènement des sûretés rechargeables<sup>458</sup>. La consécration en France de la faculté de rechargement de certaines sûretés constitue indéniablement une difficulté pour reconnaître la cause en l'existence d'une créance à garantir.

**154. Les créances futures garanties : un faux obstacle** – La faculté de garantir des créances futures par des sûretés réelles a été consacrée par la réforme du droit des sûretés en 2006, allant dans le sens d'une meilleure efficience économique de ce droit<sup>459</sup>. Cette reconnaissance ne caractérise pas pour autant une atteinte au principe de spécialité, de sorte que la cause telle qu'elle a été définie peut-être identifiée dans le cas d'une sûreté garantissant une dette future. La garantie d'une créance future est possible si celle-ci est déterminée, en ce sens qu'elle doit être en germe au jour de la constitution de la sûreté. Partant, cela ne saurait constituer un obstacle au respect du principe de spécialité quant aux créances garanties, lequel emporte la détermination de la créance quant à sa cause et son montant.

---

<sup>454</sup> Sur la cause des sûretés réelles déterminée comme étant la créance garantie, v. *supra*, n° 144.

<sup>455</sup> C. DAUCHEZ, *thèse préc.*, n° 101 et s. : l'auteur présente une interprétation intéressante du principe de spécialité comme étant entièrement dirigé vers le droit de l'exécution forcée de sorte que ce qui importe réellement est la détermination dans le titre authentique du montant de la créance garantie ainsi que l'assiette de l'hypothèque, de sorte que la cause – en tant que fait générateur – de la créance garantie est une information d'une moindre importance. Selon cette acception du principe de spécialité, la cause telle que définie en droit positif ne viendrait pas se confondre puisque l'on visera ici l'individualisation de la créance à garantir dans son montant mais également dans sa cause, à savoir dans son fait générateur. Ainsi, elle viendrait à se confondre uniquement avec le caractère accessoire des sûretés réelles. Néanmoins, la perception du principe de spécialité concernant les créances à garantir reste double, à savoir qu'il convient de déterminer leur montant mais également leur cause.

<sup>456</sup> Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, JO du 24 mars 2006.

<sup>457</sup> Sur la garantie de créances futures en droit des sûretés pour soi, v. *infra*, n° 154.

<sup>458</sup> Sur le principe de spécialité des sûretés réelles confronté aux sûretés rechargeables, v. *infra*, n° 155.

<sup>459</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés réelles », *LPA*, 2010, n° 76, p. 7 à 22 ; PH. STOFFEL-MUNCK, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et Patr.* 2012, n° 213.

En matière de gage, l'article 2333 alinéa 2 du Code civil admet que les créances garanties puissent être futures et précise que « *dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables* ». Dans le cadre du nantissement de créances, l'objet de la sûreté peut quant à lui être futur puisque la réforme du droit des sûretés a supprimé l'exigence de signifier le nantissement à peine de nullité, « *laquelle supposait que la créance existât déjà* »<sup>460</sup>. Désormais, le nantissement de créances futures est opposable dès lors que celles-ci sont déterminables. Rendre les créances nanties déterminables signifie que l'acte de nantissement devra comprendre « *des éléments permettant [leur individualisation] tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance* »<sup>461</sup>. La faculté se retrouve en matière hypothécaire à l'article 2421 du Code civil<sup>462</sup>. Partant, les créances futures doivent être *a minima* en germe lors de la constitution de la sûreté réelle (nantissement, gage, hypothèque, etc...) puisque les textes forment à l'unisson une exigence de déterminabilité de la créance afin de pouvoir les individualiser et ce dans la perspective d'empêcher des sûretés omnibus<sup>463</sup>. Il en résulte que nonobstant l'admission de garantie des créances futures, le principe de spécialité reste sauf et par ricochet la caractérisation de la cause en l'existence d'une créance garantie demeure admissible.

**155. Les sûretés rechargeables : un tempérament au principe de spécialité et un obstacle à la caractérisation de la cause en la créance garantie** – Les sûretés rechargeables dressent, eu égard à leur structure, un tempérament au principe de spécialité des sûretés réelles. La sûreté rechargeable n'est pas pour autant une descendante des cédules hypothécaires connues du droit révolutionnaire ou une transposition de la *Gründschuld* allemande, puisque l'existence d'un lien avec une créance à garantir demeure dans le cas des sûretés rechargeables françaises ; l'indépendance n'est donc pas totale. L'introduction en droit français des sûretés rechargeables a été réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006 qui est venue consacrer l'hypothèque rechargeable à l'ancien article 2422 du Code civil<sup>464</sup>. Quelques

---

<sup>460</sup> C. civ. art. 2356.

<sup>461</sup> C. civ., art. 2356 al. 3.

<sup>462</sup> C. civ., art. 2421.

<sup>463</sup> PH. STOFFEL-MUNCK, art. préc. : la créance future satisfait le principe de spécialité selon l'auteur « *dès que les créances garanties sont suffisamment bien identifiées pour qu'on puisse sans ambiguïté déterminer quelles sont les créances garanties à un instant T* ».

<sup>464</sup> L. AYNÈS, P. CROcq et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 664 : « *C'est l'une des principales innovations de la réforme, en matière hypothécaire (ancien art.2422). Le gouvernement de l'époque avait voulu faciliter l'usage de l'hypothèque pour garantir des crédits divers, notamment à la consommation. Le coût de la constitution d'une hypothèque étant élevé, plutôt que de s'employer à abaisser celui-ci, il avait préféré rendre possible la*

années plus tard, l'ordonnance du 30 janvier 2009<sup>465</sup> intégra en droit français la fiducie rechargeable, en alignant quasiment à l'identique son régime juridique<sup>466</sup> sur celui de l'hypothèque rechargeable. Le sort réservé à la fiducie rechargeable fut de meilleur augure que celui de son prédécesseur, l'hypothèque rechargeable. Cette dernière souleva effectivement une méfiance dans un contexte de crise économique. Des voix s'élevèrent face à ce mécanisme qui offrait à des personnes physiques, des consommateurs, la faculté de créer une réserve hypothécaire sur un bien afin de l'affecter à la garantie de crédits ultérieurs<sup>467</sup>. Une crise des *subprimes* à la française fut crainte. Le législateur en prit acte par une loi du 17 mars 2014, qui a porté l'abrogation de l'article 2422 du Code civil à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2014<sup>468</sup>. Néanmoins, après avoir constaté que le risque n'était que limité, le législateur est revenu sur sa décision par une loi du 20 décembre 2014 pour faire revivre l'hypothèque rechargeable mais uniquement dans le cadre de la garantie de créances professionnelles<sup>469</sup>. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés porté par l'Association Henri Capitant prévoit de faire revivre pleinement l'hypothèque rechargeable, laquelle pourrait d'ailleurs constituer le modèle pour construire la future euro-hypothèque<sup>470</sup>.

**156. Analyse dualiste des sûretés rechargeables** – Dans le célèbre article « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », le professeur Philippe Dupichot apporte une brillante analyse de ces sûretés afin de mieux comprendre la faculté de recharge et de dresser les lignes directrices d'un droit qui leur est commun<sup>471</sup>. Selon l'auteur, la structure de la sûreté rechargeable est double en ce qu'elle est composée d'une affectation qualifiée par

---

*réutilisation d'une hypothèque constituée en garantie d'une créance présente, pour garantir de nouveaux crédits ; on fait alors l'économie d'une nouvelle constitution d'hypothèque (...)* ».

<sup>465</sup> Ord. n° 2009-112 du 30 janv. 2009. V. PH. DUPICHOT, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP N* 2009.1138.

<sup>466</sup> Le régime juridique de la fiducie rechargeable est régi par les articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil.

<sup>467</sup> À l'origine, l'hypothèque rechargeable pouvait être constituée tant par des personnes morales que par des personnes physiques y compris des consommateurs souhaitant garantir des crédits mobilier ou immobilier (C. conso, art. anc. L. 313-14).

<sup>468</sup> Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 46. V. CH. GIJSBERS, « *Requiem* pour l'hypothèque rechargeable », *RLDC* mars 2014, p. 28 ; H. HEUGAS-DARRASPEN, « La loi du 17 mars 2014 modifiée relative à la consommation et le renforcement de la protection du consommateur immobilier », *RDI*, déc. 2014, p. 608 et s.

<sup>469</sup> L. ANDREU, « L'hypothèque ressuscité », *JCP G* 2015, n° 78 ; E. FREMEAUX, « Pour l'hypothèque rechargeable », *JCP N* 2016, 1102 ; CH. GIJSBERS, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 déc. 2014 », *D.* 2015, p. 69 ; H. HEUGAS-DARRASPEN et J. SALVANDY, « L'hydre de l'hypothèque rechargeable ? », *RDI*, 2015, p. 341 ; C. LE GALLOU, « L'hypothèque rechargeable : un jeu de cache-cache ou de qui perd quoi ? », *RDLC* avr. 2015, p. 30.

<sup>470</sup> Avant-projet de droit des sûretés, assoc. H. Capitant, juin 2017 : C.civ. art. 2428.

<sup>471</sup> PH. DUPICHOT, « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », *Dr. et patr.*, 2010, n° 192, p. 68-74.

l'auteur de principale, indépendante et autonome constituant « *le visage nouveau* » et d'une affectation accessoire, dérivée et secondaire qui caractérise quant à elle le visage « *familier* » en droit français. L'auteur définit l'affectation principale comme étant la faculté pour le propriétaire d'affecter le bien – ou le patrimoine fiduciaire – en garantie, détachée de son droit de propriété mais restant entre ses mains. Le caractère général marque cette affectation hypothécaire ou fiduciaire puisque les créances garanties ultérieures, futures, n'auront ni à être déterminées ni à être déterminables. En effet, seule la créance initiale doit être individualisée lors de la constitution de la sûreté de sorte que le principe de spécialité des sûretés réelles est assuré uniquement au regard de la première créance garantie. En matière hypothécaire, l'acte constitutif doit prévoir le montant de la créance garantie initiale mais également la limite du montant de la réserve hypothécaire. Ainsi l'hypothèque rechargeable ultérieure peut être d'un montant supérieur à celui de la première créance garantie mais dans la limite du montant de la réserve hypothécaire. En matière fiduciaire, l'acte constitutif permet la recharge non pas dans la limite d'un montant déterminé mais dans la limite de la valeur du patrimoine fiduciaire appréciée au jour de la recharge<sup>472</sup>.

Les sûretés rechargeables en ce qu'elles engendrent une affectation générale quant aux créances garanties ultérieures constituent « un contrat cadre de sûreté »<sup>473</sup> puisque par l'acte constitutif, rendu possible par la détermination de la première créance garantie, le constituant a la faculté de se créer une réserve hypothécaire ou fiduciaire pour garantir des créances ultérieures qui n'existent pas encore, ni même en germe au jour de la constitution de la sûreté.

---

<sup>472</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 782 : certains auteurs soulignent le risque de ne pas déterminer de limite quant au montant de la réserve fiduciaire craignant une crise des *subprimes* à la française. Ainsi les Professeurs Aynès et Crocq soulignent que « *le rechargement d'une hypothèque ne peut être effectué que dans la limite de la somme prévue initialement dans l'acte constitutif (C.civ., art. 2422, al. 2). Ceci a pour objet d'empêcher que les crédits hypothécaires puissent être revalorisés en fonction d'une augmentation supposée de la valeur de l'immeuble donné en garantie (et non à raison d'une augmentation de la solvabilité de leur débiteur), comportement qui expose les créanciers à voir leurs crédits insuffisamment garantis lorsque la « bulle immobilière » éclate ainsi que l'a montré la récente crise des subprimes. Or, une telle limite n'existe pas dans le cas de la fiducie-sûreté rechargeable. Bien au contraire, les nouveaux articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil issus de l'ordonnance du 30 janvier 2009 ont prévu qu'en cas de rechargement de la fiducie-sûreté, le patrimoine fiduciaire « ne peut être alors affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge » (ce qui laisse la possibilité d'augmenter le montant du crédit en garantie duquel la fiducie-sûreté est constituée à proportion de l'augmentation de la valeur du bien donné en garantie, c'est-à-dire de faire exactement ce que l'ordonnance du 23 mars 2006 a interdit dans le cas de l'hypothèque rechargeable) et la loi du 12 mai 2009 a ensuite modifié ces articles de telle sorte que cette limite ne s'applique plus que dans l'hypothèse où le fiduciaire est une personne physique, la revalorisation du crédit garantie à l'occasion du rechargement de la fiducie-sûreté ne connaissant donc plus aucune limite lorsque le fiduciaire est une personne morale » ; V. *contra* : Sur ce point, l'avant-projet de réforme reprend le droit tel qu'il est défini actuellement en matière de fiducie rechargeable, à savoir que la limite de la réserve fiduciaire s'appréciera au regard de la valeur du patrimoine fiduciaire appréciée au jour du rechargement. V. Avant-projet de réforme de droit des sûretés, Assoc. H. CAPITANT : C. Civ. art. 2380.*

<sup>473</sup> PH. DUPICHOT, art. préc.

Selon le professeur Philippe Dupichot, l'affectation principale des sûretés rechargeables est marquée par un caractère indépendant, non accessoire au regard de la créance garantie. En effet, elle permet de recharger la sûreté alors même que le premier créancier n'a pas été payé et survivra à l'extinction de l'obligation principale ou des créances causes des rechargements ultérieurs<sup>474</sup>. Finalement, l'originalité se loge dans l'existence d'une affectation principale autonome et générale qui confère à son constituant la faculté, dans son seul intérêt, de garantir des créances inconnues au jour de l'acte constitutif. Puis, « le visage familial » tel que décrit par l'auteur rejoint le droit commun des sûretés réelles en ce qu'il est composé d'affectations accessoires, spéciales en garantie soit de la créance initiale soit des autres créances postérieures supposant de les identifier dans l'acte constitutif pour la première créance et dans les conventions de rechargement pour les autres créances, en application du contrat cadre de sûreté. Les affectations sont spéciales en ce qu'elles exigent de déterminer les créances garanties et accessoires puisqu'elles suivront le sort de la créance garantie<sup>475</sup>.

Ce double visage des sûretés rechargeables tempère le principe de spécialité des sûretés réelles en ce que l'affectation principale est par définition générale quant aux créances garanties. Partant, il est impossible de déterminer lors de la constitution de l'hypothèque rechargeable les créances qui seront garanties, hormis la créance initiale. Par conséquent, l'analyse classique de la cause des sûretés réelles, telle que définie comme étant la créance garantie, ne correspond donc à la structure dualiste des sûretés rechargeables.

**157. Le nécessaire dépassement du lien avec la créance garantie : existence de transmission autonome (et de causes autonomes d'extinction de la sûreté) –** Sur le fondement du caractère accessoire, les sûretés pour soi vont en principe suivre le sort de la créance garantie. Néanmoins, ce n'est pas toujours le cas. A titre d'illustration, il existe des facultés de transmission autonome de la sûreté à l'égard de la créance garantie ayant pour effet de rompre leur lien. L'un des premiers modes de transmission autonome de la sûreté consiste à procéder à une novation par changement de créancier avec réserve expresse de sûretés. En principe, l'effet novatoire va éteindre le rapport d'obligation ancien. L'article 1334 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil rappelle que la novation emporte extinction à la fois de l'obligation principale ancienne mais également de tous ses accessoires. Néanmoins, l'alinéa 2<sup>nd</sup> poursuit en prévoyant que « *par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées*

---

<sup>474</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

<sup>475</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

*pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants* ». Messieurs Mestre, Putman et Billiau ont pris l'exemple de la convention de compte courant en expliquant que des clauses de réserve expresse de sûretés se retrouvent régulièrement dans cette hypothèse afin de permettre le report des sûretés qui garantissaient à l'origine la créance entrant en compte courant sur le solde lors de la clôture<sup>476</sup>. La novation par changement de créancier assortie de clause de réserve de sûretés comporte l'avantage pour le nouveau créancier de bénéficier d'un rapport d'obligation nouveau, dépourvu de toutes les exceptions issues du rapport ancien, tout en bénéficiant des sûretés anciennes et des droits y afférents. Le tempérament au lien entre la créance garantie et la sûreté est caractérisé par son autonomie. Aussi, la sûreté peut faire l'objet d'une cession indépendamment de la créance garantie par la technique de la « subrogation » qui permet à un titulaire de céder les sûretés tout en conservant sa créance à un tiers. Le tiers est généralement soit le créancier du débiteur soit le créancier du cédant. L'avantage est de permettre au cessionnaire d'exercer tous les droits attachés à la sûreté sans avoir à exercer une action oblique. Enfin, la sûreté peut faire l'objet d'une cession de rang entre créanciers. A titre d'illustration, l'article 2405 du Code civil prévoit en matière hypothécaire la cession d'antériorité entre les créanciers afin de faire bénéficier d'un meilleur rang. Ces hypothèses d'indépendance de la sûreté vis-à-vis de la créance garantie confirment les lacunes de l'analyse classique de la cause – étant entendue comme l'existence d'une créance à garantir –. La sûreté peut connaître une déconnexion à l'égard de la créance garantie initialement.

## 2. L'ensemble contractuel : une lecture intéressante

**158. Vers une compréhension globale de l'opération** – En matière de crédit-bail, la Cour de cassation décide que la résolution du contrat de vente emporte la résiliation du crédit-bail. La décision se fonde sur la cause de l'obligation du crédit-preneur qui disparaît faute de pouvoir jouir du bien<sup>477</sup>. Par conséquent, le crédit-bailleur ne peut plus percevoir les

---

<sup>476</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 389 : les auteurs en concluent qu'il y a dès lors une dérogation au caractère accessoire des sûretés réelles puisque dans le cas de la novation, l'on va permettre à des sûretés anciennes de perdurer malgré l'extinction de la créance qu'elles garantissaient. Dans l'exemple pris de la convention de compte courant, les auteurs mettent à part le cas de la créance faisant l'objet d'une affectation spéciale en considérant qu'il n'y a pas atteinte nécessairement au caractère accessoire puisque la créance « *est alors maintenue hors du compte et c'est parce qu'elle n'est pas novée en compte courant qu'elle survit, et avec elle la sûreté qui demeure son accessoire* ».

<sup>477</sup> V. *supra*, n° 145.



loyers faute de transfert de la jouissance du bien ni à retenir la propriété dudit bien. Les restitutions doivent alors s'opérer.

La détermination de la cause du crédit-bail nous enseigne une approche intéressante, en ce qu'elle ne doit pas être recherchée nécessairement dans la contrepartie immédiate à l'obligation contractée. Dans cette hypothèse, l'obligation du crédit-bailleur est davantage de permettre le financement de l'acquisition du bien dont la jouissance est transférée. L'intérêt au contrat du crédit-preneur est certes d'obtenir un financement mais pas seulement, puisque la particularité du crédit-bail est d'assortir ce financement avec la transmission d'un bien. Implicitement, la cause est recherchée en dehors du crédit-bail, plus précisément dans le contrat de vente qui constitue la source du transfert de la jouissance du bien au crédit-preneur.

Ce raisonnement fait écho à la jurisprudence applicable en matière de location-financière qui sont des contrats reposant sur le même mécanisme que le crédit-bail mais sans option d'achat à leur terme<sup>478</sup>. Les contrats de location financière, formant ce que l'on appelle les ensembles contractuels, représentent des contrats interdépendants en ce qu'ils sont concomitants ou successifs et s'inscrivant dans le cadre d'une même opération – la location financière –, de sorte que l'anéantissement de l'un entraîne la caducité de l'autre. La Cour de cassation, après une divergence entre ses chambres, a notamment affirmé que la clause de divisibilité était réputée non écrite et ne saurait faire obstacle à la caducité du contrat<sup>479</sup>. La nature de l'ensemble contractuel prime sur l'autonomie de la volonté des parties qui souhaiteraient rendre divisible ces contrats.

L'ensemble contractuel est une notion capable d'éclairer la cause des sûretés réelles. Le constituant s'engage au titre de la garantie afin de permettre la conclusion du contrat principal et d'obtenir directement l'avantage au sein de son patrimoine. L'étude de la cause dans le cadre d'un ensemble contractuel instruit que la recherche de celle-ci ne doit pas nécessairement se retrouver dans la contrepartie immédiate à l'obligation, mais possiblement en dehors de la structure du contrat, afin de découvrir quel était l'intérêt de la partie à

---

<sup>478</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 2002, n° 6, p. 355-380 ; D. LANZARA, « Précisions sur la constatation judiciaire de la caducité d'un contrat de location financière », *LPA*, 2018, n°148, p.7-11 ; H. CAUSSE, « De l'interdépendance de la location financière à la faute anéantissant l'ensemble contractuel par caducité », *Lexbase Hebdo*, 2017, n°521 ; A. BENABENT, *op. cit.*, n° 402.

<sup>479</sup> Cass. ch. mixte., 17 mai 2013, n° 11-22.927 et 11-22.768.

s'engager. La solution a vocation à être transposée à l'ensemble des sûretés pour soi qui représentent des contrats unilatéraux dépourvus de contrepartie immédiate à l'obligation.

## II. INTÉRÊT ET SÛRETÉ POUR SOI

159. **Le passage de la cause à l'intérêt des sûretés pour soi** – L'identification de la cause en la créance garantie se confond principalement avec le principe de spécialité et le caractère accessoire. L'existence d'une créance à garantir existe au sein de chaque sûreté, qu'elle soit réelle ou personnelle. S'il est vrai qu'en adoptant une conception objective de la cause, il est fondé de la définir comme la créance garantie, encore faut-il révéler le réel intérêt du constituant, à savoir sa volonté d'obtenir le crédit en rassurant son créancier par l'octroi d'une sûreté sur un de ses biens. L'œuvre de la sûreté est de rassurer le créancier afin qu'il consente à la conclusion du contrat principal. Le constituant accepte ainsi d'affecter l'un de ses biens en considération de l'obtention du crédit.

160. **Plan** – En s'engageant au titre d'une sûreté pour soi, le constituant est dans l'attente d'obtenir une contrepartie immédiate à son engagement. En cela, la sûreté reçoit la qualification de contrat commutatif équilibré (A). *In fine*, la cause des sûretés pour soi résulte de la poursuite d'un intérêt patrimonial direct du constituant au contrat (B), ce qui vient sceller la distinction entre la famille des sûretés pour autrui et la famille des sûretés pour soi.

### A. Une compréhension par le caractère commutatif

161. **Le nécessaire dépassement du lien entre la cause et la créance garantie** – L'identification de la cause du contrat de sûreté réelle en l'existence de la créance garantie doit être dépassé en raison d'une part de la confusion que cela implique avec le principe de spécialité et d'autre part de l'existence de cas d'autonomie de la sûreté vis-à-vis de l'obligation<sup>480</sup>.

162. **La qualification en contrat commutatif équilibré** – Traditionnellement, les sûretés réelles sont définies selon deux critères : leur but de garantie et leur technique afin d'atteindre cette finalité. A ce titre, « *la sûreté réelle est la technique spécifique de sûreté visant cumulativement, d'une part, la rupture d'égalité, qui est réalisée par le droit de*

---

<sup>480</sup> V. *supra*, n° 157.

*préférence, et, d'autre part, l'affectation de biens au paiement de la dette, qui est réalisée corrélativement, par le droit de prélèvement prioritaire sur la valeur du bien* »<sup>481</sup>. La sûreté réelle existe afin d'améliorer la situation juridique du créancier, à savoir son droit de gage général qui, aux termes des articles 2284 et 2285 du Code civil, lui octroie le droit de saisir n'importe quels biens présents ou futurs du patrimoine de son débiteur<sup>482</sup>. En ce sens, il s'agit d'une technique d'affectation de la valeur d'un bien à la garantie d'une obligation par l'octroi d'un droit préférentiel ou exclusif ayant pour effet de briser la règle de l'égalité entre les créanciers.

L'objet de la sûreté est dès lors de conférer au créancier un droit préférentiel ou exclusif sur un ou plusieurs biens, présents ou futurs, ou sur le patrimoine de son débiteur en cas d'inexécution de l'obligation. Partant, le contrat accorde au créancier un avantage patrimonial qui résulte de l'amélioration de son droit de gage général. S'agissant d'un contrat unilatéral où seul le constituant de la sûreté s'engage envers son créancier, il ne saurait exister de contrepartie à l'obligation du débiteur. Seul le créancier perçoit l'avantage du contrat qui résulte de l'octroi d'un droit préférentiel ou exclusif.

Or nul doute que le contrat de sûreté pour soi établit un équilibre des prestations qui doit être recherché en dehors du contrat<sup>483</sup>. L'équilibre entre les prestations réside dans l'obtention de la conclusion du contrat principal. En effet, la sûreté pour soi a pour finalité de donner confiance au créancier<sup>484</sup> afin de faciliter voire de déterminer la conclusion du contrat principal. Pour preuve, certains contrats subordonnent leur existence ou leurs effets à la constitution de sûretés par l'introduction dans le contrat de crédit de conditions suspensives ou résolutoires de constitution d'une sûreté<sup>485</sup>. De ce constat, le contrat de sûreté pour soi peut

---

<sup>481</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n°11. V. en ce sens la définition portée par l'Avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant : C. civ., art. 2323 et s.

<sup>482</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 269.

<sup>483</sup> Sur la recherche de la contrepartie dans un contrat unilatéral, v. *supra*, n° 162.

<sup>484</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 2 : les auteurs présentent la finalité du droit des sûretés en considérant qu'il est possible d'avoir « deux visions du droit des sûretés, l'une baignée d'ombre, l'autre baignée de lumière. La sûreté fleurit dans la zone d'ombre du respect de la parole donnée : celle de l'arrière-pensée. Comme le crédit, qui vient du latin *credere* et implique l'idée de confiance, ne se satisfait pas de la simple assurance que le cocontractant mettra ses efforts au service du pacte mutuel, le bailleur de crédit s'entoure de garanties. D'où ce premier paradoxe du droit des sûretés : prendre une sûreté, c'est, fondamentalement, ne pas faire confiance au débiteur, ou, du moins, ne lui accorder qu'une confiance vigilante. Mais le droit des sûretés devrait aussi avoir sa part de lumière, car, comme on a pu l'écrire, « les sûretés ajoutent aux créances une facette miroitante, la sécurité ». Adde : v. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, n° 1.

<sup>485</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 427 et s. : « Il arrive que le contrat principal soit subordonné à la constitution de garanties, leur obtention étant alors érigée en modalité terme ou condition

parfaitement recevoir la qualification de contrat commutatif équilibré malgré son caractère unilatéral. Le contrat commutatif équilibré se définit par la réciprocité des obligations qui se servent ainsi mutuellement de cause<sup>486</sup>. La sûreté réelle procure au créancier l'affectation du bien par l'octroi d'un droit de préférence ou d'un droit exclusif ayant pour effet de renforcer son droit de gage général<sup>487</sup>. En contrepartie immédiate de cet avantage patrimonial, le constituant va obtenir le bénéfice issu de la conclusion du contrat principal grâce à l'effet de la sûreté qui a donné confiance au créancier. Le lien entre la conclusion du contrat principal et l'octroi du droit de préférence ou exclusif au créancier est manifeste en ce que ce dernier a facilité, très nettement, la conclusion du contrat principal en renforçant la confiance du créancier. La réciprocité est dès lors caractérisée entre les obligations. Par hypothèse, les intérêts altruiste et patrimonial indirect ne sauraient expliquer l'engagement du constituant d'une sûreté pour soi. La réception de l'avantage économique est immédiate.

**163. Le respect de l'équivalence des prestations au moment de la réalisation de la sûreté** – En plus d'être commutatif, le contrat de sûreté pour soi est nécessairement équilibré puisque nul ne saurait s'enrichir sur le fondement d'une sûreté réelle. La règle implique, lors de la réalisation de la sûreté, une équivalence entre l'obligation garantie et le type de sûreté choisi assurant *in fine* un équilibre entre les prestations du créancier et du constituant. La qualification des sûretés pour soi en contrat commutatif équilibré impliquerait-il une exigence de proportionnalité entre les sûretés consenties par le débiteur et la créance à garantir ? Des auteurs l'ont considéré en arguant pour la reconnaissance d'un principe de proportionnalité des sûretés réelles. MM. Mestre, Putman et Billiau ont en ce sens plaidé pour

---

*suspensive ou résolutoire. Eu égard à l'engouement des établissements financiers pour le cautionnement, il n'est pas surprenant que la jurisprudence ait eu surtout à connaître de crédits dont l'obtention était subordonnée à la fourniture d'une caution. Mais outre que ces solutions jurisprudentielles sont transposables au cautionnement réel, on peut aussi envisager qu'un contrat de crédit ou autre, translatif par exemple, soit subordonné à la constitution d'une sûreté réelle. Il suffit généralement alors d'appliquer les solutions dictées par la théorie générale des obligations, mais sur certains points l'exigence de sûreté peut entraîner des solutions particulières. C'est le droit commun des obligations qui guidera les contractants dans leur stratégie rédactionnelle et leur fera, par exemple, choisir de conclure le contrat plutôt sous condition suspensive, que sous condition résolutoire de non fourniture de sûreté réelle, s'il s'agit d'un contrat translatif, en raison du risque de double perception des droits fiscaux de mutation si la condition résolutoire se réalise* ». Les parties ont la faculté d'essentialiser un élément accessoire du contrat pour retarder sa formation. Il est parfaitement admissible que la prise de garanties soit un élément essentiel de la formation du contrat. Après avoir confirmé la possibilité de prévoir des clauses subordonnant la conclusion du contrat principal à la prise de sûretés, les auteurs soulèvent la question de la nature potestative de ces conditions en ce que l'appréciation du caractère suffisant de la prise de sûretés, *in fine* de la conclusion du contrat principal, relève uniquement du créancier. La nature potestative de la condition tombe dès lors qu'il est possible de prévoir qu'en cas de contestation sur le caractère suffisant des garanties prises un tribunal étatique ou arbitral sera saisi, ou un tiers arbitre.

<sup>486</sup> J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 236 ; A. SERIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », *in Le contrat au début du XXIe siècle*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, p. 780, n° 2.

<sup>487</sup> Sur le lien entre le droit de gage général et les sûretés pour soi, v. *infra*, n° 391 et s.

l'instauration d'un contrôle des sûretés abusives<sup>488</sup>. Le principe de proportionnalité aurait pour conséquence d'instaurer un contrôle judiciaire exceptionnel des sûretés aboutissant à « une procédure de réduction laissée à l'initiative du débiteur, en dehors même d'une procédure civile d'exécution dirigée contre lui »<sup>489</sup>. La proportionnalité de la sûreté réelle impliquerait que, dès sa constitution, l'équivalence serait caractérisée avec l'obligation garantie. Fondamentalement, le principe de proportionnalité des sûretés pour soi ne saurait constituer une règle d'application générale à toutes les sûretés réelles. Nous pensons inévitablement au cas du droit de rétention qui est, par essence, disproportionné par rapport à la créance garantie afin de faire jouer son plein effet comminatoire. Il est vrai que certains cas de contrôle de la proportionnalité des sûretés pour soi existent en droit positif<sup>490</sup> mais cela n'implique pas une faculté de généralisation à l'ensemble de la matière pour plusieurs raisons. Le professeur Philippe Dupichot emporte la conviction lorsqu'il vient expliquer que la généralisation de l'exigence de proportionnalité aux sûretés réelles conventionnelles serait d'une part impossible et d'autre part inopportune<sup>491</sup>.

Il est vrai que la prise de sûretés disproportionnées n'est pas un cas d'école : par crainte d'une dépréciation de la valeur du bien grevé, le fournisseur de crédit peut exiger de constituer des sûretés à hauteur de X fois la valeur de la créance garantie afin d'être certain de la couvrir lors de la réalisation des biens affectés. Il s'agit d'ailleurs d'une pratique bancaire courante en matière de gage sur stocks, lorsque la valeur des biens grevés fluctue par l'écoulement du temps emportant ainsi un risque de réalisation des biens grevés à bas prix<sup>492</sup>. La disproportion interne en matière de sûretés réelles ne doit être remise en cause par un principe d'existence d'une équivalence des prestations. Ce principe ne reflète pas une exigence de proportionnalité. Il se justifie par le caractère accessoire des sûretés pour soi. Pris dans son

---

<sup>488</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 200 : « La justice commutative ou corrective n'est, néanmoins, pas absence du droit des sûretés réelles. En d'autres termes, notre droit s'efforce aussi, et notamment dans le domaine des sûretés réelles conventionnelles, de corriger l'injustice résultant d'une inégalité entre le créancier et le débiteur. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le contrôle que le juge peut être amené à exercer sur le choix par le créancier d'une sûreté, non pas à proprement parler abusive, mais inutile. On peut définir la sûreté inutile comme celle qui outrepassa la mesure nécessaire au paiement de la créance ».

<sup>489</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 206 : les auteurs estiment qu'un contrôle systématique de la proportionnalité des sûretés réelles par le juge ne serait pas souhaitable mais estiment qu'un « recours en réduction des sûretés manifestement disproportionnées est, [à notre sens], envisageable ».

<sup>490</sup> V. A. GALLOIS, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010, n° 23, p. 335.

<sup>491</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 668 à 676.

<sup>492</sup> A titre d'illustration, un gage portant sur une ligne de vêtements est le plus souvent consenti sur un stock qui permet de couvrir 150% voire plus du montant de la créance garantie. En raison de l'effet du temps sur ces biens (la valeur de ces biens est intimement liée aux modes saisonnières), lequel entraîne un risque de vente à bas prix, le créancier n'a d'autre choix que de prendre une sûreté disproportionnée.

sens strict, le caractère accessoire suppose que la sûreté suive le même sort que l'obligation principale<sup>493</sup>, de sorte que lors de sa mise en œuvre, il ne sera permis au créancier de s'enrichir sur son fondement<sup>494</sup>. L'absence d'enrichissement du créancier sur le fondement de la sûreté réelle porte un principe général du droit des sûretés réelles<sup>495</sup>, ce qui est consacré dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant en tant que principe directeur<sup>496</sup>.

**164. La limite à la qualification de contrat commutatif équilibré : la structure des sûretés pour soi** – Les sûretés pour soi se définissent comme étant des contrats commutatifs équilibrés. Or au regard de leur structure unilatérale, la détermination de la cause ne saurait être établie dans l'existence de contreparties mutuelles des parties. Par conséquent, à l'instar des sûretés pour autrui, les sûretés pour soi trouvent leur cause dans la cause finale définie comme étant l'intérêt au contrat.

## **B. L'analyse par l'intérêt patrimonial direct**

**165. La cause des sûretés pour soi définie par l'intérêt au contrat** – La définition de la cause catégorique ou cause typique<sup>497</sup>, par la notion d'intérêt au contrat, explique l'engagement du constituant d'une sûreté, que ce soit une sûreté pour autrui ou une sûreté pour soi. L'intérêt au contrat résultant de la poursuite de la satisfaction d'un besoin ou de l'obtention d'un avantage patrimonial permet de comprendre l'engagement du constituant. A l'inverse des sûretés pour autrui, et ce même lorsqu'elles sont intéressées, le constituant d'une sûreté pour soi va poursuivre la satisfaction d'un intérêt patrimonial qui sera par essence direct. Les rapports sont *inter partes*. En effet, la constitution de la sûreté va lui

---

<sup>493</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 326.

<sup>494</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 515 : à propos de la mise en œuvre d'un pacte commissaire dans le cadre d'un gage, « *la loi impose au créancier bénéficiaire du transfert de payer l'excédent de valeur du bien par rapport à sa créance au débiteur (...) ou, s'il existe d'autres gagistes, de le consigner* ». Néanmoins, cette disposition n'étant pas d'ordre public, le Professeur Laurent Aynès a considéré qu'il était envisageable de convenir que l'excédent constituerait « *un surplus de rémunération, qui devra juridiquement être traité comme tel* ». Les auteurs soulignent alors que « *si l'on veut concilier cela avec le caractère accessoire de la sûreté réelle qui implique que la réalisation du gage ne puisse jamais procurer au créancier plus que ce que l'exécution normale de l'obligation lui aurait apporté, il faut alors considérer l'attribution de cet excédent comme une forme de pénalité forfaitaire venant sanctionner l'inexécution* ». V. sur ce point : L. AYNÈS, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.*, 2007, p. 48 et s.

<sup>495</sup> L'absence d'enrichissement sur le fondement de la sûreté se retrouve aussi en présence de sûretés rechargeables puisque leur réalisation est à la fois spéciale et accessoire. V. *supra* n° 156.

<sup>496</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Association H. Capitant, juin 2017 : l'article 2286-3 prévoirait ainsi que « *La sûreté ne peut procurer au créancier aucun enrichissement* ».

<sup>497</sup> Sur la cause typique et la notion d'intérêt au contrat, v. *supra*, n° 63.

procurer l'obtention immédiate, au sein de son patrimoine, d'un avantage économique résultant du bénéfice du contrat principal conclu avec le créancier. La contrepartie n'a pas vocation à transiter par un patrimoine tiers comme ce serait le cas en matière de sûretés pour autrui intéressées.

L'équilibre entre le versant objectif et subjectif, tel que conceptualisé par Mme Judith Rochfeld, se retrouve dans l'engagement du constituant de la sûreté pour soi. La contrepartie objective résulte de l'obtention de l'avantage patrimonial au sein du patrimoine du constituant qui caractérise dès lors « *la réalité physique de ce qui est obtenu* » comme le définit le professeur Judith Rochfeld<sup>498</sup>. « *L'intérêt réel* »<sup>499</sup> porté par le constituant au contrat de sûreté pour soi est de réaliser la conclusion du contrat principal afin d'obtenir directement l'avantage économique au sein de son patrimoine. Conformément à la définition objective de l'intérêt au contrat<sup>500</sup>, nul besoin de rechercher les motifs psychologiques<sup>501</sup> du constituant de la sûreté afin de déterminer les raisons pour lesquelles il a souhaité obtenir cet avantage patrimonial. La seule considération de l'intérêt, résultant de l'obtention directe d'un avantage patrimonial, permet d'identifier la cause typique des sûretés pour soi et corrélativement leur structure<sup>502</sup>. En effet, la cause catégorique fonde la nature juridique<sup>503</sup>. A titre d'illustration, le constituant d'une hypothèque conventionnelle consent à grever son immeuble de ce droit réel accessoire en garantie d'un contrat de prêt immobilier affecté au financement du bien qui constitue l'assiette de l'hypothèque. Aux termes de l'article 2421 du Code civil, le principe de spécialité enjoint de fixer le montant de la dette en capital et intérêts. Traditionnellement, la cause consisterait à être placée en l'existence du contrat de prêt immobilier qui est garanti par l'affectation hypothécaire. Au regard de la notion d'intérêt patrimonial direct, il s'avère que dans cette hypothèse classique, le constituant consent l'hypothèque afin d'obtenir le crédit immobilier lui ayant permis d'acquérir l'immeuble grevé de l'hypothèque. L'avantage économique provient du transfert du crédit immobilier versé sous forme de capital qui a permis l'acquisition de l'immeuble grevé de l'hypothèque. Dans le cadre d'un nantissement

---

<sup>498</sup> J. ROCHFELD, art. préc., n° 37. V. *supra*, n° 63.

<sup>499</sup> J. ROCHFELD, *ibid.* V. *supra*, n° 65.

<sup>500</sup> V. *supra*, n° 67.

<sup>501</sup> Sur le rejet des motifs psychologiques dans la définition de la cause, v. *supra*, n° 41.

<sup>502</sup> La conséquence de la distinction entre l'intérêt poursuivi par le constituant d'une sûreté pour autrui et d'une sûreté pour soi va se reporter sur la structure du contrat de sûreté. V. *infra*, n° 317 et s.

<sup>503</sup> J. ROCHFELD, art. préc., n° 61 : définissant la cause typique, l'auteur relève que « *la même finalité recherchée à l'identique va se figer et induire la cristallisation de la structure contractuelle propre à l'atteindre* ». Sur la structure des deux familles de sûretés, v. *infra*, n° 172.

de créance, le constituant s'engage aussi en vue d'obtenir directement un avantage patrimonial. Ainsi lorsque le constituant d'un nantissement affecte ses créances de loyers qu'il détient sur le locataire du remboursement, afin de garantir son prêt immobilier, ce dernier s'est engagé au titre du nantissement afin que le prêt immobilier lui soit consenti pour obtenir le capital prêté. L'intérêt patrimonial direct résulte dans l'obtention du financement tandis que le motif de l'engagement se loge dans la volonté d'acquérir un immeuble. La cause catégorique des sûretés pour soi ainsi caractérisée par l'intérêt patrimonial direct du constituant est identique au sein de chaque sûreté pour soi et constitue donc le socle de la catégorie.

**166. Distinction entre l'intérêt patrimonial direct et la cause abstraite** – Ainsi définie, la cause catégorique des sûretés pour soi se distingue de la cause abstraite caractérisée par l'existence d'une créance garantie. A première vue, les deux analyses se rejoignent puisqu'elles visent l'obtention du crédit. Néanmoins, l'analyse objective de la cause apporte une analyse statique tandis que l'intérêt patrimonial direct met en lumière ce mouvement de valeur du patrimoine du créancier vers celui du constituant<sup>504</sup>. L'analyse dynamique, telle que décrite par Mme Judith Rochfeld, apporte une meilleure compréhension de la cause du contrat ce qui permet en outre d'opérer la distinction avec les sûretés pour autrui. La créance garantie existe au sein de chaque sûreté. Nous pouvons renouer avec la célèbre critique de Planiol selon laquelle la cause ainsi définie se confond avec l'objet<sup>505</sup>. Or à l'aune de l'intérêt au contrat, l'analyse devient donc dynamique en visant le transfert direct de l'avantage issu de la conclusion du contrat principal. L'obtention directe du crédit ne se retrouve pas au sein des sûretés pour autrui puisque tout au plus le garant pour autrui peut bénéficier, par ricochet, des conséquences de la conclusion du contrat principal.

**167. Le caractère direct de l'intérêt patrimonial** – Le critère direct de l'intérêt patrimonial représente « l'intérêt réel » du constituant d'une sûreté pour soi. Il permet ainsi de comprendre la structure de la sûreté mais aussi son régime juridique<sup>506</sup>. Plus encore, il traduit la nature juridique des sûretés pour soi, lesquelles constituent des contrats unilatéraux

---

<sup>504</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n° 86 et s. : dans sa définition de l'intérêt au contrat, l'auteur met en avant l'analyse dynamique que permet de réaliser la notion tandis que la cause abstraite n'offre qu'un regard statique sur le constat de l'existence d'une contrepartie à l'obligation.

<sup>505</sup> V. *supra*, n° 37.

<sup>506</sup> La fiducie-sûreté ne fait pas exception. Le fait que le patrimoine fiduciaire soit détenu par un tiers, et non le créancier, importe peu dès lors que les biens sont affectés à la garantie du contrat conclu entre le créancier et le constituant. Sur le fonctionnement de la fiducie-sûreté, v. *infra*, n° 498.



onéreux, contrairement aux sûretés pour autrui qui sont par hypothèse des contrats à titre gratuit. La réception directe ou indirecte marque ainsi la distinction entre les deux familles de sûretés. D'ailleurs, le rapport *inter partes* existant entre le créancier le constituant de la sûreté révèle bien le caractère direct<sup>507</sup>. L'intérêt explique la structure du contrat.

**168. Conclusion de paragraphe** – L'intérêt patrimonial direct explique la nature des sûretés pour soi en mettant en avant l'intérêt de s'engager en vue d'obtenir un avantage économique immédiatement. Partant, les sûretés reçoivent la qualification de contrat onéreux, contrairement aux sûretés pour autrui qui sont des contrats à titre gratuit faute d'intérêt patrimonial reçu directement dans le patrimoine du garant.

**169. Conclusion de la Section II** – En droit des sûretés réelles, la cause est déterminée comme étant la créance garantie ; à défaut le contrat de sûreté n'a pas vocation à exister. Plus généralement, la conception de la cause des sûretés réelles comme étant la créance garantie n'est guère satisfaisante en ce qu'elle vient se confondre avec le principe de spécialité et le caractère accessoire. En outre, elle ne permet pas d'expliquer la différence d'engagement entre les deux familles de sûretés. La recherche d'une conception distincte de la cause s'impose. L'analyse de la cause du contrat de crédit-bail offre une autre perspective en considérant que la cause serait à rechercher en dehors de la structure contractuelle, dans la finalité de l'opération entendue comme le résultat de l'exécution du contrat de crédit et du transfert de jouissance. Ce dernier s'engage afin de rassurer le créancier pour obtenir, au sein de son patrimoine, le crédit. Le mouvement de valeur patrimoniale explique son action. En cela, la sûreté pour soi constitue un contrat à titre onéreux, plus précisément commutatif. L'affectation des biens afin de renforcer le droit de gage général du créancier se justifie au regard de la réception directe du crédit au sein du patrimoine du débiteur. La commutativité est en l'occurrence équilibrée puisque la sûreté ne peut être la source d'un enrichissement du créancier, ce qui va certainement être reconnu en droit français. Pour autant, la nature des sûretés pour soi, ainsi définie, n'implique pas une exigence de proportionnalité *ab initio*. Finalement, l'identification de la cause comme intérêt patrimonial direct éclaire sur la nature de la sûreté pour soi et opère son rôle de classification. Les intérêts sont par définition

---

<sup>507</sup> En effet, la réception immédiate de l'avantage attendu explique l'existence d'un rapport *inter partes* entre le créancier et le constituant. A l'inverse, l'intérêt patrimonial indirect se matérialise aussi par l'existence d'un rapport triangulaire empêchant par définition la réception directe de l'avantage issu du contrat garanti. En effet, l'obtention de l'avantage économique ne peut par définition intégrer directement le patrimoine du garant pour autrui puisque ce dernier s'engage en considération des retombées économiques résultant de la conclusion du contrat principal.

différents en présence d'une sûreté pour soi ou pour autrui. Nous constaterons bientôt qu'au-delà de l'incidence sur la classification des sûretés, l'intérêt explique aussi une différence de régime juridique.

**170. Conclusion du Chapitre II** – L'identification de l'intérêt poursuivi par le constituant d'une sûreté apporte un critère de distinction si celui-ci est différent dans les deux catégories de sûretés. *De lege lata*, la cause échoue dans son rôle de classification. Sa qualification est désincarnée tant en matière de sûretés personnelles que réelles et ne permet donc pas de les différencier. En adoptant une analyse par le prisme de l'intérêt au contrat, alors la cause renoue avec sa fonction de cause catégorique par l'identification d'intérêts distincts selon que la sûreté est pour soi ou pour autrui.

En matière de sûreté pour autrui, la contrepartie est soit inexistante soit indirecte, tandis que la sûreté pour soi répond toujours à un intérêt patrimonial direct. Finalement, la distinction renoue avec la traditionnelle classification des contrats onéreux et des contrats à titre gratuit. Les sûretés pour autrui relèvent des contrats à titre gratuit puisque l'intérêt de leur constituant est par nature altruiste ou patrimonial indirect. A l'inverse, les sûretés pour soi représentent des contrats onéreux en ce que le débiteur poursuit nécessairement la réalisation d'un intérêt patrimonial direct résultant du transfert de valeur du patrimoine du créancier vers le sien. L'intérêt fait ainsi resurgir la nature des sûretés.

**171. Conclusion du Titre I** – La nature de la sûreté se comprend à l'aune de l'intérêt du constituant, ce qui fonde l'émergence de la distinction entre les sûretés pour soi et pour autrui. Prise dans son rôle de catégorisation, la cause révèle la nature opposée de ces deux catégories de contrats puisque l'une relève des actes à titre gratuit tandis que l'autre appartient aux actes à titre onéreux. Finalement, la classification des sûretés va être le miroir de l'intérêt du constituant (Titre II).



## TITRE II

# INTÉRÊT DU CONSTITUANT ET CLASSIFICATION DES SÛRETÉS

**172. Fondement de la distinction des sûretés pour soi et pour autrui** – Fondée sur la cause de la sûreté, la distinction des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui se déploie et prend tout son sens. Respectueuse de la volonté du constituant, elle éclaire sur le risque corrélatif à l’engagement. S’engager dans son intérêt ne comporte pas le même risque que celui de s’engager pour autrui. Plus encore, s’engager pour autrui en vue d’obtenir une contrepartie, même indirecte, ne comprend pas le même danger que celui de s’engager pour un tiers de manière altruiste. Le caractère grave de l’acte, prenant sa source dans sa cause, devient alors un critère de compréhension et de classification des sûretés. Partant, il en résulte une nouvelle nomenclature des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui.

**173. Les sûretés, un acte grave oui mais en fonction de l’intérêt surtout !** – Les garanties sont souvent synonyme de surendettement dans l’imaginaire collectif. Dans l’esprit collectif, la perception de la gravité des sûretés ne reflète pourtant pas leur gravité réelle. Les sûretés portant sur les biens, tel que l’hypothèque<sup>508</sup>, défraie les plus valeureux, tandis que la conclusion d’un cautionnement apparaît comme un acte anodin du quotidien. En réalité, le danger n’est pas à craindre face à une sûreté pour soi puisque le créancier dispose d’ores et déjà d’un droit lui ouvrant l’accès à la valeur des biens de son débiteur. L’intérêt patrimonial direct suppose en effet la préexistence d’un droit de créance, lequel constitue la source du droit de gage général, donc du danger. A l’inverse, il convient de se méfier des sûretés pour autrui, lesquelles ouvrent au créancier le droit de saisie sur le patrimoine du garant qui n’était

---

<sup>508</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 572 : l’auteur attribue cette crainte au « syndrome du Monopoly » où le fait d’hypothéquer son bien rue de la Paix est synonyme de surendettement et d’échec. V. *infra*, n° 228.

pas tenu initialement. De plus, l'intérêt altruiste ou patrimonial indirect de ce dernier n'apporte pas, ou peu, de contrepartie permettant de contrebalancer le risque, *in fine* de le justifier. La sûreté pour autrui fait certes naître un risque de surendettement mais ce danger est susceptible de degrés en fonction de l'intérêt poursuivi. La recherche d'un avantage économique, bien qu'il soit indirect, apporte une justification au risque qui est par définition inexistante lorsque le garant est motivé par un intérêt purement altruiste. Ainsi, voici qu'au sein même des sûretés pour autrui, une subdivision se dessine fondée sur la pluralité d'intérêts poursuivis par le garant. Le danger ne se retrouve pas dans le cas des sûretés pour soi et ne saurait influencer sur leur classification. Au contraire, en l'absence de risque, la classification qui émerge *de lege lata* reflète plutôt la hiérarchie entre les sûretés résistantes et celles qui sont moins infaillibles.

174. **Plan** – Il apparaît que les classifications actuelles au sein de chaque famille de sûretés ne répondent pas à l'intérêt du constituant. Il conviendra ainsi de proposer une nouvelle classification des sûretés pour autrui (Chapitre I) et des sûretés pour soi (Chapitre II).

## Chapitre I

### LA CLASSIFICATION DES SÛRETÉS POUR AUTRUI

175. **L'actuelle sous-distinction fondée sur le mode de réalisation de la sûreté pour autrui** – Traditionnellement, les sûretés personnelles font l'objet d'une subdivision en fonction de la particularité de leur mode de réalisation. Ainsi, les sûretés accessoires sont opposées aux sûretés indépendantes mais également aux sûretés dites indemnitaires. Les sûretés accessoires visent traditionnellement<sup>509</sup> le cautionnement pour lequel il est dit à juste titre qu'il présente un caractère accessoire renforcé<sup>510</sup>. Il est vrai que l'engagement de la caution a vocation à suivre le sort de la créance garantie sans pouvoir s'en détacher. A l'inverse, les sûretés autonomes, telles que la garantie à première demande, ont pour spécificité de se détacher du contrat de base qu'elles viennent pourtant garantir. La sûreté ne suivra donc pas le destin de l'obligation principale entraînant une inopposabilité des exceptions typique de ce type de garantie. Puis, dépassant la nature accessoire ou autonome, les sûretés indemnitaires visent une réalisation par l'engagement de la responsabilité du garant qui ne sera pas parvenu à ce que le créancier soit satisfait au titre du contrat garanti. Ces particularités se retrouvent au sein de leur régime juridique et influent essentiellement sur le

---

<sup>509</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 233 : l'auteur estime que certaines dispositions marquantes du droit du cautionnement se justifient par un ordre public de protection plutôt que par le fait que la sûreté soit accessoire. « *Ce caractère distinctif du cautionnement est traditionnellement considéré comme étant de l'essence du cautionnement, et ce encore aujourd'hui. Toutefois, dire que le caractère accessoire est techniquement de l'essence du cautionnement ne suffit pas à faire apparaître la finalité de cette essence qui est une question distincte* ».

<sup>510</sup> V. notamment sur la nature accessoire du cautionnement, L. AYNÈS, *Le cautionnement*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 3 ; L. AYNÈS, P. CROCOQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 206 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, *op. cit.*, n° 59 ; CH. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 22 ; D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2011 ; PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 232 et s., p. 196 et s. ; D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.*, avr. 2002, p. 68 ; PH. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n° 12, p. 16 ; PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 109.

mode de réalisation de la sûreté. La distinction entre les sûretés accessoires, indépendantes et indemnitaires doit perdurer tout en ayant un caractère subsidiaire.

176. **Le dépassement de la classification selon le mode de réalisation** – La sous-distinction première doit refléter ce qui fait leur trait commun, à savoir le risque pris par le garant : l'anormalité de leur engagement. En effet, il est des sûretés pour autrui qui portent un risque plus ou moins accru en fonction de l'intérêt poursuivi par le garant. La classification devra refléter la graduation du risque pris par le garant.

177. **Plan** – En effet, tel que le souligne Pothier au sujet du cautionnement, « *le fidéjusseur en s'obligeant pour quelqu'un, ne le décharge point de son obligation, mais en contracte une qui accède à la sienne* »<sup>511</sup>. Par l'accès à l'obligation, il en résulte nécessairement un accès au patrimoine du garant. La sûreté pour autrui représente un acte grave en ce sens qu'elle ouvre droit aux créanciers au droit de gage général, qu'il soit absolu ou limité à un bien (Section I). La gravité de la sûreté sera cependant susceptible de degrés en fonction de l'existence d'une contrepartie patrimoniale (Section II).

---

<sup>511</sup> R. J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*, n° 367 : Pothier en déduit la différence avec « *celui qu'on appelle en droit expromissor, qui s'oblige envers le créancier ; de manière que le créancier l'accepte pour débiteur, à la place de l'autre qu'il décharge* ».

## SECTION I – DÉTERMINATION DU CARACTÈRE GRAVE

178. **L'absence d'obligation *ab initio* cause du caractère grave** – S'engager pour autrui sans être tenu initialement à la dette implique nécessairement un danger. La théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau<sup>512</sup> permet de comprendre la source du risque. Ils sont les pères fondateurs de la conception française du patrimoine qui a été pensée au cours du XIXe siècle et consacrée lors de la codification du Code civil en 1804<sup>513</sup>. Le patrimoine implique une corrélation entre l'actif – représenté par l'ensemble des biens présents et à venir de la personne – et du passif – composé de la totalité de ses dettes –, et constitue ainsi une universalité de droit<sup>514</sup>. L'obligation ouvre l'accès aux biens. Or par définition dans le cas des sûretés pour autrui, l'accès aux biens du garant ne se fonde sur aucune obligation initiale contractée par ce dernier mais sur le fondement de la seule sûreté. La finalité recherchée est bel et bien la création d'un accès à un patrimoine autre de celui du débiteur initial<sup>515</sup>. L'anomalie se loge dans l'absence de droit de créance réalisant un accès au patrimoine du garant<sup>516</sup>. Le constat est d'autant plus vrai qu'au stade de la contribution finale à la dette, le recours du garant s'avère utopique de sorte que la charge de la dette pèsera le plus souvent définitivement sur lui. Toutefois, la gravité des sûretés pour autrui est susceptible de degré en fonction de l'intérêt poursuivi par le garant. En effet, l'absence totale de contrepartie attendue par un garant altruiste implique l'existence d'un danger bien plus élevé que celui qui espère recevoir un avantage patrimonial.

---

<sup>512</sup> CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> éd., par P. BERTIN, 1917, § 573 à 575.

<sup>513</sup> La théorie classique du patrimoine conceptualisée par Charles Aubry et Charles Rau a été consacrée lors de la codification du Code civil en 1804 aux articles 2284 et 2285 du Code civil.

<sup>514</sup> CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, §573 : « *Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit* ». En effet, il s'agit d'une universalité de droit puisque l'actif est affecté au paiement du passif. Sur la notion d'universalité de droit. V. sur ce point, PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., n° 11 ; F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *Les biens*, PUF, Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd. 2008.

<sup>515</sup> Cela expliquait d'ailleurs l'ancienne résistance des sûretés personnelles en cas d'ouverture d'une procédure collective puisqu'elles ne portent pas sur le patrimoine soumis à l'effet réel de la procédure. Or le droit des entreprises en difficulté est venu bouleverser la règle établie en instrumentalisant, aussi, les sûretés pour autrui. V. *infra*, n° 637.

<sup>516</sup> En ce sens, PH. THÉRY, *op. cit.*, n° 89 : l'auteur souligne le caractère « profondément anormal » du cautionnement puisque la caution s'engage à payer la dette d'un tiers alors même qu'elle ne reçoit de contrepartie.



179. **Plan** – Les sûretés pour autrui constituent la source du risque de surendettement encouru par le garant (I), ce qui sera atténué ou renforcé en fonction de l'intérêt poursuivi en consentant à garantir la dette d'un tiers (II).

## I. LA SOURCE DU RISQUE PATRIMONIAL

180. **Garants pour autrui : attention, danger !** – Dans les écrits bibliques, « *l'âme qui pêche, c'est elle qui mourra (...) la justice du juste sera sur lui et la méchanceté du méchant sera sur lui* »<sup>517</sup>. Sanctionner une personne pour le fait d'un tiers est incontestablement anormal et injuste. Pour s'en convaincre, il suffirait d'imaginer la réaction d'un enfant puni par le maître d'école à rédiger des lignes en raison de la faute de son camarade ! Le principe de responsabilité personnelle traduit juridiquement l'idée selon laquelle les conséquences d'une faute doivent être assumées par leur auteur. L'article 121-1 du Code pénal martèle que « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* »<sup>518</sup>. La responsabilité civile est certes fondée sur un principe de responsabilité personnelle, mais l'objectif d'indemnisation des victimes postule la faculté de poursuivre plusieurs débiteurs<sup>519</sup>. Le droit de gage général participe de la même idée : seuls les biens de celui qui s'oblige sont engagés, impliquant une corrélation entre l'obligation et la contribution à la dette. Le principe n'est pourtant pas intangible. De nombreuses exceptions existent au titre desquelles les sûretés pour autrui. En effet, la sûreté pour autrui engage le patrimoine du garant alors qu'il n'est pas tenu à la dette garantie, l'exposant *in fine* à un risque de surendettement pour une tierce personne. Sans la conclusion de la sûreté, le créancier ne dispose pas de droit à l'égard de son patrimoine à défaut de droit de créance. La sûreté ouvre l'accès à ses biens.

181. **Plan** – La création d'un engagement nouveau par la sûreté confère le droit pour le créancier d'agir à l'encontre du garant alors même que nulle obligation ne préexiste (A). Or en raison de la rupture du lien avec l'obligation, le garant ne doit théoriquement pas supporter

---

<sup>517</sup> Bible, Ezéchiel, verset 18.20.

<sup>518</sup> O. DECIMA, S. DETRAZ, E. VERNY, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. cours, 3<sup>e</sup> éd., 2018, n° 429 : « *Le caractère personnel de la responsabilité signifie que seul l'auteur des faits en répond pénalement. La règle de la personnalité a deux objets : outre la responsabilité, les sanctions sont également personnelles. La responsabilité pénale est donc nettement distincte de la responsabilité civile qui, dans une perspective réparatrice, multiplie les débiteurs. Le caractère personnel de la responsabilité pénale emporte deux séries de conséquences. En premier lieu, dès lors que chacun ne répond que de son propre fait, il ne peut exister de responsabilité pénale du fait d'autrui* ».

<sup>519</sup> C. civ., art. 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

définitivement le poids de la dette (B), sauf à considérer que l'exercice de ses recours sera le plus souvent illusoire face à un débiteur principal insolvable...

#### A. Absence de droit de créance *ab initio*

**182. L'accès au patrimoine du garant** – Par principe, l'existence du droit de gage général des créanciers implique l'existence d'une obligation personnelle. Il suffit de s'en convaincre à la lecture de l'article 2284 du Code civil, selon lequel « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Le fait générateur du droit de gage général consiste en l'existence d'une obligation personnelle. En cas d'inexécution, le créancier bénéficie d'un droit de saisir sur n'importe quel bien du patrimoine de son débiteur. La créance est ainsi la source du danger. La règle fait suite à la théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau<sup>520</sup>. L'accès au patrimoine se réalise par le droit de créance.

Or au sein des sûretés pour autrui, la créance principale ne le permet pas puisqu'elle ne concerne que le débiteur principal et son créancier. L'obligation se loge donc dans le contrat de sûreté. Sa particularité est en effet d'emporter création d'un nouveau rapport d'obligation afin que le créancier puisse justement bénéficier d'un droit sur le patrimoine d'une personne qui n'est pas tenue *ab initio*, en sus de celui du débiteur principal. L'objet de l'obligation du constituant est précisément de couvrir le risque d'inexécution de l'obligation principale. Ce n'est que par la volonté du garant, que ce dernier s'engage afin de permettre au créancier d'exercer un droit sur son patrimoine, sans espérer obtenir un avantage immédiat. Le fondement de l'engagement est de garantir la dette du débiteur principal contre le risque d'inexécution et non pas au titre d'une obligation préexistante, laquelle confère une contrepartie immédiate. Certes l'obligation de garantir la dette du débiteur principal constitue en elle-même une obligation personnelle autonome, mais elle diffère par son objet qui n'est pas de faire, de ne pas faire, ou de donner en contrepartie de la réception immédiate d'un avantage patrimonial. C'est en cela que la sûreté pour autrui constitue la source du danger, puisque le risque est pris pour un tiers sans qu'un rapport d'obligation ne préexiste entre le garant et le créancier. Partant, le droit dont dispose le créancier à l'égard du garant est un effet de son objet : la couverture du risque d'inexécution de l'obligation principale. Le garant

---

<sup>520</sup> Sur la théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau, v. *supra*, n° 178.

s'expose ainsi à l'exercice d'un droit sur son patrimoine alors qu'il n'était pas tenu *ab initio* à l'égard du créancier<sup>521</sup>.

## **B. Effet de la rupture entre l'obligation et la contribution à la dette**

**183. Exclusion de la contribution finale à la dette** – Le paiement réalisé de la dette d'un tiers ne saurait constituer une contribution finale. La dette ne doit en effet pas peser définitivement sur le garant qui, par définition, n'est pas tenu à la dette. Il existe en droit français des hypothèses où un patrimoine sert la satisfaction d'une créance alors qu'il n'y est pas tenu et ne porte pas d'intérêt à l'obligation. Les régimes matrimoniaux, plus particulièrement celui de la communauté légale, procure une pertinente illustration du maintien de la corrélation entre obligation et contribution à la dette. L'article 1413 du Code civil pose en effet pour principe que les époux mariés sous le régime de la communauté légale engagent les biens communs par les dettes contractées au cours du mariage, sauf en cas de fraude de l'époux débiteur ou de mauvaise foi du créancier. Aussi, l'article précise qu'une récompense peut être due à la communauté. Le patrimoine commun<sup>522</sup> est ainsi engagé par l'obligation contractée pendant le mariage. Il peut donc y avoir une rupture du lien entre l'obligation et la contribution à la dette pour le cas où celle-ci aurait été contractée dans l'intérêt personnel de l'un des époux. Or c'est pourquoi au titre de la contribution finale à la dette, « *le patrimoine qui a profité de la dépense doit en assumer la charge définitive* »<sup>523</sup>. Le rapport entre l'obligation à la dette et la contribution est assuré. Le paiement pour autrui fait toujours naître une créance de remboursement sauf s'il est réalisé dans une intention libérale. Dans le cas de la libéralité, l'appauvrissement patrimonial est en effet définitif<sup>524</sup>.

**184. Le respect de la corrélation par la reconnaissance de recours** – Le fait de s'engager pour autrui implique la reconnaissance de voies de recours<sup>525</sup>. Leur mise en œuvre, s'avère le plus souvent illusoire puisque par hypothèse le débiteur principal présente de

---

<sup>521</sup> Les auteurs soulèvent le caractère particulièrement risqué des sûretés personnelles, mais surtout du cautionnement, alors que l'ensemble des garants encourt le même risque de surendettement pour autrui. Toutefois, une partie de la doctrine appelle à une harmonisation des sûretés personnelles en raison de l'existence de ce risque, v. notamment : PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 165.

<sup>522</sup> Pour une analyse du patrimoine commun, v. M. J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006 p. 38.

<sup>523</sup> G. YLDIRIM, « Communauté légale : répartition des dettes », *RDC* nov. 2019.

<sup>524</sup> Sur la notion de libéralité, v. *supra* n° 101.

<sup>525</sup> Les voies de recours existent afin que le poids de la dette ne soit pas définitivement à la charge de celui qui n'y est pas tenu. En effet, la dette qui pesait initialement sur les épaules du débiteur défaillant n'a pas vocation à l'être sur celles du garant non tenu à cette dette.

sérieuses difficultés financières voire est insolvable. En cela, le respect de la corrélation n'est que théorique et implique un réel risque de surendettement sans même recevoir de contrepartie immédiate<sup>526</sup>.

## II. L'EMPRISE DE L'INTÉRÊT SUR LE RISQUE PATRIMONIAL

**185. Un risque de surendettement susceptible de degrés** – Les sûretés pour autrui sont le fait générateur du risque de surendettement en ce qu'elles réalisent la voie d'accès au patrimoine du garant, exposant ce dernier à un paiement d'une dette à laquelle il n'est pas tenu. Néanmoins, l'intérêt poursuivi par ce dernier influe sur le danger que ces sûretés représentent. Les sûretés intéressées se caractérisent par l'espérance d'obtenir une contrepartie indirecte à l'engagement. Cet avantage vient ainsi tempérer le risque encouru en le justifiant. La dilution du risque est un effet du caractère intéressé. En l'absence de contrepartie patrimoniale espérée, l'appauvrissement potentiel ne trouve aucun contrepoids, marquant l'existence d'un risque de surendettement maximal.

**186. Plan** – La nature de l'intérêt dicte l'intensité du risque encouru par le garant, étant absolu dans le cadre d'une sûreté pour autrui désintéressée (A) et tempéré en présence d'une sûreté intéressée (B).

### A. Effet de l'intérêt altruiste

**187. Intérêt altruiste, fait générateur d'un risque patrimonial maximal** – Lorsque le garant consent à la sûreté pour autrui sans attendre de contrepartie autre qu'une contrepartie que morale, le risque de surendettement est élevé. En cas d'absence de contrepartie patrimoniale, le garant s'expose à payer la dette d'un tiers sans rien recevoir. La seule consolation dont il pourra bénéficier est de se retourner contre le débiteur principal dans l'exercice d'un recours qui sera, la plupart des cas, inefficace en raison de l'état d'insolvabilité du débiteur.

---

<sup>526</sup> Ce risque de surendettement « indu » est propre à la famille des sûretés pour autrui, marqué par une rupture du rapport entre l'obligation et la contribution à la dette et ce, sans contrepartie immédiate. Le constat implique la reconnaissance d'un certain nombre de dispositions protectrices face à ce danger tant lors de la conclusion de la sûreté et de son existence que de sa réalisation. A l'inverse, nous pourrions observer que ce risque ne se retrouve pas en présence d'une sûreté pour soi. V. *infra*, n° 220.

**188. Une nécessaire protection** – Le risque de surendettement propre aux sûretés pour autrui désintéressées appelle l'application de règles protectrices tout au long de la vie de la sûreté. Il est essentiel de faire prendre conscience au garant pour autrui de la nature risquée de la sûreté qu'il entend consentir en l'éclairant sur l'étendue de l'engagement et ses conséquences. Les mesures protectrices ne concernent pas seulement le consentement mais aussi doivent encadrer la vie de la sûreté et sa réalisation.

## **B. Effet de l'intérêt patrimonial indirect**

**189. Un risque tempéré par l'existence d'une contrepartie indirecte** – A l'inverse, la présence d'un intérêt patrimonial indirect a pour effet de modérer le risque inhérent à la sûreté en venant le justifier. En quelque sorte, « le jeu en vaut la chandelle ». Le garant entend effectivement obtenir un avantage en contrepartie de son engagement. La stabilité financière du débiteur principal apporte, par ricochet, une amélioration de la situation du garant. A la lecture des arrêts rendus en matière de sûretés pour autrui consenties par des sociétés à responsabilité illimitée<sup>527</sup>, il apparaît que la situation financière du garant se serait nettement dégradée sans la sûreté<sup>528</sup>. En cela, son engagement de garantie reçoit une contrepartie patrimoniale, atténuant *de facto* le risque pris. Le rapport coût/ avantage s'opère en laissant subsister certes l'existence d'un risque mais justifié. Néanmoins, la réception de l'avantage ne saurait être immédiate et définitive. Le risque patrimonial est certes amorti mais il demeure.

**190. Conclusion de paragraphe** – La sûreté est donc la clé permettant d'accéder au patrimoine du garant, alors qu'il est *ab initio* non tenu à la dette garantie. La satisfaction de la dette d'un tiers implique la reconnaissance d'une créance de remboursement. Or face à un débiteur insolvable, les voies de recours s'avèrent le plus souvent illusoires. La classification des sûretés pour autrui doit être le miroir de cette gravité, elle-même susceptible de degrés selon que le constituant poursuit un intérêt patrimonial ou non.

---

<sup>527</sup> Cass. com., 8 nov. 2011, arrêt préc. ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.948, *Bull. Civ.* III, n° 121 ; 388 ; Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-19.762.

<sup>528</sup> Nous pouvons ainsi penser à l'hypothèse d'une sûreté pour autrui consentie dans le cadre d'un groupe de sociétés. Le soutien apporté par la société mère à ses filiales ou vice et versa permet leur financement, *in fine* la viabilité du groupe de sociétés. Ainsi nous pouvons faire le rapprochement avec l'éviction de l'abus de biens sociaux en présence d'un intérêt économique. V. *supra*, n° 72.

**191. Conclusion de la Section I** – Le droit du créancier d’agir sur le patrimoine de son garant naît de la sûreté pour autrui. Le droit de gage général, bras armé du droit de créance, implique qu’en l’absence de sûreté, le créancier ne disposerait par définition d’aucune prérogative à l’égard du constituant. L’accès à la valeur des biens se réalise au moyen de la sûreté alors même qu’il ne saurait y avoir de contrepartie directe à ce risque d’appauvrissement. Le garant s’appauvrit potentiellement sans rien recevoir. Il ne reçoit rien en présence de sûretés désintéressées, ce qui a pour effet de renforcer la gravité de ces contrats, les démarquant ainsi de ceux qui se justifient par un intérêt patrimonial indirect. Finalement, l’intérêt au contrat porte le critère de classification au sein même des sûretés pour autrui. Celles qui connaissent une gravité maximale doivent faire l’objet de mesures davantage protectrices que celles qui portent en elles une justification patrimoniale au risque pris. Une telle gravité se répercute sur la classification des sûretés (Section II).



## SECTION II – INCIDENCE DU CARACTÈRE GRAVE

**192. La nécessaire distinction entre personne physique et personne morale –** Depuis tout temps, le droit applicable n'est pas le même selon que le sujet de droit est une personne physique ou une personne morale, bien que toutes deux disposent de la personnalité juridique. La personnalité juridique confère l'aptitude à être sujet de droit<sup>529</sup>. Elle constitue le départ entre les personnes et les choses puisque ces dernières ne peuvent être qu'objet de droit. Êtres réels et vivants, les hommes ont donc toujours bénéficié de la personnalité juridique. Contraint à respecter la réalité des faits, la consécration de la personnalité juridique de l'être humain ne pouvait en être autrement.

Toutefois, la reconnaissance de la personnalité juridique dépendait du législateur. Ce n'est pas parce que l'on naissait être humain que l'on devait automatiquement disposer de l'aptitude à être sujet de droit : l'esclavagisme et la mort civile en attestaient. A la suite de l'abolition de ces états d'inexistence ou de cessation de la personnalité juridique d'une personne physique, le pouvoir du législateur de décider de l'aptitude juridique s'est dissipé. Mais pour autant, l'octroi de la personnalité juridique, même à la personne physique, prend toujours sa source dans les mots de la loi<sup>530</sup>.

Les personnes physiques ne sont pas les seules à disposer de la personnalité et de ses attributs. L'octroi de la personnalité juridique aux groupements de personnes fut l'objet d'un long et tumultueux processus. Le débat se cristallisa surtout après la Révolution française en raison des craintes de voir raviver la propriété ecclésiastique derrière la propriété collective, qui fut d'ailleurs la cause d'une économie sinistrée. Pour les auteurs du XVIIIe siècle, les corporations, les rassemblements d'individualités constituaient, tel que l'observe Saleilles

---

<sup>529</sup> Sur la personnalité juridique, v. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Mémoires du droit, 1922 ; GOVROT-SEFF, « La lutte autour du sujet de droit », *RTD civ.* 1926.

<sup>530</sup> S'il est vrai que le principe est la reconnaissance de la personnalité juridique à l'ensemble des êtres humains, l'exclusion de la personnalité juridique de l'embryon prouve qu'une telle faculté de conférer la personnalité juridique revient *in fine* au législateur. V. sur le statut de l'embryon : I. GALLMEISTER, « Etat et capacité des personnes », *Rep. Dr. civ.*, 2016-2019, n° 41 ; M. HERZOG-EVANS, « Homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000 p. 65.



dans ses leçons de droit comparé, des anomalies juridiques, philosophiques et politiques<sup>531</sup> : une anomalie philosophique, « *parce que l'homme seul peut avoir des droits et que la juxtaposition de plusieurs droits parallèles est incapable de créer un droit nouveau et distinct de celui des individus qui composent la collectivité* »<sup>532</sup> ; une anomalie juridique « *en ce sens que, si le droit en vient à reconnaître l'existence de collectivités, sociétés, associations, fondations, avec propriété distincte et patrimoine séparé, il ne fait en cela que créer une fiction qui échappe à toute réalité* »<sup>533</sup>, et enfin une anomalie politique car « *tout organisme étranger à l'État, bénéficiaire de droits distincts, capable d'avoir des biens et d'augmenter indéfiniment son patrimoine, apparaissait aux hommes de la fin du dix-huitième siècle comme un danger considérable* »<sup>534</sup>. La reconnaissance d'une personnalité juridique propre aux entités regroupant plusieurs individualités n'étaient pas chose aisée puisque la philosophie du XVIIIe siècle n'admettait de droits et obligations qu'à l'égard des individus. Or la réalité sociale imposait de revenir sur une telle acception en raison de l'existence de groupements organiques. Saleilles constatait avec justesse que « *ne voir que le droit individuel et nier le droit social, supprimer les droits collectifs, c'est aller au rebours de ce que veut la nature humaine. Car l'homme est, avant tout, un être social, qui ne se comprend pas, qui n'existe pas, moralement parlant, en dehors de l'état de société ou de groupement organisé. L'homme, en dehors de l'état de groupement, n'est pas plus un homme normal qu'une abeille ne serait encore une abeille en dehors de la ruche* »<sup>535</sup>. La doctrine individualiste aboutissait

---

<sup>531</sup> R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 3 : sous forme de leçons, Saleilles expose les origines de la personnalité juridique et précisément de la personnalité morale. Il explique notamment que les difficultés d'acception de la personne morale se cristallisèrent au XVIIIe siècle. « *Or ce droit des collectivités, voilà un siècle et plus, sous l'influence des idées individualistes des auteurs de l'Encyclopédie, de Rousseau et de tous les philosophes du dix-huitième siècle, qu'on s'ingénie à nier, ou, tout au moins, à lui mettre partout des entraves. Pour la philosophie du dix-huitième siècle et les publicistes de la Révolution française, il n'y a de droits que les droits individuels. Ce sont là des droits que l'individu apporte en naissant, droits qui préexistent à la forme sociale, et que la société doit consacrer à la suite d'une sorte d'abdication de chacune des individualités qui la composent. Vous reconnaissez la théorie du pacte social, déjà esquissée par Locke, et systématisée par Rousseau. En face de ces individualités qui forment les seules personnalités juridiques existantes, se dresse l'Etat, vaste et unique collectivité centralisatrice, dans laquelle s'absorbe toute cette poussière de droits individuels. Mais entre ces unités juridiques, isolées et désagrégées, et l'Etat qui représente la communauté, n'existe aucun intermédiaire, aucun corps organisé. (...). Pour les hommes de la Révolution, l'existence de corporations jouissant de droits distincts était une anomalie philosophique, juridique et politique* ».

<sup>532</sup> R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 4 : « *Philosophiquement, pensait-on, il n'y a pas de droit de la collectivité qui soit autre chose que la somme des droits individuels dont elle est l'émanation* ».

<sup>533</sup> R. SALEILLES, *ibid.*

<sup>534</sup> R. SALEILLES, *ibid.* : « *Et nous devons reconnaître qu'à la fin de l'Ancien Régime on était excusable de penser ainsi. La propriété corporative était surtout représentée, sous la Monarchie, par la propriété ecclésiastique, propriété de l'Église séculière, mais aussi propriété considérable des réguliers, couvents, ordres et congrégations de toute sorte* ». La propriété collective faisait se souvenir la propriété de la mainmorte...

<sup>535</sup> R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 13.

donc à renier à l'homme le pouvoir de s'assembler sous la coupe de la corporation, société ou association<sup>536</sup>.

A la suite de cette époque réfractaire, les auteurs s'attelèrent à comprendre l'existence de ces corporations qui s'imposaient à eux. L'État lui-même porte la personnalité juridique. S'opposèrent ainsi les partisans de l'École de la fiction juridique à celle de la réalité<sup>537</sup>. L'École de la fiction, portée notamment par Savigny<sup>538</sup>, place la volonté au cœur de la personnalité juridique. Ce n'est donc que par l'effet d'une fiction juridique que le législateur peut reconnaître la personnalité morale à des groupements qui ne sont pas des êtres humains doués de volonté propre<sup>539</sup>. Ce n'est pas la Nature qui attribue l'aptitude aux groupements d'être des sujets de droit mais le législateur par l'effet d'une fiction juridique. A l'inverse, selon les tenants de la théorie de la réalité, la personne morale représente une personne à part entière sans nécessité d'une fiction juridique pour la soutenir<sup>540</sup>. Dans son traité relatif à la personnalité morale, Michoud affina la pensée des auteurs réalistes par la théorie de « la réalité technique » des personnes morales<sup>541</sup>. Il constate la nécessité de reconnaître les groupements puisque « *l'homme est un être social. Sa destinée ne peut être remplie que s'il associe ses efforts à ceux de ses semblables. Isolé en face de la nature, il ne peut rien par sa seule force individuelle* »<sup>542</sup>. Il estime alors que « *si le droit veut correspondre aux besoins de l'humanité, dégager la formule exprimant aussi exactement que possible les rapports existant dans la société humaine, il ne doit pas seulement protéger l'individu, il doit garantir et élever à la dignité de droits subjectifs les intérêts collectifs et permanents des groupements*

---

<sup>536</sup> A titre d'illustration, avant la loi de 1901 réglementant l'association, il était interdit de constituer une association de plus de vingt personnes. Cela était très paradoxal car le fondement de la philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle était la volonté absolue de l'homme.

<sup>537</sup> Il est réducteur de résumer la controverse à ces deux courants doctrinaux. En effet, de nombreuses théories alimentèrent les discussions, telles que la théorie des droits sans sujet de Brinz et Bekker, les théories de Maurice Hauriou, de Léon Duiguit ou encore Planiol et Berthelemy V. pour un exposé très complet des théories ayant participé à la controverse, L. MICHOD, *La personnalité morale et son application au droit français*, op. cit.

<sup>538</sup> F.-C. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t.2, Firmin Didot, Paris 1841.

<sup>539</sup> F.-C. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *ibid.* : Savigny considérait que la personnalité juridique est reconnue par le législateur en vertu d'un intérêt général. L'octroi de la personnalité ne saurait être de droit.

<sup>540</sup> La thèse de la réalité fut notamment défendue par GIERKE. V. en ce sens : O. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887.

<sup>541</sup> L. MICHOD, *La personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., n° 52 et s.

<sup>542</sup> L. MICHOD, *ibid.*

humains »<sup>543</sup>. Finalement, Michoud considère que le groupement disposant d'un intérêt collectif mérite le bénéfice de la personnalité juridique<sup>544</sup>.

S'il est certes désormais acquis que les personnes physiques et morales disposent de l'aptitude à être sujets de droit<sup>545</sup>, la réalité des faits résultant de l'indéfectible différence organique entre une personne physique et un être moral influe nécessairement sur le droit qui leur est applicable. En effet, un être humain ne peut être traité de la même manière qu'une personne morale. Le positivisme juridique exclut alors une assimilation anthropomorphiste, du moins vient le limiter.

**193. Derrière la distinction entre personne physique et morale se cache l'influence de la gravité** – L'octroi de règles protectrices à l'endroit de celui qui prend un risque pour autrui relève d'un souci de justice contractuelle. Le risque maximal pris par le garant pour une tierce personne justifie une protection adaptée. La gravité représente alors un critère de distinction entre les sûretés présentant un risque important et les autres. Ainsi faudrait-il opposer les sûretés intéressées de celles qui ne le sont pas. *De lege lata*, il apparaît que l'une des classifications sous-jacentes se manifeste lorsque la sûreté est consentie par une personne physique ou morale. En droit du cautionnement, les personnes physiques bénéficient d'une protection accrue. Plus généralement, les juges sont plus méfiants à l'égard de garanties souscrites par des personnes physiques. Derrière cette divergence de traitement par le législateur et le juge se cache certainement l'influence du caractère grave de la sûreté. Il est vrai que le danger ne sera pas le même en présence d'une personne morale qui bénéficie d'ores et déjà, en principe, d'une protection par le droit spécial des sociétés venant encadrer sa capacité de contracter. La personne morale ne peut agir sans poursuivre un intérêt

---

<sup>543</sup> L. MICHOD, *ibid.*

<sup>544</sup> V. sur les conditions de cette reconnaissance : L. MICHOD, n° 53 et s.

<sup>545</sup> S. FRANCOIS, *Le consentement de la personne morale*, thèse préc. préf. B. Fages, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2020, n°16 : l'auteur porte un regard très juste sur la controverse et sur la réception en jurisprudence de la théorie de Michoud en considérant que « *si la jurisprudence s'est arrogé le pouvoir de reconnaître la personnalité juridique à certaines entités, en dehors de toute prévision légale, et sur la base des critères dégagés par Michoud, la personne morale n'en demeure pas moins une pure fiction juridique. Peu importe à cet égard que le législateur ou le juge soit à l'initiative de sa reconnaissance juridique. L'ordre juridique est, par définition, un ordre fictionnel et ne peut être que cela ; il n'a pas vocation à décrire le monde sensible mais à agir sur lui en concevant des normes et, ce faisant, en produisant sa propre réalité. C'est précisément toute la force performative du langage du droit que de créer une réalité alternative, une réalité juridique qui s'impose au monde social* ».

patrimonial<sup>546</sup>. A l'inverse, la capacité des personnes physiques n'est pas programmée pour réaliser un but lucratif, ce qui implique qu'elles peuvent parfaitement consentir des actes menant à un appauvrissement et ce sans avantage quelconque. De fait, les garants personnes physiques sont plus exposés au risque de surendettement. Selon nous, la distinction doit dépasser la sous-classification actuelle des sûretés personnelles qui est fondée sur le mode de réalisation. Finalement, il convient d'étendre le clivage existant entre le cautionnement consenti par une personne physique et morale à l'ensemble des sûretés pour autrui. Le critère *rationae personae* permet de mieux comprendre l'articulation des règles protectrices et correspond à la divergence d'intérêt poursuivi par le constituant.

194. **Plan** – L'incidence du caractère grave se manifeste ainsi par la sous distinction entre les sûretés consentie par des personnes physiques (I) de celles qui sont consenties par des personnes morales (II).

## I. SÛRETÉ POUR AUTRUI CONSENTIE PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE

195. **La graduation du risque encouru par une personne physique intéressée ou non** – Par définition, la capacité des personnes physiques ne répond pas à un principe de spécialité contrairement aux sociétés<sup>547</sup>. Les personnes physiques n'ont pas comme destinée la nécessaire recherche du gain. Elles peuvent parfaitement s'engager sans considération de contrepartie patrimoniale tel qu'en matière de libéralités et en droit des sûretés. Or faute de règles exigeant une contrepartie à la sûreté pour autrui, elle s'expose le plus souvent à un risque sur son patrimoine sans contrepoids. Actuellement, la fragilité des personnes physiques est reconnue par le législateur et la jurisprudence par l'élaboration de règles protectrices afin de préserver leur consentement et plus généralement de les protéger face à un risque de surendettement.

Plus particulièrement, ce régime juridique est établi en matière de cautionnement. Il est fondé sur le degré de gravité. Il doit avoir vocation à être étendu à toutes les sûretés pour autrui consenties par des personnes physiques en ce qu'elles encourent un risque identique peu important le mode de réalisation de la sûreté. En l'absence de principe de spécialité imposant

---

<sup>546</sup> À défaut, son engagement est frappé de nullité ! En revanche, la protection par le contrôle de l'intérêt social ne concerne que les sociétés de personne et non les sociétés de capitaux. V. *supra*, n° 122.

<sup>547</sup> Sur le principe de spécialité des sociétés, v. *infra*, n° 122.

la recherche du lucre, les personnes physiques sont présumées s'engager sans contrepartie. Or il existe des garanties consenties par des personnes physiques qui peuvent pourtant être intéressées ! Nous pensons au cas du dirigeant social qui s'engagerait au titre d'un cautionnement afin de garantir les dettes de sa société. Il ne s'est pas engagé de manière altruiste mais dans l'espérance d'obtenir une contrepartie : la pérennité de sa société et par ricochet le maintien de son mandat social. Ce cas a posé question dans le passé. Fallait-il protéger le cautionnement commercial au même titre que le cautionnement civil<sup>548</sup> ? Le débat glissa sur la distinction entre caution profane et avertie, en établissant une protection renforcée pour la caution qui n'avait pas connaissance des risques de celle qui pouvait en mesurer la portée. La connaissance a constitué un critère de distinction en présence de cautionnement consenti par une personne physique afin de ventiler certaines règles de protection.

**196. Plan** – Nous croyons que ce critère est inopérant pour déterminer le degré de protection (A). Ce n'est pas tant la connaissance de la portée de l'engagement qui accentue la gravité de la sûreté mais l'existence d'un risque de surendettement en l'absence de contrepartie (B).

#### **A. La connaissance : un critère de classification inopérant**

**197. La connaissance de la caution personne physique** – Le consentement de la caution personne physique est préservé afin de la protéger face à un risque de surendettement

---

<sup>548</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 231 et s. : « Pour qu'un cautionnement soit commercial, il ne suffit pas qu'il ait été fourni par un commerçant, ou que la dette cautionnée soit commerciale ; dans ce dernier cas, il est commercial pour le créancier, qui pourrait être assigné par la caution devant les tribunaux de commerce. Un cautionnement peut être commercial dans quatre cas. Les trois premiers ne soulèvent pas de difficulté particulière. Est commercial, le cautionnement qui est par nature un acte de commerce ; par exemple le cautionnement donné contre rémunération par un établissement de crédit ou une société de financement. De même, le cautionnement qui est un acte de commerce par accessoire, par exemple, le cautionnement donné par un commerçant pour les besoins de son commerce. De même encore, est commercial le cautionnement constituant un acte de commerce par la forme : l'aval d'une lettre de change. (...). A ces trois cas, la jurisprudence ajoute une situation très répandue : celle dans laquelle la caution a un intérêt patrimonial dans l'opération ou l'affaire commerciale qu'elle garantit ; c'est-à-dire, en général, les cautionnements de sociétés commerciales donnés par les dirigeants ou les associés majoritaires ». Les auteurs regrettent ce dernier critère de qualification identifié par la jurisprudence (V. notamment, Cass. Req., 17 déc. 1934, S., 36.I.287 ; Cass. com., 28 oct. 1968, *Bull. civ.* IV, n° 291) en considérant que la qualification de cautionnement commercial ne correspond pas à tous les cautionnements intéressés, et d'autre part que des règles protectrices se trouvent évincées alors qu'elles sont nécessaires. C'est ainsi que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés propose d'apporter une nouvelle définition du cautionnement commercial. V. Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : l'article 2290 énoncerait ainsi que « Le cautionnement est simple ou solidaire selon qu'il est civil ou commercial, sauf clause contraire. Le cautionnement par un non-commerçant d'une dette commerciale est civil ».

<sup>549</sup>. La question de la légitimité de la protection du consentement de la caution avertie s'est posée. En effet, est-il fondé d'accorder la protection à une personne qui a conscience des risques au regard de son engagement et de l'opération garantie ? Ainsi, la jurisprudence a pu appliquer le bénéfice de certaines règles protectrices en appliquant le critère de la connaissance. Or nous croyons que la connaissance ne reflète pas le risque de l'engagement<sup>550</sup>. Le caractère profane ou averti de la caution ne peut avoir d'incidence que lorsque la règle a pour objet la transmission d'une information : est-il en effet justifié d'imposer la communication d'une information alors que la personne en a déjà connaissance ? Cela explique le raisonnement tenu par la Cour de cassation en matière de devoir de mise en garde, que ce soit à l'égard de la caution ou à l'égard de l'emprunteur. Nous croyons cependant que la protection de la caution ne doit ni se justifier par l'absence de connaissance du risque encouru ni sur une apparente disparité de compétences avec le créancier et ce, pour deux raisons essentielles : la difficulté de définir ce que représente la connaissance sans tomber dans une inévitable casuistique d'une part (1), et d'autre part, le fait que la connaissance n'a pas pour effet de chasser pas le risque (2).

## 1. Une délicate preuve de la connaissance

**198. La difficile preuve de la connaissance** – Ne pas retenir le critère de la connaissance du risque par le garant pour l'application des règles protectrices est opportun. L'exigence de disparité de compétences entre le créancier professionnel et la caution profane suscite une difficulté quant à la définition du caractère profane et entraîne ainsi un risque de contentieux. Faut-il définir la qualité selon une appréciation subjective, en se posant la question de savoir si la caution profane serait la personne physique qui ne disposerait pas de connaissance en matière de financement ; ou alors, en adoptant une appréciation objective par l'établissement d'une définition inverse à celle que l'on attribue à la notion de créancier professionnel<sup>551</sup> : il s'agirait d'une caution qui n'agirait pas dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, ce qui aurait pour effet d'exclure du champ d'application la caution

---

<sup>549</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, assoc. H. Capitant, juin 2017 : l'avant-projet Henri Capitant relatif à la réforme du droit des sûretés a pour ambition de rationaliser l'arsenal législatif de protection qui reste, de nos jours, éparpillé. La simplification va s'opérer à l'aune du clivage entre les cautions personnes physiques et personnes morales. En effet, le texte prévoit l'application des obligations d'information, la règle de la proportionnalité et du formalisme lorsque la caution est une personne physique. Or le clivage entre le créancier profane et le créancier professionnel est abandonné. La réforme est bien venue.

<sup>550</sup> Sur le devoir de mise en garde, v. *infra*, n° 200 et 461.

<sup>551</sup> La qualité de professionnel de l'emprunteur ne présume pas de son caractère averti. La solution est bien venue en ce sens qu'un dirigeant social pourrait parfaitement ne pas saisir le risque inhérent à un crédit.

dirigeant social. Dans l'application du devoir de mise en garde tant à l'égard de l'emprunteur que de la caution, l'approche adoptée est subjective en ce sens que la caution profane et l'emprunteur profane sont ceux qui ne disposent pas de l'expertise ou de la connaissance suffisante pour appréhender les risques inhérents à l'opération. Or le contentieux ne tarit pas sur la qualification du caractère profane ou averti.

**199. La mise en garde de l'emprunteur** – Depuis un arrêt de chambre mixte du 29 juin 2007<sup>552</sup>, un devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur profane, en cas de risque de surendettement excessif, pèse sur le banquier<sup>553</sup>. L'application de ce devoir de mise en garde est subordonnée à l'exigence de deux conditions cumulatives : l'emprunteur ne doit pas être averti<sup>554</sup> et il doit exister un risque de surendettement excessif<sup>555</sup>. La caractérisation du caractère averti ne résulte pas de la qualité de professionnel<sup>556</sup>. En effet, la Cour de cassation laisse place à un faisceau d'indices pour démontrer si l'emprunteur est apte à mesurer le risque résultant du crédit en scrutant ses compétences, plus généralement son expertise en matière de crédit. Les emprunteurs avertis ne peuvent engager la responsabilité du

---

<sup>552</sup> Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, *D.* 2007. 2081, n. S. PIEDELIÈVRE ; *JCP E* 2007. 2105, n. D. LEGEAIS.

<sup>553</sup> V. sur le devoir de mise en garde : E. BAZIN, « Retour sur le devoir de mise en garde du banquier », *Banque et droit*, n° 130, mars-avril 2010.23 ; F. BOUCARD, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution : présentation didactique », *RD. Bancaire et financier*, n° 5, sept-oct. 2007.24 ; N. BOURDALLE, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », *Banque et droit*, 2006, n° 107, p. 17 et s. ; J. DJOUDI et F. BOUCARD, « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008. 500 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J.-PH. KOVAR, N. ERESEO, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2017, n° 1295 et s., p. 715 et s. ; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., n° 938 ; D. LEGEAIS, « La responsabilité bancaire pour fourniture de crédit », *RD bancaire et financier*, nov.-déc. 2014, ét. 24 ; *adde*, v. le dossier « Le devoir de mise en garde du banquier », in *Rev. dr. bancaire et financier*, n° 6, nov.-déc. 2007. 73.

<sup>554</sup> V. par ex. : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 juill. 2005, *Jauleski*, *Bull. civ. I*, n° 327 ; Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 101 à 103.

<sup>555</sup> TH. BONNEAU, *ibid.* : l'auteur souligne que le devoir de mise en garde n'a de sens qu'en présence d'un risque excessif d'endettement sans pour autant se limiter à la mise en garde contre ce risque excessif : (...) *cette solution qui met à la charge du banquier un devoir de mise en garde n'est pas sans limite. D'une part, elle impose seulement au banquier de vérifier la capacité financière de son client – (...) : seul le risque excessif doit être dénoncé et la mise en garde n'interdit pas au banquier de consentir le crédit qui est par hypothèse excessif. D'autre part, elle ne concerne que les emprunteurs profanes et non les emprunteurs avertis. Ces derniers ne sont toutefois pas sans protection car les banquiers dispensateurs de crédit engagent leur responsabilité s'ils consentent un crédit en disposant d'un élément d'information relatif à la fragilité financière du client que celui-ci ignore. Cette solution montre qu'à l'égard des emprunteurs avertis, il n'est pas entré dans le débat du caractère excessif ou non du crédit et que la seule protection réside dans le principe de symétrie de l'information. (...). La Cour de cassation ne protège pas seulement les emprunteurs profanes contre l'endettement excessif. Elle considère également que ceux-ci doivent bénéficier d'une information sur les choix patrimoniaux liés aux crédits (...)* ».

<sup>556</sup> La qualité de professionnel de l'emprunteur ne présume pas de son caractère averti. La solution est fondée puisqu'un dirigeant social pourrait parfaitement ne pas saisir le risque inhérent à un crédit.

dispensateur de crédit uniquement en cas d'asymétrie d'informations<sup>557</sup>. La définition du caractère profane, par un faisceau d'indices est respectueuse de la réalité mais a pour fâcheuse conséquence d'entraîner une casuistique nuisant à la sécurité juridique.

**200. La mise en garde de la caution** – Parallèlement, la jurisprudence eut un temps établi une opposition entre les cautions profanes et averties pour l'application du devoir de mise en garde<sup>558</sup>. Avant la généralisation de l'exigence de proportionnalité, elle avait imposé un devoir de mise en garde du créancier sur les facultés de remboursement de la caution à peine d'engager sa responsabilité civile délictuelle. La solution avait pour effet d'étendre la règle de l'article L.314-18 du Code de la consommation<sup>559</sup> qui interdisait à un établissement de crédit de se prévaloir d'un cautionnement conclu par une personne physique manifestement disproportionné à ses biens ou à ses revenus sauf retour à meilleure fortune de la caution. La règle de proportionnalité du cautionnement était uniquement consacrée en matière de cautionnements garantissant les crédits à la consommation. L'absence de proportionnalité entre le patrimoine de la caution et le montant de la dette emportait une déchéance du droit d'agir du créancier sauf si la caution revenait à une meilleure fortune au jour de l'action en paiement.

Cette exigence fut reprise par la Cour de cassation qui, faute de fondement textuel, appuya sa décision sur le droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, par l'arrêt *Macron* rendu le 17 juin 1997, elle décida que « *la cour d'appel a pu estimer en raison de l'énormité de la somme garantie par une personne physique, que, dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, sans aucun rapport avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste* »<sup>560</sup>. En l'occurrence, il s'agissait d'un cautionnement consenti par un dirigeant social ayant pour objet de garantir les dettes de sa société. Il disposait d'un patrimoine de 4 millions de francs alors qu'il s'était engagé à garantir un montant de 20 millions de francs. La disproportion était manifeste, engageant ainsi la responsabilité civile délictuelle de l'établissement de crédit. La faute de la banque résultait de l'acceptation d'un cautionnement disproportionné de sorte qu'elle devait

---

<sup>557</sup> TH. BONNEAU, *ibid.*

<sup>558</sup> Elle exigea en effet un devoir de mise en garde en cas d'asymétrie d'informations entre le créancier professionnel et la caution profane. Sur le devoir de mise en garde et ses conditions d'application, v. *infra* n° 461.

<sup>559</sup> L. n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

<sup>560</sup> Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *Defrénois* 1997, art. 36703, n° 158, n. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1998.157, obs. P. CROCQ ; *adde* S. PIEDELIEVRE, « Le cautionnement excessif », *Defrénois* 1998.849.



être condamnée au paiement de dommages et intérêts à hauteur de 16 millions d'euros. La compensation entre les facultés contributives et le montant de la dette garantie s'opérait alors par le truchement de la responsabilité civile<sup>561</sup>. Le champ d'application de la règle était général, s'appliquant à toutes les cautions personnes physiques, qu'elles furent profanes ou averties. La caution dirigeant social se trouvait ainsi protégée par le devoir d'abstention imposé par l'arrêt *Macron*. L'arrêt *Nahoum* du 8 octobre 2002<sup>562</sup> opéra un revirement de jurisprudence dans une situation similaire. En effet, la chambre commerciale refusa de retenir la responsabilité de la banque au motif qu'il n'était pas établi que celle-ci disposait d'informations ignorées des cautions sur leur faculté de remboursement raisonnablement prévisible en l'état du succès escompté de l'opération garantie. Le devoir d'abstention est abandonné par la Cour de cassation au profit d'un devoir de mise en garde sur le risque. Par cette décision<sup>563</sup>, la règle a vocation à s'appliquer uniquement aux cautions qui ne disposeraient pas des mêmes informations sur la viabilité économique de l'opération. La décision repose donc sur la connaissance de la caution. Par la suite, la protection des cautions – même profanes – fut réduite à un devoir de mise en garde à l'égard du risque de surendettement résultant du cautionnement<sup>564</sup>.

Partant, l'exigence du devoir de mise en garde se détache de l'idée de protéger à l'encontre d'un cautionnement disproportionné<sup>565</sup> pour devenir un devoir autonome à la charge du créancier, dont la mise en œuvre est subordonnée à une appréciation subjective en déterminant si la connaissance et l'expertise de la caution sont suffisantes<sup>566</sup>, rejoignant ainsi l'appréciation opérée en présence d'un emprunteur<sup>567</sup>. L'important contentieux qui a trait à la qualification de l'emprunteur ou de la caution profane révèle un manque de clarté de la règle. L'adoption d'une approche subjective de la connaissance induit forcément d'opérer une certaine casuistique pour déterminer si l'emprunteur ou la caution disposait de compétence

---

<sup>561</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 298 ; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1200 et s. ; PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 345 et 475.

<sup>562</sup> Cass. com., 8 oct. 2002, *Nahoum*, n° 99-18.619, *Bull. civ. IV* n° 136 ; *JCP E*, 2002.1730, n. D. LEGEAIS ; *Deffrénois* 2002, art. 37691, n° 22, obs. PH. THÉRY ; *RTD. civ.* 2003, 125, obs. P. CROCQ ; *JCP G*, 2003.I.124, n° 6, obs. PH. SIMLER.

<sup>563</sup> La limitation du champ d'application du devoir de mise en garde ne concernait pas les cautions profanes, lesquelles continuaient alors de bénéficier du devoir d'abstention de l'arrêt *Macron*.

<sup>564</sup> Sur l'opportunité de maintenir le devoir de mise en garde, v. *infra* n° 462.

<sup>565</sup> Le principe de proportionnalité du cautionnement consenti par une personne physique est une règle se distinguant du devoir de mise en garde. Sa généralisation fut consacrée par la loi Dutreil en ne prenant guère d'égard au caractère profane ou averti de la caution. V. *infra*, n° 461.

<sup>566</sup> V. PALVADEAU, « Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* 2012 p. 36.

<sup>567</sup> V. *supra*, n° 199.

suffisante pour appréhender le risque de l'opération. Outre le manque de lisibilité, la connaissance n'a pas pour effet d'exclure le risque inhérent à la sûreté pour autrui.

## 2. Un risque persistant malgré la connaissance

201. **La connaissance ne chasse pas le risque** – Le fait d'être une caution avertie n'empêche pas la survenance du risque. Le caractère averti du garant lui permet seulement d'avoir conscience des risques inhérents à l'opération garantie sans pour autant les faire disparaître. Les règles protectrices ont donc vocation à s'appliquer nonobstant le caractère averti du garant. L'argument vaut aussi pour le créancier. Limiter l'application de l'ensemble des règles protectrices du cautionnement à ceux qui ont été conclus pour des créanciers professionnels a fait l'objet de nombreuses critiques. Ce choix participe d'une politique législative afin de ne pas freiner le crédit. Force est de constater que le risque pesant sur la caution demeure face à un créancier non professionnel. Or lorsque la raison d'être de ces dispositions existe, à savoir le risque patrimonial, leur application est justifiée peu important la connaissance portée par les parties. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés élaboré par l'association Henri Capitant propose en ce sens d'appliquer les mesures protectrices dès lors que le cautionnement est conclu par une personne physique au profit d'un créancier, qu'il soit professionnel ou non<sup>568</sup>. Il est pourtant vrai que les obligations d'information ayant pour effet de faire prendre la mesure de l'engagement se justifient moins à l'égard d'un garant averti. Mais la première critique attachée au critère de la connaissance convainc de ne pas l'adopter afin de préserver la prévisibilité et la sécurité juridique. *De lege*, le critère de la connaissance n'est pas retenu en droit du cautionnement. En effet, les trois types d'information sont mis à la charge du créancier pour l'informer de l'évolution de la dette, de la défaillance du débiteur principal et de la faculté de résilier unilatéralement un cautionnement à durée indéterminée peu important que la caution personne physique soit avertie<sup>569</sup>. Les autres règles de protection du consentement de la caution ne reprendront pas non plus le critère de la connaissance pour déterminer leur application, ce qui doit être approuvé. Nous pensons ainsi à la mention manuscrite exigée à peine de nullité de l'acte de cautionnement<sup>570</sup>. Le fondement de la règle s'explique par l'intention du législateur, appuyée

---

<sup>568</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, assoc. H. Capitant : C. civ., art. 2298 (mention manuscrite), art. 2301 (disproportion).

<sup>569</sup> Sur les devoirs d'information de la caution, v. *infra*, n° 463 et s.

<sup>570</sup> Sur la mention manuscrite en droit du cautionnement, v. *infra*, n° 439 et s.

par le juge<sup>571</sup>, de faire prendre conscience à la caution – personne physique – de l'étendue et de la portée de son engagement<sup>572</sup>. Le champ d'application *rationae personae* se limite aux cautionnements conclus par des personnes physiques envers des créanciers professionnels<sup>573</sup>. Il n'est nullement fait une distinction entre les cautions profanes et averties. Dès lors qu'il s'agira de personnes physiques face à un créancier professionnel, l'exigence devra être respectée.

**202. Quid de l'effet d'aubaine ?** – Il est vrai que des cautions ayant conscience de la portée de leurs actes pourront bénéficier de règles protectrices, créant potentiellement un effet d'aubaine. Mais la raison d'être de l'ensemble de ces règles n'est pas tant d'éclairer le consentement de la caution sur la portée et l'étendue de son engagement que de la préserver face à un risque de surendettement, lequel se retrouve même si la caution, et plus généralement le garant pour autrui, est averti. En effet, même en ayant connaissance du risque encouru, le risque de surendettement demeure ! Il ne peut être combattu qu'en évitant un engagement disproportionné et en éclairant la volonté de la caution eu égard à ce risque. Finalement, ce n'est donc pas le caractère profane de la caution<sup>574</sup> qui justifie l'application des règles protectrices mais le risque patrimonial élevé que prend le garant sur son patrimoine. La généralisation de l'application des règles de protection aux personnes physiques permettrait ainsi d'éviter un contentieux inépuisable, source d'imprévisibilité, et d'apporter une unification dans les règles protectrices du consentement<sup>575</sup>.

## **B. La personne physique : une présomption de risque patrimonial**

**203. Un régime primaire de protection applicable à l'ensemble des garants personnes physiques** – Les règles de préservation de la caution face à un risque de surendettement ont chacune vocation à s'appliquer aux garants pour autrui peu important le

---

<sup>571</sup> V. *infra*, n° 444.

<sup>572</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, assoc. H. Capitant : C.civ., art. 2298.

<sup>573</sup> Limiter l'application de l'ensemble des règles protectrices du cautionnement à ceux qui ont été conclus au profit de créanciers professionnels a fait l'objet de nombreuses critiques. Ce choix participe d'une politique législative afin de ne pas freiner le crédit. Il est vrai que le risque contre lequel les règles existent demeure face à un créancier non professionnel. En ce sens, v. *infra*, n° 197 et s.

<sup>574</sup> Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-16.355, *Dr. et patr.* 2012, obs. PH. DUPICHOT : « *le caractère averti de la caution est indifférent pour l'application de ce texte* » ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 juill. 2012, n° 11-20.192 ; Cass. com., 13 avril 2010, n° 09-66.309 ; Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-69.203, *D.* 2011, 156, obs. V. AVENA-ROBARDET, *D.* 2011.407, obs. P. CROCQ ; *RLDC* 2010.77, 33, obs. J.-J. ANSAULT.

<sup>575</sup> Nous verrons bientôt le contenu du régime primaire de protection applicable à l'ensemble des sûretés pour autrui, tant lors de leur constitution que de leur réalisation. V. *infra*, n° 397.

type de sûreté consenti<sup>576</sup> puisque le risque patrimonial est existant. La *ratio legis* de ces dispositions commande de protéger le garant à raison d'un risque supplémentaire qu'il prend sur son patrimoine sans contrepartie patrimoniale directe.

**204. Capacité des personnes physiques** – Naturellement, la capacité des personnes physiques ne saurait s'identifier à celles des personnes morales en ce que leurs actions ne sont pas dictées par la recherche du lucre. Puisque les personnes physiques ne sont pas soumises à un quelconque principe de spécialité, les sûretés peuvent être dépourvues de contrepartie, ce qui sera le plus souvent le cas. En outre, même en présence d'une contrepartie patrimoniale espérée, la particularité de la sûreté pour autrui est de faire obstacle à la réception directe de l'avantage attendu en raison de la relation tripartite qu'elle instaure. Cela explique que le régime juridique appliqué aux personnes physiques soit protecteur. Nous pensons au droit du cautionnement qui assure la préservation des intérêts de la caution personne physique. Ces mesures de protection du consentement de la caution devraient aussi viser plus généralement la préservation du garant face à un risque de surendettement. Elles ont vocation à s'appliquer à chaque sûreté pour autrui, et ce même en présence d'une sûreté réelle pour autrui. L'existence du risque patrimonial est la cause du déclenchement des règles de protection contre ce risque, ce qui justifie l'application d'un régime primaire de protection à l'ensemble des sûretés pour autrui.

**205. Présomption de risque patrimonial** – Ainsi, le régime juridique protecteur applicable aux cautions personnes physiques se justifie au regard de l'existence d'un risque patrimonial, plus ou moins important selon l'existence d'une contrepartie patrimoniale espérée. La difficulté est de démontrer l'existence de ce risque patrimonial spécifique aux personnes physiques sans avoir à basculer dans une casuistique qui nuirait à la prévisibilité du droit. Il serait opportun d'avoir recours à la technique juridique de la présomption, en ce que la notion permet de réputer établie l'existence d'un fait, dont la preuve est difficile à rapporter, afin de lui appliquer la règle de droit<sup>577</sup>. *De lege*, la présomption est d'ores et déjà

---

<sup>576</sup> V. *infra*, n° 312 : il sera démontré que les règles de protection lors de la constitution et de la vie de la sûreté ont vocation à s'appliquer à chaque sûreté pour autrui révélant ainsi le rayonnement de la *summa divisio* proposée dans l'application de leur régime juridique.

<sup>577</sup> Sur la notion de présomption, v. notamment : A. AYNÈS et X. VUITTON, *Droit de la preuve*, LexisNexis, 2e éd., 2017 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 17e éd., 2018 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2e éd., 2018 ; O. DESHAYES, TH. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2e éd., 2018 ; PH. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 19e éd., 2019 ; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y.

adoptée en matière de cautionnement puisque la qualité de caution profane ou avertie n'a plus pour effet d'influer sur l'application des règles protectrices. Par conséquent, toutes les cautions sont réputées subir le même risque patrimonial, y compris en présence d'un cautionnement commercial dès lors qu'il est consenti par une personne physique<sup>578</sup>. Il pourrait être reproché à la décision de ne pas tenir compte de l'existence d'une contrepartie patrimoniale indirecte attendue par la caution dirigeant social de l'opération garantie<sup>579</sup>. Il est vrai que la caution dirigeant social a d'une part la connaissance des risques et entend percevoir une contrepartie à son engagement qui résulte en la pérennité de la société. L'existence d'une contrepartie patrimoniale implique une atténuation du risque inhérent à la sûreté pour autrui. Le lien entre le garant et le débiteur principal sous-entend effectivement la contrepartie.

Néanmoins, le risque demeure de manière incontestable s'agissant d'une personne physique. D'une part, celle-ci n'aura guère le choix de consentir à garantir les dettes de sa société nonobstant l'existence d'un potentiel surendettement afin d'obtenir du crédit à sa société. Ensuite, par hypothèse lorsque le créancier appelle en paiement, nous pouvons en déduire que l'opération garantie n'a pas rencontré le succès escompté, *in fine* que la société est défaillante. Or le cautionnement personnel consenti par le dirigeant social ouvre droit au créancier à une action sur son patrimoine, personnel. A la différence d'une personne morale, le dirigeant social ne pourra guère s'éteindre via une procédure de liquidation judiciaire pour ressusciter par la suite. Cela va sous le sens. Son unique possibilité est éventuellement de faire l'objet d'une procédure de surendettement, laquelle nous le savons entraîne une paralysie des actions de la personne en faisant l'objet<sup>580</sup>. Par conséquent, la sous classification des sûretés pour autrui consentie par des personnes physiques ne doit faire l'objet de scission, que ce soit en

---

LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12e éd., 2019 ; CH. GIJSBERS, « La place de l'acte authentique dans la réforme du droit des obligations », *JCP N* 2018, n° 17.1163 ; M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 » *JCP N* 2018, n° 17, 1175 ; C. MOULY-GUILLEMAUD, « La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », *RTD civ.* 2007, p. 253 ; L. PALLIER, « Les présomptions dans l'ordonnance du 10 février 2016 - Libres propos », *JCP G* 2016.1030.

<sup>578</sup> Sur le cautionnement commercial, v. *supra*, n° 195.

<sup>579</sup> La protection de la caution avertie apparaît comme étant moins légitime à l'égard d'une doctrine autorisée. Il est vrai que le plus souvent, la caution aura conscience et connaissance des risques encourus. Néanmoins, il s'avère que la connaissance n'est pas un critère déterminant puisqu'elle n'empêche pas la réalisation du risque.

<sup>580</sup> Pour une présentation de la procédure de surendettement, v. : S. GJIDARA-DECAIX, « Le nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers. Présentation de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *rev. proc. coll.* 2010, n° 4, ét. 20 ; PH. FLORES, « Surendettement des particuliers », *JCl. Procédures Formulaires*, Fasc. 20.

raison de la connaissance ou de l'existence d'un intérêt patrimonial, afin d'assurer une lisibilité du droit applicable. La présomption est d'autant plus justifiée que les personnes physiques encourent un risque plus important en raison de leur engagement personnel.

**206. Conclusion de paragraphe** – Finalement, les sûretés pour autrui consenties par des personnes physiques emportent une présomption de risque patrimonial justifiant que soit imposé un régime protecteur. Le plus souvent, elles s'engagent à garantir la dette d'un tiers sans attendre un quelconque avantage, s'exposant ainsi à un risque de surendettement sans contrepartie. La connaissance du risque par le garant, résultant de son expérience ou de ses compétences en matière de financement, n'a en effet pas pour effet de chasser le risque. Il convient donc d'exclure une subdivision opposant les garants avertis des garants profanes. Seule l'existence d'un intérêt patrimonial à l'opération garantie permet d'atténuer le risque pris par le bénéficiaire d'avantages économiques indirects. Néanmoins, nous croyons qu'il est opportun d'affirmer le caractère irréfragable de risque patrimonial à l'ensemble des garants personnes physiques afin d'assurer une meilleure lisibilité et prévisibilité du droit, d'autant qu'il est justifié de vouloir assurer une protection à l'égard d'une personne physique qui s'est engagé personnellement, le plus souvent de manière forcée afin de fournir du crédit au débiteur principal. L'existence d'une présomption irréfragable de risque n'a pas lieu d'être lorsque la sûreté est consentie par une société.

## II. SÛRETÉ POUR AUTRUI CONSENTIE PAR UNE PERSONNE MORALE

**207. Une protection suffisante par le droit des sociétés**<sup>581</sup> – Le principe de spécialité des sociétés apporte un encadrement de la représentation de la société par ses dirigeants. L'acte consenti par la société doit respecter son intérêt social, à savoir la recherche du gain<sup>582</sup>. Le respect de la capacité des sociétés a pour effet d'imposer l'existence d'une contrepartie patrimoniale à l'engagement de la société. En théorie, les sûretés consenties sont ainsi toujours intéressées, ce qui a pour effet d'atténuer le risque encouru. Or la prise de risque est consubstantielle à la vie des affaires. Mark Zuckerberg, fondateur de Facebook, explique à raison que « *le plus grand risque est de ne prendre aucun risque...* »<sup>583</sup>. Il faut donc laisser une marge de manœuvre aux sociétés dans les actes qu'elles consentent. Cela

---

<sup>581</sup> Nous limiterons dans le cadre de ces travaux à l'étude des sociétés.

<sup>582</sup> V. *supra*, n° 122 et s.

<sup>583</sup> D. ICHBIAH, *Mark Zuckerberg, la biographie*, éd. De la Martinière, 2018.

explique la divergence de régime juridique entre les sûretés consenties par les sociétés et les personnes physiques. Imposer un régime juridique protecteur nuirait à la vie des affaires. Certes les sûretés pour autrui présentent un risque mais elles sont absolument nécessaires. Or la distinction classique entre les sociétés de personnes et de capitaux<sup>584</sup> influe sur le régime applicable à la validité des sûretés pour autrui.

**208. Plan** – *De lege lata*, nous pouvons constater que le droit applicable diffère selon que la société est à responsabilité limitée ou illimitée faisant revivre la distinction classique des sociétés de personnes et de capitaux (A). Néanmoins, la distinction fondée sur le régime de responsabilité doit être dépassée (B).

#### **A. La distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux**

**209. La classification des sociétés selon le régime de responsabilité** – Les sociétés sont l'objet de classifications, ce qui permet de mieux appréhender leur nature ainsi que l'existence d'un corps de règles communes. Au titre de ces classifications, il est traditionnellement établi une opposition entre les sociétés dites de personnes et les sociétés de capitaux. Les fondations de la distinction reposent sur le régime de responsabilité de leurs membres. En effet, les sociétés de personnes sont soumises à un régime de responsabilité illimitée en ce que les associés sont tenus au passif social d'une façon plus ou moins sévère selon la forme de la société, tandis que la responsabilité sera limitée aux apports dans le cadre des sociétés de capitaux. La responsabilité illimitée des associés, qu'elle soit solidaire ou conjointe, suppose un rapport de confiance entre les associés<sup>585</sup>, d'où la qualification de sociétés de personnes. *A contrario*, nul besoin de tel lien de confiance dans les sociétés de capitaux, ce qui justifie qu'elles soient considérées comme étant plus ouvertes ; les actionnaires ou associés n'étant tenus qu'à hauteur de leurs apports<sup>586</sup>. Ainsi, la différence de responsabilité entre ces deux catégories de sociétés apporte un éclairage sur leur régime juridique. Par exemple, l'opposabilité des actes consentis aux tiers par les sociétés sera encadrée en présence d'une société de personnes afin de préserver, *in fine*, les associés qui sont les garants, implicites, de la société : les actes consentis en dépassement de l'objet social

---

<sup>584</sup> Le critère de distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux se loge dans le régime de responsabilité de leurs membres.

<sup>585</sup> P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 4 et s.

<sup>586</sup> En principe les titres sont négociables, sauf exception prévue dans les statuts de certaines formes de sociétés telles que la société par actions simplifiée ou encore la société à responsabilité limitée.

sont inopposables à la société tandis que dans les sociétés de capitaux le principe est inversé, leur inopposabilité étant subordonnée à la mauvaise foi du tiers. L'opposabilité des actes dépassant l'objet social des sociétés de capitaux est admise en raison du faible risque encouru par les actionnaires ou associés.

Néanmoins, la frontière entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux est devenue poreuse par l'existence, notamment, de sociétés hybrides dont le régime juridique se rapproche à la fois de celui des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux. Nous pensons à la SARL, qui relève en principe des sociétés de capitaux puisque la responsabilité des associés est limitée. Or cette qualification se discute au regard de la faculté d'intégrer un fort *intuitus personae* dans le cadre de ces sociétés : absence de libre négociation des titres, etc. Aussi, les sociétés en commandite simple ou par actions soulèvent la même difficulté de qualification : les commanditaires étant indéfiniment tenus au passif social tandis que les commandités ne sont responsables qu'à hauteur de leurs apports.

**210. Une distinction ravivée** – La classification des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux semblait être dépassée par d'autres classifications telles que l'opposition entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales<sup>587</sup>. Le contrôle de validité des sûretés pour autrui opéré par la Cour de cassation ravive la distinction. En effet, la sûreté consentie par une société de personnes, dès lors qu'elle est pour autrui, doit être conforme à l'intérêt social en plus des règles de pouvoir, tandis que le contrôle de l'intérêt social est exclu en présence d'une société de capitaux<sup>588</sup>. La divergence résulte de l'application de la directive européenne du 16 septembre 2009, laquelle ne reconnaît pas la nullité d'un acte contraire à l'intérêt social d'une société de capitaux<sup>589</sup>. Le seul cas d'ouverture pour remettre en cause l'acte est de se fonder sur le dépassement de l'objet social connu du tiers<sup>590</sup>, ce qui oblige de se placer sur le terrain des pouvoirs. Or il ne faut pas confondre le pouvoir et la capacité<sup>591</sup>. La

---

<sup>587</sup> G. DEEN, « Sociétés civiles et commerciales : une distinction justifiée malgré un rapprochement avéré entre elles », *Lexbase Hebdo, éd. Affaires*, 2016, n° 476.

<sup>588</sup> Sur le contrôle de la sûreté pour autrui à l'aune de l'intérêt social, v. *supra*, n° 121.

<sup>589</sup> La directive 209/101/CE du 16 septembre 2009 est venue recodifier la première directive européenne 68/151/CEE du 9 mars 1968 dont le but était le renforcement de la protection des tiers en droit des sociétés. Pour une application de la directive, v. Cass. com., 12 mai 2015, *La Batelière*, n° 13-28.504 et 14-11.028.

<sup>590</sup> Cass. com., 14 févr. 2018, arrêt préc.

<sup>591</sup> V. *supra*, n° 118.



solution est discutable, ce qui autorise de proposer un dépassement de la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

## **B. Le dépassement de la distinction fondé sur le principe de spécialité**

**211. Le principe de spécialité justifiant le dépassement à l'égard du contrôle de la sûreté pour autrui** – En théorie, les sociétés s'engagent dans un but lucratif. Le principe n'empêche pas pour autant que les sociétés s'engagent dans des actes qui ne leur rapporteront pas de contrepartie. C'est pourquoi la Cour de cassation opère un clivage entre les sûretés pour autrui désintéressées et les sûretés pour autrui intéressées consenties par des sociétés de personnes<sup>592</sup>. Si la sûreté pour autrui est désintéressée, alors la nullité est encourue sauf si la garantie n'a pas pour effet de mettre en péril le patrimoine social, c'est-à-dire en l'absence de disproportion entre le montant de la créance garantie et le patrimoine social. A l'inverse, en présence d'un intérêt patrimonial poursuivi par la société, la validité de la sûreté est présumée de manière irréfragable, de sorte que même la disproportion de l'engagement est sans influence. La limitation du domaine d'application de la solution interroge. L'argument textuel repose sur la directive européenne 209/101/CE du 16 septembre 2009 qui fait obstacle au prononcé de la nullité en cas de contrariété de l'acte à l'intérêt social pour les sociétés de capitaux<sup>593</sup>. Partant, l'arrêt *La Batelière* réveille la distinction fondamentale entre les sociétés de personnes et de capitaux. Outre la directive européenne, la solution doit être interprétée à la lumière du risque pris. Le régime juridique appliqué à une société de personnes est par nature plus protecteur et encadré en raison de l'existence d'une responsabilité illimitée, solidaire ou conjointe, impliquant que les associés soient les garants de fait de la société. Cela emporte nécessairement une conséquence sur l'opposabilité des actes pris par la société<sup>594</sup> mais aussi sur la conformité des sûretés pour autrui à l'intérêt social. Là se situe le point d'orgue de la distinction. Il est moins risqué pour une société de capitaux de s'engager au titre d'un acte contraire à son intérêt social, puisque dans tous les cas, la responsabilité de ses membres reste limitée, ce qui implique de protéger davantage les tiers que les membres. La logique est donc inversée. Le raisonnement doit cependant être rejeté pour au moins deux

---

<sup>592</sup> V. *supra*, n° 125.

<sup>593</sup> Cass. com., 12 mai 2015, *La Batelière*, n° 13-28.504 et 14-11.028. Avant la directive, la jurisprudence appliquait le contrôle de la conformité à l'intérêt social pour des sociétés de capitaux. V. Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826.

<sup>594</sup> En effet, la personnalité morale a été conférée aux sociétés dans un but unique, celui de réaliser des gains ou des économies. L'article 1832 du Code civil pose ainsi la raison d'être des sociétés. Or elle a vocation à s'appliquer à l'ensemble des sociétés peu important le régime de responsabilité des associés ou actionnaires. V. *supra*, n° 115, 166.

raisons, en ce qu'il fait abstraction des règles de capacité puis en ce qu'il engendre une confusion entre la personnalité juridique de la société et celle de ses membres.

**212. La confusion entre règles de pouvoir et de capacité** – D'abord, la solution aboutit à faire fi du principe de spécialité légale qui pourtant est un principe directeur du droit des sociétés<sup>595</sup>. Le refus de contrôler l'acte à l'aune de l'intérêt social revient à confondre les règles de pouvoir et de capacité. En effet, les règles de pouvoir ont vocation à déterminer si les dirigeants sociaux sont aptes à conclure l'acte au nom de la société et de l'engager à l'égard des tiers. Les règles d'autorisation et de conformité à l'objet social ont seulement pour effet d'encadrer le pouvoir des dirigeants sociaux. Il faut se garder de les confondre avec les règles de capacité de la société en elle-même, qui protègent l'intérêt propre à la société par le respect du principe de spécialité légale. Ce principe essentiel du droit des sociétés préserve la société contre des actes risqués et peu lucratifs. Or la fonction même du contrôle au regard de l'intérêt social assure le respect du principe de spécialité en exigeant que la société agisse dans son intérêt personnel. La jurisprudence avait d'ailleurs fait application de ce contrôle à l'égard d'une société de capitaux avant l'introduction de la directive européenne<sup>596</sup>. C'est ainsi que la distinction actuelle entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux n'est pas satisfaisante en ce qu'elle passe outre les règles de capacité : *de lege lata*, l'acte consenti peut effectivement observer les règles de pouvoir sans se conformer aux règles de capacité<sup>597</sup>.

**213. La confusion entre la personnalité de la société et celle de ses membres** – La société existe parce qu'il lui a été conféré la personnalité juridique, autonome et distincte de celle de ses membres<sup>598</sup>. La personnalité morale de la société doit se distinguer de celle de ses membres. Or le droit positif ne respecte pas ce principe puisque la solution se justifie par la différence de régime de responsabilité existant entre les sociétés de personnes et de capitaux. En effet, il est vivement critiquable de faire fi du principe de spécialité légale qui a vocation à préserver l'intérêt personnel de la société sur le prétexte que les actionnaires ou associés ne sont, de toute façon, tenus qu'à hauteur du passif social en cas de défaillance de la société. L'attribution de la personnalité morale aux sociétés a pour effet de les rendre

---

<sup>595</sup> V. *supra*, n° 114.

<sup>596</sup> Cass. com., 13 nov. 2007, arrêt préc. V. *supra*, n° 124.

<sup>597</sup> Les règles de pouvoir et de capacité ne font pas double emploi, puisqu'elles répondent à des besoins distincts. Le pouvoir répond à la question de savoir si le dirigeant pouvait conclure l'acte tandis que la capacité répond à la question de savoir si la société pouvait être engagée par cet acte au regard de son intérêt. Au contraire, les règles sont par nature complémentaires.

<sup>598</sup> Sur la théorie de la personnalité morale, v. *supra*, n° 192.

indépendantes à l'égard des associés ou actionnaires, de sorte que la prise en compte de l'intérêt social est essentielle et doit être considéré comme la « boussole » guidant l'appréciation de la validité des actes<sup>599</sup>. L'incidence sur le patrimoine de ses membres ne doit être prise en considération dans l'appréciation de la capacité de la société à s'engager. Nous constatons aussi que la solution manque incontestablement de cohérence. En effet, elle a pour conséquence de limiter le consentement des sociétés de personnes, telles que les SCI, alors que l'intérêt de ces sociétés se rapproche indéfectiblement de celui de ses membres puisqu'elles détiennent leur richesse immobilière<sup>600</sup>.

La *ratio legis* du principe de spécialité légale commande de ne pas établir de différence en fonction de la responsabilité des membres de la société. La vocation de la règle de capacité est de préserver uniquement le patrimoine social de toutes les sociétés. L'incidence de l'acte sur le patrimoine personnel des membres de la société n'est pas l'affaire du principe de spécialité. Par conséquent, la nature de la société ne devrait avoir aucune incidence sur le régime de capacité pour s'engager au titre d'une sûreté pour autrui. Cela explique la raison pour laquelle la Cour de cassation procède à un contournement de la directive en déclarant nulles les sûretés – qui sont dans les faits contraires à l'intérêt social – par la démonstration délicate d'un dépassement de l'objet social connu par les tiers<sup>601</sup>. La réforme réalisée par la loi Pacte du 22 mai 2019 peut servir de fondement au contrôle de la validité des contrats consentis par les sociétés de capitaux à l'aune de l'intérêt social<sup>602</sup>. Le professeur Didier Poracchia explique en ce sens que « *puisque l'article 1833, alinéa 2, du Code civil impose désormais que la société soit gérée dans son intérêt social, ne faut-il pas en déduire qu'aucun organe sociétaire n'a le pouvoir d'engager la société dans un acte contraire à son intérêt ? Si cette analyse de l'article 1833, alinéa 2, du Code civil devait être retenue par les juges, cette disposition bornerait donc les pouvoirs des organes et plus largement la capacité de toute société, à*

---

<sup>599</sup> CH. JUILLET, « La validité d'une sûreté pour autrui consentie par une société à risque illimitée : « la boussole de l'intérêt social » perd le Nord », art. préc. ; D. PORACCHIA, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », art. préc. ; A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », art. préc.

<sup>600</sup> PH. DUPICHOT, « Derrière l'intérêt social : la cause ? A propos de deux arrêts récents de la chambre commerciale », art. préc. : l'auteur souligne que l'opportunité de contrôler la conformité de la garantie à l'intérêt social des SCI se discute dès lors que ces sociétés détiennent la richesse immobilières des français, ce qui constitue un frein au crédit. Cette remarque est extrêmement juste. Les français placent le plus souvent en SCI leur patrimoine immobilier, notamment pour des questions de transmission patrimoniale et de fiscalité. Ainsi, cela marque un net rapprochement entre les intérêts des associés et celui de la société.

<sup>601</sup> Cass. com., 14 févr. 2018, arrêt préc. : comme nous l'avons vu, pour invalider la sûreté contraire à l'intérêt social, la chambre commerciale va se fonder sur les règles de pouvoir en établissant la connaissance du tiers du dépassement de l'objet social.

<sup>602</sup> L. n° 2019-486, du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises.

*risque limité ou illimité, à s'engager consciemment dans des actes contraires à son intérêt. Partant, la seule contrariété à l'intérêt social d'un acte conclu par une société à risque limité pourrait à nouveau en causer la nullité sans heurter le droit européen puisque le droit français, en posant à l'article 1833, alinéa 2, du Code civil une limite générale à la capacité des sociétés, les actes conclus par les organes contrairement à l'intérêt de la société excèderaient nécessairement les pouvoirs que la loi leur attribue »<sup>603</sup>. En effet, la sanction d'une sûreté contraire à l'intérêt social ne heurterait plus la directive européenne puisque son article 9§1 énonce que « la société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes »<sup>604</sup>. Le revirement de jurisprudence serait le bienvenu pour les raisons sus-énoncées, ce qui aboutirait à opérer une différence de régime non pas entre les sociétés à risque limité et illimitée mais entre les sûretés intéressées et désintéressées.*

**214. La distinction entre les sûretés intéressées et désintéressées** – Le respect du principe de spécialité légale impose de dépasser la distinction actuelle opérée entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux pour trouver son fondement sur le critère de l'intérêt. Il convient de revenir à l'essence du principe de spécialité légale. Sa *ratio legis* est d'imposer un but lucratif aux sociétés<sup>605</sup>. La recherche du lucre impose ainsi de déterminer si ses engagements sont pourvus de contrepartie patrimoniale, s'ils sont donc causés par un intérêt patrimonial.

La clé de voûte de la distinction doit reposer sur le caractère intéressé ou non de l'engagement, particulièrement de la sûreté pour autrui puisque par définition elle emporte un risque pour la société qui y consent pour un tiers. En présence d'une sûreté intéressée, la conformité à l'intérêt social est présumée de manière irréfragable en raison de sa conformité au principe de spécialité, peu important la prise de risque. En cela, la jurisprudence respecte complètement les règles de capacité : la Cour de cassation décide effectivement que les sûretés pour autrui intéressées sont présumées conformes à l'intérêt social de manière

---

<sup>603</sup> D. PORACCHIA, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », art. préc.

<sup>604</sup> V. art. 10 de l'ancienne directive n°209/101 CE repris par l'article 9§1 de la directive n°2017/1132 du 14 juin 2017.

<sup>605</sup> Sur la définition du principe de spécialité légale, v. *supra*, n° 114.

irréfragable, nonobstant leur caractère disproportionné<sup>606</sup>. La présence d'une contrepartie patrimoniale justifie le risque engendré par la sûreté et ce même si le montant garanti dépasse les facultés de remboursement de la société. La solution se justifie dans un souci de préservation du crédit<sup>607</sup>. En revanche, en l'absence d'une telle contrepartie à la sûreté, il est légitime de suspecter une contrariété à l'intérêt social. Une présomption irréfragable de contrariété à l'intérêt social serait en revanche une solution trop rigide qui mènerait à condamner des actes dépourvus de contrepartie alors qu'ils ne présenteraient pas de risque excessif. Ainsi, nous croyons à l'opportunité d'établir une présomption simple de contrariété à l'intérêt social susceptible d'être renversée par la preuve contraire<sup>608</sup>.

**215. Conclusion de paragraphe** – Il faut laisser la faculté aux sociétés de prendre des risques. Le risque est inhérent à la vie des affaires, à la condition toutefois qu'il soit justifié. En effet, prendre un risque important sans attendre de contrepartie ne correspond pas au destin assigné par le législateur aux sociétés. Celles-ci sont programmées selon un but lucratif. La subdivision des sûretés pour autrui, lorsqu'elles sont consenties par une société, se réalise naturellement sur le critère de l'intérêt. Les sûretés intéressées sont présumées conformes à l'intérêt de la société de manière irréfragable, tandis que les sûretés désintéressées sont contraires uniquement en cas de risque excessif.

**216. Conclusion de la Section II** – Juridiquement, le trait commun entre les personnes physiques et les personnes morales résulte de la notion de personnalité juridique et

---

<sup>606</sup> V. *supra*, n° 121.

<sup>607</sup> L'enjeu est en effet le crédit accordé aux entreprises qui sont les acteurs principaux de l'économie. Nous pouvons nous en convaincre à la lecture des statistiques fournis par la Banque de France (site internet : <https://www.banque-france.fr/statistiques/credit/credit/credits-par-taille-dentreprises>) : « À fin juin 2020, les crédits mobilisés par les entreprises atteignent 1154,1 milliards d'euros en hausse de +11,3% sur un an, après une hausse de +10,8 % entre mai 2019 et mai 2020. La croissance du crédit s'établit à +15,4% pour les PME, +9,7% pour les ETI et +6,4% pour les grandes entreprises. La croissance de l'encours des crédits mobilisés est notamment portée par le secteur de l'hébergement et restauration (+27,1%), le conseil et les services aux entreprises (+21,4%), la construction (+16,0%) et le transport et entreposage (+15,9%). La croissance du crédit est la plus faible pour le secteur de l'agriculture, sylviculture et pêche (+4,2 %). Les taux d'intérêt moyens des crédits nouveaux aux SNF reviennent vers des niveaux proches - tout en restant inférieurs - à ceux du premier trimestre, car le poids relatif des prêts garantis par l'Etat (PGE) a moins pesé dans le « mix » des crédits mis en place par les banques Pour les prêts d'un montant unitaire inférieur ou égal à 1 million d'euros, le taux progresse de 35 points de base (0,97 % après 0,62 % en mai). Pour les prêts d'un montant unitaire supérieur ou égal à 1 million d'euros, le taux progresse de 22 points de base (1,08 % après 0,86 % en mai) ». Concernant les statistiques relatifs aux financements des PME, v. : <http://webstat.banque-france.fr/fr/browseSelection.do?node=5384417>.

<sup>608</sup> Le renversement de la présomption se réalise par la preuve du caractère proportionné de la sûreté de sorte que sa réalisation n'aboutit pas à mettre en péril l'existence même de la société. V. *supra*, n° 130.

de ses attributs mais ce qui vient les éloigner est la prise en compte du caractère fictif des personnes morales. Une personne morale ne saurait être assimilée entièrement à une personne physique à peine d'anthropomorphisme. Le droit des sûretés n'échappe pas à la remarque, plus particulièrement le droit des sûretés pour autrui qui doit avoir à cœur de préserver les intérêts du garant face à un risque de surendettement que nous avons d'ores et déjà défini. Or les personnes physiques sont plus vulnérables n'étant pas protégées par le principe de spécialité, que nous retrouvons en droit des sociétés. Les sûretés consenties par les personnes physiques ne sont donc pas encadrées par le principe de spécialité. De plus le clivage entre garants personnes physiques et garants personnes morales se renforce par le fait que le risque fait partie de la vie des sociétés, – principaux acteurs de la vie économique –, de sorte que son encadrement et ses conséquences sont d'ores et déjà pris en compte en droit positif.

217. **Conclusion du Chapitre I** – Finalement, c'est bien le critère de l'intérêt – critère de référence pour déterminer les variables – qui influe la classification des sûretés pour autrui. Ces garanties présentent incontestablement un danger pour le constituant en ce qu'elles constituent la source d'un risque de surendettement. Elles font naître le lien d'obligation entre le constituant et le créancier octroyant à ce dernier un droit d'agir sur le patrimoine de son garant. L'intérêt a néanmoins un effet sur le risque. La sûreté intéressée n'emporte pas le même degré de gravité puisque l'obtention d'une contrepartie indirecte vient tempérer le risque en le justifiant. Cette ligne de partage entre les sûretés pour autrui intéressées et désintéressées – reflétant le caractère plus ou moins risqué – a une incidence sur la classification interne aux sûretés pour autrui. Elle se matérialise ainsi par l'opportunité de différencier les sûretés consenties par les personnes physiques de celles qui le sont par des sociétés. L'analyse ne se retrouve pas en présence des sûretés pour soi, celles-ci n'étant pas la source du danger. Leur classification se fonde sur un souci non pas de préserver le constituant mais l'efficacité et la sécurité juridique de la sûreté (Chapitre II).



## Chapitre II

### LA CLASSIFICATION DES SÛRETÉS POUR SOI

#### 218. La classique subdivision des sûretés réelles selon l'assiette de la sûreté –

Lors de l'adoption du Code civil en 1804, le choix a été pris de classer les sûretés réelles selon leur assiette, selon qu'elles portent sur un bien meuble ou immeuble. Le droit des sûretés réelles emprunte à la *summa divisio* du droit des biens sa distinction, laquelle remonte au droit romain<sup>609</sup>. Les meubles étaient effectivement perçus comme ayant une valeur moindre de celle des immeubles, d'où l'adage « *res mobilis, res vilis* »<sup>610</sup>. L'immeuble devait donc recevoir un régime juridique davantage protecteur à celui des biens meubles selon cet argument d'ordre économique<sup>611</sup>. Au fil des siècles, la perception de la valeur des meubles a cependant évolué. Avec l'avènement des biens incorporels, notamment des valeurs mobilières, il s'est avéré que des meubles pouvaient recevoir une valeur pécuniaire bien plus importante que celle des immeubles. Le fondement et la légitimité de la distinction, - la valeur

---

<sup>609</sup> G. GOURY, *Origine et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles*, thèse Nancy, 1897 ; J.-PH. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 209 et s.

<sup>610</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléonien, Traité des servitudes ou services fonciers*, t.1, Paris, , 5<sup>e</sup> éd., 1872, n° 2 : au sujet des servitudes, l'auteur rappelle l'ancienne conception des meubles comme étant des biens de faible valeur : « *Un héritage, c'est-à-dire un bien immeuble par sa nature, un fonds de terre ou un bâtiment (art.687) ; vieux mot de notre droit coutumier, qui signifie propriété ; dont la racine remonte sans doute au droit romain, où le mot haeres était synonyme de herus, propriétaire (Inst., liv. II, tit. XIX, p.7) ; qui ne s'appliquait qu'aux immeubles, et qui rappelle bien cette époque où les meubles étaient comparativement de si peu prix !* ».

<sup>611</sup> La distinction entre les biens meubles et immeubles n'est pas seulement fondée sur des raisons économiques mais également au regard d'un critère physique résultant de la mobilité du bien. V. en ce sens, F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *op. cit.*, n° 88 : « *La détermination du statut d'un bien est tributaire de la nature des choses. Les biens productifs ou biens frugifères, qui se réduisaient, à l'origine, à la terre, méritent un sort particulier par rapport aux autres biens. De même, les biens immobiles requièrent un traitement particulier en ce que leur transport et, par conséquent, leur commerce est plus difficile que celui des biens mobiles. Pour l'ensemble de ces raisons, il est apparu nécessaire d'opérer une distinction entre les biens meubles et les biens immeubles. Le sol et les objets qui y sont attachés sont des immeubles ; les autres choses sont des meubles* ».



du bien -, furent l'objet de discussions<sup>612</sup>. Aussi, le critère de la mobilité du bien était inopérant pour expliquer l'évolution de la nature des biens<sup>613</sup>. Des propositions doctrinales émergèrent alors pour convaincre du dépassement de la *summa divisio* des meubles et des immeubles. Par exemple, l'idée de distinguer les biens selon leur caractère corporel ou incorporel germât dans l'esprit des auteurs. Il est juste de souligner que la frontière entre les meubles et les immeubles souffre de trop nombreuses exceptions et franchissements, ce qui autorise à se poser la question de sa légitimité. Finalement, l'opposition entre meuble et immeuble ne constituerait-elle pas une classification subsidiaire<sup>614</sup> ?

Ces interrogations se sont nécessairement reportées sur la classification interne aux sûretés réelles. Le rapprochement des principes régissant les sûretés réelles mobilières et immobilières s'est manifesté par une mutualisation des règles nonobstant l'assiette de la sûreté. Certaines sûretés peuvent effectivement porter tout autant sur un bien meuble que sur un bien immeuble faisant fi de la ligne de démarcation établie par le Code civil qui supposerait des sûretés spécifiques selon la nature du bien grevé : ainsi en va-t-il de la fiducie-sûreté<sup>615</sup>, de la clause de réserve de propriété<sup>616</sup> ou encore du droit de rétention<sup>617</sup>.

---

<sup>612</sup> V. en ce sens, R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.*, 1958.1 ; F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 97.

<sup>613</sup> F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 97 : « Observer que l'affirmation par l'article 516 du Code civil que tous les biens sont meubles ou immeubles n'est pas conforme à la réalité est devenu un lieu commun. On souligne notamment l'inadaptation de cette proposition à des formes modernes de propriété, comme celle des fluides ou de l'énergie atomique (...) ».

<sup>614</sup> En effet, la frontière entre les meubles et les immeubles n'est pas étanche. Les immeubles par destination, les meubles par anticipation, les biens incorporels démontrent nettement la limite de la *summa divisio* entre les meubles et les immeubles.

<sup>615</sup> V. C. civ., art. 2372-1 et s. et 2488-1 et s. ; A. AYNÈS, « Fiducie immobilière : la belle endormie », *JCP N* 2016, 1106.

<sup>616</sup> Si le Code civil ne précise pas expressément que la clause de réserve de propriété puisse porter à la fois sur un meuble ou un immeuble, les auteurs et la jurisprudence l'ont admis. L. AYNÈS, P. CROCOQ et A. AYNÈS, op. cit., n° 800 : « Cette clause se rencontre fréquemment dans les ventes immobilières (...). Dans la vente mobilière, au contraire, la réserve de propriété est une garantie compatible avec l'objet essentiel du contrat : le transfert de la possession ».

<sup>617</sup> Sur l'exercice d'un droit de rétention sur un immeuble : Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17.22-223 : « Et attendu, en second lieu, que l'arrêt retient qu'il ne peut être soutenu que les consorts W. G. s'octroient un droit perpétuel d'occupation de l'immeuble, dès lors que l'exercice d'un droit de rétention ne fait pas obstacle à la vente du bien retenu et que l'article L. 642-20-1 du code de commerce, prévoit qu'en cas de vente, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix ; que répondant, en les écartant, aux conclusions du liquidateur qui soutenaient à tort que la libération de l'immeuble était un préalable à la saisine du juge-commissaire pour voir autoriser la vente du bien, la cour d'appel a satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

Le projet de réforme de droit des sûretés appelle à consacrer la faculté de constituer un gage sur un immeuble par destination<sup>618</sup>, ce qui en l'état du droit positif n'est pas admissible en raison de la nature du bien. De nombreux principes gouvernant le droit des sûretés immobilières ont aussi vocation à s'appliquer en présence d'une sûreté mobilière : l'exigence de publicité depuis la consécration du gage sans dépossession<sup>619</sup>, l'absence d'enrichissement du créancier sur le fondement de la sûreté<sup>620</sup>, le principe de spécialité et ses atténuations, le principe d'indivisibilité. Ces règles viennent dépasser la traditionnelle distinction, sans pour autant la supprimer puisque le caractère mobile du bien a nécessairement des conséquences sur le régime juridique. Néanmoins, la distinction a vocation à ne plus être principale mais subsidiaire<sup>621</sup>.

**219. Plan** – Afin de définir le critère de classification interne, il convient d'exclure l'hypothèse d'une subdivision à l'image des sûretés pour autrui en l'absence de risque encouru sur le fondement de la garantie (Section I). L'exclusion du caractère grave des sûretés pour soi impose de rechercher un autre critère de distinction. Nous pouvons observer que les choix législatifs en matière de sûretés réelles se sont davantage tournés vers leur efficacité économique de sorte que la classification interne se fonde sur le critère de l'efficacité de la sûreté (Section II).

---

<sup>618</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, association H. Capitant, juin 2017 : l'article 2333-1 disposerait que « *le gage peut avoir pour objet des meubles immobilisés par destination* ». V. P. GULPHE, *L'immobilisation par destination*, thèse Paris, 1943 ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, thèse Lyon, LGDJ, 1969 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse préc.

<sup>619</sup> Les sûretés réelles, peu important leur assiette, doivent être, en principe, publiées sauf exceptions (Dailly, nantissement...). Le caractère corporel du bien semble constituer la source de l'obligation de publication, alors que les sûretés portant sur des biens incorporels ne sont soumises qu'à une simple faculté.

<sup>620</sup> La prohibition pour le créancier de s'enrichir sur le fondement de la sûreté est applicable à l'ensemble des sûretés réelles sans aucune exception. L'avant-projet de réforme de droit des sûretés prévoit d'élire la règle en tant que principe directeur des sûretés réelles. V. Avant-projet de réforme du droit des sûretés, association H. Capitant, juin 2017 : l'article 2286-3 affirme ainsi que la « *sûreté ne peut procurer au créancier aucun enrichissement* ».

<sup>621</sup> En effet, les règles résultant de la distinction selon le caractère mobilier ou immobilier ne relèvent pas des règles fondamentales qui distinguent les sûretés réelles entre elles. Les ouvrages de droit des sûretés font remarquer le caractère désuet de la classification des sûretés mobilières et immobilières tout en la maintenant...



## SECTION I – IDENTIFICATION DU CARACTÈRE EFFICIENT

220. **Le contrat de crédit, source du risque** – Contrairement aux sûretés garantissant la dette d'autrui, les sûretés pour soi ne sont pas source de risque patrimonial à l'endroit du constituant. En effet, leur raison d'être est de garantir la bonne exécution d'une créance préexistante et personnelle. L'engagement étant motivé par l'obtention du crédit ou plus généralement de l'avantage résultant de la conclusion du contrat principal, il en résulte que le lien entre l'obligation et la contribution à la dette est respecté quel que soit la forme de la sûreté. Le risque de surendettement naît du contrat garanti nécessitant la mise en œuvre d'un régime protecteur en amont de la sûreté.

221. **Plan** – La structure des sûretés pour soi implique le lien naturel entre l'obligation et la contribution à la dette (I), ce qui n'empêche pas de créer une certaine gêne pour le constituant (II).

### I. L'ACCÈS PRÉEXISTANT À LA VALEUR DU BIEN GREVÉ

222. **Plan** – Par définition, le constituant s'engage à garantir la bonne exécution du contrat qu'il a conclu avec son créancier. Sur le fondement du droit de créance, le créancier va bénéficier du droit de gage général, lequel ne doit pas se confondre avec la sûreté réelle. Partant, la préexistence d'un droit de créance emporte une corrélation entre l'obligation et la contribution à la dette (A) mais aussi un accès préexistant à la valeur des biens (B).

#### A. Une contribution à la dette avec obligation

223. **Distinction des sûretés pour soi du droit de gage général** – Le trait commun des sûretés réelles se définit par leur rattachement à une obligation préexistante ou à tout le moins concomitante<sup>622</sup>. L'intérêt patrimonial direct du constituant implique le caractère accessoire de la sûreté, qui doit être considéré comme étant un principe directeur du droit des

---

<sup>622</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILIAU, *Traité de Droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 259 et s.

sûretés pour soi. L'engagement se fonde sur une obligation préexistante à la charge du constituant dont il a pour objet de garantir la bonne exécution, emportant une corrélation entre l'obligation et la contribution à la dette : le constituant s'est obligé au titre du contrat principal à contribuer de manière définitive à la dette. Par conséquent, le poids de la dette doit définitivement peser sur lui, ce qui exclut le risque de contribuer de manière définitive à une dette à laquelle il n'est pas tenu.

## **B. Un accès à la valeur du bien issu du droit de créance**

224. **La source du risque en amont de la sûreté pour soi** – Les sûretés réelles furent considérées comme la voie d'accès à la saisie du bien grevé. Autant cela était vrai en droit romain et sous l'Ancien régime<sup>623</sup> puisqu'il n'existait guère à cette époque de droit de gage général ; autant depuis l'adoption du Code civil en 1804, la confusion entre le droit de gage général des créanciers et les sûretés réelles n'est plus permise. Le droit de gage général constitue le fondement de la saisie des biens par l'effet de la créance. Il est donc erroné de considérer les sûretés réelles comme le moyen d'accéder à la valeur du bien grevé<sup>624</sup>. Le droit de saisir les biens préexiste sur le fondement de la créance.

225. **La théorie du droit réel sur la valeur** – La confusion a été ravivée par la théorie du droit réel sur la valeur, qui suppose de considérer que les sûretés réelles sont des droits réels démembres transmettant à leurs titulaires un droit sur la valeur d'échange du bien grevé. A l'inverse des droits réels principaux<sup>625</sup>, les sûretés réelles ont suscité une controverse quant à leur qualification<sup>626</sup> : s'agissait-il de droits réels démembres ? Pour admettre la qualification, il est effectivement nécessaire de caractériser l'abandon, par le propriétaire, d'une prérogative qui doit être conférée au titulaire du droit réel<sup>627</sup>. La reconnaissance d'un

---

<sup>623</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 50 et s. : l'auteur retrace l'histoire du droit de gage général depuis le droit romain jusqu'à la codification de 1804 afin d'expliquer l'origine de la confusion avec les sûretés réelles.

<sup>624</sup> Nous verrons bientôt que les sûretés pour soi doivent conserver la qualification de droit réel accessoire, v. *infra*, n° 393 et s.

<sup>625</sup> La qualification des droits réels principaux en démembrement du droit de propriété ne portait aucune difficulté dès lors que le propriétaire laissait, bel et bien, aux mains du titulaire des prérogatives sur la chose grevée.

<sup>626</sup> En effet, au XIXe siècle, la seule voie ouverte pour qualifier les droits réels était de les considérer comme étant un démembrement du droit de propriété. V. en ce sens R.-J. POTHIER, *Œuvres*, par Bugnet, T. IX, *Traité du domaine de propriété*, Videcoq, Paris, 1856, n°1 et s. : Pothier considérait que le droit de propriété n'était pas un droit unitaire mais pouvait se démembrer en un faisceau de droits, de prérogatives portant sur la chose.

<sup>627</sup> R.-J. POTHIER, *Œuvres*, *ibid.*

transfert de pouvoir par la constitution d'une sûreté réelle était néanmoins peu concevable, puisque les prérogatives inhérentes aux sûretés réelles ne se retrouvent pas dans les pouvoirs du propriétaire<sup>628</sup>. Demolombe disait des sûretés réelles qu'elles avaient plutôt vocation à entraver le droit de propriété qu'à le partager entre le créancier et le propriétaire<sup>629</sup>. Les auteurs voulurent démontrer qu'elles résultaient pourtant bien d'un tel démembrement. Pour cela, ils établirent que l'abandon des prérogatives du propriétaire ne portait non pas sur la valeur d'usage du bien mais sur sa valeur d'échange<sup>630</sup>. Partant, la sûreté réelle avait vocation à intégrer la catégorie des « droits réels de second degré ou accessoires » ayant pour effet de porter sur la valeur pécuniaire du bien et non sur ses utilités matérielles. Ainsi, le titulaire disposait de la faculté d'aliéner le bien pour conserver la valeur pécuniaire dans la limite du montant de la créance garantie.

Dans sa thèse de doctorat, le professeur Charles Gijbers admit la difficile qualification<sup>631</sup> avant de plaider pour la réfutation de la théorie du droit réel sur la valeur<sup>632</sup>. Par une brillante

---

<sup>628</sup> CH. GIJBERS, thèse préc., *ibid* : « En d'autres termes, les pouvoirs que le créancier reçoit sur le bien, le constituant ne les avait pas ; et les pouvoirs que le constituant abandonne sur le bien, le créancier ne les reçoit pas. La logique des « vases communicants », qui est au fondement de la théorie classique du démembrement, et qui suppose qu'une portion du domaine soit transférée du propriétaire au profit d'un tiers se trouve donc prise en défaut ».

<sup>629</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, op. cit., t. IX, n° 471 et s.

<sup>630</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, F. Pichon, Paris, 1902, n° 2429 ; *adde* M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, *Sûretés réelles*, 2<sup>e</sup> éd., par Becqué, LGDJ, 1953, n° 3 : Planiol estima que le transfert de pouvoir ne s'opérait pas sur la matérialité de la chose mais avait pour effet de conférer au titulaire la prérogative de vendre le bien afin d'obtenir son équivalent en monnaie. Il expliquait ainsi que les sûretés réelles devaient recevoir la qualification de droit réel de second degré, « établi sur le droit de propriété », conférant la faculté de vendre le bien au bénéfice de son titulaire. La conceptualisation de la théorie du droit réel sur la valeur doit être reconnue à M. Julien Bonnetcase qui s'attacha à expliciter la distinction entre les droits réels principaux – dits de premier degré – et les droits réels accessoires – dits de second degré – pour en conclure que les droits réels principaux « portent directement sur la chose prise dans son individualité organique et ont pour objet son utilisation matérielle » alors que les droits réels accessoires « s'adressent à la valeur économique représentée par la chose, et ont pour objet, par-delà l'individualité organique de cette chose, l'appropriation totale ou partielle de sa valeur économique ». L'auteur entreprit ainsi l'opposition entre le droit portant sur la chose – la matérialité – et le droit portant sur la valeur économique du bien. V. J. BONNETCASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry Lacantinerie*, t. V. Paris, Recueil Sirey, n° 93 et s. L'idée d'un droit sur la valeur du bien fut par la suite reprise dans la thèse de doctorat de M. Quincardet. L'auteur fit correspondre les sûretés réelles à la théorie du démembrement du droit de propriété en démontrant que, par la constitution d'une sûreté réelle, le propriétaire abandonne au profit du titulaire la « valeur pécuniaire » du bien, alors que le droit réel principal portera sur une prérogative relative à la jouissance du bien, sur ses « utilités matérielles ». V. S. QUINCARLET, *La notion de gage en Droit privé français. Ses diverses applications*, th. Bordeaux, Imp. Ségalas-Bérou, Bordeaux 1937, p. 403 et s.

<sup>631</sup> CH. GIJBERS, thèse préc., n° 45 : « Cet important effet de systématisation mené par M. Quincardet permettra une large diffusion de la théorie du droit réel sur la valeur ». L'auteur cita notamment les thèses de Messieurs Saint-Alary, Derrupé et Cabrillac. M. Gijbers finit par observer que : « Un peu plus tard, elle sera reprise dans les principaux manuels de droit des biens et de droit des sûretés, avant d'être relayée par un très grand nombre d'articles et de thèses. A mesure que l'idée progresse, la référence aux travaux de Bonnetcase et Quincardet s'estompe, ce qui, paradoxalement, prouve le succès de leur théorie ». Pour en conclure que : « De

démonstration entreprise par l'auteur, nous comprenons que la théorie du droit réel sur la valeur se heurte à la distinction établie, depuis 1804, entre le droit de gage général et les sûretés réelles<sup>633</sup> : ce n'est pas la sûreté réelle qui permet de s'accaparer de la valeur économique du bien mais le droit de créance et le droit de gage général qui l'accompagne. A l'appui de sa démonstration, il démontre que la théorie valoriste et le droit de gage général font double emploi, constituant une double voie d'accès à la valeur du bien, « *une sorte de droit sur la valeur « au carré »* »<sup>634</sup>. En effet, admettre la théorie du droit réel sur la valeur impliquerait d'ajouter la technique des sûretés réelles à l'effet du droit de gage général. Or tel que le souligne l'auteur, ce serait méconnaître le caractère accessoire des sûretés réelles qui suppose leur complémentarité et non leur redondance par l'existence d'une prérogative identique<sup>635</sup>. Pour vérifier l'argument, il prouve que le créancier ne dispose « *d'aucun pouvoir direct sur la valeur attaché à la sûreté* »<sup>636</sup>. En effet, la sûreté réelle n'a pas pour fonction de venir se substituer à l'exercice du droit de gage général<sup>637</sup>. Il prend pour exemple l'annulation d'une sûreté dans le cadre d'une procédure de saisie qui n'empêche pas la poursuite de la procédure<sup>638</sup>. De plus, nous pouvons remarquer qu'il n'existe aucune obligation imposant au créancier de se fonder sur la sûreté réelle pour engager des poursuites à l'égard de son débiteur, bien qu'en pratique il fondera naturellement son action sur la sûreté. Le fondement premier de son droit d'agir est effectivement son droit de créance, *in fine* le droit de gage général. Les sûretés réelles sont là pour lui accorder une préférence en vue de renforcer le droit de gage général dont il dispose<sup>639</sup>. M. Charles Gijbers en conclut que les sûretés réelles ne sont la source d'aucun pouvoir direct sur la valeur du bien puisque le créancier devra respecter les voies d'exécution ainsi que les événements suspendant les poursuites tels que

---

*simple opinion doctrinale, la théorie du droit réel sur la valeur tend à devenir aux yeux de tous une évidence qui se constate plus qu'une thèse qui se discute ».*

<sup>632</sup> CH. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n° 48 à 74.

<sup>633</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 48 : « *Il n'est pas exact de dire que la sûreté confère à son titulaire le droit d'accéder à la valeur du bien grevé comme l'usufruit donne le droit de jouir du bien du nu-propriétaire ou comme la servitude donne le droit de profiter de certains services du fonds servant. Car le créancier peut, même sans sûreté, faire vendre les biens de son débiteur et en appréhender la valeur d'échange contrairement au bénéficiaire d'un usufruit ou d'une servitude qui ne bénéficie, pour sa part, d'aucun accès aux utilités du bien du propriétaire sans le soutien de son droit réel ».*

<sup>634</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.*

<sup>635</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.* : l'auteur soulève aussi que ce serait porter atteinte à la nature du droit réel sur la chose d'autrui dont la fonction est de transférer à son titulaire une prérogative qu'il ne détenait pas par hypothèse auparavant.

<sup>636</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.*

<sup>637</sup> *Contra*. A. PIEDELIEVRE, *Droit des biens*, éd. Masson, 1977, n° 234 et s. : « *le droit d'agir du créancier au titre de la sûreté réelle ne vient pas s'ajouter mais remplacer celui du droit de gage général* ».

<sup>638</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.*

<sup>639</sup> En ce sens, v. *infra*, n° 393.

l'ouverture d'une procédure collective<sup>640</sup>. Et l'auteur d'en conclure sur le principal argument contre la théorie du droit réel sur la valeur que, « *le vice congénital, que cette figure juridique recèle : une confusion regrettable, héritée de l'histoire, entre la sûreté et le droit de gage général, lequel seul permet au créancier de saisir les biens du débiteur, et qui seul, par conséquent, renferme le risque d'expropriation menaçant ce dernier* »<sup>641</sup>.

**226. La créance, source du danger** – La théorie du droit réel sur la valeur ne correspond plus à la réalité. La rupture s'est effectivement réalisée en 1804 lorsque le législateur a décidé de séparer les sûretés réelles de la définition du droit de gage général évinçant *de facto* toute confusion entre droit de gage général et sûreté réelle. Le droit de saisie résulte uniquement du droit de créance dont le corollaire est le droit de gage général sur le patrimoine du débiteur. Le risque existe en amont de la sûreté et se loge dans le droit de créance. Le créancier dispose effectivement d'ores et déjà du droit de saisir les biens sur le fondement de l'obligation. La sûreté pour soi ne constitue donc une voie d'exécution forcée mais assure au créancier un droit de préférence sur le prix de vente du bien grevé. C'est en cela que la sûreté pour soi constitue un complément du droit de gage général – justifié par son caractère accessoire –, afin de le renforcer. A défaut de satisfaire la créance, le créancier dispose d'un droit sur le patrimoine de son débiteur en vertu des articles 2284 et 2285 du Code civil<sup>642</sup>. La sûreté ne vient que renforcer le droit de gage général<sup>643</sup>.

**227. Conclusion de paragraphe** – Le risque d'endettement ne résulte pas de la constitution de la sûreté pour soi. Celle-ci n'a pour effet que de renforcer le droit de gage général du créancier en lui octroyant un droit de préférence sur la valeur du bien voire un droit exclusif. Or la faculté de saisir les biens du débiteur préexiste à la sûreté sur le fondement de la créance. Les sûretés pour soi ne présentent pas de danger, en ce qu'elles ne constituent pas l'accès à la valeur du bien grevé et n'y portent pas atteinte.

---

<sup>640</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.*

<sup>641</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 69

<sup>642</sup> La théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau a pour effet d'impliquer une corrélation entre l'actif et le passif de la personne. La règle explique la qualification d'universalité de droit du patrimoine. C'est pourquoi le droit de créance octroie un droit de saisir n'importe quel bien du débiteur afin de satisfaire la créance.

<sup>643</sup> Sur la nature des sûretés pour soi, v. *infra*, n° 393.



## II. LE MAINTIEN DE LA VALEUR DU BIEN GREVÉ

### 228. Absence d'appauvrissement patrimonial et de dépréciation du bien grevé

– Assurer que les sûretés pour soi n'emportent aucun risque à l'égard du patrimoine du constituant revient aussi à affirmer qu'elles n'ont pas d'effet sur la valeur vénale du bien grevé. Le professeur Philippe Dupichot attache, non sans une certaine pointe d'humour, l'idée commune selon laquelle la sûreté réelle entraîne nécessairement une dépréciation de la valeur du bien au « syndrome du Monopoly »<sup>644</sup>. Pourtant, elles n'emportent aucun risque de diminution de la valeur vénale, et ce pour plusieurs raisons.

229. **Plan** – En effet, malgré la constitution d'une sûreté réelle, qu'elle soit avec ou sans dépossession, le constituant conserve le pouvoir de disposer de son bien (A). Or nous savons que la valeur d'un bien indisponible est par hypothèse brisée le temps de son indisponibilité. Le risque de dépréciation se manifeste essentiellement lors de la réalisation de la sûreté, à savoir lorsque la chose sera soit aliénée soit attribuée en propriété au créancier. L'encadrement de la réalisation de la sûreté pour soi fait obstacle à un risque de diminution de la valeur du bien. Néanmoins, à l'égard du constituant, la sûreté n'est pas sans effet en cas de dépossession le privant *in fine* de ses utilités (B)<sup>645</sup>.

---

<sup>644</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 572 : l'auteur explique effectivement que dans la pensée commune, il est établi un lien entre le surendettement et la sûreté réelle, faisant ainsi une référence éloquentes au célèbre jeu du Monopoly par lequel l'image du bien hypothéqué « Rue de la Paix » était néfaste. « *Enfin l'affirmation courante suivant laquelle la constitution d'une sûreté réelle serait un acte grave parce qu'elle diminuerait la valeur vénale du bien grevé conforte à nouveau l'idée fautive que celle-ci serait à l'origine des conséquences humaines et sociales catastrophiques du surendettement. Sans doute faut-il y voir l'existence d'un « syndrome du Monopoly » : ce syndrome aura sans doute contribué à étendre aux sûretés immobilières les suspicions dont un imaginaire populaire d'inspiration balzacienne avait déjà entouré le prêt sur gage pratiqué par les « monts-de-piété ».* Le Monopoly a en effet ancré dans les esprits un sens très péjoratif du terme « hypothèque » que l'on retrouve dans le vocabulaire courant : ainsi, on « hypothèque » ses chances de même qu'on hypothèque en dernier recours la « rue de la Paix » pour obtenir des liquidités afin de payer les joueurs chez lesquels le pion du débiteur hypothécaire aurait le malheur de s'attarder. Le débiteur qui hypothèque son titre de propriété ne retourne-t-il pas sa carte ostensiblement, affichant au dos de celle-ci une valeur de son immeuble subitement décotée de moitié et ne s'expose-t-il pas aussitôt à être mis au banc des autres joueurs ? Dès lors, une idée aussi fautive que vivace s'est infiltrée jusque dans l'esprit des juristes : oubliée la reine des sûretés, efficace et sûre, dont la technique s'est affinée au terme de siècles d'histoire ; l'hypothèque ne serait qu'un pis-aller, le premier pas vers l'exclusion sociale pour qui a jamais joué au moins une fois au Monopoly. La gravité du « syndrome du Monopoly » n'aura eu d'égal que le succès formidable de ce jeu. Et ce n'est pas le vocable de « nanti », qui désigne dans le vocabulaire courant l'exploiteur, qui renversera la mauvaise presse des sûretés réelles dont les juristes sont parfois eux-mêmes devenus les victimes. Dans la « vraie vie », un titre de propriété rue de la Paix se finance pourtant par un emprunt garanti par une hypothèque privilégiée parfaitement indolore pour l'emprunteur et sa famille et aussitôt oubliée de ces derniers à qui seul l'encours du crédit importe ».

## A. Disponibilité du bien grevé et valeur d'échange

230. **Le pouvoir de disposer du bien grevé** – La constitution d'une sûreté réelle, qu'elle soit préférentielle ou exclusive, n'aboutit pas à l'indisponibilité du bien. En ce sens, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, proposé par l'Association Henri Capitant, propose de proclamer au rang de principe directeur la disponibilité du bien grevé<sup>646</sup>. La chose grevée n'est effectivement pas sortie du commerce juridique à raison de la sûreté, le bien pouvant toujours être vendu. Le régime juridique applicable ne prohibe pas l'aliénation du bien mais au contraire la permet en l'encadrant. Ainsi, la mise en œuvre d'un droit de suite et d'une faculté de purge préservent les intérêts du créancier en cas de circulation du bien<sup>647</sup>. L'existence de ces deux mécanismes essentiels implique *de facto* le pouvoir de disposition du constituant. Le droit de suite permet la prérogative d'aliéner le bien en octroyant au créancier le pouvoir de saisir entre les mains d'un tiers acquéreur la chose grevée nonobstant le fait que ce dernier ne soit pas obligé à la dette<sup>648</sup>. La prérogative de saisir le bien entre les mains d'un tiers non tenu à la dette est exorbitante de droit commun mais trouve son fondement dans ce juste équilibre entre les pouvoirs du constituant sur son bien et l'impératif de sauvegarde des intérêts du créancier par la protection de l'efficacité de sa sûreté sur le bien. Grâce au droit de suite attaché à la sûreté, l'opposabilité du droit de préférence se trouve préservée<sup>649</sup>, nonobstant le fait que le nouveau propriétaire du bien ne soit pas tenu à la dette. Le droit de suite implique ainsi que le droit de préférence ne saurait se reporter sur le prix de vente par l'effet de la subrogation, celle-ci ayant vocation à se réaliser qu'en cas de disparition du bien grevé.

---

<sup>646</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : l'article 2325 disposerait alors que « *sauf si la loi ou la convention en dispose autrement, la sûreté réelle ne rend pas indisponible le bien qui en forme l'objet* ».

<sup>647</sup> Les conditions de mise en œuvre du droit de suite et de la faculté de purger les sûretés seront vues ultérieurement, v. *infra*, n° 603. À ce titre, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés prévoit une procédure de purge dans le cas du gage. Cette consécration participe de l'idée que les sûretés assorties de droit de suite doivent pouvoir être purgées afin de ne pas freiner le commerce juridique. V. Avant-projet de réforme du droit des sûretés, juin 2017 : CPCE art. R.221-15.

<sup>648</sup> V. BREMOND, « Privilèges et hypothèques – Droit de suite », *J.Cl. Civ. Code*, art. 2461 à 2474.

<sup>649</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 136 : les auteurs expliquent le droit de suite comme étant le mode d'opposabilité du droit de préférence. « *Aussi est-il plus simple de voir dans l'exercice du droit de préférence sur la valeur de la chose, le mode de réalisation de la sûreté réelle, et dans le droit de suite, l'expression de son opposabilité aux tiers* ». *Contra*, V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, th. LGDJ, 1985, préf. Ph. Malaurie, p. 72 et s. : à l'inverse, l'auteur établit un lien entre le droit de préférence, le droit de suite et la subrogation réelle. Ainsi, l'essence du droit de préférence serait de se reporter sur le prix en cas d'aliénation du bien grevé, par l'effet de la subrogation réelle. Or la subrogation réelle n'a seulement vocation à s'opérer que lorsque le bien grevé n'est plus : soit par sa disparition, soit par son aliénation sans possibilité de le saisir. Elle explique ainsi que lorsque le bien est vendu à un tiers acquéreur, le droit de suite a pour effet d'assurer l'efficacité du droit de préférence de sorte que ce dernier pourra se déployer sur le bien entre les mains du tiers acquéreur. Partant, la subrogation réelle ne s'effectuera qu'en l'absence de droit de suite.

En effet, tel que le précise M. Crocq, « *ce serait là, cependant, commettre une confusion, car le jeu de la subrogation réelle suppose que le droit ne puisse plus être exercé sur son objet initial, c'est-à-dire, dans le cas d'une sûreté réelle, soit que l'objet du droit ait disparu pour être remplacé par un autre (ce qui sera, par exemple, le cas lorsque le bien grevé a été détruit et que la sûreté réelle se reporte sur l'indemnité d'assurance), soit que le bien grevé ait été vendu et que la sûreté soit inefficace à l'égard du nouveau propriétaire du bien grevé (ce qui sera, par exemple, le cas lorsqu'un bien grevé d'une réserve de propriété a été vendu à un tiers acquéreur de bonne foi ou lorsqu'un immeuble hypothéqué a fait l'objet d'une adjudication, laquelle emporte purge des sûretés, lesdites sûretés se reportant alors sur la créance de prix)* »<sup>650</sup>. Nous pensons que le droit de suite est un mode de protection du droit de préférence en assurant son opposabilité dans les rapports avec les tiers. En son absence, le droit du créancier a vocation à se reporter, en principe, sur la valeur du bien venue en remplacement de ce dernier. La disponibilité du bien objet de la sûreté a pour effet de maintenir sa valeur d'échange<sup>651</sup>. Par définition, le droit de suite ne permet pas l'aliénation d'un bien libre de toute charge. Le tiers acquéreur reçoit la propriété d'un bien tout en ayant le risque que le créancier le saisisse entre ses mains. Cela constitue une entrave à la circulation des biens, et par voie de conséquence un risque de diminution de leur valeur<sup>652</sup>. Cette difficulté explique la faculté de purger les sûretés en matière hypothécaire, véritable « correctif du droit de suite »<sup>653</sup>. En effet, il est possible de transmettre la propriété de la chose libre de toutes sûretés par cette procédure. La purge des sûretés doit être considérée comme étant le corollaire du droit de suite<sup>654</sup>. La réforme du droit des sûretés réelles en 2006 n'a pas consacré la faculté de purge comme étant l'accessoire du droit de suite. Cela est regrettable en ce que la faculté de purger les sûretés constitue une technique juridique efficace et efficiente. Les droits du créancier restent préservés par l'affectation du prix de vente au paiement de sa créance, malgré l'aliénation du bien, tout en permettant au tiers acquéreur de devenir propriétaire sans risque. En matière hypothécaire, bien que la purge soit une simple faculté,

---

<sup>650</sup> P. CROCQ, « Responsabilité du notaire et sort du prix de vente de l'immeuble hypothéqué », *RTD civ.* 2018 p. 462.

<sup>651</sup> M. CABRILLAC et CH. MOULY, *op. cit.*, n° 849 : les auteurs définissent le droit de suite comme étant « *la technique juridique qui permet de traduire dans les faits, en cas de circulation du bien grevé, l'affectation de sa valeur au créancier* ». Pourtant, nous pensons que le droit de suite n'est pas un indice en faveur de la théorie valoriste, dès lors que son objet n'est pas d'assurer un droit sur la valeur mais de renforcer l'efficacité du droit de préférence.

<sup>652</sup> Sans l'existence de la faculté de purger les sûretés, le tiers acquéreur serait très logiquement freiné d'acquérir la propriété d'un bien tout en s'exposant au risque de saisie.

<sup>653</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 693.

<sup>654</sup> Sur le droit de suite et la purge, v. *infra*, n° 602 et s.

nous ne pouvons que constater son caractère automatique dans les ventes immobilières, ce qui prouve son succès de par son efficacité. Le juste équilibre est assuré.

Accorder un droit de suite sans faculté de purge aboutit à une situation où le risque est supporté par le tiers, ce qui limitera la libre circulation des biens, voire à une paralysie du droit de suite en matière mobilière lorsque le tiers acquéreur est de bonne foi. Il est impératif de prévoir la procédure de purge pour toutes les sûretés assorties de droit de suite. Cette prérogative, à la discrétion du tiers acquéreur, assure l'efficacité de la sûreté en préservant les droits du créancier. Elle a été codifiée par la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 sans pour autant imposer son caractère obligatoire<sup>655</sup>. En effet, le prix de vente du bien grevé ne saurait être affecté de plein droit au désintéressement du créancier<sup>656</sup>. Il y aura report de la sûreté sur le prix de vente uniquement dans l'hypothèse où celle-ci ne saurait perdurer, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle est assortie d'un droit de suite<sup>657</sup>, en ce que le créancier peut agir à l'endroit du tiers acquéreur. La purge des sûretés permet d'ordonner la levée des inscriptions des sûretés par l'affectation du prix de vente au désintéressement des créanciers titulaires de sûretés sur le bien<sup>658</sup>. Par conséquent, les sûretés pour soi n'entraînent aucune restriction sur la liberté de disposer, encore faut-il que l'aliénation puisse respecter la valeur vénale de la chose. Les sûretés provoquent-elle une baisse de la valeur des biens ?

**231. L'absence d'incidence sur la valeur du bien** – La diminution de la valeur pécuniaire du bien ne peut être imputée à la présence de la sûreté. Pourtant, nous pourrions supposer que le débiteur, acculé de dettes, serait contraint de céder son bien à un prix cassé afin de pouvoir désintéresser ses créanciers. Or nous voyons immédiatement la limite du

---

<sup>655</sup> En effet, contrairement à ce que l'on pourrait penser, la purge des sûretés, lors de l'aliénation du bien n'est pas obligatoire, de sorte qu'un notaire n'ayant pas procédé à une telle purge afin de lever les inscriptions ne saurait engager sa responsabilité. V. sur l'affirmation du caractère facultatif de la purge amiable, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 mars 2020, n° 19- 10.398, RDC n° 03, p. 4, n. CL. SEJEAN-CHAZAL.

<sup>656</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 69 : l'auteur interprète cette faculté comme prouvant que la sûreté n'a pas pour effet d'affecter et de transmettre la valeur d'échange au créancier.

<sup>657</sup> P. CROCQ, « Responsabilité du notaire et sort du prix de vente de l'immeuble hypothéqué », art. préc.: « En dehors de ces hypothèses, la subrogation réelle n'a pas lieu de s'appliquer dans la mesure où le droit de suite attaché à la sûreté réelle permet à celle-ci de pouvoir continuer à porter sur son objet initial en dépit du fait que ce bien ait été vendu (v., à propos des liens entre la subrogation réelle et le droit de suite, M. Lauriol, *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1952, t. I, n<sup>os</sup> 192 et s. ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. P. Malaurie, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t. CLVII, 1985, p. 78 et s.). En conséquence, lorsqu'un immeuble grevé par une sûreté immobilière est vendu et que cette vente n'est pas accompagnée d'une purge des sûretés, le créancier bénéficiaire de cette sûreté, parce qu'il conserve la possibilité d'exercer celle-ci à l'encontre du tiers acquéreur, ne peut se prévaloir d'aucun droit de préférence sur le prix de vente ».

<sup>658</sup> La faculté de purge a vocation à être le corollaire de l'existence d'un droit de suite, v. *infra*, n° 230.

raisonnement : le droit de créance étant seul responsable d'un tel agissement, puisqu'en l'absence de sûreté, le résultat serait le même <sup>659</sup>. En revanche, la question se pose de savoir si la réalisation de la sûreté engendre un risque de cession du bien à un prix inférieur, que ce soit lors de la vente de gré à gré ou aux enchères ou lors d'une attribution en propriété <sup>660</sup>. Les modes de réalisation propres à la sûreté n'entraînent pas un risque accru de dépréciation de la valeur, lequel existe par ailleurs dans le cadre des procédures d'exécution <sup>661</sup>. Plus encore, l'intervention du juge ou d'un expert dans l'attribution en propriété du bien, conventionnelle ou judiciaire, encadre le risque de cession à bas prix. En effet, l'intervention d'un expert ou la fixation du prix selon la cotation du bien fait obstacle à tout risque de dépréciation de la valeur d'échange de la chose <sup>662</sup>. Aussi, le pacte commissaire qui consiste à attribuer la propriété du bien au créancier par la voie du contrat ne peut se réaliser qu'après avoir expertisé le bien, ou a minima défini la valeur selon sa cotation dans le marché. Il en résulte que la sûreté n'influe pas sur la valeur du bien et ne se rend donc coupable d'un quelconque appauvrissement, mais elle peut aboutir à une gêne en cas de dépossession du débiteur.

## B. Dépossession du bien grevé, unique source de gêne

**232. Simple gêne du constituant par la dépossession du bien grevé sans dépréciation de la valeur** – Les sûretés avec dépossession ont pour réputation d'être antiéconomiques <sup>663</sup> : entre la privation des utilités de la chose pour le constituant et la charge

---

<sup>659</sup> V. *supra*, n° 224.

<sup>660</sup> L'attribution en propriété du bien s'opère soit par une « consolidation » du droit de propriété dans le cas d'une propriété-sûreté, soit par une attribution judiciaire ou la mise en œuvre d'un pacte commissaire. V. *infra*, n° 608.

<sup>661</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 572 ; CH. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n° 64.

<sup>662</sup> CL. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibl. de thèses, 2019, n° 209 et s. : Mme Séjean-Chazal pose la question du régime juridique de l'expertise qui a lieu dans le cadre d'une réalisation de la sûreté par la propriété. En effet, elle vient constater que « *le régime de l'évaluation du bien par expert reste indéterminé. En particulier, les textes ne précisent pas quelle doit être la force de cette évaluation* ». Après avoir énoncé les différentes analyses proposées en doctrine (qualification d'expert judiciaire, de mandataire commun ou encore emprunt au régime de l'expertise dans la cession de droits sociaux), Mme Séjean-Chazal explique à très juste titre que « *pour respecter le désir de rapidité des mécanismes de réalisation, la logique plaiderait sans doute en faveur d'une évaluation qui s'imposerait au juge et aux parties, sauf erreur grossière. Les éventuelles contestations sur l'impartialité du tiers évaluateur ou sur l'erreur grossière, intervenant en aval, pourraient être résolues grâce à l'application de l'esprit de la jurisprudence rendue sur le terrain des contrats de vente* ». Sur l'attribution en propriété et son encadrement juridique, v. *infra*, n° 608.

<sup>663</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », art. préc. : la possession du bien grevé par le créancier ôte au débiteur les utilités de la chose mais en outre lui empêche de consentir des sûretés successives sur le bien. Le constat d'une telle contrariété à l'efficacité économique ainsi que l'absence de caractère dangereux des sûretés réelles ont mené à l'abandon de l'exigence de dépossession. L'auteur constate qu'« *antérieurement, l'exigence antiéconomique d'une dépossession du constituant sévissait à peine de validité*

de la possession pour le créancier, la gêne se fait ressentir pour chaque protagoniste. C'est ainsi que la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 consacra la faculté des parties de choisir entre une possession matérielle – ou par entiercement – ou juridique par l'accomplissement d'une formalité de publicité. La gêne entraînée par la dépossession n'emporte pas une dépréciation de la valeur du bien. Ce risque aurait pu résulter d'un manque d'entretien du créancier, qui dépourvu d'*animus domini*, ne se sentirait guère concerné par la bonne conservation de la chose. Or incontestablement, il est de l'intérêt du créancier en possession de conserver la substance du bien en vue d'une éventuelle réalisation de la sûreté<sup>664</sup>. Plus généralement, il pèse une obligation de conservation à la charge de tout possesseur dont le bien constitue l'assiette de droits distincts de personnes différentes. Elle est tant à la charge du créancier en possession du bien grevé par la sûreté<sup>665</sup> ou du tiers possédant *corpore alieno*, que du constituant en cas de sûreté sans dépossession<sup>666</sup>. Le caractère sanctionnable de l'obligation représente un rempart face au risque de dépréciation.

**233. Conclusion de paragraphe** – Contrairement aux sûretés pour autrui, la sûreté pour soi ne représente aucun danger pour le constituant. Celui-ci étant débiteur du créancier, sur le fondement d'un rapport d'obligation préexistant, court un risque d'endettement dont le fait générateur est le crédit et non pas la sûreté. En vertu de la théorie classique du patrimoine, donc du droit de gage général, le créancier dispose d'un droit de saisir les biens de son débiteur. La sûreté pour soi ne vient que renforcer la prérogative. La gêne qu'elle emporte n'a pas pour effet de déprécier la valeur du bien.

---

*du contrat réel de gage : elle privait le constituant des utilités économiques de sa chose* ». V. L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 507 et s.

<sup>664</sup> Or tant la cession forcée selon les procédures civiles d'exécution que la réalisation par une attribution en propriété, par l'effet d'une attribution judiciaire ou d'un pacte commissaire, ne sont efficaces qu'en présence d'un bien dont la valeur a été préservée.

<sup>665</sup> Le créancier en possession du bien grevé a l'obligation de le conserver, de l'entretenir, en matière mobilière comme en matière immobilière. En cas de violation de cette obligation, il engage sa responsabilité. En matière mobilière, la déchéance du gage pourra être prononcée et éventuellement la condamnation au titre de dommages-intérêts (C. civ., art. 2344 al.1). En matière immobilière, l'article 2389 du Code civil énonce que le créancier bénéficiant d'une antichrèse « *est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette* ». Or la nature fongible du bien peut faire obstacle à cette obligation de conservation du bien. En pareil cas, le créancier sera obligé de conserver le bien non pas en nature mais devra restituer des biens équivalents. Ce sera l'hypothèse d'un gage portant sur des choses fongibles ou périssables (C. civ., art. 2342) et le nantissement de titres financiers (CMF, art. L.211-38 III). V. en ce sens, L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 311.

<sup>666</sup> Le constituant qui est resté en possession du bien grevé a également l'obligation de conserver le bien à peine d'entraîner la déchéance du gage ou d'être condamné à le compléter. V. en matière de gage sans dépossession : C. civ., art. 2344 al.2.

234. **Conclusion de la Section I** – La conséquence de la qualification de la cause des sûretés pour soi par l'identification d'un intérêt patrimonial direct est le caractère accessoire de la sûreté. Le rapport d'obligation entre le constituant et le créancier préexiste nécessairement. Par nature, le constituant perçoit l'avantage issu de la conclusion du contrat garanti. Ce lien entre la contribution et l'obligation à la dette a pour effet d'exclure le caractère grave des sûretés pour soi. En effet, dès lors que le constituant est tenu à raison d'un lien d'obligation préexistant dans son rapport *inter partes*, le créancier dispose d'ores et déjà d'un droit d'agir, de saisir les biens du débiteur, sur le fondement du droit de gage général. Depuis 1804, la distinction est établie entre droit de gage général et sûreté réelle : ce ne sont effectivement pas les sûretés réelles qui réalisent l'accès à la saisie des biens en cas de défaillance, mais bien le droit de créance dont le caractère sanctionnable s'opère par le droit de gage général. A l'inverse des sûretés pour autrui qui réalisent l'accès aux biens, la constitution des sûretés pour soi n'emporte aucun risque de surendettement qui n'existe déjà en raison de la créance. S'exclut ainsi le caractère grave des sûretés pour soi, d'autant plus que la valeur des biens qui en font l'objet n'est en aucun cas impactée par celles-ci.

Ainsi, les sûretés pour soi se distinguent nettement des sûretés pour autrui. Leur lien indéfectible avec le contrat garanti fait obstacle à la reconnaissance d'un risque patrimonial. En raison de cette différence substantielle entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui, résultat direct de la cause, nous ne pouvons avoir la même analyse sur ces deux ensembles de garanties. Les sûretés pour autrui impliquent de se concentrer sur le risque qu'elles entraînent avec elles tandis que les sûretés pour soi, en étant dépourvues, impose de porter le regard sur leur efficience afin de faciliter la réalisation de l'intérêt patrimonial direct porté par le constituant (Section II).

## SECTION II – INCIDENCE DU CARACTÈRE EFFICIENT

235. **Le glissement de l'impératif de protection du constituant vers un impératif de préservation de l'efficience de la sûreté** – La classification interne des sûretés pour soi ne se fonde pas sur les mêmes idées force que celle des sûretés pour autrui. En l'absence de danger encouru par le constituant, l'impératif passe d'un souci de protection à une volonté d'assurer l'efficience économique de la sûreté. Il n'est plus question de préserver le constituant contre un risque de surendettement mais de lui permettre d'obtenir l'avantage patrimonial espéré, sic le crédit, en rassurant le créancier par l'octroi d'une sûreté efficiente. Cet impératif a vocation à dépasser la traditionnelle distinction entre les sûretés réelles mobilières et immobilières. La nature du droit, exclusif ou préférentiel, apporte une meilleure compréhension de la ventilation des règles applicables lorsque le débiteur est *in bonis* mais aussi lorsqu'il fait l'objet d'une procédure collective<sup>667</sup>.

236. **Plan** - Actuellement, le droit des sûretés réelles respecte la *summa divisio* traditionnelle du droit des biens en opposant les sûretés portant sur des meubles de celles qui grèvent des immeubles. Si cette distinction se comprenait dans le passé, elle est manifestement devenue désuète aujourd'hui. En effet, avec l'avènement des propriétés-sûretés, une distinction latente entre les sûretés exclusives et préférentielles a vu le jour, fondée sur la nature du droit octroyé – droit de préférence ou droit exclusif - (I). Malgré la réalité de la distinction, son fondement n'emporte pas pour autant la conviction. Ce n'est pas la nature du droit octroyé qui apporte une compréhension de l'exclusivité, mais la possession – réelle ou juridique – du bien grevé par le créancier (II).

---

<sup>667</sup> Nous pourrions constater que la distinction entre les sûretés pour autrui et pour soi a vocation à devenir la *summa divisio* fondamentale. La réception de la distinction en droit des procédures collectives *de lege* en atteste. V. *infra*, n° 631.



## I. L'ÉMERGENCE DE LA DISTINCTION DES SÛRETÉS EXCLUSIVES ET PRÉFÉRENTIELLES

237. **Le dépassement de la *summa divisio* classique des sûretés réelles** – Le lien entre le droit des biens et les sûretés réelles<sup>668</sup> est fondamental en raison de leur objet. Très logiquement, la sous-distinction des sûretés réelles a suivi la *summa divisio* du droit des biens en opposant les sûretés mobilières aux sûretés immobilières. Si l'argument se justifiait à une époque où la valeur des immeubles était largement supérieure à celle des meubles, la frontière est devenue fortement poreuse en raison de plusieurs facteurs : la valorisation de certains meubles, la qualification de meuble par anticipation ou d'immeuble par destination, le croisement des régimes juridiques... Ces facteurs trouvent essentiellement leur cause dans l'évolution des biens plaidant ainsi pour un dépassement de la *summa divisio* traditionnelle. La désuétude de la distinction classique n'est pas sans conséquence sur la classification des sûretés réelles. Le caractère mobilier du bien ne permet plus de comprendre la classification interne. En effet, le rapprochement des régimes juridiques applicables aux sûretés mobilières et immobilières convainc d'opter pour un nouveau critère de distinction<sup>669</sup>. Le critère corporel du bien est de nos jours délaissé au profit d'un critère davantage fonctionnel qui est celui de l'efficacité de la sûreté.

238. **Plan** – *De lege lata*, une subdivision se dessine en effet par l'émergence d'une opposition entre les sûretés exclusives et les sûretés préférentielles (A) se fondant en apparence sur la nature du droit octroyé au créancier (B).

### A. Sûretés exclusives *versus* sûretés préférentielles

239. **Émergence d'une *summa divisio* entre les sûretés exclusives et les sûretés préférentielles** – L'avènement des propriétés-sûretés<sup>670</sup> eut pour effet de bouleverser la

---

<sup>668</sup> Sur l'interaction entre le droit des biens et les sûretés réelles, v. CH. GISJBERS, *Droit des biens et sûretés réelles*, thèse préc.

<sup>669</sup> Le caractère mobilier ne parvient pas à éclairer les différences de régime juridique entre les sûretés réelles, sauf pour le cas de l'hypothèque conventionnelle qui comporte des éléments de régime originaux. Mais les particularités de l'hypothèque conventionnelle ne tiennent pas tant à la nature du bien mais à la spécificité de la publicité foncière. V. *infra*, n° 254.

<sup>670</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 287; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2012; M. GRIMALDI, « Réflexions sur les propriétés-sûretés, à propos de la réserve de propriété », in *Etudes offertes à J. Dupichot, Liber amicorum*, Bruxelles, 2004, Bruylant, p. 169 et s.; CH. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Etudes Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529 et s.

classification traditionnelle. Voici qu'une sûreté confère au créancier un droit de propriété, retenu<sup>671</sup> ou cédé<sup>672</sup>, dans un but de garantir sa créance<sup>673</sup>. La retenue ou la cession du droit de propriété par la sûreté place le créancier *de facto* dans une situation d'exclusivité : le bien sort du patrimoine du débiteur afin de rester dans celui du créancier ou d'intégrer un patrimoine d'affectation. Le professeur Pierre Crocq observait ainsi que « *le créancier ne se voit pas attribuer comme garantie seulement un droit à devenir propriétaire, le cas échéant, d'un bien. Il devient immédiatement propriétaire de ce bien. La qualité de propriétaire du créancier ne procède pas de l'inexécution de son obligation par le débiteur. Elle est toujours antérieure à la mise en œuvre de la garantie et c'est, au contraire, la bonne exécution de son obligation par le débiteur qui y mettra fin* »<sup>674</sup>. Les biens deviennent, par l'effet de la propriété-sûreté, indisponibles. Dépassant la distinction classique des sûretés mobilières et immobilières, une classification nouvelle vit le jour faisant le départ entre les sûretés préférentielles – fondées sur une affectation préférentielle du bien grevé – et les sûretés exclusives plaçant le créancier dans une situation inexpugnable, hors du concours.

---

<sup>671</sup> *La clause de réserve de propriété*, ouvr. Collectif, Librairies techniques, 1980 ; L. AYNÈS, P. CROcq et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 800 et s. ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 8<sup>e</sup> éd., 2007, Litec, n° 585 et s. ; P. CROcq, *Propriété et garantie*, thèse préc. ; F. DANOS, *Possession, propriété et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, 2007, n° 41 et s. ; PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 930 et s. ; F. PEROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, préf. J.-M. Mousseron, thèse Montpellier, LGDJ, Bibl. dr. entreprise, 1987 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur les propriétés-sûretés, à propos de la réserve de propriété », art. préc.

<sup>672</sup> Sur la fiducie, v. notamment : *La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales du 15 avr. 2010, Tome XV/Paris Est. Association H. Capitant, 2011, Dalloz ; CH. ALBIGÈS, M.P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 677. – L. AYNÈS, P. CROcq et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 774 et s. ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Sirey, n° 1279 et s. ; M. et S. CABRILLAC, MOULY et PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9<sup>e</sup> éd., 2010, Manuels, Litec, LexisNexis, n° 579 s. ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit civil : sûretés, publicité foncière*, 15<sup>e</sup> éd., 2007, coll. Mémentos, Dalloz, n° 49 ; PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 353 et 665 ; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. Grimaldi, Litec, Bib. dr. de l'entreprise, 2004 et « Fiducie », Rép. Civ., Dalloz, 2009. ; G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété en droit privé français*, thèse, préf. P. Catala, LGDJ, 1999 ; N. BORGIA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, Nouvelle Bibl. de thèses, 2009 ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica 1981. V. notamment sur la cession de créance à titre de garantie : CH. LARROUMET, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », *D.* 2007, chron. 344 ; Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, C. civ., art. 2373 et s. : l'avant-projet de réforme propose de reconnaître pleinement la faculté de consentir une cession de créance à titre de garantie sur le fondement du droit commun contrairement à ce qu'avait pu décider la Cour de cassation, laquelle avait procédé en une requalification en nantissement de créance (Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388). Sur la cession Dailly : C. OPHELE, « Cession de créance », *Rep. civ.*, Dalloz, 2019 ; C. GAVALDA, « La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles », *D.* 1981. p. 199 et 329 ; D. SCHMIDT, P. GRAMLING, « La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », *D.* 1981. 217 ; J. STOUFFLET et Y. CHAPUT, « L'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit », *JCP* 1981. I. 3044.

<sup>673</sup> P. CROcq, thèse préc., n° 8 : « *La notion de propriété-garantie suppose qu'un droit de propriété est, soit laissé (mécanisme de la réserve de propriété), soit attribué (mécanisme du crédit-bail et de la fiducie) à un créancier en garantie de l'exécution de sa créance contre le débiteur* ».

<sup>674</sup> P. CROcq, thèse préc., *ibid.*

240. **La distinction de lege lata** – Outre la doctrine<sup>675</sup>, la Cour de cassation emploie à de nombreuses reprises la sémantique laissant deviner sa croyance en l'existence d'une opposition entre droit exclusif et droit de préférence<sup>676</sup>. Le législateur a également pris acte de la différence entre les sûretés exclusives et préférentielles en visant l'affectation ou la cession des biens grevés, ce qui fait directement référence à la différence entre l'affectation préférentielle et les propriétés-sûretés<sup>677</sup>. En droit des procédures collectives, l'existence de la distinction entre les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives se révèle encore plus nettement. Le sort du créancier disposant d'une sûreté préférentielle sera nettement plus sombre que celui placé hors du classement des créanciers par l'effet de la propriété<sup>678</sup>. Ainsi nous pouvons comparer le sort d'un créancier hypothécaire en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : ses droits ne sont pas seulement paralysés le temps de la procédure mais sacrifiés au profit d'autres créanciers bénéficiant de droits exclusifs ou des créanciers superprivilegiés tels que l'AGS et le Trésor<sup>679</sup>. Le droit de préférence, s'il n'est pas assorti d'une prérogative assurant l'exclusivité, tel le droit de rétention, n'offre plus à son titulaire l'espérance de voir sa créance être satisfaite, même *a minima*<sup>680</sup>. Lorsque le débiteur est *in bonis*, le destin du créancier bénéficiant d'une sûreté purement préférentielle peut être plus incertain aussi. Le respect du rang est certes davantage préservé en l'absence de procédure de faillite. Néanmoins, il est des hypothèses dans lesquelles le droit du créancier titulaire d'une sûreté préférentielle se retrouvera neutralisé.

---

<sup>675</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n°751 : les sûretés réelles sont présentées comme conférant au créancier soit « un droit de préférence » soit « un droit exclusif ».

<sup>676</sup> Dans le cadre du bénéfice de subrogation de l'article 2314 du Code civil, la Cour de cassation vise comme étant la perte d'un avantage le droit préférentiel mais aussi le droit exclusif. Au sujet de la clause de réserve de propriété, la Cour de cassation a estimé que celle-ci ne conférerait au créancier « *aucun droit de préférence dans les répartitions* » Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. Civ.*, IV, n° 104, n° 04-17.283, n° 04-17.396, *D.* 2006, 1693, note D. HOUTCIEFF; *Defrenois* 2006, p. 1386, obs. S. PIEDELIEVRE ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 oct. 2013, n° 12-14.944, 13-10.463 ; *Dr. et patr.* 2014, n° 233, p. 70, obs. PH. DUPICHOT; *D.* 2014, p.187, n. L. SAENKO ; *BJE*, nov. 2013, n° 6, p. 373 ; *JCP E* 2013, 1679, n° 17, obs. PH. DELEBECQUE

<sup>677</sup> Au sujet du cautionnement réel, il est précisé que sa manifestation peut se réaliser soit par l'affectation soit par la cession d'un bien en garantie. V. C. com., art. L.611-10-2, L.622-28, L.626-11, al.2

<sup>678</sup> Sur le sort des sûretés en droit des procédures collectives, v. *infra*, n° 659 et s. Nous verrons cependant que l'exclusivité attachée à la propriété-garantie n'emporte pas systématiquement une résistance infaillible à la procédure collective si celle-ci n'emporte pas la dépossession du bien.

<sup>679</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, Entre passé, présent et avenir, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 209 et s.

<sup>680</sup> V. *infra*, n° 690.

## B. Distinction sous-jacente entre droit préférentiel et exclusif

241. **Plan** – L'émergence de la distinction entre les sûretés exclusives et les sûretés préférentielles se fonde a priori sur la nature du droit octroyé (1). En effet, l'avènement des propriétés-sûretés explique la position inexpugnable du créancier. Or il s'avère que certaines se retrouvent paralysées tandis que des sûretés traditionnelles accordent une situation d'exclusivité absolue à leur titulaire. La frontière devient donc confuse (2).

### 1. La nature du droit comme fondement

242. **La nature du droit octroyé au créancier, un fondement perméable** – La subdivision latente entre les sûretés exclusives et préférentielles est apparue avec la consécration des propriétés-sûretés. Le fondement de la distinction réside en la différence de technique de garantie : le droit de préférence *versus* le droit de propriété. M. Crocq proposait dans sa thèse de doctorat de différencier la sûreté réelle traditionnelle de la propriété-sûreté en posant pour critère de distinction l'absence de droit de préférence : « *il n'y a pas de préférence en matière de propriété car il n'y a pas de concours au sens de « rencontre de prétentions contradictoires des créanciers sur un ou plusieurs biens du débiteur » : le caractère exclusif de la propriété-sûreté fait qu'elle évince les droits des autres créanciers sans même entrer en concours avec eux puisque le bien est sorti du patrimoine du débiteur* »<sup>681</sup>. Opposer les sûretés exclusives aux sûretés préférentielles selon le critère de la nature du droit octroyé implique d'en conclure que seules les sûretés exclusives aboutissent à une situation inexpugnable en raison justement du caractère absolu de la propriété. A l'inverse, le droit de préférence n'aboutit qu'à un « modeste » renforcement du droit de gage général en permettant au créancier de disposer d'une priorité sur le bien grevé<sup>682</sup>. La situation de concours est en ce sens consubstantielle à la sûreté préférentielle. *A contrario*, les propriétés-sûretés ont pour finalité l'exclusion du concours en raison de leur caractère translatif<sup>683</sup>. La

---

<sup>681</sup> P. CROcq, thèse préc., n° 301 et s. : l'auteur en conclut ainsi que « *la propriété-sûreté ne confère pas un droit en concours mais préféré, comme une sûreté réelle traditionnelle, elle confère un droit exclusif, un droit qui exclut, par définition, l'idée même de concours et donc de préférence. La propriété-sûreté ne peut donc être assimilée à une sûreté réelle traditionnelle, comme le gage ou l'hypothèque, ni à un privilège* ».

<sup>682</sup> Le droit de préférence a pour effet de renforcer le droit de gage général de son titulaire en rompant le principe d'égalité entre les créanciers, le gage commun, sur le bien objet de la sûreté. Néanmoins, il n'a pas pour effet d'exclure le classement des créanciers selon leur rang. V. *infra*, n° 393.

<sup>683</sup> P. CROcq, thèse préc., n° 301: « *la notion de préférence n'a pas de sens s'agissant du droit de propriété* ».

propriété est le droit réel le plus absolu<sup>684</sup>, ce qui mène logiquement à une exclusivité de son titulaire<sup>685</sup>. En effet, l'emploi de la propriété à des fins de garantie suppose l'exclusion du conflit avec les tiers contrairement au droit de préférence.<sup>686</sup> La différence de nature du droit aboutit donc à une opposition entre les sûretés préférentielles et les propriétés-sûretés.

**243. Les propriétés-sûretés, entre mythe et réalité** – Le destin maudit des créanciers titulaires de sûretés préférentielles a conforté la pratique et les auteurs à chercher la stabilité dans d'autres garanties<sup>687</sup>. Que demander de plus efficace qu'une sûreté fondée sur la propriété du bien, elle-même affectée à la garantie de la créance ? C'est ainsi qu'au fil du temps, le droit français, à l'image des droits étrangers<sup>688</sup>, redécouvrirent des techniques de

---

<sup>684</sup> Le droit de propriété suppose en effet l'exclusion du concours puisqu'il impose son respect à tous. W. DROSS, *Les biens*, LGDJ, coll. Domat, 2<sup>e</sup> éd., n° 42 : « L'exclusivité que la loi réserve au propriétaire sur les utilités du bien lui permet d'interdire à quiconque d'en jouir. La propriété est ainsi avant tout une réservation d'utilités au profit d'un seul. (...) Il est aujourd'hui fréquent de placer l'exclusivité (ou l'exclusivisme, les deux termes étant synonymes) au cœur du concept de propriété au point de prétendre qu'il la fonde et la définit à la fois. La nature véritable de la propriété ne pourrait être saisie qu'en élargissant le champ du regard porté sur elle : faute de se manifester dans la relation du propriétaire à la chose, elle se révélerait dans la relation du propriétaire aux autres hommes relativement à la chose. Cette idée selon laquelle l'exclusivisme serait la marque originale du droit de propriété est discutable. Ce sont en effet tous les droits réels, et pas seulement la propriété, qui portent l'exclusion. Celui qui ne peut prétendre qu'à une utilité démembrée de la chose peut interdire à quiconque d'en jouir à sa place : il en a pareillement l'exclusivité » ;

<sup>685</sup> P. CROCQ, thèse préc., n°299 : Sur l'assimilation entre propriété-sûreté et sûreté réelle traditionnelle, en citant notamment Mouly qui disait que « Ce droit sur la valeur, c'est déjà le critère de l'hypothèque, c'est le critère de toutes sûretés réelles qui existent,.. Et si l'on retrouve, dans la propriété utilisée comme sûreté, ce même élément de droit sur la valeur, on y retrouve donc le critère des sûretés réelles, et cela permet sans hésitation de qualifier toutes les propriétés utilisées à titre de garantie, de les qualifier de sûretés réelles au même titre que les sûretés traditionnelles » (citant : CH. MOULY, *intervention au débat relatif aux sûretés issues de la pratique*, in « Les sûretés », colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984n o. 403. Adde du même auteur, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529 et s.). M. Crocq estime alors que « s'il est juste que le créancier, dans la propriété-sûreté, s'intéresse essentiellement à la valeur du bien et non à son utilité, laissée au débiteur (et limitée à ce sens, la citation de M. MOULY est alors exacte), il demeure que son droit est bien un véritable droit de propriété ne pouvant subir de restrictions d'ordre réel mais connaissant seulement des obligations personnelles qui ne portent pas atteinte à sa nature. (...) l'assimilation de la propriété-sûreté à une sûreté réelle traditionnelle néglige la profonde différence de nature juridique entre la propriété-sûreté (laquelle, nous l'avons vu, ne se réduit pas à un droit réel sur la valeur) et les sûretés réelles traditionnelles, différence qui tient à l'absence ou à l'existence d'un droit de préférence ».

<sup>686</sup> V. en ce sens J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 180.

<sup>687</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 750 et s. : « En effet, l'histoire du droit des sûretés de même que le droit comparé enseignent que le recours aux propriétés-sûretés et leur développement sont toujours inversement proportionnels à l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles : la diminution de celles-ci, notamment à raison du droit des procédures collectives, suscite toujours le développement des propriétés-sûretés, tandis que la résurgence de cette efficacité conduit, à l'inverse, à l'abandon des propriétés-sûretés ».

<sup>688</sup> En droit allemand, nous pouvons citer la réserve de propriété qui offre au créancier une pleine propriété assortie d'une action en revendication en cas d'inexécution de la part de son débiteur. V. R. SERICK, *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand*, LGDJ, coll. droit des affaires, 1990. Aussi, la cession fiduciaire à titre de garantie est une sûreté bien connue du droit allemand, v. P. CROCQ, thèse préc., n° 179 et s. En droit anglo-américain, l'exemple topique est l'emploi du trust. V. P. CROCQ, thèse préc., n° 185 et s.

garanties anciennes oubliées avec le temps<sup>689</sup>. Suite à l'admission des cessions fiduciaires en matière financière, la consécration de la propriété réservée, l'affirmation de l'existence de la cession de créances professionnelles, la reconnaissance du crédit-bail, puis par la consécration de la fiducie-sûreté, le législateur français prit le parti de consacrer pleinement la validité des propriétés-sûretés<sup>690</sup>. Placé au service de la garantie, le droit de propriété apparaît alors comme un rempart face à l'impitoyable classement des créanciers mais aussi à l'ouverture d'une procédure collective<sup>691</sup>. Cela devait sonner la fin du sacrifice des créanciers. Il est vrai que si le régime juridique de la propriété venait à s'appliquer pleinement, le créancier fort de sa nouvelle qualité de propriétaire devrait résister face à la faillite de son débiteur ainsi qu'aux droits concurrents des autres créanciers<sup>692</sup>.

La propriété est ici une propriété affectée à la garantie d'un droit de créance. Un débat s'est engagé sur la question de savoir si le droit conféré au créancier était bien un droit de propriété<sup>693</sup>. Pour y répondre, le professeur Pierre Crocq, dont la paternité des propriétés-sûretés en droit français lui revient incontestablement, a combattu l'idée selon laquelle les propriétés-sûretés ne résulteraient pas d'une pleine et entière propriété<sup>694</sup> en affirmant à la

---

<sup>689</sup> L'usage de la propriété à des fins de garantie est le fruit d'une lente évolution. La propriété-sûreté se cachait au début derrière des institutions connues du droit des obligations. La véritable admission en droit français se réalisa par la consécration de la cession de créance professionnelle à titre de garantie, dite « Dailly », par la loi du 2 janvier 1981. Sur la redécouverte de sûretés anciennes, v. B. OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges en l'honneur de D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 323.

<sup>690</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 751 : les auteurs expliquent que le débat sur l'admission en droit français de la propriété-sûreté « n'a plus lieu d'être. En consacrant le mécanisme du crédit-bail, en admettant l'opposabilité à la procédure collective de la réserve de propriété, en créant la cession de créance professionnelle à titre de garantie et en multipliant les hypothèses dans lesquelles il est possible de recourir à la cession à titre de garantie, notamment dans les relations entre établissements financiers, le législateur français a très clairement admis, à la fin du vingtième siècle, que la propriété puisse être une sûreté et, même, qu'elle soit la sûreté la plus efficace qui soit en cas d'ouverture d'une procédure collective ». L'avant-projet de réforme du droit des sûretés porté par l'Association Henri Capitant s'inscrit directement dans les réformes antérieures en admettant la cession de créance à titre de garantie sur le fondement du droit commun (C. civ., art. 2373 et s.).

<sup>691</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *ibid.* : « Les sûretés réelles traditionnelles traversent une crise dans les relations d'affaires, parce que, désormais elles ne sont plus sûres en cas de « faillite » du débiteur. (...). Aussi, le crédit fait-il aujourd'hui appel, soit aux sûretés personnelles, soit à la plus forte des sûretés réelles qui puissent se concevoir, la propriété des biens affectés au remboursement de la dette ».

<sup>692</sup> Nous pourrions bientôt constater que la force des propriétés-sûretés n'est pas infaillible, notamment lors de l'ouverture d'une procédure collective. La paralysie des propriétés-sûretés en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité révèle le grand paradoxe de la matière. En effet, c'est en cas de défaillance du débiteur que le créancier a le plus besoin de disposer d'une sûreté résistante. V. *infra*, n° 668.

<sup>693</sup> P. CROCQ, thèse préc., n° 68 : « L'étude de la question de l'influence ou de l'absence d'influence de la fonction de garantie sur le droit de propriété suppose que l'on se demande s'il est possible, en l'état actuel du droit positif, de limiter les prérogatives d'un propriétaire pour créer une propriété-garantie sans qu'il y ait nécessairement modification du droit de propriété ? ».

<sup>694</sup> Certains auteurs nient l'existence du droit de propriété, v. notamment : CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 317 et s. ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p.

suite d'une démonstration que l'affectation du droit à la garantie de la créance ne pouvait avoir d'influence sur la nature de la propriété<sup>695</sup>.

Les suspicieux soulèvent pourtant le décalage entre les caractères de la propriété et le régime juridique appliqué aux propriétés-sûretés. En effet, aucun signe distinctif du régime de la propriété ne se retrouve en matière de propriété-sûreté. Que ce soit lors de l'existence de la propriété-sûreté ou lors de sa réalisation, M. Gijsbers démontre l'absence de correspondance entre les propriétés-sûretés et le régime de la propriété, pour en conclure qu'il faudrait les analyser sous une qualification qui leur correspondrait alors mieux<sup>696</sup>. En effet, au regard des nombreuses atteintes et adaptations du régime juridique de la propriété, la question se pose du maintien de la qualification sans travestir la nature du droit de propriété. Le créancier bénéficiant d'une propriété-sûreté ne dispose d'aucun pouvoir sur le bien, et ce même sur sa valeur. L'affectation du « droit de propriété » à la garantie d'une créance empêche l'application du régime juridique de la propriété. La propriété est conçue comme un droit offrant la plus grande liberté à son titulaire. L'affectation de cette propriété à la garantie de la créance ôte tout pouvoir du créancier sur le bien. Cela est logique car ce dernier ne dispose pas de l'*animus domini*. Partant, il ne saurait être considéré comme disposant du droit de propriété faute de volonté de se comporter comme le propriétaire et de le devenir véritablement, sauf par la « consolidation » du droit de propriété en cas de défaillance du débiteur<sup>697</sup>. Surtout, il s'avère que le créancier prétend fort peu souvent à devenir, définitivement, - oserait-on dire - le « réel propriétaire »...

---

1094 et s., ; « Une fiducie française inutile et incertaine... », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Malaurie*, Defrénois 2005, p. 303 et s. ; tandis que d'autres considèrent qu'il s'agit d'un droit de propriété démembré : A. BENABENT, « La fiducie : analyse d'un projet de loi lacunaire », *JCP N* 1993, I, 26, p. 275. La doctrine majoritaire considère qu'il s'agit bien d'un droit de propriété mais dont le constituant conserve la propriété éminente, v. en ce sens, M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », art. préc.

<sup>695</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 63 et s.

<sup>696</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 317 et s. : l'auteur soulève les difficultés quant à l'application du régime juridique de la propriété telle qu'elle est définie aux termes de l'article 544 du Code civil. Ainsi, l'auteur s'interroge : « *Ne pourrait-on dès lors, inversement, admettre que le débiteur a, en principe, le droit de tout faire sur le bien (l'utiliser, en jouir, le revendiquer entre les mains d'un tiers, etc.) ? Exception faite du crédit-bail qui peut difficilement se défaire du simulacre de « location » pour des raisons financières et fiscales, la règle pourrait ainsi devenir celle d'une liberté de principe d'exploiter le bien par le débiteur, qui ne trouverait de limite que dans les pouvoirs qui lui sont expressément retirés dans l'acte constitutif et bien sûr, à l'instar des sûretés réelles traditionnelles, dans une obligation de conservation de l'assiette dont la Cour de cassation a déjà reconnu l'existence à plusieurs reprises à la charge de l'acheteur sous réserve de propriété. Cela serait conforme à la réalité économique de la relation tissée entre les parties et aux mobiles véritables qui sont les leurs. Plusieurs propositions doctrinales nous paraissent d'ailleurs aller nettement dans ce sens* ».

<sup>697</sup> Sur la consolidation du droit de propriété, v. *infra*, n° 608.

Au stade de la réalisation de la sûreté, l'originalité des propriétés-sûretés peine à convaincre puisque les sûretés dites préférentielles peuvent aussi se réaliser par la voie d'une attribution de la propriété<sup>698</sup>. La « consolidation » du droit de propriété interroge : s'il avait été propriétaire du bien depuis la naissance de la sûreté, comment expliquer cet effet de consolidation alors que le créancier est censé avoir toujours été propriétaire<sup>699</sup> ? Malgré la controverse, les sûretés exclusives semblent être l'unique reflet des propriétés-sûretés. La propriété-sûreté se rapproche plutôt de la réalité que du mythe par son existence légale. La propriété-sûreté n'est pas un leurre. Une différence de régime juridique résulte de sa nature. Bien que les deux catégories se rapprochent inexorablement, nous pouvons constater que la propriété-sûreté ne peut aboutir que sur une attribution en propriété du bien tandis que les sûretés traditionnelles offrent d'abord une réalisation par l'exercice d'une préférence sur le prix de cession et ensuite une attribution en propriété. Mais l'attribution de la propriété du bien n'est pas pour autant synonyme de réalisation exclusive. Ce mode de réalisation, qu'il intervienne dans le cadre d'une sûreté préférentielle ou une propriété-sûreté, n'exclut pas la logique de rang des créanciers<sup>700</sup>.

## 2. La place des propriétés-sûretés dans la distinction

244. **Existence de sûretés préférentielles aboutissant à l'exclusivité et de sûretés exclusives manquant l'exclusivité !** – Pourtant nous croyons que le critère de la nature du droit est inopérant comme fondement à la distinction par manque de perméabilité : des sûretés préférentielles aboutissent à une exclusivité tandis que l'exclusivité des propriétés-sûretés se montre relative. Par exemple, le créancier gagiste en possession du bien passe avant le créancier bénéficiant d'une clause de réserve de propriété sur le bien<sup>701</sup>. Or l'exclusivité n'est pas le résultat de la propriété réservée mais de la situation de fait, opposable *erga omnes*. Aussi, certaines propriétés-sûretés sont paralysées lorsque le débiteur est placé dans une procédure collective<sup>702</sup>, alors même que des sûretés préférentielles demeureront efficaces,

---

<sup>698</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc ; Cl. SEJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, thèse préc.

<sup>699</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 343 et s. : c'est en effet au jour de la défaillance du débiteur que la propriété, ainsi que ses attributs, sont pleinement et réellement transférés au créancier.

<sup>700</sup> V. *infra*, n° 625.

<sup>701</sup> Cass. com., 14 nov. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 290 ; Cass. com., 28 nov. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 300, *Deffrénois* 1990, art. 34809, n° 73, n. L. AYNÈS ; Cass. com., 26 sept. 2006, n° 05-12.177.

<sup>702</sup> Le sort de l'ensemble des sûretés dépend de l'état de difficultés éprouvé par le débiteur. En présence d'une chance de sauvetage, le droit laisse la priorité à l'objectif de la procédure collective, à savoir le traitement



voire deviendront, à leur tour, exclusives<sup>703</sup> ! Nous pensons ainsi au créancier titulaire d'une sûreté avec dépossession pouvant opposer le droit de rétention effectif en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, tandis que la fiducie-sûreté sans dépossession sera neutralisée en sauvegarde et redressement judiciaires<sup>704</sup>. L'efficacité de la sûreté n'est pas tant redevable de la nature du droit octroyé mais de l'effet de la possession.

#### 245. Réductibilité des propriétés-sûretés à un droit de préférence renforcé ? –

La paralysie de certaines propriétés-sûretés prouve que l'opposition entre sûretés exclusives et préférentielles ne se fonde pas sur la nature du droit. Si la différence de nature du droit ne constitue pas le critère de distinction, peut-on en déduire que celles-ci ressortent finalement d'une même technique juridique ? Au regard des cas de paralysie, des attributs du droit du créancier, les sûretés propriétés ne sont-elles pas aussi des sûretés préférentielles, en ce sens qu'elles affectent un bien au renforcement du droit de gage général par l'établissement d'une préférence par rapport aux autres créanciers, qui serait dans le cas des propriétés-sûretés une préférence améliorée ? Finalement, le droit conféré au créancier au sein des propriétés-sûretés ne vise-t-il pas un droit préférentiel renforcé et non pas un droit de propriété marqué par le sceau de l'exclusivité ?

La restriction des pouvoirs du propriétaire sur la chose, puisque la propriété permet de tout faire, sauf d'en abuser, est une conception du droit de propriété qui se justifie. En effet, le propriétaire peut limiter ses prérogatives par l'effet de sa propre volonté. Or il est une chose de dire que le propriétaire a souhaité limiter l'amplitude de ses pouvoirs dans un but certain mais il est une autre de l'affirmer en l'absence d'*animus domini*. L'intention du propriétaire est pourtant essentielle afin de qualifier le droit de propriété. La réponse à la question de savoir si les propriétés-sûretés sont véritablement fondées sur le droit de propriété dépend de la conception que nous portons de la propriété. Selon une approche classique, la discordance entre la nature de la propriété et le régime juridique des propriétés-garanties est trop forte pour admettre la qualification. Néanmoins, il est parfaitement admissible de considérer que ces sûretés reposent sur le droit de propriété en adoptant une acception moderne, selon

---

des difficultés du débiteur tandis que le désintéressement des créanciers devient un impératif second. V. *infra*, n° 633.

<sup>703</sup> V. *infra*, n° 672.

<sup>704</sup> Nous verrons bientôt le sort des sûretés en cas d'ouverture d'une procédure collective. Après le « printemps des sûretés réelles », celles-ci furent par la suite affectées par l'ouverture d'une procédure collective. Or nous pourrions constater que le sort plus ou moins néfaste ne se mesure pas tant à l'aune de la nature du droit octroyé mais à l'existence ou non d'une possession du bien grevé par le créancier. V. *infra*, n° 631.

laquelle le droit de propriété serait un droit souple dont le contenu est dicté par la volonté de son titulaire.

Elle fait naître un droit, dont on dit qu'il est de propriété, affecté à une finalité, celle de garantir la créance. L'affectation à la garantie de la dette bouleverse nécessairement son économie, traditionnellement perçue comme le pouvoir de tout faire sur la chose dans les limites de l'abus. Le créancier se trouve à la fois dépourvu de la volonté d'être le propriétaire et des prérogatives sur la chose. La propriété-sûreté se différencie néanmoins des sûretés traditionnelles par la vocation du créancier à accéder à la propriété en cas de défaillance du débiteur. Là encore, le rapprochement avec les sûretés préférentielles se constate par la consécration de l'attribution en propriété. Le critère de l'absence de droit de préférence demeure certes mais devient flou par l'émergence de propriété-sûreté non exclusives et de sûretés préférentielles exclusives...

**246. Conclusion de paragraphe** – Par l'œuvre législative, les propriétés-sûretés sont aujourd'hui orphelines de leur caractère exclusif, qui pourtant marquait leur particularité en opposition aux sûretés préférentielles<sup>705</sup>. Les propriétés-garanties n'étant plus la source de l'exclusivité, il faut rechercher son fondement dans un autre critère, celui de la possession du bien.

## II. L'ADOPTION DE LA DISTINCTION FONDÉE SUR LE CRITÈRE DE LA POSSESSION

**247. La reconnaissance de la force du fait juridique** – Dans la méthode dogmatique d'interprétation, GénY relève que « *le principal effort de notre attention, relativement à la loi, envisagée comme source de droit positif, et dans le sens du but que poursuit cette étude, doit porter sur la recherche des procédés, qui permettront de dégager du texte légal la plénitude des règles juridiques qu'il contient, en vue d'une adaptation aussi parfaite que possible, aux circonstances de la vie sociale* »<sup>706</sup>. L'essentiel est ainsi que

---

<sup>705</sup> Sur le constat de l'affaiblissement du caractère exclusif des propriétés-sûretés qui mènent à un inévitable rapprochement avec les sûretés préférentielles, v. P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011 ; V. égal. P. CROCQ, « Dix ans après, l'évolution récente des propriétés-garanties », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michèle Gobert*, Economica, 2004, p. 347, n° 24 : « *Aligner en partie le régime de la propriété-garantie sur celui des sûretés réelles traditionnelles, comme le font le législateur et la jurisprudence, revient à prendre le risque de ne plus bien percevoir la différence existant entre les propriétés-garanties et les sûretés réelles traditionnelles, ce qui, à terme, pourrait aboutir à la consécration d'un nouveau démembrement de la propriété, lequel profiterait essentiellement au débiteur* ».

<sup>706</sup> F. GENY, *op. cit.*, n° 95.

l'interprétation de la loi reflète la réalité des faits. En effet, « *le but du Droit étant la réalisation de l'harmonie sociale, son action consiste nécessairement à prévenir et à sanctionner une rupture d'équilibre* »<sup>707</sup>, ce qui implique de rechercher une correspondance étroite entre la règle juridique et la réalité des faits afin d'aspirer à un idéal naturel<sup>708</sup>.

L'enseignement nous amène à interpréter la classification des sûretés réelles à la lumière de la réalité des faits. Nous nous apercevons ainsi que la source de l'exclusivité se loge non pas dans la nature du droit mais dans la possession par le créancier. La possession est traditionnellement présentée comme le pouvoir de fait sur la chose par opposition à la propriété qui reflète le pouvoir de droit<sup>709</sup>. Pour autant, la possession constitue une notion ayant une existence propre dans la sphère juridique. C'est ainsi que l'on ne saurait la qualifier de situation de fait<sup>710</sup>. Le professeur Laurent Leveneur identifie les situations de fait en ce que « *les effets juridiques que le législateur ou le juge leur font produire ne leur sont pas propres : ce sont des effets des situations régulières dont elles sont la copie non conforme* »<sup>711</sup>, de sorte que « *les situations de fait peuvent se définir par un double critère : ce sont des situations irrégulières auxquelles sont attachés certains des effets des situations de droit correspondantes* »<sup>712</sup>. Au regard de la définition, l'auteur exclut du champ de ses travaux la possession puisqu'« *il demeure que les effets juridiques attachés à la possession sont des effets propres et non des effets de la propriété* »<sup>713</sup>. La possession représente donc un fait juridique<sup>714</sup> auquel le droit lui reconnaît des effets.

Face aux sûretés réelles, la possession a connu une importante évolution dans le rôle qui lui était attribué. De quatre fonctions<sup>715</sup>, elle est désormais passée à une seule, celle d'assurer

---

<sup>707</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. Roubier, Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002.

<sup>708</sup> R. SAVATIER, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Structures matérielles et structures juridiques*, in *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, t. I, p. 75 et s. ; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1990, p. 1 et s.

<sup>709</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, 11<sup>e</sup> éd., n° 41 ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 234 ; F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 441.

<sup>710</sup> Sur la définition de la situation de fait : HOUIN, *Rapport général sur les situations de fait, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. IX, 1957, p. 322 et s.

<sup>711</sup> L. LEVENEUR, thèse préc., n° 3.

<sup>712</sup> L. LEVENEUR, thèse préc., *loc. cit.*

<sup>713</sup> L. LEVENEUR, thèse préc., n° 4.

<sup>714</sup> L. LEVENEUR, thèse préc., *loc. cit.* ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, 11<sup>e</sup> éd., n° 41 et n°44 ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 231 et s. ; F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 441.

<sup>715</sup> V. *infra*, n° 257.

l'opposabilité de la sûreté. Il appartient de reconnaître à présent la force de ce fait juridique en la matière, en ce qu'elle sera celle qui offre au créancier l'exclusivité tant recherchée.

**248. Plan** – La possession, traditionnellement définie comme étant le pouvoir de fait sur la chose est une notion essentielle en droit des biens, bien qu'elle soit dans l'ombre de la propriété<sup>716</sup> (A). De nombreux effets lui sont attribués, tel que ses pouvoirs probatoire et acquisitif du droit de propriété. Par son rapport indéfectible avec les choses, la possession a nécessairement une incidence sur les sûretés réelles. Son rôle est essentiel mais a subi une évolution par l'avènement des sûretés sans dépossession, consacré par la réforme du 23 mars 2006 (B). Malgré le cantonnement – apparent – du rôle de la dépossession, il s'avère que la détention du bien grevé par le créancier constitue la condition, unique et suffisante, pour qu'il puisse bénéficier d'une situation d'exclusivité. Cette dialectique se retrouve tant en matière de sûretés préférentielles que de propriétés-garanties. Partant, le critère permettant de faire le départ entre les sûretés exclusives et les sûretés préférentielles n'est autre que la possession du bien grevé (C), éclairant ainsi la classification interne des sûretés pour soi.

#### **A. Notion de possession**

**249. Plan** – La notion de possession ainsi que ses fonctions (2) s'éclairent à la lumière de son histoire riche de perceptions (1).

#### **1. Approche historique**

**250. Origines de la possession** – La possession puise ses racines en droit romain et fit, depuis, « *l'objet d'une lente et douce évolution sans que les limites de la matérialité ne soient jamais franchies* »<sup>717</sup>. Aux temps romains, la possession ne pouvait en effet se concevoir que dans l'hypothèse de l'exercice d'un pouvoir de fait sur des biens matériels ;

---

<sup>716</sup> W. DROSS, *ibid.* : en ce sens, l'auteur souligne que « *dans sa perception la plus fruste, la possession s'entend de l'exercice d'une emprise matérielle sur une chose corporelle. Les juristes en ont cependant rapidement raffiné l'analyse et c'est le droit de propriété qui a servi de matrice à l'élaboration de la notion juridique de la possession. Le possesseur sera défini comme celui qui exerce sur une chose les prérogatives attachées au droit de propriété. Cette appréhension de la possession par référence au seul modèle de la propriété est encore largement dominante dans la conception que l'on s'en fait aujourd'hui. Elle est pourtant excessivement réductrice. Il faut à l'opposé affirmer que la possession est un concept général du droit qui dépasse largement la question de la propriété et même celle des rapports de l'homme aux choses. Ainsi, la possession d'état que l'on connaît en droit des personnes et de la famille n'est pas différente de la possession du droit des biens. Si bien qu'il faut proposer une définition élargie de la possession si l'on veut rendre compte de sa place actuelle dans le système juridique* ».

<sup>717</sup> A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibl. de thèses, 2001, n° 26.

l'incorporalité de la chose n'étant pas encore concevable<sup>718</sup>. Ainsi, pour caractériser l'état de possession, le possesseur devait occuper effectivement la chose. Cette définition se justifiait par la nature corporelle du *corpus*. De là naquit l'idée selon laquelle le *corpus possessoire*, entendu comme étant l'objet de la possession, ne pouvait comprendre que des biens corporels<sup>719</sup>. L'appréhension du *corpus* de la possession connut pourtant une évolution en emportant avec elle le passage du matériel à l'immatériel. En effet, les romanistes admirent que la possession put s'exercer sur des droits réels et non pas seulement sur l'objet du droit de propriété ; de là prit part en droit français la notion de *quasi possessio*<sup>720</sup>. Il en résulta une conception dualiste par un dédoublement du *corpus* : la *possessio rei* et la *quasi possessio*. Les auteurs virent en la *quasi possessio* le signe du passage à l'immatériel. Le professeur Anne Péliissier tempère néanmoins l'analyse en considérant que la transition à l'immatériel ne fut pas totale dès lors que la *quasi possessio* se limitait aux droits réels sans comprendre les biens incorporels, tels que les créances<sup>721</sup>. La conception dualiste, fruit du droit romain, fut consacrée en 1804 par l'adoption de l'article 2255 du Code civil, définissant la possession comme « *la détention ou la jouissance d'un droit* »<sup>722</sup>. Eu égard à la différence de nature entre les choses et les droits, il était nécessaire pour les auteurs de rétablir une unité du « *corpus possessoire* » par l'adoption d'une définition plus large de la possession. A ce titre, une partie de la doctrine estima que la distinction entre la *possessio rei* et la *quasi possessio* n'avait lieu

---

<sup>718</sup> R. MONIER, *La possession est-elle une res incorporalis en droit romain classique ?*, in *Mélanges en l'honneur De Visscher*, IV, 235 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, n° 277.

<sup>719</sup> L'appréhension de la possession comme pouvant porter uniquement sur des biens corporels – la *possessio rei* – fut effectivement retenue par les auteurs pendant longtemps en droit romain. Néanmoins, par une évolution impulsée par les jurisconsultes romains, il fut par la suite admis que la possession pouvait aussi se réaliser à l'égard de biens incorporels, en affirmant que les droits réels, autres que la propriété, pouvaient faire l'objet du *corpus* possessoire. Contrairement à la possession du droit de propriété qui se réalisait directement sur la chose, l'objet de la possession du droit réel était le droit en lui-même (par exemple, la possession d'une servitude). V. A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse préc., n° 26 ; P.J. RAVAIL, *De l'objet de la possession*, thèse Poitiers, 1899, n° 35 et s.

<sup>720</sup> F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *op. cit.*, n° 447 : « *Son évolution ultérieure se fait au contraire dans le sens d'une dématérialisation et d'une diversification. Ne s'exerçant plus exclusivement sur les corps, la possession va porter sur les droits (quasi possessio)* ».

<sup>721</sup> A. PELISSIER, thèse préc., n° 36 : « *Il convient cependant de relativiser la mesure de cette évolution en précisant encore que seuls les droits réels autres que le droit de propriété sont considérés comme objet du corpus de la quasi-possession. Nous ne devons pas en conclure que les jurisconsultes romains admettaient une possession des choses incorporelles dans leur ensemble. Ils refusaient notamment que les créances puissent être l'objet du corpus possessoire* ».

<sup>722</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1701, t. II, Livre III, Titre VII, De la possession et des prescriptions, Sect. I, IV, et V, p. 416 et s. ; R.-J. POTHIER, *Œuvres*, t. XI, *Traité de la possession*, Paris, 1819, n°1 et s. : Pothier a adopté la conception dualiste de la possession en affirmant qu'il existait deux types de possession, celle s'exerçant sur les biens corporels et celle s'exerçant sur les droits. Leur analyse a largement contribué à l'adoption de l'article 2228 du Code civil, étant précisé que cet article consacre une possession unitaire dont l'objet, le *corpus possessoire*, se dédouble en visant les biens et les droits. V. en ce sens, A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse préc., n° 39 et s. ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse préc., n° 84.

d'être en ce sens que la possession a vocation à s'appliquer sur tous les droits réels <sup>723</sup>. Selon eux, « *la définition dualiste retenue par le Code civil résulterait de la vision erronée du droit de propriété qu'entretenaient les jurisconsultes romains* »<sup>724</sup>, car ces derniers confondaient le droit de propriété avec la chose sur lequel il porte. Or par la suite, la distinction entre le bien objet du droit et le droit de propriété fut admise. Par conséquent, les auteurs en conclurent que le clivage entre la possession de la chose objet du droit de propriété et la possession des droits réels ne se justifiait plus, pour considérer que la possession porte sur tous les droits réels, y compris le droit de propriété. L'unité s'opérait dans leur esprit par la notion de possession des droits. A l'inverse, d'autres auteurs considérèrent que la possession se réalise sur la chose et non sur le droit qui constitue seulement un effet<sup>725</sup>.

La conception dualiste de l'objet du *corpus* possessoire fut retenue en droit positif. Partant, la possession s'analyse comme le pouvoir de jouissance sur le bien ou sur le droit. En adoptant une conception objective, Saleilles mit ainsi en exergue l'appréhension de la possession selon l'existence d'un pouvoir effectif et de jouissance sur l'objet <sup>726</sup>. Selon le professeur Frédéric Danos, « *la notion de jouissance est, en effet, assez large pour embrasser tous les critères retenus, puisqu'elle vise l'usage, l'utilisation d'une chose, l'exercice effectif de prérogatives conférées par un droit et, plus généralement, l'action par laquelle on tire profit, de manière effective, des utilités objectives d'une chose, qui peut être soit corporelle, soit incorporelle* »<sup>727</sup>.

## 2. Approche fonctionnelle

**251. Le lien entre le droit de propriété et la possession** – « *On sait que la mission primitive impartie à cette institution fut d'être la propriété, dont elle ne se démarquait pas à l'origine (...) Bien que la propriété soit devenue distincte, elle n'est pas parvenue à*

---

<sup>723</sup> P.J. RAVAIL, *De l'objet de la possession*, thèse préc., n° 14 ; F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, précis, 10<sup>e</sup> éd. 2018, n° 140 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les biens*, par P. Jourdain, Dalloz, 1995, n° 13.

<sup>724</sup> A. PELISSIER, thèse préc., n° 43.

<sup>725</sup> CH. AUBRY et CH. RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, 5<sup>e</sup> éd. Art. G. RAU, C. FALCIMAIGNE, Paris, 1897, p. 106.

<sup>726</sup> R. SALEILLES, « Etudes sur les éléments constitutifs de la possession », *Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. 3, 1893, p. 121 et s.

<sup>727</sup> F. DANOS, thèse préc., n° 84.

*s'émanciper de cette relation congénitale* »<sup>728</sup>. Les mots forts employés permettent de saisir ce rapport profondément ancré dans les esprits entre la possession et le droit de propriété qui se retrouve dans les fonctions probatoire et acquisitive de la possession : le possesseur doit être présumé propriétaire du bien en raison de l'apparence qui en est son effet. Or la possession réelle, qualifiée de civile – aux fins d'usucapion –, constitue seulement une fonction parmi d'autres. Ainsi, si la possession ne se réduit pas à la seule fonction probatoire ou acquisitive du droit de propriété, elle peut recevoir une analyse dualiste dissociant la possession réelle de la possession juridique. Que la possession soit réelle ou juridique, son principal effet est de rendre opposable le droit acquis, qu'il s'agisse du droit de propriété ou d'un droit réel principal ou accessoire.

**252. Possession réelle : pour avoir, il faut vouloir !** – Originellement, la possession apparaissait comme le fondement de la propriété. En effet, l'on attribuait la qualité de propriétaire à celui qui disposait d'un pouvoir de jouissance sur le bien. La possession précédait la qualification de la propriété, et la qualification de la qualité de propriétaire était liée à celle de possesseur, en ce sens que la fin de la possession entraînait la fin de la propriété. Partant, la possession réelle se concevait comme étant « *la légitimation sociale* »<sup>729</sup> d'une situation de fait. En effet, la reconnaissance de la situation de fait dans l'ordre juridique interne avait pour conséquence de produire un effet de droit. La possession réelle visait la possession qui avait pour conséquence de permettre la reconnaissance du droit de propriété. Ce mécanisme se concevait à défaut d'avoir un système étatique assurant une pérennisation de la propriété. « *L'apparition et le développement des sociétés, l'éclosion au sein de ces dernières d'un ordre social prescripteur de normes impératives (la loi) pour les membres qui les comprennent, ont permis le détachement de la propriété et de la possession* »<sup>730</sup>, bouleversant le système précédent. En effet, le droit de propriété s'établissait par la caractérisation de possessions prolongées, dans le temps et reconnues par la loi. La différence avec le précédent système résidait dans la durée de la propriété. En effet, dans le système ancien, la propriété était nécessairement temporaire en ce qu'elle durait le temps de la possession, tandis que dans le système organisé, la propriété devint pérenne par l'effet de la

---

<sup>728</sup> F. ZENATI -CASTAING et TH. REVET, *op. cit.*, n° 450.

<sup>729</sup> F. DANOS, thèse préc., n° 266 et s. : M. Danos rappelle dans ses travaux que la propriété a été pensée comme étant la validation par l'ordre juridique d'un fait de possession. En effet, la « *propriété s'est construite sur ce fait de possession afin de garantir son maintien et son renouvellement ultérieur. La propriété est ontologiquement une possession, une possession qui a reçu après coup une légitimation sociale. La propriété originaire a résulté d'une possession antérieure dans laquelle elle était initialement et pleinement confondue* ».

<sup>730</sup> F. DANOS, thèse préc., n° 267.

loi et l'opposabilité qui résultait des possessions successives sur la chose. Le professeur Frédéric Danos apporte une définition pertinente de la possession réelle en la considérant comme « *le fait pris en considération par la loi de nature à déclencher son application quant à l'attribution de la propriété* »<sup>731</sup>. Ainsi, le droit de propriété existe par l'effet de la possession réelle. Par la loi, la situation de fait est ratifiée dans un souci, notamment, de préservation de la paix sociale et de stabilité du commerce juridique. *De lege lata*, la résurgence de ce lien entre possession et propriété originaire se manifeste dans les fonctions probatoire et acquisitive de la possession – dite civile –. La possession civile est effectivement une situation de fait qui permet de prouver le droit de propriété mais également de l'acquérir sous réserve de respecter certaines conditions. « *Cette possession à titre de propriétaire a un contenu juridique, ce qui explique qu'elle ait été qualifiée en droit romain de possession civile* »<sup>732</sup>. Pour que l'usucapion puisse opérer, il faut qu'en plus du *corpus* possessoire soit déterminé l'*animus domini* de celui qui détient la chose<sup>733</sup>. L'acception de l'*animus domini* fit l'objet de controverse entre la doctrine subjectiviste et objectiviste. La doctrine objectiviste, portée par Jhering<sup>734</sup>, ne reconnaît pas le caractère fondamental et autonome de l'*animus*<sup>735</sup>. Nous considérons aujourd'hui l'*animus domini* comme étant la condition complémentaire au *corpus* pour la mise en œuvre de la prescription acquisitive : en effet, le droit de propriété ne saurait se prescrire à défaut de volonté du détenteur de devenir propriétaire du bien. La propriété doit se mériter<sup>736</sup> : pour avoir, il faut d'abord vouloir !

---

<sup>731</sup> F. DANOS, thèse préc., n° 270.

<sup>732</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 443.

<sup>733</sup> DE SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, 1803, trad. 1860 et 1870 : La notion de possession fut conceptualisée notamment par l'école volontariste allemande portée par Savigny. L'auteur considère que la possession est le résultat de la réunion de deux éléments, le *corpus* et l'*animus*. Il estime que l'*animus* est plus important que le *corpus*. A défaut d'*animus*, le possesseur n'est qu'un simple détenteur. Il considère ainsi la protection possessoire accordée à des non-propriétaires par le concept de possession dérivée. En effet, selon Savigny, s'agissant d'un droit, la possession peut être transférée. L'école de Savigny fut par la suite plus rigoureuse sur la conception de la possession en ce que la chose devait être entièrement soumise à la volonté, tandis que le *corpus* était considéré comme étant une simple matérialisation de l'*animus*.

<sup>734</sup> JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, t. 2, *Fondements des interdits possessoires, critique de la théorie de Savigny*, trad. De Meulenaere, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Marescq, 1882 : Jhering rejette l'influence fondamentale conférée à l'*animus* en le définissant comme la seule volonté de posséder et complémentaire au *corpus*. Dans la pensée de l'auteur, il n'y a pas de suprématie de la volonté sur le *corpus*.

<sup>735</sup> Sur l'influence de la pensée d'Jhering, v notamment : R. SALEILLES, « Etude sur les éléments constitutifs de la possession », *rev. bourguignonne, ens. sup.*, 1893, III, 697 ; TROPLONG, « La théorie possessoire du Code civil allemand », *rev. crit.*, 1903, 592 ; CORLAY, *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, 1978.

<sup>736</sup> Selon une acception stricte et une appréciation subjective de la possession, l'*animus* permettrait aussi de faire la distinction entre un possesseur et un simple détenteur ; le détenteur étant celui qui ne voudrait pas de la propriété du bien, de sorte que pèse sur lui une obligation de restitution du bien. Le plus souvent, le détenteur sera en possession de la chose en vertu d'un titre juridique.



253. **La fonction de publicité de la possession juridique** – Posséder une chose a pour effet de faire apparaître à la vue de tous, par la situation de fait qui en résulte, le droit acquis, qu'il s'agisse d'un droit de propriété ou d'un droit réel<sup>737</sup>. Rendre apparent l'acquisition du droit permet d'imposer son respect par les tiers, en le rendant opposable. En effet, la possession a cette particularité de rendre publique le droit par l'état de fait qui en résulte. Elle est le moyen le plus efficace pour assurer le respect du droit. L'information à l'égard des tiers est permise grâce à la publicité, laquelle est une conséquence de la possession. La notion de possession juridique n'est pas nouvelle. L'origine de la possession juridique revient à Jhering<sup>738</sup>. En effet, par l'analyse du droit romain, l'auteur fit ressortir l'idée d'une possession juridique. Il considérait que la possession constituait la condition fondamentale pour réaliser l'effet acquisitif du droit grâce à la manifestation extérieure de la situation, du pouvoir de jouissance sur la chose, à l'égard des tiers<sup>739</sup>. La possession juridique se comprend selon une approche fonctionnelle puisque son rôle est de réaliser une publicité par l'effet d'une « *opposabilité substantielle* »<sup>740</sup>. Elle constitue le mode primaire de publicité des droits. La publicité absolue de l'acquisition du droit s'opère par une possession matérielle qui impose le respect de la situation de fait à tous. Or, l'extériorité peut aussi s'opérer de manière intellectuelle<sup>741</sup>, sans une mainmise matérielle sur le bien, par l'organisation d'un système légal de publicité. Sans aboutir à une conceptualisation de la notion de possession juridique, Jhering est pourtant celui qui a posé les fondations d'une telle acception en détachant l'effet de publicité du pouvoir matériel sur la chose<sup>742</sup>. Tel que le note M. Danos, « *la possession ne s'entend plus (uniquement) d'une action effective de jouissance sur la chose, de la détention ou de l'appréhension matérielle de cette chose, ou d'un pouvoir physique exercé sur elle, mais de manière plus large comme l'extériorité ou la manifestation ostensible de la propriété, c'est-à-dire sa publicité* ». <sup>743</sup>.

---

<sup>737</sup> F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *op. cit.*, *ibid.*

<sup>738</sup> JHERING, *op. cit.*, 1882

<sup>739</sup> JHERING, *Possession, théorie simplifiée de la possession mise à la portée de tout le monde*, p. 268 et s.

<sup>740</sup> L'opposabilité substantielle vise le fait de porter à la connaissance des tiers l'existence du droit de sorte que ces derniers ont le devoir de s'abstenir d'y porter atteinte. Partant, la connaissance par les tiers constitue la condition de l'opposabilité. La possession juridique comprend alors ce rôle informatif de sorte qu'elle est bien la cause de l'opposabilité substantielle. V. J. DUCLOS, *L'opposabilité*, thèse préc., n° 6 ; F. DANOS, thèse préc., n° 181 et s.

<sup>741</sup> JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, tome 2, *Fondements des interdits possessoires, critique de la théorie de Savigny*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>742</sup> JHERING, *loc. cit.* ; *Possession, théorie simplifiée de la possession mise à la portée de tout le monde*, *op. cit.*, p.230 et s. ; *Fondements des interdits possessoires*, *op. cit.*, p. 143 et s.

<sup>743</sup> F. DANOS, thèse préc., n° 288 et s., spéc., n° 290.

Les systèmes de publicité des droits – de propriété ou de garantie – impliquent d’inscrire le droit sur un registre spécialement tenu à cet effet, lequel pourra être consulté par les tiers dans un rôle informatif<sup>744</sup>. Grâce à l’information portée aux tiers par ce système de publicité légale, le bénéficiaire est réputé être en possession, juridique, de la chose.

**254. Influence de la nature corporelle ou incorporelle du bien sur la possession juridique** – Nous pouvons observer que selon la nature corporelle ou incorporelle du bien, la réalisation de la possession en est nécessairement différente. Lorsque le bien est corporel, la possession juridique est soit matérielle – se confondant *de facto* avec la possession réelle<sup>745</sup> – soit intellectuelle par l’accomplissement d’une formalité de publicité. Cette option ne se conçoit qu’en matière mobilière car en effet lorsque le bien est immeuble<sup>746</sup>, la formalité de publicité revêt un caractère obligatoire, par un souci de sécurité juridique, y compris lorsque le bien est entre les mains du titulaire du droit afin d’assurer la sécurité juridique des transactions. Les droits réels grevant un immeuble se doivent d’être transcrits sur le registre de la publicité foncière<sup>747</sup>. *A contrario*, en raison de l’incorporalité du bien, la possession juridique matérielle ne saurait se concevoir faute de *corpus* sur lequel exercer une emprise physique. La *possessio juris*, découverte par les romanistes, est la preuve de l’existence d’une possession purement intellectuelle. Posséder un bien incorporel se réalise par une abstraction de l’acte matériel de possession. En effet, elle se caractérise par l’exercice d’un pouvoir de jouissance sur le bien incorporel grâce à l’accomplissement d’actes juridiques réalisant

---

<sup>744</sup> Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 823 : la publicité est notamment définie comme étant « le caractère de ce qui est destiné à être connu du public et mis à sa disposition sous forme de moyen d’information. Ex : organisation d’un système de publicité ». Plus particulièrement, la publicité foncière s’analyse comme « l’ensemble des règles destinées à faire connaître aux tiers intéressés la situation juridique des immeubles par le moyen d’un fichier immobilier et la publicité des privilèges, des hypothèques et des autres droits portant sur ces immeubles ».

<sup>745</sup> En effet, la possession réelle permet de réaliser l’opposabilité du droit acquis à l’égard des tiers grâce à la situation de fait, qui est par définition, opposable *erga omnes*. Par exemple, en matière de meubles corporels, l’article 2276 du Code civil symbolise la fusion entre la possession réelle et la possession juridique, en ce qu’il permet au possesseur, ayant la mainmise matérielle sur la chose, d’opposer la réalité de son droit aux tiers.

<sup>746</sup> Des biens meubles spécifiques sont aussi soumis à l’obligation de publier l’acquisition de droits réels sur des registres prévus à cet effet : les meubles immatriculés. L. AYNÈS, PH. MALAURIE, *op. cit.*, n°574 : « Certains meubles sont soustraits à l’article 2276 al.1, pour des raisons techniques : les meubles immatriculés (navires, bateaux de rivières, aéronefs), dont le transfert de propriété résulte exclusivement d’une inscription sur le registre de l’immatriculation ; la possession ne joue, à leur égard, aucun rôle. Ce régime exceptionnel n’est pas attaché à toute immatriculation ; il ne peut résulter que d’un texte spécial ».

<sup>747</sup> L. AYNÈS, PH. MALAURIE, *op. cit.*, n° 118 : « L’immeuble occupe une situation géodésique qui permet son individualisation ; il peut être désigné par son emplacement sur des fiches, autrefois des registres. Il est la base de la publicité foncière (D. 4 janv. 1955) ».

l'opposabilité du droit acquis<sup>748</sup>. Finalement, le rôle fondamental de la possession matérielle ou juridique est l'opposabilité. Nous verrons qu'aux côtés de la possession juridique purement intellectuelle d'un bien incorporel existe une possession réelle immatérielle<sup>749</sup>

## B. Évolution du rôle de la possession en droit des sûretés réelles

**255. Généralisation de la faculté de constituer des sûretés sans dépossession –** Avant la réforme du droit des sûretés réelles du 23 mars 2006, le principe était en matière mobilière<sup>750</sup> de déposséder le constituant de son bien pour le placer entre les mains du créancier<sup>751</sup>, que le gage fut civil ou commercial<sup>752</sup>. L'ancienne exigence de dépossession emportait des désagréments tant pour le constituant que le créancier entre, notamment, les coûts d'entretien et la privation des utilités de la chose. La dépossession du bien grevé de sûreté mobilière se justifiait par le caractère mobile, volatile des biens meubles. L'efficacité économique du droit français des sûretés réelles n'en sortait pas grandie<sup>753</sup>. En effet, exiger la dépossession était un frein à la liberté contractuelle des parties sans mentionner les contraintes sus énoncées. Avec l'accroissement de la valeur des biens meubles, il devenait difficilement justifiable de maintenir une telle obligation. Ainsi, la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 a opéré un changement de paradigme en généralisant la validité des sûretés réelles sans dépossession. A présent, le principe est la liberté de choix du constituant entre deux modes de sûretés mais présentant l'extrême avantage d'offrir un mécanisme adapté à la situation des parties et d'être moins liberticide de leur volonté.

**256. Plan –** Les fonctions de la possession en droit des sûretés réelles a connu une évolution depuis l'adoption de l'ordonnance du 23 mars 2006, glissant d'un rôle de protection du constituant (a) à une fonction de publicité de la sûreté (b).

---

<sup>748</sup> A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse préc.

<sup>749</sup> V. *infra*, n° 302 et s.

<sup>750</sup> Ce principe ne régissait que les sûretés mobilières car en matière immobilière, la sûreté reine, l'hypothèque, se réalisait sans dépossession du bien mais se trouvait contrebalancée par un formalisme strict et le respect des règles de la publicité foncière.

<sup>751</sup> L'exigence de dépossession du bien entraînait la qualification du gage en contrat réel.

<sup>752</sup> PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n° 580 : « *La dépossession est donc de l'essence du gage de sorte que les volontés individuelles ne sauraient valablement s'accorder sur la constitution d'un gage sans dépossession du débiteur : « pas de gage sans dépossession sans texte » pourrait-on dire* », avant d'exposer les arguments permettant de se départir de l'exigence.

<sup>753</sup> PH. DUPICHOT, *L'efficacité économique du droit des sûretés réelles*, art. préc.

## 1. Abandon du rôle de protection du constituant

257. **Une ancienne exigence de dépossession** – Avant la réforme des sûretés, le principe était l'exigence de dépossession des biens grevés de sûretés mobilières<sup>754</sup>. Le gage devait donc recevoir la qualification de contrat réel<sup>755</sup> en ce que sa formation était subordonnée à la dépossession du bien tel que le prévoyait l'ancien article 2076 du Code civil. Plus qu'une condition d'opposabilité de la sûreté, la dépossession du bien portait une condition de formation du contrat. Traditionnellement, l'ancienne exigence de dépossession en matière de sûreté mobilière se justifiait au regard de quatre arguments principaux<sup>756</sup>.

258. **La lutte contre le risque de détournement du bien** – Selon une approche fonctionnelle, la dépossession avait pour effet de préserver le créancier contre un risque de détournement du bien grevé. Le risque était en effet que le débiteur dispose du bien gardé entre ses mains<sup>757</sup>. Or la revente successive de la chose grevée entraînait avec elle une autre menace considérable, celle de se voir opposer les dispositions de l'article 2276 du Code civil par un sous-acquéreur, considéré comme le possesseur du bien, sauf à démontrer sa mauvaise foi ce qui s'avérait incontestablement être une *probatio diabolica*. Partant, l'exigence de dépossession permettait au créancier d'éviter de voir disparaître l'assiette de sa sûreté.

259. **Une fonction de publicité** – Le fait de déposséder le débiteur de son bien permettait aussi d'assurer, d'une part l'opposabilité de l'existence de la sûreté réelle<sup>758</sup>, et d'autre part de mettre en exergue l'insolvabilité corrélative du débiteur. Néanmoins,

---

<sup>754</sup> En effet, la technique hypothécaire faisait alors figure d'exception face aux autres sûretés réelles qui étaient alors avec dépossession du bien grevé.

<sup>755</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 1898, DP n°00.1.481, n. Ch. Lyon-Caen : « *En droit, le contrat de gage étant un contrat réel, il est de l'essence même de ce contrat que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu ; l'accomplissement de cette condition est nécessaire entre les parties elles-mêmes pour que le créancier puisse se prévaloir des effets du contrat à l'encontre du débiteur* ».

<sup>756</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 568 et s. : dans ses travaux, l'auteur soulève l'absence de caractère grave des sûretés réelles de sorte que le formalisme de protection se devait d'être renversé. Il plaida ainsi pour un principe de validité des sûretés sans dépossession.

<sup>757</sup> Le droit pénal réprime le détournement du bien gagé. V. C. Pén., art. 314-4 : « *Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. La tentative de l'infraction prévue au présent article est punie des mêmes peines* ». Adde, H. MATSOPOULO, « Les spécificités du délit de détournement de gage », in mélanges Y. Mayaud, Dalloz 2017, p. 429.

<sup>758</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 596 : « *Dans le cadre du formalisme d'opposabilité, une publicité est requise pour l'opposabilité voire, dans de rares cas, pour la validité même de la sûreté. Une sûreté réelle inopposable aux tiers manquant son objectif essentiel, ce formalisme conditionne en pratique l'efficacité donc la sécurité juridique de l'acte passé* ».

conditionner l'opposabilité de la sûreté à la seule dépossession constituait une disposition antiéconomique.

**260. Un rôle de spécification de l'assiette** – La dépossession du constituant jouait en outre le rôle de spécification de l'assiette de la sûreté. En effet, la dépossession des biens grevés rendait visible la situation juridique à l'égard des tiers. Il ne pouvait y avoir de confusion sur l'assiette de la garantie réelle. Par l'application du principe de spécialité – qui gouverne le droit des sûretés réelles, malgré une certaine atténuation –, l'assiette de la sûreté doit être précisément déterminée ainsi que la créance qu'elle vient garantir<sup>759</sup>. Le principe de spécialité fait ainsi obstacle à la constitution de sûretés générales, flottantes<sup>760</sup>. Par l'effet de la dépossession du constituant, l'exigence de spécification de l'assiette était dès lors satisfaite. Or le formalisme de spécification ne saurait se réduire à la dépossession en ce qu'il peut aussi se réaliser par une publicité ou l'accomplissement d'un écrit. « *Le plus souvent direct, le formalisme y répond surtout à des objectifs d'ordre technique visant à une juste détermination de la portée du gage : l'écrit y est simplement l'outil indispensable de spécification de la nature et de la quantité des biens nantis, l'apposition d'une date certaine déterminant sa date de naissance et, le cas échéant, son rang* »<sup>761</sup>.

**261. Une fonction de protection du constituant** – Antérieurement à l'ordonnance du 23 mars 2006, le législateur imposait une obligation de dépossession du constituant en raison d'une impérieuse nécessité : la protection du débiteur. Le fait de déposséder le débiteur de son bien a pour effet d'attirer son attention sur la gravité de l'acte en prenant pleinement conscience de l'éventuel dessaisissement définitif du bien en cas de défaillance. L'exigence de remise de la chose constituait un formalisme de protection du constituant. Par le transfert de la possession du bien, le constituant était réputé prendre la mesure de son acte en ce qu'il réalisait qu'en cas de défaillance, il serait *in fine* dépossédé de son bien.

---

<sup>759</sup> Sur le principe de spécialité, v. *infra*, n° 373.

<sup>760</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 324 : « (...), il n'est pas impossible de lege feranda d'imaginer une sûreté conventionnelle générale. Les droits étrangers en offrent deux exemples : la « floating charge » du droit anglais, et l'hypothèque ouverte dans le Code civil du Québec (...) ». Or en droit français, une telle sûreté n'a pas été admise même si le principe de spécialité s'est assoupli avec la faculté de grever des choses futures et les sûretés rechargeables. Néanmoins, le pas n'a pas été franchi de s'affranchir entièrement du principe de spécialité.

<sup>761</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 595.

262. **La réforme du 23 mars 2006 : la fin du formalisme de protection** – La protection du constituant, par l'exigence d'une dépossession à titre de validité de la sûreté, ne se justifie pas en l'absence de risque de surendettement inhérent à la sûreté. Nous avons pu le déterminer : la sûreté réelle n'est pas un acte grave en ce qu'elle n'est pas la source du risque de surendettement pesant sur le constituant. Partant, elle ne nécessite pas d'imposer des mesures aussi strictes que la dépossession du bien pour faire réaliser au constituant le risque de saisie du bien pesant sur lui en cas de défaillance<sup>762</sup>. Les fonctions anciennes de la dépossession avaient essentiellement pour finalité d'assurer un formalisme de protection. Pour reprendre la pertinente distinction opérée par le professeur Philippe Dupichot dans sa thèse, le formalisme de protection se différencie du formalisme de sécurité juridique<sup>763</sup>. Le formalisme de sécurité juridique<sup>764</sup> a pour objet de préserver les fonctions de circulation des valeurs – *formalisme cambiaire* -, de publication – *l'opposabilité* -, de certification – *la date* – et de spécification de l'objet du contrat – *in fine* de la sûreté - ; tandis que le formalisme de protection vise la préservation du consentement du constituant de la sûreté afin de l'aviser de la gravité de la sûreté qu'il a consenti<sup>765</sup>. Par la réforme du droit des sûretés, le formalisme de protection a été abandonné au profit d'un formalisme de sécurité juridique. La sûreté réelle n'étant pas un acte grave, la cause du formalisme de protection se trouvait donc dénuée d'objet. Néanmoins, il reste que l'opposabilité de la sûreté réelle demeure une exigence fondamentale afin d'assurer son efficacité. C'est ainsi que le rôle de la dépossession a glissé d'un formalisme de protection vers un formalisme de sécurité juridique.

## 2. Cantonnement du rôle de la possession à l'opposabilité

263. **La fin de l'exigence *ad validitatem* de la dépossession** – L'ordonnance du 23 mars 2006 a opéré une réelle innovation par l'abandon de l'exigence *ad validitatem* de dépossession du constituant en généralisant la faculté pour le débiteur de conserver le bien grevé. Lors de l'élaboration des textes, les membres de la Commission Grimaldi soulevèrent que la protection du constituant ne pouvait justifier une exigence si contraignante. Dévêtue de

---

<sup>762</sup> Nous avons pu comprendre que la sûreté réelle n'emporte aucun risque supplémentaire de surendettement puisqu'elle ne constitue pas la voie d'accès à la valeur des biens. Il s'agit bien de la créance garantie qui constitue la source du danger en ce qu'elle emporte avec elle le droit de gage général au profit du créancier. *A contrario*, les sûretés pour autrui emportent irréductiblement un risque de surendettement pour le garant en ce qu'elles octroient au bénéfice du créancier un droit d'agir sur le patrimoine du garant pour autrui.

<sup>763</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 564.

<sup>764</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

<sup>765</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

son rôle de protection, la possession fut affectée à une unique mission : assurer l'opposabilité de la sûreté par une possession juridique.

**264. Opposabilité et formalisme de sécurité juridique** – La sécurité juridique implique d'assurer l'opposabilité du contrat aux tiers. En principe, l'opposabilité est conférée de plein droit<sup>766</sup>. Elle constitue la condition *sine qua non* de l'existence du droit subjectif<sup>767</sup>. M. Jean Dabin énonçait ainsi qu'il n'y a « *pas de droit subjectif sans l'obligation correspondante au respect de ce même droit* »<sup>768</sup>. Le respect du droit subjectif, conditionnant son existence, se réalise par le mécanisme de l'opposabilité. Plus particulièrement, l'on sait que l'existence d'un droit réel se mesure à son opposabilité<sup>769</sup>. L'opposabilité est définie par M. José Duclos comme étant « *la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* »<sup>770</sup>. L'intérêt de rendre opposable un acte juridique est, comme le soulignait M. Dabin, de le faire respecter par les tiers afin qu'il puisse déployer son plein effet. L'opposabilité de l'acte est reconnue dès lors que le tiers a pu avoir connaissance de son existence, marquant une corrélation entre la connaissance et l'opposabilité. Dès lors que le tiers a eu connaissance, peu importe le moyen d'information, le droit lui est opposable. Or nous avons vu que l'opposabilité substantielle du droit acquis va naître de la possession juridique<sup>771</sup>, qu'elle soit réelle ou purement juridique par l'inscription de la sûreté.

**265. Opposabilité des sûretés réelles depuis la réforme du 23 mars 2006** – Les sûretés réelles ne font pas exception à l'exigence d'opposabilité des actes juridiques. Leur efficacité dépend principalement de leur opposabilité, particulièrement en matière mobilière

---

<sup>766</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc., n° 331 : « *A raison de la multiplication des formalités de publicité conditionnant l'opposabilité des droits aux tiers, on pourrait avoir tendance à raisonner de la manière suivante : tel droit est opposable si telle condition est remplie ; à défaut, il ne l'est point. Bien que cela soit souvent vrai, une telle façon de raisonner nous paraît cependant mal présenter le problème de l'opposabilité des droits. En effet, tout droit, quel qu'il soit, est par principe, opposable aux tiers. C'est la condition d'altérité dérogée par DABIN : l'opposabilité fait partie de la définition de la notion de droit subjectif* » ; citant ainsi J. DABIN, « Le droit subjectif », Dalloz 1952, p. 95.

<sup>767</sup> Association Henri Capitant, dir. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit. : « *Prérogative individuelle qui existe sur la tête d'une personne, titulaire du droit, par opposition à droit objectif* »

<sup>768</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 95.

<sup>769</sup> J. DABIN, *ibid.*

<sup>770</sup> J. DUCLOS, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale* -, LGDJ, 1984, n° 2-1.

<sup>771</sup> V. *supra*, n° 250 et s.

en raison d'une circulation des biens facilitée<sup>772</sup>. Afin de porter à la connaissance des tiers l'existence de la sûreté, le législateur a promu un formalisme de publicité pouvant se réaliser soit par la dépossession, soit par l'inscription.

**266. Réalisation de l'opposabilité par la dépossession** – L'exigence de dépossession a été érigée en condition d'opposabilité. Attribuer cette fonction à la dépossession n'est pas une nouveauté, M. Georges Khairallah explique très justement que la dépossession est « *la publicité la plus ancienne et la plus efficace* »<sup>773</sup>. En effet, la possession – juridique – a pour effet de rendre visible la situation de fait de sorte que la connaissance des tiers de l'acquisition du droit est assurée. A titre d'illustration, la dépossession par entiercement<sup>774</sup> du constituant participe de cette idée. Elle ne peut être caractérisée que dans l'hypothèse où le constituant ne dispose plus de pouvoir ou n'effectue plus d'actes matériels de possession sur le bien d'un regard extérieur, i.e. en présence d'une garde effective<sup>775</sup>. A défaut, la dépossession ne saurait être qualifiée faute de manifestation extérieure de celle-ci.

**267. Réalisation de l'opposabilité par la publicité** – Par l'abandon de l'exigence de dépossession à titre de validité de la sûreté, une option s'ouvre alors aux parties entre l'accomplissement d'un formalisme de sécurité juridique soit par la dépossession soit par voie

---

<sup>772</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 95 : la particularité des biens meubles résulte de leur critère physique, à savoir de leur caractère mobile. Par conséquent, les meubles font l'objet d'une circulation bien plus fluide que celle des immeubles. Les auteurs soulignent ainsi que les « *meubles sont fondamentalement des corps (art. 528 C.civ.). La loi les définit par la propriété qu'ils ont de se déplacer ou de pouvoir être transportés d'un lieu à un autre. Cette définition englobe autant les objets inanimés que les animaux, aujourd'hui expressément visés au texte, aux côtés des corps inanimés, afin de souligner implicitement leur qualité d'être sensibles. La possibilité d'un déplacement est essentielle au commerce des biens, l'activité commerciale supposant l'acheminement d'une marchandise d'un endroit où elle est courante à un lieu où elle est rare* ».

<sup>773</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en DIP*, *Economica*, 1984, n° 220 : l'auteur a considéré néanmoins, qu'en matière mobilière, la dépossession nécessitait le jeu de l'article 2276 du Code civil afin d'assurer sa pleine efficacité pour rendre opposable le droit.

<sup>774</sup> C.civ., art. 2337 ; L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 508 : sur la validité de l'entiercement, « *il suffit que les meubles donnés en gage soient placés sous la garde du tiers mandataire du créancier, par exemple dans un entrepôt dont il a la jouissance, peu important que cet entrepôt appartienne au constituant, ce qui évite d'avoir à déplacer les meubles ; le tiers détenteur peut même exercer la possession par l'intermédiaire d'un mandataire, lequel peut être un salarié du constituant placé sous son autorité pour les questions relatives aux meubles gagés. La dépossession, dématérialisée, est alors purement juridique (elle se réduit à la collation d'un pouvoir sur le meuble donné en gage) mais cette dématérialisation ne doit, toutefois, pas être telle qu'elle rende la possession du tiers équivoque* » ; adde, M. CABRILLAC, CH. MOULY, *op. cit.*, n° 671.

<sup>775</sup> Cass. com., 26 sept. 2006, n° 05-12.177 ; Cass. com., 12 janv. 2010, *Dr. et patr.* Sept. 2010, p. 94, obs. PH. DUPICHOT ; *RDC* 2010, 1336, obs. A. AYNÈS ; *D.* 2011, 410, obs. P. CROCQ ; Cass. com., 23 sept. 2014, n° 12-26.203, *JCP G* 2015, 604, n° 17, obs. PH. DELEBECQUE ; Cass. com. 8 avril 2015, n° 14-13.787, *RTD civ.* 2015, p. 665, obs. P. CROCQ.



d'inscription de la sûreté sur un registre spécial. Tel qu'en matière hypothécaire<sup>776</sup>, la réalisation de cette formalité de publicité par voie d'inscription a pour effet de réputer le créancier en possession du bien. Par exemple, la publicité foncière<sup>777</sup> consiste effectivement en un système qui permet de considérer le droit inscrit et publié comme étant connu de tous, ce qui assure son opposabilité. Il est dit de la publicité foncière qu'elle représente le mode de publicité légale le plus abouti<sup>778</sup>. La connaissance des tiers est assurée par l'inscription dans un registre spécialement pourvu à cet effet<sup>779</sup>. Ainsi en matière mobilière, l'ayant-cause à titre particulier ne peut se prévaloir de l'article 2276 du Code civil, étant présumé avoir eu connaissance de l'existence de la sûreté sur le bien convoité, dans l'hypothèse où le gage a bien été publié dans un registre spécial. Partant, l'article 2337 du Code civil prévoit que « *le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet. Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant peuvent se prévaloir de l'acte* »<sup>780</sup>. Il s'agit d'un registre spécial tenu aux greffes des tribunaux de commerce, même pour les non commerçants. L'inscription est relayée sur un fichier national accessible gratuitement par internet. Cette centralisation est une des clés du succès du gage sans dépossession, en assurant un rôle informatif, tel que le soulignent Messieurs Laurent Aynès et Pierre Crocq<sup>781</sup>. L'accès à l'information favorise l'efficacité de la publicité à l'égard des tiers. L'avant-projet de réforme de droit des sûretés prévoit en ce sens de renforcer le système de publication des sûretés sans dépossession par une centralisation des registres<sup>782</sup>.

---

<sup>776</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 641 : « *L'opposabilité est une conséquence commune à la publication d'un droit réel principal et à l'inscription d'un droit réel accessoire. La publicité foncière est un système total* ».

<sup>777</sup> Sur l'histoire de l'introduction de la publicité foncière en droit français, v. L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 631.

<sup>778</sup> Malgré la dénomination de publicité foncière, fruit de son histoire, ce système de publicité ne concerne pas uniquement les droits réels accessoires tels que les privilèges ou les hypothèques portant sur des immeubles, mais aussi les droits réels principaux. Cela permet d'assurer une information complète sur la situation du bien, donc une sécurité et prévisibilité juridique. V. L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 632 : « *Mais la publicité foncière, pour des raisons techniques : la stabilité de l'immeuble, identifiable au moyen du cadastre, et historiques : le rôle des notaires et des services de publicité foncière – est sans doute la plus efficace et la plus achevée de toutes les publicités* ».

<sup>779</sup> Il faut que le registre soit conçu et organisé pour transmettre l'information aux tiers de l'existence de sûretés venant grever le bien. Nous verrons que certains registres ne réalisent pas cette fonction informative, de sorte que l'opposabilité du droit acquis ne saurait être assurée à travers eux.

<sup>780</sup> Les modalités sont définies selon le décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006.

<sup>781</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 509.

<sup>782</sup> L'avant-projet de réforme de droit des sûretés a pour objectif de centraliser l'inscription d'un certain nombre de sûretés mobilières sans dépossession au registre de publicité du gage sans dépossession, tenu au greffe du tribunal de commerce, afin d'améliorer la lisibilité des sûretés inscrites sur les biens meubles. Les

268. **Dépossession et publicité, sur un pied d'égalité...en apparence – A priori,** l'accomplissement du formalisme par voie d'inscription ou par la dépossession du constituant emporte les mêmes effets et selon une même intensité. Le législateur a placé sur un pied d'égalité la dépossession et l'inscription de la sûreté sur un registre spécial en vue d'assurer l'opposabilité de la sûreté aux tiers, mais aussi de rassurer les créanciers sur leur efficacité. En effet, tel que l'a pertinemment souligné le professeur Crocq, la formalité de publicité revêt la même force que la dépossession puisque la réforme s'est affairée à résoudre les potentiels conflits entre le créancier et les tiers disposant de droits concurrents sur le même bien<sup>783</sup>. Il est vrai que l'article 2340 du Code civil prévoit que les conflits entre créanciers gagistes successifs sur un même bien se résolvent selon l'ordre d'inscription<sup>784</sup>, tel qu'en matière hypothécaire<sup>785</sup>. La date d'inscription est attributive du rang entre les créanciers détenant une sûreté sur un même bien. En cas de conflit entre un premier créancier gagiste sans dépossession et un créancier gagiste avec dépossession ultérieur, le conflit est, en théorie, réglé au profit du premier créancier gagiste qui a publié, antérieurement, sa sûreté. Néanmoins, il est difficile de faire le rapprochement avec les conflits entre créanciers hypothécaires car par hypothèse ce seront toujours des créanciers sans dépossession. Dans un système où les créanciers sont tous dans la même situation, le règlement des conflits selon la date d'inscription de la sûreté se conçoit aisément. Or dans le cas d'un conflit entre créancier sans dépossession et créancier avec dépossession, une résolution selon le rang est délicate au regard de la situation de fait qui est, dans tous les cas, opposable et ce, même aux créanciers ayant publié antérieurement. La volonté fut d'établir une égalité entre les deux modes de possession – matérielle et purement juridique –, mais nous pourrions bientôt constater que la situation de fait renforce par nature les droits du créancier en possession. Enfin, l'article 2340 alinéa 3 du Code civil affirme que la publication du gage fait obstacle à ce que les ayants

---

sûretés concernées par la centralisation de la publicité sont les suivantes : le warrant agricole, le warrant pétrolier, le gage de stocks, le nantissement de parts de société civile, le nantissement de matériel et d'outillage. V. Avant-projet de réforme du droit des sûretés, assoc. H. Capitant, juin 2017.

<sup>783</sup> P. CROCQ, « Le gage », *Rep. Civ.* Dalloz, sept. 2007, n° 30.

<sup>784</sup> L'abandon de l'exigence de dépossession a eu pour effet de permettre la constitution de sûretés successives sur un même bien, ce qui a provoqué des conflits entre créanciers disposant de sûretés sur le même bien.

<sup>785</sup> En matière hypothécaire, les conflits vont se résoudre en fonction de la date de publication de la sûreté qui sera constitutive du rang des créanciers. La difficulté viendra de la réalisation d'une hypothèque de rang inférieur par une attribution en propriété du bien, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle. Nous pensons que dans ce cas, le créancier attributaire devra subir le classement même en étant en possession du bien. Le droit de suite ne doit pas se trouver paralysé par une attribution en propriété qui n'est pas constitutive d'un moyen d'obtenir une exclusivité.

cause à titre particulier du constituant ne puissent se prévaloir de l'article 2276 du Code civil. L'ambition de la réforme du droit des sûretés fut en effet de conférer à la formalité de publicité la même force que la dépossession du constituant. A l'image de la possession, la publicité paralyse les droits d'un éventuel tiers acquéreur. Aussi, le fait que le conflit entre créanciers gagistes se résolve en fonction de la date de constitution – d'inscription – du gage prouve que les deux modes d'opposabilité de la sûreté ne sont pas privilégiés. Malgré la volonté d'établir un statut équivalent aux deux modes d'opposabilité des sûretés, force est de constater que la situation de fait, résultant du dessaisissement du bien, va nécessairement avoir une incidence sur l'efficacité de la sûreté par rapport aux sûretés sans dépossession, malgré la consécration d'un droit de rétention fictif.

### C. Possession du bien grevé, critère de classification

269. **Une subdivision fondée par le critère de la possession** – L'émergence d'une opposition entre les sûretés exclusives et préférentielles ne saurait s'expliquer par la différence de nature du droit octroyé au créancier entre les sûretés traditionnelles et les propriétés-garanties. Il existe effectivement bien trop de va-et-vient entre l'existence de sûretés traditionnelles accordant l'exclusivité et les cas de paralysie des propriétés-sûretés. Il convient donc de déterminer le fait générateur de l'exclusivité. Il apparaît que derrière l'exclusivité se glisse une possession matérielle du bien. En effet, une dialectique est apparue depuis la réforme du 23 mars 2006 opposant les sûretés avec dépossession et les sûretés sans dépossession et ce même en matière de propriétés-garanties<sup>786</sup>. La situation de fait, opposable *erga omnes*, force le respect de l'efficacité de la sûreté en assurant au créancier le paiement, marquant un retour aux fondamentaux.

270. **Plan** – Ainsi, la possession joue un rôle de classification entre les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives (1), y compris en présence de biens incorporels (2).

---

<sup>786</sup> Sur la *summa divisio* des sûretés réelles fondée sur le caractère de la dépossession, v. N. MARTIAL-BRAZ, « Sûretés avec et sans dépossession, une *summa divisio* désuète ? », *RD Bancaire et financier*, 2014, n°5, doss. 35 : Mme Martial-Braz estime que la distinction des sûretés réelles fondée sur le critère de la possession s'avère insuffisante en ce qu'elle ne permet pas d'expliquer le régime juridique. L'auteur estime qu'il conviendrait de s'orienter vers une sûreté réelle globale. En effet, « si un droit commun des sûretés réelles devait être adopté, il reposerait sur une sûreté unique fondée sur une affectation immatérielle de la valeur des biens en garantie, sûreté unique dont les modalités pourraient être adaptées pour tenir compte de la singularité de l'assiette et de la nature du bien grevé ». En revanche, nous croyons que le critère de la possession permet d'expliquer la ventilation des règles en droit des sûretés réelles.

## 1. Derrière l'exclusivité, la possession du bien grevé par le créancier

271. **La dépossession, critère de catégorisation des sûretés pour soi** – La situation d'exclusivité s'explique à l'aune de la mise en possession effective du créancier dont il va résulter une situation de fait opposable *erga omnes* et un pouvoir de blocage, lequel ne peut pas se retrouver dans le cadre d'une sûreté sans dépossession malgré la consécration du droit de rétention fictif. La possession du bien assure au créancier l'exclusivité en ce qu'il ne sera pas en concours avec les autres créanciers. La mainmise sur le bien empêche, *de facto*, la situation de concours. En effet, la dépossession du bien entraîne avec elle l'octroi d'un droit de rétention effectif, inexpugnable. Le droit de rétention a pour particularité de produire sur le débiteur un effet comminatoire. La règle est infaillible : pour récupérer le bien, la créance doit être honorée.

272. **Plan** – La dépossession du bien emportant avec elle une situation de fait opposable *erga omnes* influe nécessairement, qu'il s'agisse d'une sûreté traditionnelle (a) ou d'une propriété-sûreté (b).

### a. *Sort des sûretés réelles traditionnelles selon la possession*

273. **Une destinée distincte selon la possession du bien** – La possession du bien en droit des sûretés réelles aura une incidence fondamentale sur leur force. Détenir entre ses mains le bien est le mode le plus efficace d'opposabilité du droit, donc de son efficacité en imposant son respect dans les rapports *inter partes* mais aussi à l'égard des tiers. Nous verrons par l'étude des sûretés avec ou sans dépossession que la différence originelle demeure, ce qui doit emporter une discussion sur l'opportunité de maintenir la coexistence d'un droit de rétention matériel efficace et d'un droit de rétention fictif qui, par définition, ne protège pas davantage le créancier.

274. **Plan** – L'efficacité de la sûreté est très certainement redevable de l'existence d'une dépossession du bien. En effet, le bras armé des sûretés réelles traditionnelles étant le droit de rétention (i), sa force est totale en cas de dépossession du bien grevé (ii) tandis qu'elle ne peut être que partielle en l'absence de dépossession du bien grevé (iii).

#### i. Principe : octroi d'un droit de rétention

**275. Le droit de rétention, un pouvoir de blocage redoutable** – Le droit de rétention est le droit pour le créancier de refuser la restitution d'un bien jusqu'au complet paiement de la créance. L'existence du droit de rétention est profondément attachée à la situation de fait. Il ne se réalise que par une mainmise du créancier – ou d'un tiers dans le cas de l'entiercement – sur le bien. Ce n'est que parce que le créancier est en possession du bien que le pouvoir de blocage existe<sup>787</sup>. L'indivisibilité du droit de rétention participe de sa force. Il est source de nombreux débats quant à sa nature juridique et ses fondements. Sur ce point, la Cour de cassation estime que le droit de rétention n'est pas une sûreté<sup>788</sup>, alors qu'il apparaît de nos jours comme étant la reine des garanties en raison de l'efficacité inatteignable procurée.

La pression exercée sur le constituant par l'opposition de ce droit de rétention explique sa redoutable efficacité et ce, même dans le cas d'une procédure collective. Pour récupérer la possession du bien, le constituant devra satisfaire le créancier. Dans ses rapports *inter partes*, l'efficacité du droit de rétention s'explique par le pouvoir de blocage, tandis que dans ses rapports avec les tiers, l'opposabilité *erga omnes* résultant de la situation de fait renforce sa puissance<sup>789</sup>. Néanmoins, la question s'est posée de savoir si la simple détention du bien pouvait constituer la seule et unique condition pour l'octroi d'un droit de rétention. Une doctrine minoritaire a pu soutenir que le droit de rétention procédait uniquement de la détention<sup>790</sup>. D'autres ont souligné le caractère fondamental de la détention du bien<sup>791</sup>. Selon eux, la détention fonde l'exercice du droit de rétention mais le rôle qui lui est attribué varie. Selon M. Derrida, dans sa thèse de doctorat<sup>792</sup>, la possession n'est pas seulement l'occasion

---

<sup>787</sup> C'est ainsi que le droit de rétention cesse lorsque le pouvoir de blocage prend fin de manière volontaire. V. sur ce point L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 444 ; J. MESTRE, M. BILLIAU, E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 82.

<sup>788</sup> Cass. com., 20 mai 1997, *Guérin*, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *RTD civ.*, 97.707, obs. P. CROCQ : « le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage ».

<sup>789</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 janv. 1992, *Bull. civ. I*, n° 4.

<sup>790</sup> J. BONNECASE, supplément au « *Traité théorique et pratique du droit civil de G. Baudry-Lacantinerie* », Tome V, Sirey, 1906, n° 293 : « Le droit de rétention intervient chaque fois qu'un créancier se trouve pourvu de la maîtrise matérielle sur une chose appartenant à son débiteur ».

<sup>791</sup> M. CABRILLAC, CH. MOULY, *op. cit.*, p. 469 : les auteurs qualifient la détention du bien comme étant la condition fondamentale du droit de rétention « *puisque'il se réduit à la faculté de prolonger la mainmise physique sur une chose en dépit de la volonté contraire du propriétaire* ». F. ZENATI-CASTAING et TH. REVET, *Les biens*, *op. cit.* ; les auteurs admettent que la possession dénuée d'*animus domini* puisse fonder une garantie de paiement grâce à la chose détenue.

<sup>792</sup> A. DERRIDA, *Recherches sur le fondement du droit de rétention*, Thèse Alger 1940, p. 88.

de conférer le droit de rétention mais en constitue son unique source<sup>793</sup>. Outre le caractère essentiel de la détention dans la naissance du droit de rétention, Messieurs Mestre, Putman et Billiau relevent que le droit de rétention résulte aussi d'une idée d'équité « *qui implique que le créancier puisse s'abstenir d'exécuter son obligation de délivrance envers un débiteur qui, lui-même ne satisfait pas à son obligation* »<sup>794</sup>. Il est vrai que le droit de rétention sonne comme l'exception d'inexécution !

**276. Un pouvoir de blocage encadré** – Le droit de rétention s'apparentant à une forme de justice privée<sup>795</sup>, il était essentiel d'encadrer son exercice<sup>796</sup>. Il n'est effectivement pas souhaitable de permettre la mise en œuvre d'un tel droit sans délimiter ses conditions d'application. Une thèse fut en ce sens consacrée. Son auteur, M. Augustin Aynès, réfute la faculté d'établir un droit de rétention uniquement fondé sur la détention du bien en raison de la confusion que cela emporterait avec l'incrimination d'abus de confiance<sup>797</sup>. La détention du bien reflète davantage le mode d'exercice du droit de rétention que sa condition de validité. En effet, la détention constitue un mode de réalisation, parmi d'autres, octroyant un pouvoir de blocage au créancier. La distinction s'opère alors entre la condition de validité et le mode d'exercice du droit de rétention. L'auteur établit dans ses travaux que le droit de rétention doit

---

<sup>793</sup> A. DERRIDA, *ibid.*

<sup>794</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILIAU, *op. cit.*, n° 49 : « *Il existe entre la sûreté réelle et le droit de rétention un certain degré d'analogie qui ne doit pas tromper sur la véritable nature juridique des prérogatives du rétenteur, car la différence entre celles-ci et celles d'un titulaire de sûreté réelle demeure irréductible. On peut résumer la comparaison entre la sûreté réelle et le droit de rétention en indiquant que, si le droit de rétention, considéré comme l'affectation du bien d'autrui à la garantie d'une créance, présente des similitudes avec une sûreté réelle, le pouvoir du rétenteur constitue malgré tout une prérogative profondément originale, un droit d'expression passive lui permettant d'échapper au concours avec les autres créanciers, ce qui n'est pas le cas des sûretés réelles* ».

<sup>795</sup> Sur le débat quant à la qualification juridique du droit de rétention, v. A. AYNÈS, thèse préc., n° 191 ; L. AYNÈS, P. CROCO et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 453.

<sup>796</sup> En ce sens, v. A. AYNÈS, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, Economica, thèse 2005, n° 26 : réputer valide l'exercice d'un droit de rétention fondé sur la seule détention du bien emporterait irréductiblement des abus de droit en ce qu'une personne pourrait retenir un bien alors même qu'il ne disposerait d'aucune créance. Plus précisément, un droit de rétention exercé sur le seul fondement d'une détention se rapprocherait du délit d'abus de confiance. L'auteur relève effectivement qu'il n'y a guère de différence entre l'abus de confiance et l'exercice d'un droit de rétention uniquement fondé sur la détention du bien. En effet, l'abus de confiance réprime le détenteur précaire qui refuse de restituer le bien à son propriétaire.

<sup>797</sup> A. AYNÈS, thèse préc., n° 26 et 64 : l'auteur réfute que le droit de rétention naisse de la détention en considérant que « *faire de la détention le fondement du droit de rétention, c'est admettre que ce simple pouvoir matériel est générateur d'une garantie particulièrement vigoureuse. La rétention serait ainsi un attribut de la détention. Dans cette conception, la simple emprise matérielle sur un bien deviendrait source d'un droit, de la même façon que la possession, autre pouvoir de fait, est de nature à faire acquérir la propriété à celui qui en est investi* » (...). L'auteur affirme que la détention n'est donc pas le fondement mais une condition nécessaire du droit de rétention. « *En pratique, cette exigence, apparemment inhérente au mécanisme, est particulièrement préjudiciable à l'admission d'un droit de rétention ayant pour objet des biens incorporels* ».

présenter un lien de connexité pour exister<sup>798</sup>, ce qui fut consacré par la réforme du droit des sûretés de 2006. En effet, l'article 2286 du Code civil<sup>799</sup> affirme que le droit de rétention n'est pas fondé sur la détention du bien mais sur un lien de connexité entre la créance et le pouvoir de blocage de la chose<sup>800</sup>.

**277. Existence d'un droit de rétention fictif : réelle avancée ou dévoiement de la notion ?** – Depuis la loi LME du 4 août 2008<sup>801</sup>, est consacré le droit de rétention fictif au profit du gagiste sans dépossession permettant de donner une assise à la dématérialisation du droit des sûretés réelles. Antérieurement à l'adoption de cette loi, une question taraudait la doctrine : pour retenir, faut-il tenir ? En effet, traditionnellement, le droit de rétention se comprend comme lié à un pouvoir de blocage exercé sur une chose par le créancier jusqu'au complet paiement de sa créance : « *pour retenir, il faut tenir* ». Planiol et Ripert jugèrent ainsi que « *c'est un défi au bon sens que de considérer un gage sans dépossession comme conférant au créancier une possession effective avec les avantages juridiques qu'elle entraîne* »<sup>802</sup>. Afin de s'adapter aux exigences économiques contemporaines, le législateur et le juge ont, au fil du temps, conceptualisé la possession fictive d'un bien afin de conférer un droit de rétention<sup>803</sup>. La loi Malingre<sup>804</sup> a octroyé au vendeur à crédit de véhicule automobile

---

<sup>798</sup> A. AYNÈS, thèse préc., n° 175 et s.

<sup>799</sup> Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, C. civ., art. 2286 : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :*

*1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;*  
*2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;*  
*3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;*  
*4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.*  
*Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».*

<sup>800</sup> Trois liens de connexité avec la créance ont ainsi été consacrés par la réforme du droit des sûretés en reprenant la distinction doctrinale du professeur Augustin Aynès. Ainsi, la connexité est dite juridique lorsque la créance et la détention se rattachent à un même rapport juridique sans qu'il ait eu pour objet de conférer le droit de rétention. Dans cette hypothèse, il est une manifestation de l'exception d'inexécution. La connexité juridique reflète l'interdépendance entre deux obligations réciproques, l'une à l'origine de la créance impayée et l'autre imposant la livraison du bien. Le créancier, en refusant la livraison du bien à son cocontractant, suspend l'exécution de sa propre obligation. La connexité matérielle vise quant à elle l'hypothèse où la créance litigieuse naît de la détention de la chose. Enfin, la connexité est conventionnelle lorsque le débiteur a remis le bien au créancier afin de garantir le paiement sans pour autant conclure une convention de gage. La connexité conventionnelle se rapproche du gage mais s'en distingue nettement en ce qu'elle ne confère ni droit de suite, ni droit de préférence.

<sup>801</sup> L. n° 2008-776 du 4 août 2008, C. civ., art. 2286, al.4 : « *4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* ». Il n'y a nul doute sur le fait que la consécration d'un droit de rétention fictif ressort de la volonté de rassurer les créanciers sur la force des sûretés sans dépossession en leur faisant croire que les deux types de sûretés seraient assorties des mêmes effets, droit de rétention compris.

<sup>802</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome XII, *Sûretés réelles*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ 1953, n° 262.

<sup>803</sup> La reconnaissance progressive de l'existence d'une détention fictive octroyant un droit de rétention fictif démontre que la nécessité d'un formalisme de protection n'avait plus lieu d'être.

un droit de gage sans dépossession. Par l'accomplissement d'une mesure de publicité<sup>805</sup>, le créancier est réputé en possession fictive du bien. Sur le fondement de la possession fictive de l'automobile, la jurisprudence a reconnu l'existence d'un droit de rétention fictif au profit du vendeur<sup>806</sup>. La solution a vocation à s'appliquer aussi pour le warrant agricole<sup>807</sup>. Dans le cas d'une détention fictive, le pouvoir de blocage se manifeste ici par le fait que la tradition des biens warrantés, gagés, ne peut se produire au profit de l'acquéreur qu'une fois la créance honorée.

La progressive reconnaissance d'un droit de rétention fictif fut à l'époque critiquée car analysée comme étant un dévoiement du droit de rétention. Peu à peu, l'idée selon laquelle le pouvoir de blocage pouvait s'exercer autrement que par la mainmise physique sur le bien s'est imposée, en estimant que le pouvoir de blocage pouvait exister autrement que par une détention matérielle. Il faut donc que le débiteur subisse une gêne de la part du créancier afin de caractériser un droit de rétention. M. Legeais explique que « *ce qui est important dans la reconnaissance du droit de rétention, c'est que le débiteur soit privé de ses prérogatives sur le bien par le fait de son créancier* »<sup>808</sup>. Le débiteur doit être privé de ses prérogatives sur le bien. La détention matérielle est la forme la plus efficace et la plus achevée du pouvoir de blocage sur la chose mais elle ne constituerait pas l'unique voie permettant de bloquer le bien. En matière de gage sur véhicule automobile, la gêne résulte de la délivrance d'un certificat de non-gage du véhicule en cas de cession. Dans ce mouvement de dématérialisation, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>809</sup> a généralisé l'existence du droit de rétention fictif en matière de sûretés sur meubles corporels, et ce en dehors de tout pouvoir de blocage<sup>810</sup>. Or la généralisation du droit de rétention fictif fut sévèrement critiquée par la doctrine, soulignant l'inexistence pure et simple d'un pouvoir de blocage du créancier sur le

---

<sup>804</sup> L. 29 déc. 1934 dite loi « *Malingre* » relative à la réglementation de la vente à crédit des véhicules ou tracteurs automobiles, décr. n° 53-960, 30 sept. 1953, art. 2, al. 3 : la détention fictive est reconnue par l'effet de l'inscription du gage sur un registre préfectoral.

<sup>805</sup> La publicité se réalise par une déclaration du gage en préfecture.

<sup>806</sup> Cass. com., 15 janv. 1957, *Bull. civ.* IV, n° 20.

<sup>807</sup> Cass. civ., 23 avril 1918, S. 1919, I, 153, n. C. Lyon Caen : la publicité faite au greffe du tribunal de commerce « *confère au porteur une possession équivalente à la possession réelle* ». Sur une définition du warrant, v. L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 521.

<sup>808</sup> D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2004, n° 680.

<sup>809</sup> L. n° 2008-776 du 4 août 2008.

<sup>810</sup> V. C. civ., art. 2286 al.2.



bien et soulevant la question du dévoiement du droit de rétention<sup>811</sup>. En effet, la publicité organisée pour l'opposabilité du gage n'a pas pour effet de priver le constituant de ses prérogatives sur le bien, pouvant parfaitement en disposer, contrairement au droit de rétention effectif. En ce sens, il ne gêne personne ni même le tiers acquéreur. Le gage lui est opposable mais seulement par l'effet de la publicité et par le droit de suite inhérent à la sûreté pour soi<sup>812</sup>. Le droit de rétention fictif n'apporte que peu de protection à son titulaire que le débiteur soit *in bonis* ou non. La dématérialisation du droit de rétention est en marche, à l'image du droit des sûretés, mais à quel prix ? Nous verrons bientôt que le sort des sûretés réelles traditionnelles assorties d'un droit de rétention effectif est bien meilleur que celui des sûretés réelles sans dépossession.

ii. Sort de la sûreté en cas de dépossession

**278. Sûreté avec dépossession assortie d'un droit de rétention effectif : la possession, source d'exclusivité** – *De lege lata*, la possession réelle du bien ne représente pas l'unique fait générateur du droit de rétention<sup>813</sup>. Il s'avère pourtant que le droit de rétention effectif, fondé sur l'emprise matérielle du créancier sur le bien, constitue le mode le plus efficace en procurant une exclusivité au créancier. Le blocage du bien force le débiteur à désintéresser le créancier afin de le récupérer. Plus le bien est utile et d'une valeur supérieure au montant de la créance impayée, plus l'efficacité du droit de rétention est renforcée.

**279. Opposabilité dans les rapports *inter partes* : l'exclusivité du créancier grâce à la possession du bien** – Seul le désintéressement du créancier peut mettre fin à l'exercice du droit de rétention matériel. C'est en cela que la possession fonde l'exclusivité. En effet, la mainmise sur le bien par le créancier le place dans une situation inexpugnable grâce à l'exercice d'un droit de rétention infaillible. *In bonis*, le débiteur n'a guère de choix. Pour retrouver les utilités de son bien, il doit honorer la créance. Cette faculté, évidemment opposable dans les rapports *inter partes*, demeure alors même qu'une procédure d'insolvabilité serait ouverte à l'encontre du débiteur. En effet, le droit des entreprises en

---

<sup>811</sup> D. LEGEAIS, « Projet de réforme du droit des procédures collectives », *RD bancaire et financier*, 2008, n° 3 : l'auteur qualifie la reconnaissance d'un droit de rétention fictif au créancier gagiste sans dépossession « *d'hérésie juridique* ».

<sup>812</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 446.

<sup>813</sup> La coexistence du droit de rétention effectif et du droit de rétention fictif ne se justifie pas. Nous verrons que le droit de rétention fictif est un contre-sens juridique et qu'il n'apporte rien à son bénéficiaire, sans le soutien d'un texte législatif.

difficulté n'a eu guère le choix que de reconnaître aussi la situation de fait née du droit de rétention matériel<sup>814</sup>. Le droit de rétention matériel est profondément ancré dans le mécanisme même de la sûreté réelle avec dépossession.

**280. Opposabilité dans les rapports avec les autres créanciers titulaires de sûretés sur le bien : règles générales** – La fin de l'exigence d'une dépossession du bien a fait naître des conflits entre créanciers successifs dont il est parfois délicat de mettre en perspective les règles de résolution. La résolution de tels conflits peut s'analyser en trois principaux axiomes : la date d'inscription de la sûreté, la date du contrat et la notification<sup>815</sup>. Peu important la règle choisie pour régir le conflit, la possession du bien grevé entre les mains du créancier lui procure en principe une exclusivité.

**281. Conflit avec un créancier titulaire d'une sûreté réelle sans dépossession non publiée** – Le droit de rétention matériel révèle sa force quel que soit la nature du droit qui lui est opposé en raison de la situation de fait qui impose le respect à chacun. Face à un créancier disposant d'une sûreté sans dépossession non publiée – préférentielle ou une propriété-sûreté– et, dénuée de tout droit de rétention fictif, le créancier rétenteur l'emporte forcément. Le pouvoir de blocage dont il dispose sur le bien justifie de le désintéresser avant un autre créancier n'ayant pas publié sa sûreté, ne disposant donc pas d'un droit de rétention fictif. La fiducie-sûreté représente un échantillon intéressant des conflits possibles puisqu'elle peut porter sur tous les biens<sup>816</sup>. A titre d'illustration, un conflit pourrait s'élever entre un créancier gagiste avec dépossession et un créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sans dépossession. Nous savons que la fiducie-sûreté sans dépossession ne fonde pas son opposabilité sur une possession juridique, en ce sens que sa publicité n'est pas assurée à titre d'opposabilité<sup>817</sup>, cela explique les raisons pour lesquelles seule la fiducie-sûreté avec dépossession est réellement efficace lorsque le bien est un meuble corporel. En effet, malgré l'affectation de la propriété du bien à la garantie, l'absence d'une publicité de la sûreté fait obstacle à son opposabilité. Or l'opposabilité est bien le moyen nécessaire pour assurer

---

<sup>814</sup> V. *infra*, n° 672.

<sup>815</sup> L'exclusivité résultant d'une notification se constate en matière de sûretés portant sur des biens incorporels. En cas d'ouverture d'une procédure collective, l'admission du pouvoir de blocage par l'effet de la notification n'est -malheureusement- pas généralisée. V. *infra*, n° 673.

<sup>816</sup> Sur la définition de la fiducie-sûreté, V. *infra*, n° 498.

<sup>817</sup> La fiducie-sûreté en matière immobilière prévoit un système de publication, bien que le registre ne soit pas tenu pour une fonction d'information des tiers, ce qui pose la question de déterminer si une telle inscription entraîne une opposabilité aux tiers. Or la règle ne concerne pas les fiducies de droit financier relevant de l'article L.211-38 du Code monétaire et financier qui sont opposables aux tiers sans formalités.

l'efficacité de la garantie. Par conséquent, le créancier gagiste avec dépossession pourra opposer les termes de l'article 2276 du Code civil ainsi que son droit de rétention matériel pour obtenir le paiement. Même lorsque le bien objet de la fiducie-sûreté sans dépossession est un immeuble, l'opposabilité de la sûreté à compter de la date de publication, *in fine* l'attribution du rang du créancier, n'est guère envisageable en raison de la nature particulière du registre qui assure l'information uniquement au bénéfice de l'administration et non des tiers. Le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté pourra néanmoins opposer au créancier qui serait bénéficiaire d'une antichrèse le transfert fiduciaire de l'immeuble dans un patrimoine d'affectation, hors de portée des créanciers. Au regard de la nature particulière attachée à la fiducie-sûreté, la solution voudrait que le créancier fiduciaire obtienne le paiement. Mais il ne faudra pas sous-estimer la gêne qu'implique l'exercice du droit de rétention matériel du créancier antichrésiste. Surtout, en droit des procédures collectives, la fiducie-sûreté sans dépossession sera totalement paralysée dans les procédures de sauvetage et de redressement judiciaires<sup>818</sup>. Lorsque la fiducie-sûreté porte sur des créances, elle est opposable aux tiers dès la date de conclusion du contrat, tel qu'en matière de cession de créances Dailly. Le conflit pourrait ici se présenter entre un créancier bénéficiant d'un nantissement de créances et un créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté. Les règles d'opposabilité à l'égard des tiers sont identiques<sup>819</sup> : le nantissement de créances, à l'instar de la fiducie-sûreté (ou de la cession Dailly en présence de créances professionnelles) est opposable à la date de conclusion du contrat. Néanmoins, les autres créanciers ne pourront plus percevoir le paiement lorsque la sûreté a été notifiée au débiteur de la créance nantie ou au débiteur de la créance cédée ou placée en fiducie. Ainsi, les règles d'opposabilité impliquent une résolution uniquement au regard de la date de notification qui détermine le droit au paiement exclusif par le débiteur de la créance nantie ou placée en fiducie<sup>820</sup>. Par conséquent, la notification<sup>821</sup> du nantissement de créances effectuée en premier assure au créancier nanti de recevoir le paiement avant le créancier bénéficiant d'une fiducie-sûreté. C'est en contemplation du jour de la mise en possession – juridique – des créances que le conflit doit se résoudre.

---

<sup>818</sup> V. *infra*, n° 669.

<sup>819</sup> La multiplication de sûretés assorties de régimes juridiques fort ressemblants, notamment au regard des règles d'opposabilité, pose la question de leur maintien, de leur domaine d'application.

<sup>820</sup> C. civ., art. 2018-2.

<sup>821</sup> Nous considérons que par la notification ou tout acte manifestant la mise en possession du créancier vaut possession juridique concernant les meubles incorporels. V. *infra*, n° 302 et s.

Le conflit entre un créancier gagiste avec dépossession et un vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété est révélateur. En effet, la Cour de cassation a affirmé que dans une telle situation, le droit du créancier gagiste avec dépossession prime celui du créancier réservataire<sup>822</sup>. Le créancier gagiste avec dépossession n'a effectivement pas l'obligation de se renseigner lors de la constitution de la sûreté de l'existence d'une éventuelle clause de réserve de propriété. La solution se justifie par le fait que le créancier gagiste en possession du bien est un possesseur présumé être de bonne foi en vertu de l'article 2274 du Code civil<sup>823</sup>. Partant, il peut se placer sous la protection de l'article 2276 du Code civil. Imposer une obligation de renseignement à la charge du créancier reviendrait à aller directement à l'encontre de cet article imposant une présomption simple de bonne foi. Le bénéficiaire de la clause de réserve de propriété, bien qu'il soit propriétaire et malgré l'antériorité de son droit, doit se soumettre, sauf à prouver la mauvaise foi du créancier avec dépossession.

**282. Conflit avec un créancier titulaire d'une sûreté réelle sans dépossession publiée, assortie d'un droit de rétention fictif** – Lorsque la sûreté sans dépossession est publiée, la résolution du conflit passe par la détermination du rang des créanciers : la date de publication est attributive du rang. En effet, pour assurer l'efficacité de ces sûretés, la loi fait prévaloir le système de l'antériorité du droit<sup>824</sup>. La règle de résolution du conflit est simple : le créancier qui a rendu son droit opposable en premier l'emporte sur le créancier postérieur. La règle a été (en apparence) renforcée par la généralisation d'un droit de rétention fictif – sauf disposition contraire – au bénéfice du titulaire d'une sûreté sans dépossession inscrite au registre<sup>825</sup>. Ce droit de rétention, dépourvue de toute emprise physique sur le bien, fut consacré alors même qu'il n'est par hypothèse assorti d'aucun pouvoir de blocage. Faute de « prise d'otage du bien », il est difficile de caractériser une gêne pour le débiteur. L'instauration d'une telle rétention fictive est très certainement un choix politique et non juridique : il fallait rassurer les créanciers sur l'efficacité du nouveau gage sans dépossession :

---

<sup>822</sup> Cass. com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 290 ; Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-22.240.

<sup>823</sup> C. civ., art. 2274 : « *La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* ».

<sup>824</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 697 et s. : « *Le rang d'une sûreté réelle est la place de la priorité conférée par le droit réel de préférence* ». L'auteur poursuit en définissant ce qu'il désigne « *la création de rangs* » par la constitution de sûretés successives sur un même bien. Antérieurement à la réforme du 23 mars 2006, une telle création de rangs n'était guère possible en matière mobilière en raison de l'ancienne exigence de dépossession du bien grevé (sauf le cas de l'entiercement). Désormais, la faculté de consentir des sûretés successives est admise.

<sup>825</sup> Les sûretés sans dépossession publiées avec droit de rétention fictif visent ainsi le gage automobile, les warrants et le gage de droit commun.

voyez ce nouveau gage, il présente tous les avantages de l'ancien mais sans les inconvénients ! Ainsi, dans le cas d'un bien grevé de gages successifs, le créancier gagiste qui prime doit être celui qui a rendu son gage opposable le premier. *De lege lata*, la Cour de cassation décide que le créancier gagiste sans dépossession, bénéficiant d'un droit de rétention fictif et ayant inscrit sa sûreté en premier l'emporte sur le créancier gagiste avec dépossession nonobstant l'existence d'un droit de rétention matériel<sup>826</sup>.

Selon nous, le droit de rétention fictif ne présente aucune utilité d'autant plus qu'il sera paralysé lorsque le créancier en a le plus besoin, en cas d'ouverture d'une procédure collective<sup>827</sup>. Il n'était pas nécessaire de porter atteinte à la nature du droit de rétention alors qu'il suffisait de faire respecter la logique de classement selon l'antériorité des droits. En effet, le respect du rang doit pouvoir se réaliser par le seul effet de la loi. L'octroi d'un droit de rétention fictif dépourvu de tout pouvoir de blocage<sup>828</sup> ne renforce aucunement la règle.

Ôtez le droit de rétention fictif, les règles seront les mêmes ! Le droit de rétention fictif n'épargne pas le risque de voir le bien aliéner ou qu'un autre créancier en possession réalise sa sûreté. Cela veut dire que le droit de rétention fictif ne peut faire obstacle à la réalisation de la sûreté avec dépossession, même publié antérieurement. Le créancier ayant réalisé sa sûreté doit supporter le droit de suite du créancier antérieur, ce qui est inhérent à la sûreté et non à la rétention fictive. En outre, le droit de rétention fictif n'empêche pas non plus le désintéressement du créancier en possession. En effet, le débiteur sera plus enclin à satisfaire le créancier qui est en possession du bien afin de récupérer le bien, avant même de payer le créancier inscrit en premier. Dans une telle hypothèse, le créancier sans dépossession, lorsque sa créance arrivera à terme, devra réaliser sa sûreté entre les mains du débiteur ; le droit de

---

<sup>826</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 510 : « Avec l'instauration du gage par inscription (...), le même meuble peut faire l'objet de gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers dépendant de l'ordre de leur inscription (art. 2340, al.1) ; c'est le même système qu'en matière hypothécaire. Le créancier gagiste de rang subséquent pourra même obtenir l'attribution judiciaire du gage si sa créance devient exigible avant celle du créancier qui le prime, mais il devra supporter le droit de suite de celui-ci ; le tout, naturellement, sous réserve du droit de rétention que pourrait opposer le créancier préférable. Un gage avec dépossession peut aussi succéder à un gage sans dépossession : en ce cas, la loi veut maintenir le rang du créancier inscrit en premier, en dépit de la possession du bien par le second ; c'est pourquoi, autre brèche dans les effets de la possession, le droit de rétention du possesseur s'incline devant le droit de préférence du créancier inscrit en premier (art. 2340 al.2), ce qui a pour conséquence que le gagiste en possession ne pourra opposer son droit de rétention au créancier inscrit en premier et l'empêcher de saisir le bien ou de poursuivre une autre voie de réalisation ».

<sup>827</sup> V. *infra*, n° 668.

<sup>828</sup> La remarque est à nuancer lorsque le droit de rétention, bien que fictif, emporte une gêne certaine à l'égard du constituant tel qu'en matière de gage automobile puisque les ventes ne se réaliseront pas sans l'obtention d'un certificat de non-gage. Une gêne est ici réelle dans le pouvoir de disposer.

suite ne se conçoit qu'en cas de circulation du bien grevé. Le créancier de premier rang, sans dépossession, ne pourra pas se retourner contre le créancier ayant été satisfait. Là est la source de l'exclusivité, le paiement volontaire effectué par le débiteur en raison du droit de rétention matériel, en vue de récupérer son bien, ne saurait faire l'objet d'un droit de suite. Ce n'est que dans le cadre de la réalisation de la sûreté, que ce soit par l'exercice du droit de préférence sur le prix de cession ou par une attribution en propriété, que le créancier de rang inférieur devra subir la loi du classement : le droit de suite est devenu opérant puisque l'assiette de la sûreté est entre les mains du créancier de rang inférieur, soit en raison de l'attribution en propriété soit par l'effet de la subrogation réelle sur le prix de vente. Le droit de rétention fictif n'apporte aucun renforcement afin de respecter le rang des créanciers et ne saurait empêcher un paiement volontaire du débiteur afin de récupérer son bien.

Par conséquent, il est nécessaire de distinguer deux temps dans la vie de la sûreté afin de déterminer l'effet de la possession face à un créancier sans dépossession ayant inscrit sa sûreté. En raison de l'existence du droit de rétention matériel, malgré l'infériorité de son rang, le créancier en possession peut recevoir le paiement volontaire de sa créance, en dehors de toute réalisation du gage en lui-même, par le débiteur désireux de récupérer son bien, sans avoir à subir le droit de suite. A l'inverse, en dehors de tout paiement volontaire, par la réalisation du gage, le créancier subit le droit de suite des gagistes venant en meilleur rang, peu important son droit de rétention matériel. La solution est logique pour deux raisons. D'abord, en raison de la réalisation de la sûreté, ce n'est pas le droit de rétention matériel qui fonde l'action du créancier mais les modes de réalisation propre à la sûreté. Ensuite, nous avons pu voir que les modes de réalisation propres aux sûretés pour soi ne font pas obstacle au respect du classement selon la date des droits. Le droit de rétention fictif n'apporte aucun renforcement et ne saurait empêcher un paiement volontaire du débiteur afin de récupérer son bien placé entre les mains d'un créancier avec dépossession.

**283. Opposabilité à l'égard des tiers** – Outre le débiteur qui se retrouve contraint au respect du droit du créancier par l'effet de la rétention, les tiers sont susceptibles de faire prévaloir des droits. Il s'avère que les sûretés réelles avec dépossession confèrent au créancier une situation inexpugnable à l'égard des tiers, par l'opposabilité absolue de la possession. En effet, la force d'une sûreté se mesure à son effet à l'égard du débiteur, des tiers mais aussi

dans le cadre d'une procédure collective<sup>829</sup>. D'abord, en matière mobilière, le créancier étant en possession du bien grevé va pouvoir se prévaloir du jeu de l'article 2276 du Code civil. Selon M. Khairallah, « l'article 2279 (devenu 2276) du Code civil est nécessaire pour conforter les droits du titulaire de la sûreté et si celui-ci venait à perdre la possession, les tiers pourrait utilement invoquer en sa faveur 2279 du Code civil »<sup>830</sup>. Or en principe, le bénéficiaire de l'article 2276 du Code civil a vocation à protéger le possesseur, au sens de celui qui se considère comme propriétaire dans l'hypothèse d'une action en revendication du *verus dominus*. Conformément au droit des biens, la jurisprudence refuse aux détenteurs précaires le bénéfice de l'article 2276 du Code civil<sup>831</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation admet que le créancier gagiste avec dépossession puisse opposer l'article 2276 du Code civil pour contrer la revendication du *verus dominus* dans l'hypothèse où le gage a été consenti *a non domino*<sup>832</sup>. La solution s'applique aussi lorsque le gage est par entiercement<sup>833</sup>. Si la dépossession présente les mêmes caractères que ceux requis par l'article 2276 du Code civil, - une possession effective, apparente et non équivoque -, la protection du créancier à l'égard des tiers est infaillible<sup>834</sup>. Par conséquent, la possession assure *de facto* une situation inexpugnable du créancier. Les actions des tiers se retrouvent paralysées face au droit de rétention matériel qui se dresse devant eux. La solution se justifie par un souci de protection du droit de rétention effectif. En effet, par cela, le créancier vient se différencier du sort des autres détenteurs précaires. La différence de traitement doit se lire au regard de la finalité du droit de

---

<sup>829</sup> C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibl. dr. des entreprises en difficulté, 2020, n° 1: l'auteur fait le constat « d'une relation tumultueuse » entre le droit des sûretés et des procédures collectives « A contempler leurs finalités respectives, comment pourrait-il en être autrement ? Alors que les sûretés visent à prémunir leurs titulaires contre l'inexécution de l'obligation du débiteur, les procédures collectives aspirent désormais quant à elles, prioritairement, à protéger le débiteur de la débâcle ». Néanmoins, l'efficacité d'une sûreté se mesure pourtant bien à l'aune des procédures d'insolvabilité, V. en ce sens, PH. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », art. préc.

<sup>830</sup> G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en DIP*, thèse préc., n° 220.

<sup>831</sup> PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 577 : « Il faut une véritable possession, et non la seule détention matérielle de la chose : les détenteurs précaires, qui ne possèdent pas *animo domini*, sont exclus du bénéfice de l'article 2276, al.1 ».

<sup>832</sup> Cass. Req., 12 mars 1888, DP 1888.I.404, S. 1888.I.264 : « La maxime de l'article 2279, « en fait de meuble, la possession vaut titre », peut être invoquée par le créancier gagiste qui, de bonne foi, a reçu en gage d'un détenteur précaire un objet mobilier, et il a le droit de repousser, jusqu'à paiement de sa créance, l'action en revendication dirigée contre lui par le propriétaire de cet objet ».

<sup>833</sup> Cass. com., 14 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 290 : « C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a décidé que la possession de la banque était exempte de vices et que sa mise en possession, ainsi que la dépossession corrélative du débiteur, s'étaient manifestées de manière suffisamment apparente par la remise à un tiers désigné, pour être connu de tous ». Il s'agissait d'un conflit entre un créancier gagiste par entiercement et un vendeur sous réserve de propriété.

<sup>834</sup> PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *ibid.* : « Ainsi, l'article 2276 al.1, ne protège pas seulement le droit de propriété, mais aussi ce droit réel accessoire que constitue le droit de rétention, jusqu'au paiement de la créance garantie ».

rétenction matériel. Ce dernier a pour fonction de forcer le débiteur à honorer la créance garantie grâce au pouvoir de blocage.

Les immeubles peuvent aussi faire l'objet d'une sûreté avec dépossession du constituant. Ainsi, le gage immobilier<sup>835</sup>, anciennement appelé « antichrèse »<sup>836</sup>, est une sûreté réelle avec dépossession, dont les origines remontent à l'Antiquité grecque<sup>837</sup>. Le créancier reste en possession de l'immeuble et dispose de la faculté d'imputer les loyers perçus sur le montant de sa créance<sup>838</sup>. Les conditions de validité et d'opposabilité de la sûreté sont identiques à celles que l'on retrouve en matière hypothécaire. En effet, un écrit est exigé *ad validitatem*<sup>839</sup> tandis qu'une formalité réalisée à la publicité foncière s'avère obligatoire pour asseoir l'opposabilité de la sûreté à l'égard des tiers<sup>840</sup>. En matière immobilière, la publicité foncière constitue un passage obligatoire pour des raisons de sécurité juridique. Mais la possession a pour avantage d'emporter avec elle l'octroi d'un droit de rétenction matériel sur l'immeuble mais également sur ses revenus<sup>841</sup>. L'opposabilité aux tiers de la sûreté est ainsi assurée d'une part par la publicité foncière et d'autre part par le droit de rétenction matériel opposable à tous. La force de l'antichrèse a su se révéler à nouveau en raison du droit de rétenction effectif qui l'accompagne, source d'une meilleure destinée que celle des créanciers hypothécaires. De plus, la liberté des parties de choisir entre une dépossession juridique matérielle ou purement juridique a été reconnue en jurisprudence<sup>842</sup> avant d'être consacrée par la réforme du 23 mars 2006 à l'article 2390. L'antichrèse-bail constitue une sûreté équilibrée, assurant une situation forte à son titulaire tout en permettant au débiteur de bénéficier des utilités du bien tout en remboursant le crédit directement au créancier<sup>843</sup>.

---

<sup>835</sup> La loi du 12 mai 2009 dite de simplification du droit a effectivement modifié la dénomination de l'antichrèse pour adopter la terminologie de gage immobilier.

<sup>836</sup> P. CROCQ, « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse ? », *RLDC*, déc. 2008, n° 55, p. 65 et s.

<sup>837</sup> PH. DUPICHOT, « L'antichrèse », *JCP G suppl.*, au n°20 17 mai 2006, n° 7, p. 26 et s. ; S. PIEDELIEVRE, « Antichrèse », *Rep. Civ.*, Dalloz, 2005 ; P. CROCQ, *Lamy Droit des sûretés*, Étude 224 ; G. PIETTE, « La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *D.* 2006, p.1688 et s.

<sup>838</sup> CH. MOULY, *J.Cl. Civ. Code*, art. 2085 à 2091, 1992, n° 1 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 499 et s.

<sup>839</sup> C. civ., art. 2388.

<sup>840</sup> Décr. 4 janv. 1955, art. 28.

<sup>841</sup> Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-19.458, *Dr. et patr.* Sept. 2010, p. 91, obs. PH. DUPICHOT ; ce qui d'ailleurs été consacré par la réforme du 23 mars 2006 à l'article 2391 du Code civil.

<sup>842</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2002, *Bull. civ.* III, n° 261 ; *RTD. Civ.*, 2003, p. 327 et s., obs. P. CROCQ ; *D.* 2003, p. 963, n. Ph. DELEBECQUE.

<sup>843</sup> V. PH. DUPICHOT, « L'antichrèse », art. préc.



**284. Opposabilité aux organes de la procédure collective et à la masse des créanciers** – Le sort des sûretés pour soi dans le cadre des procédures collectives sera plus amplement développé par la suite<sup>844</sup>. Nous pourrions ainsi bientôt constater que la possession du créancier lui assure une position inexpugnable<sup>845</sup>, en permettant de résister à l'effet réel de la procédure<sup>846</sup> et au « jeu de massacre » des créanciers<sup>847</sup>. Le destin des sûretés réelles en cas de faillite manque manifestement de lisibilité<sup>848</sup>. Le législateur donne l'impression de faire de la casuistique en la matière : tantôt une sûreté est réputée efficace, tantôt elle sera frappée de malédiction une fois la procédure d'insolvabilité ouverte<sup>849</sup> sans définir pour autant les fondements de ces condamnations. Malgré le caractère occulte de la matière, les sûretés avec dépossession du bien grevé résistent, toutes, à l'ouverture d'une procédure collective.

**285. En cas de chance de sauvetage du débiteur** – En principe, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a pour effet de placer les créanciers sur un pied d'égalité en les soumettant à « la discipline collective »<sup>850</sup>. Au cours de la période d'observation du plan de sauvegarde ou de redressement, les droits des créanciers bénéficiant de sûretés préférentielles sont neutralisés pour favoriser le rebond du débiteur<sup>851</sup>. Partant, l'ouverture de la procédure a pour effet d'interdire le pacte commissaire et de paralyser l'attribution judiciaire du bien, afin de préserver les chances de rétablissement du débiteur<sup>852</sup>. En cas de cession isolée du bien

---

<sup>844</sup> En effet, le régime juridique des sûretés pour soi en cas d'ouverture d'une procédure collective sera traité ci-après afin de déterminer le sort de chaque sûreté, selon la sous-distinction démontrée, au sein des différentes procédures amiables et collectives.

<sup>845</sup> L'efficacité des sûretés avec dépossession dans le cadre des procédures collectives se remarque aussi en présence de propriétés-sûretés. V. *infra*, n° 672 et s.

<sup>846</sup> M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective*, préf. M.-H. Monsérie-Bon, Bibl. dr. de l'entreprise, 2002.

<sup>847</sup> L'expression est empruntée au professeur Philippe Dupichot. V. PH. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés réelles », art. préc. ; « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*.

<sup>848</sup> Les procédures collectives constituent une réelle épreuve de la démonstration de l'existence de la *summa divisio* entre les sûretés exclusives et préférentielles fondée sur le critère de la possession. En effet, l'efficacité et la vigueur des garanties se révéleront en cas de défaillance du débiteur principal, ce qui se démontrera lors de l'ouverture d'une procédure collective. L'efficacité d'une sûreté pourra être établie dès lors qu'elle aura la capacité de résister à la procédure d'insolvabilité en évitant la situation de concours entre les créanciers de la masse. Sur les faibles chances de désintéressement en cas de soumission au classement, v. *infra*, n° 690.

<sup>849</sup> Sur le cas du créancier hypothécaire qui se retrouve dans une situation d'infortune, v. PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité, op. cit.*, n°8 et s.

<sup>850</sup> En ce sens, v. C. com., art. L.622-21 ; C.com., art.L.622-7.

<sup>851</sup> Le projet de réforme du droit des procédures collectives porté par la loi Pacte propose de renforcer les chances de rebond du débiteur. Sur les réformes à venir, v. *infra*, n° 635.

<sup>852</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 55 : l'auteur explique que la « paralysie des paiements et poursuites justifie que soient similairement interdits les modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles

grevé par la sûreté, les créanciers titulaires de sûreté exercent leur droit sur une quote-part du prix, ou subissent une substitution de garantie avec autorisation du juge-commissaire<sup>853</sup>. La possession du bien par le créancier permet d'échapper à ce « jeu de massacre »<sup>854</sup> des créanciers titulaires de sûreté en leur assurant une situation d'exclusivité sur le bien grevé, ce qui est fondamentalement la clé pour avoir une chance d'être désintéressé. La situation inexpugnable du créancier en possession du bien s'explique par l'opposabilité du droit de rétention effectif à la procédure collective<sup>855</sup>, *in fine* de la possession. La possession du bien grevé par ce dernier lui permet de se prévaloir de son droit de rétention matériel face aux organes de la procédure collective, ce qui lui évite de « disparaître » et d'être absorbé par l'effet de masse. Lorsque le bien est utile à la poursuite de l'activité, le juge commissaire autorise l'administrateur à payer intégralement la créance du rétenteur afin de récupérer le bien<sup>856</sup>. La possession du bien présente une efficacité redoutable. Néanmoins, l'autorisation du juge commissaire reste obligatoire pour réaliser la procédure de retrait contre paiement dont le rôle est de contrôler si l'utilité du bien pour la continuité de l'exploitation de l'activité est caractérisée<sup>857</sup>. L'impérialisme du droit de rétention effectif est reconnu par le droit de l'insolvabilité en admettant qu'il ne puisse y mettre fin qu'en payant la créance du rétenteur.

---

*classiques que sont l'attribution judiciaire et le pacte comissoire. Dans les deux cas en effet, le créancier entend obtenir, à titre de paiement, l'attribution de la propriété du bien grevé, de sorte que l'obligation garantie se trouve éteinte à concurrence de la valeur du bien, obligatoirement évaluée par expert lorsque l'attribution est convenue. Il s'agit en somme de satisfaire le créancier comme le ferait tout mode d'exécution, volontaire ou forcé, mais en échappant aux pesanteurs des procédures de saisie ainsi qu'au classement des privilèges de rang préférable, en particulier celui qu'instituent les procédures collectives. (...). La mise en œuvre de ces modes d'« exécution sans voix » étant directement tournée vers la satisfaction du créancier, leur neutralisation lorsque s'ouvre une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise apparaît donc tout à fait rationnelle ».*

<sup>853</sup> V. sur le sort des créanciers titulaires de sûretés en cas de cession isolée du bien grevé : PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité, op. cit.*, n°11: « en cas de cession portant sur des biens gagés, le créancier devra se contenter d'une quote-part du prix de cession affectée par le tribunal pour l'exercice du droit de préférence et dont le paiement emporte purge des inscriptions (art. L.642-12 C. com.) ; la cession, intervenant généralement à un prix décoté, est bien souvent préjudiciable aux créanciers inscrits qui ne seront pas payés ; toutefois, et depuis la loi du 10 juin 1994, si la sûreté réelle grève le bien dont elle a permis le financement, la charge du crédit consenti est transférée au cessionnaire qui sera tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues et qui resteraient dues à compter du transfert de propriété (art. L.642-12, al.4, C. com.) ; tel sera, par exemple, le cas en présence d'un privilège de prêteur de deniers ou d'un nantissement du matériel et de l'outillage : il y a alors de lege transfert automatique à la charge du repreneur du passif échu postérieurement au transfert de propriété ainsi que de la sûreté, salvateur pour le créancier prémuni contre toute purge résultant du paiement d'un prix de cession souvent très insuffisant ; (...) ».

<sup>854</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

<sup>855</sup> Il s'agit bien de la distinction fondamentale fondée sur la possession du bien par le créancier. En effet, alors que le créancier en possession pourra opposer à la discipline collective son droit de rétention, nous verrons que le droit de rétention fictif sera paralysé en une pareille hypothèse. La neutralisation du droit de rétention fictif confirme le fait que sans lui, la situation du créancier serait identique.

<sup>856</sup> C. com., art. L.622-7 et L.642-25 : ces articles exposent la procédure de retrait du bien contre le paiement du créancier rétenteur.

<sup>857</sup> Une subdivision entre les biens utiles à la poursuite de l'activité et les autres émerge ainsi en droit des procédures collectives. V. *infra*, n° 659.

Par un arrêt fondamental rendu par la chambre commerciale le 20 mai 1997, la Cour de cassation a affirmé « *qu'en l'absence de disposition légale en ce sens, le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance qu'il a déclarée, et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affectée à ce bien pour l'exercice du droit de préférence* »<sup>858</sup> érigeant la force du droit de rétention en principe général.

**286. En l'absence de chance de sauvetage du débiteur** – La résolution du plan de sauvegarde, de redressement judiciaire ou en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire par le juge commissaire fait cesser le traitement des difficultés du débiteur par la procédure collective qui prend fin. Lorsqu'il est établi que le débiteur ne peut se rétablir<sup>859</sup>, la raison d'être de la procédure n'est plus de sauver l'entreprise mais d'épurer son passif. L'épure du passif se réalise par l'établissement d'un classement des créanciers. Le respect du rang est le plus souvent dévastateur pour le créancier, y compris celui qui est titulaire d'une sûreté réelle puisqu'il « *subit le temps de la procédure tandis que le montant de sa créance s'en trouve parfois réduit* »<sup>860</sup>. Il sera rare que ces derniers puissent être payés en intégralité et ce, même partiellement. Partant, la sûreté efficace sera celle qui échappera au classement. L'exclusivité se constate par la résistance de la sûreté à l'effet réel de la procédure mais aussi à l'exclusion du classement des créanciers. A priori, la logique de classement selon le rang est au cœur de la définition des sûretés préférentielles. Le droit de préférence confère une priorité et non une exclusivité. La situation de concours est donc consubstantielle à la notion de préférence. Lorsque le débiteur ne dispose plus de chance de se relever de ses difficultés, la sûreté préférentielle n'apporte guère de soutien au créancier. D'une part, il ne pourra solliciter

---

<sup>858</sup> Cass. com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 151 ; *RJ com.* 1997.308, rapp. J.-P. REMERY, n. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *D.* 1997, p.312, obs. A. HONORAT ; *RTD. civ.* 1997, p. 707, obs. P. CROCOQ ; *RTD. com.*, p.193, n. B. BOULOC ; *D.*1998, p. 232, n. J. FRANÇOIS ; *D.* 1998, p.102, obs. S. PIEDELIEVRE.

<sup>859</sup> Ainsi, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire – ou de liquidation judiciaire simplifiée – se fera lorsque les chances du débiteur de rebondir sont définitivement obérées.

<sup>860</sup> Sur le sort des créanciers soumis au classement dans les procédures collectives, v. PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité, op. cit.*, n° 13, p. 218 : « (...), les sûretés réelles conventionnelles subissent la double concurrence de privilèges préexistants fort nombreux (fiscaux et sociaux notamment) mais aussi de ceux créés par la procédure collective. Un législateur démagogue a cédé à la tentation facile de multiplier le nombre de convives, en invitant les derniers invités en date à se repaître les premiers des biens du débiteur, au détriment des invités de la première heure... Les sûretés préférentielles des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture vont se trouver débordées par des créances mieux classées et, en particulier, par les privilèges créés par la procédure elle-même, frais de justice et new-money. En cas de liquidation judiciaire, les sûretés réelles arrivent ainsi, en principe, au 4<sup>e</sup> rang au terme du classement suivant (...). Et même si les sûretés préférentielles priment depuis 1994 le privilège des créanciers postérieurs, le tableau n'est guère reluisant (...) ».

le paiement que sur une quote-part du prix de cession et sera primé par les créanciers privilégiés. Or une part de l'actif considérable est affectée au paiement de l'AGS et du Trésor, lesquels bénéficient respectivement du superprivilège des salaires et du privilège du Trésor, venant en premier rang et primant *de facto* tous les créanciers. Même si la sûreté traditionnelle est bien démunie face au poids de la procédure et des créanciers privilégiés, elle trouve néanmoins son salut lorsque le bien n'est pas sous l'emprise de la procédure collective, à savoir lorsqu'il est en possession du créancier, par le report notamment du droit de rétention sur le prix de cession <sup>861</sup>. En l'absence de possession du bien, le créancier est plus vulnérable faute de pouvoir de blocage effectif.

iii. Sort de la sûreté en l'absence de dépossession

**287. La particularité des sûretés réelles sans dépossession : la généralisation du droit de rétention fictif** – Pour retenir, il serait désormais inutile de tenir <sup>862</sup>. A l'aune de la généralisation du droit de rétention fictif, le pouvoir de blocage n'est plus le cœur du droit de rétention. La notion a pourtant été galvaudée inutilement. Malgré l'effort du législateur pour assurer son efficacité, l'absence de pouvoir de blocage empêche selon nous de considérer la rétention fictive comme le jumeau de la rétention effective.

**288. Dans les rapports avec les créanciers : la soumission à la règle du concours** – Malgré l'efficacité du système de publicité, il s'avère que la règle du concours n'est pas pour autant évincée, ni au cours de l'existence de la sûreté ni lors de sa réalisation. Le système de publicité est fondé sur l'antériorité du droit : le premier créancier ayant publié la sûreté prime les créanciers postérieurs sur le prix de vente du bien, que ce soit en matière mobilière ou immobilière <sup>863</sup>. Lors de la réalisation, la faculté de réaliser la sûreté par l'attribution en propriété du bien, a été récemment perçue comme un mode de réalisation

---

<sup>861</sup> C. com., art. L.642-20-1, L.641-3, L.642-12.

<sup>862</sup> Sur l'évolution de la possession en droit des sûretés réelles ainsi que le droit de rétention, V. *infra*, n° 255 et s.

<sup>863</sup> Sur la résolution des conflits en application de l'antériorité du droit acquis, v. *infra*, n° 268.

exclusif de la sûreté<sup>864</sup>. Nous constaterons bientôt, à l'appui d'analyses doctrinales essentielles, que ces modes de réalisation ne peuvent contourner la règle du concours<sup>865</sup>.

**289. Dans les rapports entre l'ayant cause à titre particulier et le sous acquéreur : une efficacité nuancée** – Le risque majeur rencontré par un créancier titulaire d'une sûreté réelle sans dépossession est la circulation du bien grevé. Face à ce risque, l'efficacité de la sûreté est préservée grâce au droit de suite. Le tiers est en effet tenu *propter rem*<sup>866</sup>. Ainsi, lorsqu'un système de publicité légale est organisé, l'ayant cause à titre particulier est réputé avoir eu connaissance de l'existence du droit réel grevant le bien acquis. Les dispositions de l'article 2276 du Code civil étant inopposables en cas de mauvaise foi, le créancier peut faire valoir sa sûreté par l'exercice du droit de suite. Le système de publicité paralyse donc les effets de la possession acquisitive. Le registre doit être spécialement conçu pour rendre l'information accessible aux tiers<sup>867</sup>. Partant, l'article 2337 du Code civil prévoit que « *lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276* ». Le système de publicité rend opposable la sûreté au tiers acquéreur<sup>868</sup>. L'application de l'article 2276 du Code civil reprend néanmoins son plein effet face à un sous-acquéreur ou plus généralement face à un acquéreur *a non domino*, puisqu'il est prévu que la paralysie n'existe que pour l'ayant cause à titre particulier du constituant, à savoir celui qui a reçu un droit directement du débiteur. Selon M. Boffa, cela se justifie au regard du caractère personnel de la publicité, laquelle est attachée à la personne du constituant et non à l'objet du gage en raison de son absence de fixité dans l'espace, de sorte que « *pour les sous-acquéreurs ou les acquéreurs a non domino, le fichier national n'est d'aucun secours* »<sup>869</sup>. Le système n'est donc pas sans faille. Or le droit de rétention fictif n'y change rien : il ne gênera pas plus le sous-acquéreur qu'il n'avait gêné le

---

<sup>864</sup> A l'origine, l'attribution de la propriété en guise de réalisation de la sûreté n'était pas perçue comme un mode de réalisation exclusif mais plutôt un mode de réalisation adapté à des biens de faible valeur, afin de ne pas mettre en œuvre la procédure, jugée trop lourde, de vente aux enchères. V. ce sens : CH. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse préc., n° 297 ; M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », art. préc., n° 7.

<sup>865</sup> V. *infra*, n° 625 ; CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 312 et s. ; CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 296 et s.

<sup>866</sup> Sur le droit de suite, v. *infra*, n° 602.

<sup>867</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 janv. 2000, n° 97-19.473, *Bull. civ. I*, n° 17 : faute de fiabilité du système de publicité mis en place pour le warrant agricole, la première chambre civile en a déduit que la possession fictive du créancier devait céder le pas devant la possession réelle du tiers acquéreur de bonne foi, se prévalant des dispositions de l'article 2276 du Code civil.

<sup>868</sup> Le système de publicité légale a pour effet de présumer la mauvaise foi de l'ayant-cause à titre particulier.

<sup>869</sup> R. BOFFA, « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007, n° 21, p. 1161.

constituant...<sup>870</sup> Il est vrai qu'en matière hypothécaire l'opposabilité du droit du créancier est pleinement efficace mais cela est dû à l'effet de la publicité foncière<sup>871</sup> combinée à la pratique notariale<sup>872</sup>. En cela, l'hypothèque a longtemps été considérée comme la reine des sûretés<sup>873</sup>.

**290. Sort de la sûreté pour soi sans dépossession dans les procédures d'insolvabilité** – Nous savons que l'efficacité d'une sûreté se mesure au regard de sa résistance face à l'ouverture d'une procédure collective, en ce qu'elle permettra d'échapper d'une part à la discipline collective et d'autre part au classement des créanciers par rang. Nous avons déjà déterminé que les sûretés avec dépossession réalisent une protection efficace des droits des créanciers, grâce à l'opposabilité du droit de rétention à la masse. A l'inverse, lorsque le constituant reste en possession de la chose grevée, le créancier doit inexorablement subir la loi de la procédure collective en cas de chance de sauvetage du débiteur<sup>874</sup>. Le droit de rétention fictif est jugé inopposable en cas d'ouverture d'une procédure collective au sein de laquelle le débiteur en difficulté a des chances de rebondir : lors de la période d'observation et lors de l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement judiciaires<sup>875</sup>. L'inopposabilité du droit de rétention fictif a pour conséquence la pleine soumission au classement puisque le paiement sera subordonné aux conditions du plan<sup>876</sup> et ne prend fin qu'en cas de cession isolée du bien<sup>877</sup>, de plan de cession<sup>878</sup>, ou de liquidation judiciaire<sup>879</sup>, par la technique du report sur le prix de vente. En effet, le débiteur n'ayant plus de chance de rebondir, la logique de la procédure se mue en un objectif de règlement des créanciers sur l'actif.

---

<sup>870</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 860 : l'auteur procède au même constat dans le cas particulier de l'antichrèse.

<sup>871</sup> On dit effectivement que la publicité foncière est le système de publicité légale le plus abouti en France. V. *supra*, n° 534.

<sup>872</sup> La procédure de purge amiable permet en effet de faire circuler le bien tout en désintéressant le créancier hypothécaire. V. *infra*, n° 604.

<sup>873</sup> L'image de l'hypothèque a été incontestablement ternie par la place attribuée au créancier hypothécaire en cas d'ouverture d'une procédure collective.

<sup>874</sup> En outre, la paralysie du droit du créancier lorsqu'une procédure collective est ouverte vaut également pour certaines propriétés-sûretés (sans dépossession), confortant l'idée selon laquelle la distinction entre exclusivité et préférence fondée sur la nature du droit conféré au créancier ne fonctionne pas. En ce sens, v. *infra*, n° 668.

<sup>875</sup> C. com., art. L. 622-7, I, al.2, L. 631-14, al.1.

<sup>876</sup> PH. DUPICHOT, *Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives entre passé, présent et avenir*, *op.cit.*, p. 225.

<sup>877</sup> C. com., art. L. 626-1.

<sup>878</sup> C. com., art. L. 642-12.

<sup>879</sup> C. com., art. L. 642-20-1, al.3.

Les modes de réalisation propres aux sûretés traditionnelles suivent le même sort que le droit de rétention fictif puisque la faculté d'attribution en propriété ne peut se réaliser qu'en cas de liquidation judiciaire du débiteur. Lors de l'ouverture d'une procédure collective, les dispositions de l'article L.622-7 du Code de commerce prohibent effectivement la mise en œuvre de l'attribution judiciaire et du pacte comissoire. Dans le cas où le bien grevé est vendu au cours de la période d'observation, le créancier ne peut être payé n'ayant pas la mainmise sur le bien, de sorte que la quote-part du prix attachée au montant de sa créance sera consignée à la Caisse des dépôts jusqu'à l'adoption du plan<sup>880</sup>. Toutefois, le juge commissaire dispose de la faculté de demander le paiement provisionnel à condition que les créanciers fournissent une garantie bancaire. Voici qu'un créancier privilégié - bénéficiant d'une sûreté réelle - se retrouve en situation précaire et, comme si cela n'était pas suffisant, est forcé de fournir une garantie bancaire alors qu'il est celui qui n'a pas été payé par le débiteur. De surcroît, en raison de l'inopposabilité du droit de rétention fictif, le créancier court le risque d'une substitution de garantie en période d'observation<sup>881</sup> mais aussi lors de l'adoption du plan de sauvegarde<sup>882</sup>. A l'inverse du pacte comissoire qui est définitivement paralysé<sup>883</sup>, l'attribution judiciaire peut se réaliser en cas de liquidation judiciaire lorsque le bien grevé est un meuble. En effet, la Cour de cassation a décidé que l'attribution judiciaire portant sur un immeuble ne pouvait être mise en œuvre lors de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire<sup>884</sup>. La neutralisation de l'attribution judiciaire en matière immobilière est vivement critiquable<sup>885</sup>. La solution se fonde sur une volonté d'éviter une absorption de l'actif par

---

<sup>880</sup> C. com., art. L. 622-8.

<sup>881</sup> C. com., art. L. 622-8 al.3.

<sup>882</sup> C. com., art. L. 626-22 al. 3.

<sup>883</sup> C. com., art. L. 622-7 I al.3 et L.641-3.

<sup>884</sup> Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10.591, *Bull. civ. IV*, n° 91 ; Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-14.964 : la chambre commerciale affirme ainsi « *que la demande d'un créancier hypothécaire impayé tendant à ce que l'immeuble grevé lui demeure en paiement, par application de l'article 2458 du code civil, tend au paiement d'une somme d'argent, au sens de l'article L. 622-21 du code de commerce, et, qu'à défaut de disposition autorisant, par dérogation au principe de l'interdiction des poursuites posé par ce texte, la présentation d'une telle demande en cas de procédure collective, comme il en existe pour l'attribution judiciaire du gage, la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué est irrecevable ; que le moyen n'est pas fondé* ».

<sup>885</sup> En ce sens, v. PH. DUPICHOT, « Vente d'immeuble – Les sûretés du financement d'acquisition immobilière, *JCP N*, 2015 p. 1095 : « *Il n'en va pas de même de la possibilité d'une attribution, judiciaire ecette fois, de l'immeuble. Elle est contestée par des auteurs autorisés, lesquels arguent d'une nécessaire primauté des procédures collectives sur le droit civil résultant de l'article 2287 du Code civil et de ce que l'attribution judiciaire des immeubles ne serait - contrairement à celle des meubles - pas spécifiquement organisée dans le Livre 6 du Code de commerce. Cette thèse qui heurte frontalement l'efficience économique du privilège du prêteur n'emporte pas la conviction, et ce pour au moins deux raisons. • Premièrement, parce que l'article L. 622-7 I, alinéa 3 précité du Code de commerce, précisément issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, neutralise le seul pacte comissoire donc l'attribution conventionnelle, à l'exclusion de l'attribution judiciaire. A contrario, et par un légitime retour aux principes du droit civil,*

l'effet d'une attribution judiciaire au profit de créancier de rang inférieur. Or l'attribution judiciaire n'est pas un obstacle au respect du classement des créanciers<sup>886</sup>. Force est de constater qu'en l'absence d'un droit de rétention effectif, le sort du créancier s'avère bien sombre, ne pouvant exercer les prérogatives inhérentes à la sûreté réelle préférentielle que lorsque les chances de rebond du débiteur sont obérées, sans pouvoir pour autant éviter l'impériale règle de l'antériorité du rang des créanciers. L'exclusivité absolue ne se repère qu'en présence d'un droit de rétention effectif. Les propriétés-sûretés suivront cette dialectique selon la possession du bien par le créancier ou le constituant.

*b. Sort des propriétés-sûretés selon la possession*

**291. Plan** – Transférer le droit de propriété, le céder, le retenir dans une fonction de garantie, tels sont les modes d'expression des propriétés-sûretés, dont on dit qu'elles seraient exclusives. Nous l'avons constaté, la qualification de propriété-sûreté devient discutable au fil que les régimes juridiques s'entremêlent avec les sûretés traditionnelles. Pour se convaincre de la distinction entre les sûretés exclusives et préférentielles fondée sur la possession, et non sur la nature du droit, il convient d'établir que le caractère exclusif des propriétés-sûretés dépend de la possession : i.e. lorsque les biens sont entre les mains du créancier (i) ou lorsque le constituant conserve la possession des biens (ii).

*i. Propriétés-sûretés avec dépossession*

**292. Principe d'exclusivité des propriétés-sûretés avec dépossession** – Nous pouvons déduire que l'opposabilité *erga omnes* des propriétés-sûretés prend sa source dans la propriété qui est mise au service de la garantie. Il apparaît que ce principe souffre de (trop)

---

*l'attribution judiciaire reste évidemment possible et le point n'est pas contesté au regard des meubles corporels. Deuxièmement, et s'agissant des immeubles, on ne saurait inférer du seul silence des textes la neutralisation du droit commun. Faut-il rappeler ici que le juge des procédures collectives n'a eu nul besoin par le passé d'un quelconque support textuel pour généraliser la faculté d'attribution judiciaire à tout gagiste ne poursuivant pas la réalisation du bien grevé, participant ainsi d'une formidable restauration des droits du gagiste si bien décrite par Hémard ? On voit mal pourquoi il devrait en aller différemment pour le créancier hypothécaire... L'attribution judiciaire d'un immeuble en cours de procédure devrait donc être offerte aux mêmes conditions que celles d'un meuble, c'est-à-dire pour l'essentiel en cas de liquidation. Pareille attribution serait un important vecteur d'efficacité : il s'agit en effet d'une « arme absolue », étrangère au classement, et de nature à redonner l'avantage au privilège du prêteur de deniers et à l'hypothèque conventionnelle dans la concurrence effrénée que leur livrent les cautionnements mutualisés.. » ; Contra : J.-L. VALLENS, « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives », *RLDA* juill. 2006, p. 75 et s.*

<sup>886</sup> Sur une plus ample analyse, v. *infra*, n° 625.



nombreuses exceptions. En effet, si le droit de propriété eut été le critère fondant l'exclusivité, cela aurait impliqué que chaque propriété-sûreté soit exclusive ; or ce n'est pas le cas en droit positif.

**293. Opposabilité à l'égard des tiers** – La possession a pour effet d'éviter tout conflit avec des créanciers sur les biens objets de la propriété-sûreté. La situation de fait, résultant de la mainmise du créancier sur le bien grevé, fait obstacle à toute situation de concours avec les autres créanciers titulaires de sûretés qui sont par hypothèse sans dépossession. Nous retrouvons ainsi le même principe que pour les sûretés réelles traditionnelles avec dépossession : le débiteur est contraint de payer le créancier afin de récupérer la chose. Par l'effet de la possession du bien, la sûreté<sup>887</sup> – s'accompagne d'un droit exclusif. Le raisonnement se vérifie au regard de la force de la fiducie-sûreté avec dépossession portant sur des meubles ou des immeubles : les droits des tiers étant paralysés par l'effet de la fiducie-sûreté avec dépossession que le débiteur soit *in bonis* ou fasse l'objet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité<sup>888</sup>.

**294. En cas d'ouverture d'une procédure collective** – En cas d'ouverture d'une telle procédure, l'article L.622-7 II du Code de commerce prévoit effectivement que le juge commissaire a la faculté de payer des créances antérieures au jugement d'ouverture, malgré l'interdiction de principe, « *pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité* ». Il en résulte que le créancier peut soit conserver le bien objet de la propriété-sûreté entre ses mains, soit le restituer contre paiement, d'où l'éviction du classement et avec lui du malheureux « jeu de massacre » des créanciers<sup>889</sup>.

**295. Le cas particulier de la cession « Dailly » et de la fiducie-sûreté sur créances** – Le régime juridique de la cession Dailly ayant été appliqué à celui de la fiducie-sûreté portant sur des créances<sup>890</sup>, nous verrons le mécanisme d'opposabilité de ces deux

---

<sup>887</sup> La nature du droit dont dispose le créancier bénéficiaire d'une propriété-garantie est âprement discutée. Nous pensons que peu important la qualification en droit propriété ou droit de préférence absolu, l'exclusivité recherchée naîtra de la seule possession du bien ; le pouvoir de fait de fait étant plus forte que la qualification juridique apportée à la sûreté. Sur la discussion relative à la qualification des propriétés-garanties, v. *supra*, n° 271 et s.

<sup>888</sup> V. *infra*, n° 672 et s.

<sup>889</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

<sup>890</sup> D'ailleurs, les règles relatives à l'opposabilité de la cession Dailly et de la fiducie-sûreté sur créances se rapprochent incontestablement du nantissement de créances.

garanties ensemble ; les solutions de la cession Dailly valant pour celles de la fiducie-sûreté sur créances. Ces deux propriétés-garanties reposent sur un mécanisme d'opposabilité en deux temps. En effet, la loi pose un principe d'opposabilité immédiate aux tiers dès la date apposée sur le bordereau<sup>891</sup> ou sur le contrat de fiducie<sup>892</sup>. La solution est logique en raison de l'opposabilité *erga omnes* attachée à toute constitution de sûreté réelle. Néanmoins, faute de possession des créances par le cessionnaire, la sûreté présente les mêmes faiblesses qu'une sûreté traditionnelle sans dépossession : malgré son opposabilité, l'absence de possession rend la cession fiduciaire vulnérable en cas de conflits avec d'autres créanciers ou lors de l'ouverture d'une procédure collective. En l'absence de notification<sup>893</sup>, la situation de fait laisse apparaître le pouvoir conservé par le constituant de gérer et recouvrer les créances. Partant, des conflits entre créanciers peuvent survenir. En une pareille situation, le conflit se résolve au profit du premier cessionnaire en date<sup>894</sup>. Une application stricte de la règle *prior tempore potio jure* ferait l'impasse sur les paiements réalisés de bonne foi du débiteur cédé à un second créancier cessionnaire qui lui aurait notifié la sûreté. En effet, la réalisation de la notification<sup>895</sup>, que ce soit en matière de cession Dailly ou de fiducie-sûreté portant sur des créances, constitue la volonté du créancier de prendre le pouvoir de gestion et de recouvrement desdites créances marquant ainsi sa mise en possession. Elle est ici juridique en ce que par l'effet de la loi, le créancier est réputé entreprendre la gestion et le recouvrement<sup>896</sup> sur les créances. Le cédant ne peut retrouver ses pouvoirs qu'une fois avoir satisfait le cessionnaire. La notification constitue en ce sens une défense de payer mettant fin au mandat existant avec le cessionnaire<sup>897</sup>. Partant, en cas de conflit sur une même créance entre un premier cessionnaire n'ayant pas notifié et un second cessionnaire ayant notifié, le paiement

---

<sup>891</sup> C.M.F., art. L.313-27 ; D. LEGEAIS, « Cession et nantissement de créances professionnelles – effet de la cession « Dailly » », *JCL. Civ. Code*, art. 2356 à 2366.

<sup>892</sup> C. civ., art. 2018-2 ; L. AYNÈS, P. CROQC et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 786.

<sup>893</sup> Une cession Dailly ou fiduciaire qui ne serait pas notifiée au débiteur de la créance cédée n'est pas un cas d'école. En effet, le caractère obscur de la sûreté est conforme à son esprit, en ce sens que cela permet d'éviter de rendre publique la garantie à l'égard du débiteur cédé, ce qui pourrait éveiller des soupçons sur la bonne santé financière de son créancier, ce qui est toujours néfaste pour les affaires. Plus particulièrement, l'esprit de la cession Dailly est de se fonder sur un rapport de confiance entre le cessionnaire et le cédant, lequel recouvrira de bonne foi les créances pour le compte de son créancier. V. en ce sens, D. LEGEAIS, « Cession et nantissement de créances professionnelles – effet de la cession « Dailly » », *JCl. Civ. Code*, art. 2356 à 2366.

<sup>894</sup> CH. LARROUMET, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990.II.15877 ; E. RACHEZ, « Loi « Dailly » : le concours du banquier cessionnaire avec les autres ayants droits du cédant », *RD Bancaire et bourse*, 1990, p. 144.

<sup>895</sup> F. K. DECKON, « La notification de la cession de créances professionnelles », *RTD com.*, 2006, p. 649 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité, thèse préc.*, n° 416 et s.

<sup>896</sup> En effet, les pouvoirs de gestion et de recouvrement caractérisent la réalisation d'actes de possession.

<sup>897</sup> C.M.F., art. L.313-28 ; C. civ., art. 2018-2 : dès la notification, le paiement n'est libératoire qu'entre les mains du cessionnaire.

réalisé par le débiteur cédé au créancier ayant notifié sera libératoire. La question s'est posée de savoir si le cessionnaire impayé disposait d'un recours contre le cessionnaire ayant reçu le paiement. Une partie de la doctrine estimait que le recours ne devait pas être ouvert au cessionnaire impayé en considérant que ce dernier avait pris, en toute conscience, le risque de ne pas notifier la cession au débiteur cédé<sup>898</sup>. Or la jurisprudence semble prendre le contrepied de ce raisonnement en admettant le recours du premier cessionnaire à l'endroit du second<sup>899</sup> sur le fondement de l'antériorité de son droit. La solution n'est pas sans rappeler la résolution du conflit entre un gagiste sans dépossession et un gagiste avec dépossession, lequel doit respecter l'antériorité des droits nonobstant la possession du bien, *in fine* son droit de rétention matériel<sup>900</sup>. Autoriser le recours du premier cessionnaire permet l'exercice d'un droit de suite au profit du créancier de premier rang tel qu'il existe en matière de sûretés réelles traditionnelles, constituant un outil juridique au service du respect du classement des créanciers selon leur rang. Au regard de la nature de la sûreté, le recours du premier cessionnaire s'expliquerait plutôt par l'effet translatif de la cession Dailly ou de la fiducie : le cédant ne dispose plus du pouvoir de consentir une seconde cession en raison du transfert des créances. Or nous cernons la limite de l'argument : le cédant serait toujours en mesure, en l'absence de notification, de gérer les créances mais ne pourrait plus consentir de sûreté, paralysant ainsi la validité des sûretés de second rang. Or ces sûretés de second rang ne sont pas réputées nulles par la Cour de cassation. Le créancier de second rang peut toujours conserver la soule après paiement du premier cessionnaire. Cela vaut dans l'hypothèse où le débiteur cédé s'est libéré entre les mains du cessionnaire ayant notifié. Le recours se conçoit ainsi dans une logique de rang des droits de préférence des créanciers. Or dans le cas où ce serait le cédant, qui gêné par la perte de ses pouvoirs de gestion, aurait satisfait, par un paiement volontaire, la créance du cessionnaire ayant notifié, par nature le cessionnaire de premier rang ne saurait exercer un recours à l'encontre du second cessionnaire ayant reçu le paiement sur le fondement de sa créance personnelle dans son rapport avec le cédant et non de la sûreté. En cela, la notification réalisant une mise en possession octroie au créancier une situation d'exclusivité. Surtout, l'exclusivité née de la possession – donc de la notification – se manifeste d'autant plus lors de l'ouverture d'une procédure collective : la notification

---

<sup>898</sup> Cass. com., 19 mai 1992, *Bull. civ. IV*, n° 190 ; *RTD com.* 1992, p. 655, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; *RD bancaire et bourse* 1992, p. 236, obs. F. CREDOT et Y. GERARD ; Cass. com., 18 avr. 2000 : *JurisData* n° 2000-001722.

<sup>899</sup> Cass. com., 19 mai 1992, arrêt préc. : l'arrêt tient compte de la date de naissance des droits pour justifier le recours du premier cessionnaire contre le second qui avait reçu paiement après avoir reçu sa notification

<sup>900</sup> V. *supra*, n° 278 et s.

constitue la condition subordonnant l'efficacité de la cession fiduciaire face à une procédure d'insolvabilité. Seul le cessionnaire ayant notifié peut recevoir le paiement. A l'inverse, en l'absence de notification, la cession est paralysée par la procédure d'insolvabilité sur le fondement de l'interdiction des poursuites individuelles, de sorte que le cessionnaire ne peut pas agir contre le débiteur afin de récupérer les sommes recouvrées<sup>901</sup>.

Finalement, la mise en possession du créancier par la notification lui assure une exclusivité, surtout dans le cadre d'une procédure collective, ce qui est fondamental pour déterminer l'efficacité d'une garantie. Les solutions sont semblables en matière de sûretés traditionnelles et de propriétés-garanties, puisque l'ensemble de ces garanties connaissent une influence du fait de la possession du bien par le créancier et ce même lorsque l'assiette de la sûreté comprend des biens incorporels.

## ii. Propriétés-sûretés sans dépossession

**296. Atténuation de l'efficacité des propriétés-sûretés sans dépossession** – La propriété-sûreté est vulnérable en l'absence de dépossession. Le sort des propriétés-garanties sans dépossession ne fait donc pas exception à ce que nous avons observé au sujet des sûretés préférentielles. En effet, en l'absence de mainmise sur le bien, qui rappelons-le constitue la forme de publicité la plus efficace, la sûreté présente une fragilité en cas de conflits avec des tiers et lors de l'ouverture d'une procédure collective.

**297. Opposabilité des propriétés-sûretés sans dépossession lorsque le débiteur est *in bonis*** – L'efficacité de la propriété-sûreté sans dépossession face aux droits concurrents dépend de sa publication. En effet, lorsque la publication est effectuée sur un registre spécialement tenu à l'effet d'opposabilité, afin de porter à la connaissance des tiers la garantie, plusieurs conséquences en résultent. En matière mobilière, la neutralisation de l'article 2276 du Code civil est un indice de la force de la sûreté. Or la paralysie du jeu de cet article ne vaut qu'à l'égard des ayants-causes à titre particulier, les tiers détenant un droit provenant directement du constituant. En aucun cas, le créancier ne pourra opposer son droit à

---

<sup>901</sup> Sur une analyse du sort des sûretés sur biens incorporels en cas de procédure collective, v. *infra*, n° 673.

un sous-acquéreur dès lors que ce dernier est présumé n'avoir jamais eu connaissance de la garantie, sauf à prouver sa mauvaise foi...<sup>902</sup>

Dans les rapports avec les autres créanciers du constituant – que ce soit en matière mobilière ou immobilière –, ils sont par principe soumis à la règle de l'antériorité de leurs droits (en fonction de la date de publication de leurs sûretés, voire de constitution dans certains systèmes tels que pour la fiducie sûreté sur créances ou la cession Dailly). Il faudra aussi observer que face à un créancier titulaire d'une sûreté avec dépossession, le créancier bénéficiant d'une propriété-sûreté sans dépossession connaît bien des difficultés à rivaliser en raison de l'emprise matérielle sur le bien qui entraîne un pouvoir de blocage. Souvenons-nous de la décision faisant prévaloir le gage avec dépossession sur les droits du vendeur réservataire<sup>903</sup>. Le blocage du bien a pour effet de faire pression sur le débiteur qui est forcé de satisfaire le créancier rétenteur. Selon cette hypothèse, le créancier sans dépossession, qu'il soit titulaire d'une propriété-sûreté ou d'une sûreté traditionnelle, passe après le créancier rétenteur. Il ne saurait bénéficier d'un recours à l'encontre du créancier de second rang qui a reçu un paiement volontaire du débiteur, sans réalisation de la sûreté puisque le bien n'a par définition ni été vendu ni été attribué en propriété mais sera retourné dans le patrimoine du débiteur, de sorte que le droit de suite n'a pas vocation à se mettre en œuvre.

À défaut de publicité, la propriété-sûreté sera davantage chancelante face aux droits concurrents. En effet, sans publicité ni possession, son caractère occulte affaiblira nettement son opposabilité, pourtant si vitale à son efficacité. Partant, en matière mobilière, l'emploi de l'article 2276 du Code civil par les ayants-causes du débiteur sera pleinement efficace, qu'il s'agisse d'un tiers acquéreur ou d'un sous-acquéreur<sup>904</sup>.

**298. Illustration : la fiducie-sûreté assortie d'une convention de mise à disposition** – Ainsi, la fiducie-sûreté sans dépossession<sup>905</sup> n'échappe pas à l'observation, que

---

<sup>902</sup> En effet, l'article 2337 alinéa 3 du Code civil ne vise la paralysie de l'article 2276 du Code civil que pour le cas de l'ayant-cause à titre particulier. V. sur l'opposabilité du gage sans dépossession, R. BOFFA, « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », art. préc.

<sup>903</sup> V. *supra*, n° 281 ; Cass. com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 290 ; Cass. com., 28 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 300, *Defrénois* 1990, art. 34809, n° 73, n. L. AYNÈS ; Cass. com., 26 sept. 2006, n° 05-12.177.

<sup>904</sup> Sauf à prouver la mauvaise foi.

<sup>905</sup> La fiducie-sûreté peut elle aussi être avec ou sans dépossession. Dans ce dernier cas, les parties doivent prévoir une convention de mise à disposition des biens. V. C. civ., art. 2018-1 : « Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à

ce soit lorsque le débiteur est *in bonis* ou en cas de procédure d'insolvabilité. *De lege lata*, il n'existe pas de système de publicité organisé pour la publicité des propriétés-sûretés sauf pour le cas de la fiducie-sûreté portant sur un immeuble<sup>906</sup>. En effet, la loi du 19 février 2007 a introduit à l'article 2019 du Code civil l'obligation de publier la fiducie-sûreté sur un registre spécial, à peine de nullité, uniquement en matière immobilière. Le conflit avec les tiers sera réglé tel qu'en matière hypothécaire. Le créancier devra effectivement respecter la règle de l'antériorité du classement et subira les droits antérieurs. Pour les autres biens, le registre national des fiducies<sup>907</sup> n'est pas conçu pour assurer la publicité, *in fine* l'opposabilité, des fiducies en ce que les tiers ne peuvent y avoir accès. Le registre est uniquement à usage administratif. « Ceci a pour conséquence que la loi du 19 février 2007 ne permet pas de constituer avec suffisamment de sécurité pour le créancier une fiducie-sûreté sans dépossession ayant pour objet des biens meubles corporels puisque ce créancier court, par exemple, le risque de se voir opposer l'application de l'article 2276 du Code civil par un éventuel tiers acquéreur d'un bien donné en fiducie »<sup>908</sup>. La sûreté devient alors obscure, en ce que les tiers n'ont pas connaissance de l'existence du droit du créancier. Or l'opposabilité est subordonnée à la connaissance par les tiers de son existence. En raison de l'absence de publicité, le droit du créancier ne peut être opposé aux tiers, lesquels pourront en effet se prévaloir de l'article 2276 du Code civil. Lorsque la sûreté porte sur des créances, nous avons constaté que l'absence de mise en possession du créancier par la voie d'une notification de la créance au débiteur cédé a pour effet d'amoindrir l'efficacité de la garantie.

La faiblesse de la fiducie-sûreté sans dépossession se mesure surtout en cas d'ouverture d'une procédure collective, lorsque le débiteur présente une chance de rebondir<sup>909</sup>. En effet, son effet sera paralysé dans le cadre de la période d'observation et de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire<sup>910</sup>. Le créancier est donc placé dans une situation,

---

*usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire ».*

<sup>906</sup> L'existence d'un système de publicité abouti s'explique par la nature immobilière du bien et le régime inhérent à la publicité foncière. Sur la publicité foncière, v. *supra*, n° 524.

<sup>907</sup> C. civ., art. 2020.

<sup>908</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 784.

<sup>909</sup> Le seul avantage dont pourra bénéficier le créancier titulaire d'une fiducie sûreté sans dépossession sera de ne pas faire partie des comités de créanciers. Intégrer un comité de créanciers implique le risque de se voir imposer des décisions par la majorité. V. C. com., art. L. 626-30 al.4, L. 626-30-2 al.4, L. 626-32 al.3, L. 626-33 al.1.

<sup>910</sup> C. com., art. L. 622-23-1.

qui peut durer plusieurs années pour l'exécution des plans<sup>911</sup>, où son droit se retrouve neutralisé alors même qu'il est fondé sur un droit de propriété. Cela se confirme à la lecture de l'article L. 622-13 IV du Code de commerce qui pose la règle de la continuation des contrats en cours<sup>912</sup>. En principe, la fiducie-sûreté échappe à son application<sup>913</sup> sauf lorsqu'elle est assortie d'une convention de mise à disposition du bien<sup>914</sup>. Cela implique que le créancier ne pourra récupérer le bien qu'à la fin de la convention de mise à disposition, laquelle est par principe continuée sauf décision contraire du juge commissaire<sup>915</sup>. Ce n'est que lorsque le débiteur n'a plus de chance de se rétablir que la convention de mise à disposition prendra fin<sup>916</sup> permettant au créancier de récupérer le bien. Dans le cadre d'un plan de cession, la convention de mise à disposition peut continuer seulement avec l'accord du créancier. Le talon d'Achille de la fiducie-sûreté se loge là aussi dans l'absence de dépossession.

**299. La clause de réserve de propriété** – La propriété-sûreté peut résulter d'une propriété réservée<sup>917</sup>. La clause de réserve de propriété se définit comme étant la « convention

---

<sup>911</sup> Sur la durée des plans : P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2020, n° 1091 : « En vertu de l'article L. 626-12 du Code de commerce, il appartient au tribunal de déterminer la « durée du plan ». Il n'est toutefois pas entièrement libre à cet égard puisque ce texte fixe une durée maximum qui varie en fonction du débiteur concerné. Une limite générale de dix ans est imposée au tribunal par l'article L.626-12. Toutefois, cette limite est portée à quinze ans lorsque le débiteur est une personne exerçant une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime. Avant sa modification par la loi PACTE, l'article L.626-12 réservait cette limite de quinze ans à l'« agriculteur », ce qui, comme l'avait décidé la Cour de cassation, conduisant à ne l'appliquer qu'aux personnes physiques. La nouvelle rédaction a pour effet d'en faire bénéficier les personnes morales qui exercent une activité agricole. La modification s'applique non seulement aux procédures nouvelles mais aussi à celles qui sont en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi PACTE. Sont donc notamment concernées les personnes morales exerçant une activité agricole qui sont en cours de période d'observation et celles dont le plan est en cours d'exécution et qui pourraient solliciter sa modification afin d'obtenir un allongement à quinze ans des délais du plan ».

<sup>912</sup> Sur la règle de la continuation des contrats en cours : P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, n° 595 : les auteurs expliquent la *ratio legis* de la continuation des contrats en cours avant d'aborder le régime juridique de la règle. Ainsi, la « poursuite de l'activité, et même la réalisation des opérations de la procédure collective, ne sont possibles que si l'on assure au débiteur le maintien de ses relations contractuelles essentielles ; cela suppose que l'on contraigne et que, dans une certaine mesure, l'on sacrifie, au moins pour une partie de ses créances acquises, le cocontractant du débiteur » ; M.P. DUMONT-LEFRAND, TH. FAVARIO, « Procédure de sauvegarde », *JCl com.*, Fasc. 2152, n° 108, 112 ; M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Litec, 1994 ; C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.*, 2000 p. 783 ; F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd. 2014.

<sup>913</sup> P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, n° 653 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 791.

<sup>914</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 792 ; K. LUCIANO, « Fiducie-sûreté et plan de cession », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, ét. 9 ; P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009, 1313, n° 35.

<sup>915</sup> P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, n° 595.

<sup>916</sup> C. com., art. L. 641-11-1 IV.

<sup>917</sup> La clause de réserve de propriété fut toujours admise par la jurisprudence puisque aucune disposition ne venait la prohiber. Néanmoins, ce n'est que par la réforme du droit des sûretés intervenue le 23

par laquelle l'effet translatif d'un contrat est suspendu jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie »<sup>918</sup>. Le débiteur reste en possession du bien tandis que le créancier conserve sa propriété jusqu'au complet paiement de sa créance. L'absence de dépossession participe intrinsèquement de l'économie de la clause de réserve de propriété. Son domaine de prédilection se retrouve en matière de contrats de vente le plus souvent mobilière<sup>919</sup>. L'opposabilité de la clause de réserve de propriété se réalise sans aucun formalisme de publicité. Elle est réputée être opposable dès lors qu'elle a été prévue par un écrit<sup>920</sup>. Néanmoins, à défaut de système de publicité organisée, les risques sont identiques à ceux que l'on retrouve dans le cadre de la fiducie-sûreté sans dépossession portant sur des meubles corporels. Le droit du créancier réservataire tombera devant celui qui est en possession du bien sur le fondement de l'article 2276 du Code civil. En ce sens, la Cour de cassation reconnaît la suprématie du droit de rétention effectif<sup>921</sup> du gagiste avec dépossession sur le créancier réservataire<sup>922</sup>.

Lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur, l'efficacité de cette sûreté alors qu'elle est sans dépossession est préservée, à condition de respecter des

---

mars 2006 que sa nature de sûreté fut consacrée en intégrant la clause de réserve de propriété au sein du Code civil aux articles 2367 et suivants.

<sup>918</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 800 et s. ; C. civ., art. 2367.

<sup>919</sup> Bien qu'elles soient également autorisées à porter sur des immeubles. V. L. ANDREU, « Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière », *JCP N*, 2016 p. 1105 : l'auteur constate que la clause de réserve de propriété est peu usitée en pratique dans les ventes immobilières et vient démontrer tout l'attrait qu'elle peut représenter en la matière, notamment parce qu'elle permettrait d'apporter une situation bien meilleure au créancier en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acquéreur. Il explique ainsi que « son emploi dans les actes de vente assurerait au créancier réservataire une excellente garantie . Il échapperait notamment aux mesures d'effacement des dettes prévues dans le droit du surendettement ou aux contraintes que fait peser le droit des entreprises en difficulté sur les créanciers hypothécaires La clause pourrait même présenter un intérêt financier, en différant l'exigibilité des droits de mutation jusqu'au paiement du prix . Mais encore faudrait-il, pour cela, que les rédacteurs d'actes acceptent d'enfreindre la tradition qui les détourne à l'heure actuelle de la réserve de propriété. ».

<sup>920</sup> Sur l'exigence d'un écrit et son évolution, v. L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 801. L'article 2368 du Code civil exige en effet que la clause soit stipulée par écrit, ce qui rend la sûreté opposable. Le formalisme de la clause de réserve de propriété a fait l'objet d'une évolution. La Cour de cassation a en effet assoupli l'exigence. V. Cass. com., 19 févr. 1985, *Sté Iso*, *Bull. civ. IV*, n°68 : « L'opposabilité à la masse d'une clause de réserve de propriété n'est pas subordonnée à l'existence d'un accord écrit par l'acheteur ». Si la solution se concevait au regard de la volonté des parties, puisqu'il est tout à fait envisageable que la clause puisse être acceptée de manière implicite par l'acquéreur (ce qui peut se constater au regard de son absence de contestation quant à l'existence de la clause), la reconnaissance par le législateur d'une faculté de prévoir unilatéralement la clause de réserve de propriété se justifie moins. En effet, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1966 édicta aux termes de l'ancien article L. 621-122, alinéa 2 du Code de commerce l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à l'acquéreur et aux organes de la procédure collective sauf convention contraire.

<sup>921</sup> Néanmoins, la clause de réserve de propriété ne cèdera pas face au droit de rétention fictif. En ce sens, v. Cass. com., 5 avril 1994, n° 90-11.559, *Bull. civ. IV*, n° 146.

<sup>922</sup> V. sur les modalités de l'action en revendication dans le cadre d'une procédure collective : P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, n° 933 et s.



délais à peine de forclusion. En effet, selon les termes de l'article L.624-9 du Code de commerce, le créancier a la faculté de faire une demande amiable en revendication dans un délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure. En cas de refus par les organes de la procédure collective dans un délai d'un mois, le créancier réservataire dispose à nouveau d'un délai d'un mois afin de saisir le juge-commissaire d'une action en revendication, lequel décidera du sort du bien. L'absence de respect de ces délais emporte forclusion de l'action<sup>923</sup>. Le sort plus avantageux du créancier réservataire s'explique par la volonté de rassurer les vendeurs. Néanmoins, l'existence en nature du bien subordonne, en principe, la recevabilité de l'action en revendication du créancier réservataire<sup>924</sup>. Le destin plus heureux du créancier réservataire relève d'un choix législatif en vue de préserver les ventes. L'efficacité de la clause de réserve de propriété en procédures collectives fait figure d'exception.

**300. Le contrat de crédit-bail** – Le financement tant des entreprises que des particuliers se réalisent de plus en plus par la voie du crédit-bail<sup>925</sup>. L'accès à la propriété n'est plus un impératif poursuivi. Les statistiques révélées par l'Insee au sujet de l'emploi du crédit-bail en France évoquent très nettement cette évolution : en 2018, « *Les investissements*

---

<sup>923</sup> Or lorsque la clause de réserve de propriété a fait l'objet d'une publicité, en vertu des articles L. 624-10 et R. 624-14 et s. du Code de commerce, l'action en revendication se mute en action en restitution non susceptible de forclusion.

<sup>924</sup> En effet, pour que l'action en revendication aboutisse, il est nécessaire que le bien se retrouve en nature. Néanmoins, l'action pourra être intentée en cas d'incorporation du bien dans un autre bien. V. Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-23.424, *RTD civ.* 2015, p. 443, obs. P. CROCQ. Toutefois, le principe est assorti de trois tempéraments : la revendication pourra porter sur le prix de vente en cas de revente (C. com. art. L. 624-18) ; sur l'indemnité d'assurance en cas de destruction par cas fortuit (C. com., art. L. 624-18 ; C. civ., art. 2372) ; en présence d'un bien fongible (C. com., art. L. 624-16, al. 3 ; C. civ., art. 2369).

<sup>925</sup> En effet, le financement des biens professionnels a évolué ces dernières années. Le contrat de crédit-bail est fortement employé pour financer les biens des entreprises, leur permettant de « rentabiliser » le coût de manière comptable mais également fiscale. Les entreprises n'ont plus à cœur de devenir propriétaires des biens nécessaires à leur activité. V. en ce sens, TH. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Le financement par le crédit-bail : les incidences de la clause pénale en cas de défaut de paiement », *AJ Contrat*, 2017, p. 408 : « Parmi l'éventail de solutions à la disposition du chef d'entreprise pour financer un bien d'équipement, la figure du prêt traditionnel, consenti par un établissement de crédit, n'est pas isolée. C'est précisément tout l'objet de ce dossier que de démontrer qu'il existe de très solides alternatives permettant une mise en concurrence des différentes options. Le crédit-bail, par exemple, occupe une place très significative dans la gamme des techniques de financement envisageables. Il est vrai qu'il ne peut guère en être autrement : le crédit-bail est né dans le creuset du bien d'équipement. Ainsi, est-il depuis toujours considéré comme un « procédé de financement des investissements productifs ». Dans sa rédaction initiale, la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 l'avait tout d'abord réservé aux biens corporels de nature professionnelle, mobiliers comme immobiliers, et c'est par la suite que « la présence du crédit-bail dans le droit français comme technique de financement n'a cessé de s'affirmer », gagnant les rives de l'incorporel, manifestant ainsi le « crédit dont dispose cette technique contractuelle auprès du législateur » *ibid.* On comprend aisément pour quelles raisons les biens de l'entreprise (bureautique, informatique, parc automobile, etc.) constituent le terrain d'élection du crédit-bail. La technique s'y prête très bien. Par une étroite imbrication, peut-être même une symbiose, entre louage et promesse de vente, entre bail et crédit, le crédit-bail offre un instrument d'une grande sophistication ».

nouveaux financés par crédit-bail et location avec option d'achat (LOA) augmentent de nouveau. Ils atteignent 33,6 milliards d'euros (Md€) en valeur. L'activité continue d'être extrêmement dynamique auprès des particuliers : elle croît à un rythme similaire à celui de l'année précédente (+26,1 %), atteignant 9,5 Md€. Les investissements nouveaux auprès des entreprises accélèrent nettement par rapport à 2017 (+7,5 % après +0,9 %). Ils représentent ainsi 24,1 Md€ en 2018. Le dynamisme du crédit bail auprès des entreprises est porté par tous les types de contrats. Le crédit-bail immobilier rebondit en 2018 (+10,5 % après -29,5 %) pour atteindre 4,4 Md€. Les montants des contrats de crédit-bail mobilier (15,8 Md€) et des contrats de LOA auprès des entreprises (3,9 Md€) connaissent également de nettes augmentations (respectivement +5,8 % et +11,0 %) »<sup>926</sup>.

L'opposabilité du contrat de crédit-bail<sup>927</sup>s'opère par voie d'inscription<sup>928</sup>. Lorsque le contrat porte sur un meuble, la publication est effectuée sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est domicilié le crédit-preneur. A défaut, le crédit-bailleur a la charge de prouver l'existence de son droit de propriété et la mauvaise foi des tiers. Fort logiquement, la publicité a pour effet de paralyser l'application de l'article 2276 du Code civil dans les rapports entre le créancier et l'ayant cause à titre particulier du débiteur<sup>929</sup>. Néanmoins, la règle « *en fait de meuble, possession vaut titre* » reprendra toute sa vigueur face à un sous-acquéreur du bien. En matière immobilière, il est opéré un renvoi au régime de la publicité foncière tel qu'en matière hypothécaire<sup>930</sup>. Partant, la règle applicable sera celle du respect du classement des créanciers selon l'antériorité de leur droit. Les droits du créancier sont sacrifiés dans le cadre des procédures d'insolvabilité. En effet, il est présumé que les biens objets des contrats de crédit-bail sont nécessaires à la poursuite de l'activité du débiteur.

---

<sup>926</sup><https://www.insee.fr/fr/statistiques/4253400>

<sup>927</sup> Sur la définition du crédit-bail et son régime juridique, v. *supra*, n° 145.

<sup>928</sup> Le système de publicité est organisé aux termes des articles R. 313-4 à R.313-14 du Code monétaire et financier (Décr., 4 juill. 1972, art. 1 à 9).

<sup>929</sup> La règle joue uniquement en présence d'un ayant-cause à titre particulier : Cass. com., 14 oct. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 257 ; D.-R. MARTIN, « Location et possession : du bien loué et revendu », *JCP G*, 1998, I. 1121.

<sup>930</sup> Sur le fait que la publicité foncière ne soit pas adaptée au crédit-bail, v. L. AYNES, P. CROCQ et A. AYNES, *op. cit.*, n° 807 : « *En effet, la publicité foncière a pour objet de protéger les tiers ayant acquis, sur un bien appartenant au débiteur, un droit concurrent à celui du créancier. Or, en matière de crédit-bail, le bien n'appartient pas au débiteur, crédit-preneur, mais au crédit-bailleur. En conséquence, si les formalités de publicité ne sont pas accomplies, cela n'empêchera pas le crédit-bailleur de pouvoir opposer son droit de propriété aux créanciers du crédit-preneur, et notamment aux organes de la procédure collective de ce dernier, car ils ne sont pas des tiers au sens de la publicité foncière* ». *Adde*, v. Cass. com., 15 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n° 89 ; *RTD civ.* 2001, p. 634 et s., obs. P. CROCQ.

En cas de chance de rebond, le crédit-bail est régi par le principe de continuation des contrats en cours. En contrepartie du maintien du contrat, le crédit-preneur a l'obligation de payer les loyers mais sans qu'il ne soit possible de lui réclamer le paiement des loyers antérieurs<sup>931</sup>. Dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le créancier demeure soumis au classement. La cession forcée du bien est autorisée sur le fondement de l'article L.642-7 du Code de commerce. En pareille hypothèse, le cessionnaire dispose de la faculté de lever l'option en payant les sommes dues, et ce dans la limite de la valeur du bien. Néanmoins, en cas d'ouverture d'une procédure collective, « *les avantages du crédit-bail sont réduits* » puisque le contrat est soumis au régime des contrats en cours<sup>932</sup>.

**301. Opposabilité des propriétés-sûretés sans dépossession dans les procédures collectives** – Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, l'effet de la publicité n'a aucune incidence sur la force de la sûreté. Le devoir de sauver le débiteur reste privilégié face aux droits des créanciers. Le traitement de leur situation se réalise au cas par cas, selon le type de sûreté<sup>933</sup>. Néanmoins, nous pouvons remarquer que l'absence de dépossession des biens empêche de procurer au créancier une exclusivité, en ce que toutes les sûretés sans dépossession, qu'elles soient fondées sur un droit de propriété ou un droit de préférence traditionnel, seront paralysées sauf dans le cas de la procédure de liquidation judiciaire (mais leur sort ne sera guère à envier non plus !).

## 2. Prise en compte de la corporalité du bien

---

<sup>931</sup> C. com., art. L. 622-21.

<sup>932</sup> L AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 808 : « *Cependant, les avantages du crédit-bail sont réduits en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire à l'encontre du crédit-preneur. Comme le crédit-bail est un contrat en cours, l'administrateur pourra décider de le continuer (C. Com., art. L. 622-13), en contrepartie du paiement des loyers et sans que le crédit-bailleur puisse invoquer le non-paiement des loyers antérieur au jugement (C. com., art. L. 622-21). Naguère, le crédit-bailleur devait, en outre, exercer la revendication du bien dans le délai fixé par l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985, comme s'il s'agissait d'une réserve de propriété, même si l'administrateur n'avait pas encore pris parti sur la poursuite du contrat. A défaut, si, finalement, celui-ci décidait de ne pas le poursuivre, le crédit-bailleur perdait son droit de propriété, faut de pouvoir revendiquer. La loi du 10 juin 1994 a mis fin à cette situation anormale, à l'égard des contrats de crédit-bail qui ont fait l'objet d'une publicité (C. com., art. L. 624-10) : la revendication n'est plus nécessaire. La Cour de cassation avait, en outre, affirmé que la revendication n'était pas nécessaire, sous l'empire de l'ancien article 115, lorsque le crédit-bail avait été poursuivi par l'administrateur et même lorsqu'il avait expressément décidé de ne pas le poursuivre, mais cette jurisprudence n'est plus d'actualité et aujourd'hui seul l'accomplissement de la formalité de publicité justifie le fait que le crédit-bailleur soit dispensé d'agir en revendication* ». P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, n° 956.

<sup>933</sup> Sur le régime juridique des sûretés pour soi dans le cadre d'une procédure collective, v. *infra*, n° 659.

### 302. Substitution du critère de la mobilité du bien par celui de la matérialité –

La nature des biens influence nécessairement le régime des sûretés réelles. Leur classification suit d'ailleurs la *summa divisio* du droit des biens, fondée sur le critère de la mobilité. Nous avons pu observer que ce critère de distinction a tendance à devenir subsidiaire<sup>934</sup>, puisque le critère utile à la compréhension du droit positif réside en l'exclusivité, laquelle se fonde sur la possession du bien. La notion de possession est directement liée à la matérialité du *corpus*. La possession sur un bien corporel, qu'il soit mobilier ou immobilier, se conçoit aisément. Le bien corporel peut ainsi faire l'objet d'une possession réelle – par l'accomplissement d'actes matériels extériorisant à tous le pouvoir de fait exercé sur la chose – ou une possession juridique par l'accomplissement d'une formalité en inscrivant le droit sur un registre. Dans ce dernier cas, la possession est purement intellectuelle, de sorte que le possesseur réel reste le constituant de la sûreté par exemple. Le bien est totalement soumis à son emprise, contrairement à l'hypothèse d'une possession réelle où ce sera le créancier possesseur qui disposera de la maîtrise du bien.

### 303. La possession des biens incorporels : l'analyse d'Anne Pélissier –

Tel que le relève le professeur Anne Pélissier, la reconnaissance de la possession des meubles incorporels se heurte à un obstacle, celui de l'absence de *corpus*. Elle constate ainsi que « *naturellement, l'élément subjectif de la possession peut se manifester aussi bien sur un meuble corporel que sur un meuble incorporel. L'intention de se comporter comme le propriétaire du bien ne dépend en aucune façon de la nature du bien (...). Il en va différemment pour l'élément objectif de la possession classiquement défini comme l'appréhension matérielle de la chose. Comment peut-on concevoir un contact physique exempt de matérialité ?* »<sup>935</sup> Traditionnellement la possession s'analyse en un pouvoir de fait par opposition à la propriété qui est l'exercice d'un pouvoir de droit sur la chose<sup>936</sup>, nécessitant une emprise physique sur la chose.

Or la conception classique de la possession s'étant établie dans l'ombre de la propriété, la notion manque alors inévitablement d'autonomie. Le *corpus* possessoire se conçoit comme une emprise matérielle sur le bien. L'évolution de la nature des biens commande un

---

<sup>934</sup> V. *supra*, n° 237.

<sup>935</sup> A. PELISSIER, thèse préc., n° 25 : les travaux de l'auteur s'attèlent à démontrer les insuffisances de la conception classique du *corpus* étant entendu comme des actes purement matériels afin d'admettre l'existence d'une possession des meubles incorporels.

<sup>936</sup> V. *supra*, n° 303.

élargissement de la perception de la notion. L'analyse renouvelée du pouvoir de fait opérée par Mme Anne Péliissier dans sa thèse de doctorat emporte la conviction tant elle apporte une compréhension de la possession en tant que notion autonome, détachée du droit de propriété, et aussi une meilleure adaptation à l'évolution de la nature des biens en incorporant les biens incorporels dans son domaine d'application. Selon l'auteur, dans les rapports entre le possesseur et le bien, le pouvoir de fait s'exerce par son utilisation économique par l'accomplissement d'actes matériels – en présence d'un bien corporel –, ou d'actes juridiques en présence d'un bien incorporel<sup>937</sup>. Elle explique en effet que l'« *on peut alors distinguer deux formes d'appréhension qui vont coexister dans la seule notion de pouvoir de fait. Une appréhension matérielle, toujours de rigueur pour la plupart des meubles corporels, et une appréhension que l'on pourrait qualifier de plus intellectuelle, adaptée aux meubles incorporels (...), il coexistera donc, au sein du pouvoir de fait, un pouvoir matériel et un pouvoir abstrait selon la nature de la chose à appréhender* »<sup>938</sup>. Dans les rapports avec les tiers, Mme Anne Péliissier explique que le pouvoir de fait se concrétise, en sus d'une « *conscience sociale* » des tiers<sup>939</sup>, par l'existence de « *signes* »<sup>940</sup>, définis comme « *une assise matérielle qui, sans constituer par lui-même le pouvoir abstrait, lui assure une certaine visibilité* »<sup>941</sup>. Partant, le pouvoir de fait s'extériorise par des actes matériels tels que la conception classique l'enseigne mais aussi par des actes juridiques<sup>942</sup>. Nous rejoignons entièrement la conception de l'auteur quant à la possession des biens incorporels qui se confirme à l'aune des sûretés réelles portant sur des biens incorporels.

**304. Coexistence d'une possession réelle matérielle et immatérielle** – La possession est soit réelle soit juridique, laquelle se réalise par l'accomplissement d'une inscription dans un registre de publicité. La possession réelle marque en principe l'emprise physique sur la chose. Selon cette acception, la possession d'un bien incorporel ne pourrait être que juridique faute d'emprise matérielle sur le bien. C'est ainsi que M. Frédéric Danos

---

<sup>937</sup> A. PELISSIER, thèse préc., n° 223 et s.

<sup>938</sup> A. PELISSIER, thèse préc., n° 225.

<sup>939</sup> A. PELISSIER, thèse préc., n° 230 et s.: « *Nous empruntons le terme conscience sociale à la conception allemande de la possession, au terme de laquelle, seule l'impression des tiers valorise la situation de fait en un rapport de possession. En effet, le pouvoir de fait ne se manifestera aux tiers que lorsqu'ils auront procédé à une interprétation des signes, que lorsque la vision des signes leur aura suggérée l'existence du pouvoir de fait. C'est alors qu'interviendra la conscience sociale du pouvoir de fait. Les tiers verront dans le titulaire du pouvoir de fait le maître de la chose, son possesseur* ».

<sup>940</sup> A. PELISSIER, thèse préc., n° 228 et s.

<sup>941</sup> A. PELISSIER, thèse préc., *ibid.*

<sup>942</sup> A. PELISSIER, thèse préc., n° 229.

considère au sujet de la possession des créances qu'il s'agit d'une possession juridique toute aussi efficace que la possession réelle<sup>943</sup>. Mais alors si celle-ci produit les mêmes effets que la possession réelle, pourquoi ne pas considérer qu'il existerait aux côtés de la possession réelle (matérielle) une possession réelle immatérielle ? Selon nous, la possession purement juridique vise l'effet attaché par le droit à l'accomplissement d'une formalité de publicité rendant opposable le droit réel : le signe se réalise ainsi par un acte juridique ; mais il manque le pouvoir abstrait tel qu'il est défini par Mme Anne Péliissier. En effet, la possession juridique ne confère pas au titulaire du droit publié la faculté d'exercer la moindre emprise sur le bien. Le droit de rétention fictif ne bloque en rien le constituant de la sûreté. La possession juridique réalise un effet uniquement dans le rapport avec les tiers en raison des effets attribués à la publicité. Néanmoins, dans le rapport avec la chose, le pouvoir est inexistant, ce qui marque l'existence ou non d'une exclusivité. Partant, nous considérons que les biens incorporels, à l'image des biens corporels, peuvent faire l'objet à la fois d'une possession réelle – immatérielle –, caractérisée par un pouvoir abstrait se manifestant par un acte juridique, et d'une possession juridique. La mainmise est immatérielle à l'image de la nature du bien, par l'effet, le plus souvent, d'une notification à l'actuel possesseur du bien, ce qui a pour effet de transférer la possession au créancier. Le nantissement de créance, le nantissement de compte bancaire, le nantissement de compte titres ou encore la cession Dailly prouvent l'existence d'une mise en possession par une manifestation de volonté adressée directement au possesseur du bien<sup>944</sup>. Nous croyons que la possession réelle immatérielle dispose de la même force que celle fondée sur une emprise physique, qui est supérieure à la possession juridique. Les sûretés fondées sur une possession matérielle ou immatérielle révèlent en effet une meilleure résistance que le débiteur soit *in bonis* ou placé en procédure d'insolvabilité<sup>945</sup>.

**305. Épreuve de la proposition : la cession et le nantissement de créance** – Le nantissement de créance ou la cession Dailly constituent des exemples topiques permettant de se convaincre de l'existence d'une possession réelle et immatérielle. En effet, dans le cas de ces deux sûretés, l'une dite préférentielle et l'autre dite exclusive, la faculté est octroyée au

---

<sup>943</sup> F. DANOS, thèse préc., n° 419.

<sup>944</sup> V. *infra* n° 673.

<sup>945</sup> Les solutions actuelles manquent parfois de cohérence en ce qu'elles vont reconnaître l'effet de la possession immatérielle pour certaines sûretés et le refuser pour d'autres. Le sort réservé au créancier titulaire d'un nantissement de compte bancaire le démontre puisque la Cour de cassation lui refuse la faculté de retenir le solde créditeur au jour de l'ouverture d'une procédure collective. V. *infra*, n° 676.

créancier de notifier la sûreté au débiteur de la créance cédée. La notification ainsi réalisée a pour effet de conférer au créancier une situation d'exclusivité par la reconnaissance d'un droit de rétention<sup>946</sup>, ce qui a été reconnu par la Cour de cassation<sup>947</sup>. Ce droit de rétention est selon nous à différencier du droit de rétention fictif naissant de l'inscription de la sûreté sur un registre. En effet, la notification ou l'acceptation du débiteur cédé engendre un pouvoir de blocage sur la créance, puisque son utilisation, à savoir son paiement, ne peut se réaliser qu'entre les mains du créancier à peine de ne pas être libératoire. Concernant le nantissement de compte bancaire, dont le régime juridique est entièrement calqué sur celui du nantissement de créance, nous verrons qu'il doit être pareillement reconnu l'existence d'une possession réelle emportant avec elle un droit de rétention effectif<sup>948</sup>.

**306. Contre-épreuve de la proposition : le nantissement de compte-titres** – Le nantissement de compte-titres pourrait constituer un argument en défaveur de la reconnaissance d'une possession réelle des biens incorporels. En effet, bien qu'un droit de rétention soit conféré par le législateur<sup>949</sup>, les auteurs s'accordent pour considérer que celui-ci est fictif dès lors que le constituant conserve le pouvoir de gestion sur le bien. Ainsi, la possession serait en l'occurrence juridique et non réelle. En effet, la possession est considérée comme étant réalisée par entiercement par le titulaire du compte-titres. Il est précisé que pour autant, il n'y a pas de transfert de la possession puisque le constituant du nantissement conserve son pouvoir de gestion sauf à ce qu'il transfère expressément la gestion au créancier. Or l'entiercement représente en principe une possession *corpore alieno*, de sorte que justement le constituant ne doit pouvoir exercer aucun acte sur le bien grevé. La possession par le titulaire du compte-titres n'est donc pas par entiercement lorsque celui-ci doit répondre aux instructions du constituant. Elle le sera lorsque le créancier en a le pouvoir. La possession demeure donc juridique lorsque le constituant conserve le pouvoir sur le compte-titres. Le droit de rétention qui en résulte est donc bien fictif.

---

<sup>946</sup> Sur la notification dans le cadre du nantissement de créances, v. M. JULIENNE, *Nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, 2012, n° 147 et s. : « Il est vrai qu'à compter de la notification, le constituant ne peut plus obtenir paiement de la créance et subit à ce titre une forme de blocage. Le paiement qui serait fait au constituant ne serait pas valable, et c'est par son inopposabilité que va se manifester la rétention de la créance(...) ». L'auteur vient nuancer le constat : « Pourtant, ce seul constat ne suffit pas à conclure avec certitude à l'existence d'une situation d'exclusivité au profit du titulaire du nantissement. En effet, le fait que le constituant ne puisse obtenir paiement de la créance à compter de la notification n'implique pas nécessairement que cette paralysie s'impose aux tiers pratiquant une saisie concurrente. Si l'existence du blocage de la créance est incontestable, sa portée demeure incertaine ».

<sup>947</sup> Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, *Bull. civ.* IV, n° 94.

<sup>948</sup> V. *infra*, n° 676.

<sup>949</sup> C.M.F., art. L.211-20.

307. **Conclusion de paragraphe** – Que le débiteur soit *in bonis* ou fasse l'objet d'une procédure d'insolvabilité, le salut du créancier se loge dans la possession réelle du bien grevé de la sûreté, que celle-ci soit matérielle ou immatérielle en présence d'une chose incorporelle. En l'absence d'une telle possession, le droit du créancier sur le bien n'est pas infaillible, surtout en cas d'ouverture d'une procédure collective.

308. **Conclusion de la Section II** – L'exclusivité des sûretés pour soi représente le critère de distinction d'une sûreté efficace. *De lege lata*, une nouvelle subdivision voit le jour opposant les sûretés exclusives aux sûretés préférentielles. La recherche de l'exclusivité, rendue nécessaire par le triste sort des créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective, explique l'émergence de cette classification venant surplomber la traditionnelle distinction entre sûreté mobilière et immobilière. L'évolution va d'ailleurs dans le sens du changement de paradigme que nous pouvons aujourd'hui observer. Nos considérations modernes ont glissé d'un souci de protection de la richesse immobilière à un impératif de préservation des droits du créancier. L'impact n'est plus tant la nature mobilière, laquelle est relégué à un rôle de classification subsidiaire, mais la volonté de procurer une sûreté efficiente au créancier. La subdivision des sûretés exclusives et préférentielles ne se réalise pas à raison de la nature du droit conféré par la sûreté mais par l'effet de la possession. La position inexpugnable du créancier se justifie en effet par le pouvoir de fait : la mainmise sur le bien renforce inévitablement l'opposabilité de son droit.

309. **Conclusion du Chapitre II** – La classification des sûretés pour soi ne doit pas se fonder sur le risque inhérent à la sûreté tel que cela est pourtant le cas pour les sûretés pour autrui. L'intérêt du constituant implique nécessairement que le risque soit attaché au droit de créance et non à la sûreté en elle-même. Le droit de créance préexistant ouvre la voie d'accès aux biens du constituant par l'effet du droit de gage général. L'impératif n'est donc pas de préserver le constituant face à un risque de surendettement (cette protection devant se réaliser en amont de la sûreté), mais au contraire de favoriser la poursuite de son intérêt en rassurant la confiance du créancier par l'existence de sûretés efficaces. L'observation explique l'émergence de la subdivision des sûretés exclusives et préférentielles. Instinctivement, il eut été tentant de fonder l'opposition sur la nature du droit octroyé au créancier, *in fine* en opposant les sûretés préférentielles des propriétés-garanties. Or la porosité de la délimitation entre ces deux familles de sûretés interroge sur sa réalité. Certaines sûretés préférentielles



aboutissent sur une exclusivité tandis que des propriétés-sûretés se trouvent paralysées. Au-delà de la nature du droit octroyé au créancier, qu'il soit un droit de préférence ou un droit de propriété, le critère de distinction repose sur la possession. L'efficacité de la sûreté est débitrice de la possession. La solution est logique dès lors que l'efficacité d'une sûreté, plus généralement d'un droit réel, résulte de son opposabilité. Or la possession réelle représente le mode d'opposabilité des droits le plus fort. Le droit des procédures collectives, véritable épreuve pour l'efficience des sûretés, prouve l'existence de la distinction entre les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives fondées sur la possession par la reconnaissance de la force des sûretés avec dépossession. Lorsque le débiteur est resté en possession du bien, il faudra une intervention du législateur pour assurer la résistance de la sûreté, tel que pour le cas de la clause de réserve de propriété.

**310. Conclusion du Titre II** – La classification interne des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui répond à leur cause. Alors que la subdivision des sûretés pour autrui reflète un degré de préservation des intérêts du garant en raison du risque supplémentaire qu'il prend sur son patrimoine, celle des sûretés pour soi s'attache à les distinguer selon leur caractère plus ou moins efficace. La résonance de l'intérêt est prégnant.

Ainsi, les classifications proposées laissent entrevoir deux idées forces : un objectif de protection dans le cas des sûretés pour autrui et d'efficacité dans le cadre des sûretés pour soi. La protection du garant est susceptible de degré en fonction de deux critères : la qualité du garant et la nature du risque pris. La préservation des intérêts doit en ce sens être renforcée face à une personne physique contrairement à une personne morale tandis qu'en présence d'un garant personne morale, le régime de protection se déploie lorsque l'engagement de la société est dépourvu de contrepartie patrimoniale accentuant ainsi la prise de risque. Les sûretés pour soi, n'étant pas source d'un risque de surendettement supplémentaire pour le constituant, qui est par définition déjà débiteur du bénéficiaire de la sûreté, ne sauraient imposer un régime de protection renforcé. L'impératif est d'assurer leur efficience économique afin de satisfaire l'intérêt du constituant et plus généralement favoriser le crédit en France. Partant, se démarque une distinction selon que la sûreté octroie une situation d'exclusivité au créancier ou une simple préférence dans le classement des créanciers par rang ; l'exclusivité résultant de l'existence d'une possession, laquelle fait naître une opposabilité absolue. La résistance aux procédures collectives, le paiement volontaire,

l'opposabilité absolue sont autant d'effets des sûretés avec dépossession qui assurent leur plus grande force.

311. **Conclusion de la Première Partie** – L'émergence de la distinction entre les sûretés pour autrui et les sûretés pour soi, déduite de l'observation du droit positif, y compris dans le cadre des procédures collectives, se fonde sur la cause catégorique interprétée comme étant l'intérêt au contrat. Les intérêts du constituant à s'engager à garantir sa propre dette ou celle d'un tiers se distinguent, voire s'opposent.

Les sûretés pour autrui tirent leur caractère risqué de leur cause. S'engager de manière altruiste ou tout au plus en considération de retombées patrimoniales, par nature indirectes, n'apporte guère de cause – pris dans la fonction de contrepartie cette fois – suffisante au risque de surendettement supplémentaire inhérent à la sûreté. A l'inverse, l'intérêt patrimonial direct du constituant d'une sûreté pour soi implique l'obtention concomitante ou préexistante d'une contrepartie : l'octroi du crédit.

Ainsi s'institue la distinction des sûretés pour soi et pour autrui, sur un critère mettant en lumière leur différence fondamentale. L'influence de la distinction sur le régime juridique des sûretés aboutit à l'élever au rang de *summa divisio* fondamentale des sûretés (Partie II).



## SECONDE PARTIE

### L'INFLUENCE DE LA DISTINCTION

312. **Une distinction élevée au rang de *summa divisio*** – L'influence de la distinction sur le régime des sûretés autorise de l'élever au rang de *summa divisio* fondamentale du droit des sûretés. Les difficultés que nous pouvons remarquer en droit positif disparaissent à mesure que nous raisonnons selon la distinction proposée. Il en est ainsi fini du rejet schizophrène de la notion de cautionnement réel, de la difficile qualification de la délégation incertaine, de la confusion régnant en cas d'ouverture d'une procédure collective, etc. La clarification des règles applicables apporte une lisibilité absolument nécessaire à la sécurité juridique mais également à l'attractivité du droit français. Or un droit des sûretés efficient et cohérent favorise le crédit, ce qui est essentiel pour assurer une économie forte. Outre une meilleure lecture du droit positif, la distinction entre les sûretés pour soi et pour autrui, fondée sur l'intérêt au contrat, permet d'identifier les points d'amélioration. Ainsi, l'impératif de protection des garants pour autrui doit guider l'élaboration de règles communes. La limitation de la protection à la seule caution, personne physique, est manifestement injustifiée. C'est en cela que les distinctions sont utiles au droit. Elles permettent de ventiler des règles communes entre les catégories opposées. L'influence de la distinction sur le droit positif, et sur ce qu'il pourrait être, manifeste son caractère fondamental. L'observation se confirme au regard de la réception de la *summa divisio* en droit des entreprises en difficultés.

313. **Méthodologie : la ventilation de règles communes au sein d'un régime primaire** – L'élaboration d'un régime primaire impose d'adopter de choisir entre deux méthodes : soit en laissant le juge être maître de la construction ; soit en édictant des règles communes écrites dans la loi. Demolombe définissait la loi comme « *une règle établie par*

*l'autorité qui, d'après la constitution politique, a le pouvoir de commander, de défendre ou de permettre dans toute l'étendue de l'État* »<sup>950</sup>. La France s'inscrit dans une tradition de droit écrit. À l'époque révolutionnaire, « *la loi apparaît comme l'expression de la volonté générale* »<sup>951</sup>. Le légicentrisme, fruit de la Révolution française, consacre à la loi une place essentielle. Elle est la source du droit étatique. Le droit doit ainsi être préalablement prévu par une règle édictée par une autorité pour ensuite être prononcé et appliqué par le juge<sup>952</sup>. Les pays de *Civil Law* sont bercés par cette conception dans la création de la règle de droit dont l'influence historique remonte très certainement aux compilations de Justinien<sup>953</sup>.

En France, la jurisprudence est devenue au fil du temps une source de droit<sup>954</sup>. En effet, la Cour de cassation tend à devenir une Cour Suprême à l'instar de celle des États-Unis.

---

<sup>950</sup> CH. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, A. Durand, 1854, t. 1, chap. I, Titre préliminaire, chap. 1 : Demolombe en déduit que « *ce n'est qu'autant que la puissance publique a imprimé son autorité et sa sanction à ces préceptes, que l'accomplissement extérieur peut en être exigé. La suprême mission du législateur est précisément de concilier le respect dû à la liberté individuelle des citoyens avec le bon ordre et l'harmonie morale de la société* ». Il apparaît que celui qui édicte la loi est le législateur.

<sup>951</sup> CH. LARROUMET, A. AYNÈS, *Introduction à l'étude du droit*, op. cit., n° 177, n° 212. Adde, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, art. 6.

<sup>952</sup> « Discours de Robespierre à la Convention du 10 mai 1793 », in *Les grands discours de la culture juridique*, par W. MASTOR, J. BENETTI, P. EGEE, X. MAGNON, préf. R. BADINTER, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz : à la Convention, Robespierre assène que « *l'homme est né pour le bonheur et pour la liberté, et partout il est esclave et malheureux ! La société a pour but la conservation de ses droits et la perfection de son être, et partout la société le dégrade et l'opprime ! (...)* ». Parmi les « *conséquences pratiques* » à retenir, Robespierre proclame « *Commencez par modérer la puissance des magistrats.* ».

<sup>953</sup> P.-E. GIRARD, op. cit., p. 77 et s. : « *L'Empereur Justinien, appelé au trône en 527 par son oncle Justin et mort en 565, doit, dans l'histoire du droit romain, une célébrité unique aux compilations juridiques faites sous son règne et par son ordre, probablement à l'instigation de son favori Tribonien. Le travail fut commencé dès 528, par les leges. Une commission fut chargée, le 15 février de cette année, de réunir en un recueil unique les constitutions en vigueur en refondant les trois Codes antérieurs, en ajoutant les constitutions postérieures non abrogées et en supprimant les répétitions et les contradictions. L'œuvre fut terminée en 529 et le Code publié le 7 avril pour avoir force de loi à partir du 16 (...)* ».

<sup>954</sup> Un débat opposait deux conceptions relatives à l'effet créateur de la jurisprudence, entre les réalistes et les pluralistes. Ces derniers considèrent que la jurisprudence est une source de droit au même titre que la loi, tandis que les réalistes ne la considèrent pas comme tel mais comme une autorité. V. Introduction à Raymond Saleilles, « Préface » de François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif privé*, A. Chevalier-Maresq & Cie, oct. 1899, p. 1 à 13 : Dans la préface à l'œuvre de Gény, avant de présenter les différentes méthodes d'interprétation de la loi, Saleilles explique le rôle nécessaire de l'interprète, en particulier de la jurisprudence : « *Voici près d'un siècle que nous vivons sur le malentendu d'une fiction qui a produit tous les avantages qu'elle était destinée à procurer, et dont, depuis quelque temps, nous ne sentons plus que les inconvénients. Il faut enfin revenir à la réalité. La fiction était de croire, non pas à proprement parler que la loi suffisait à tout – tout le monde sait qu'il n'est aucune loi qui puisse embrasser et prévoir tout l'ensemble des rapports juridiques – mais que la jurisprudence, et également la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu'au point de vue d'une recherche de volonté, et qu'elles ne faisaient que titrer les solutions logiques qu'eût acceptées le législateur ; non pas le législateur moderne, mais l'auteur même de la loi, que que fût l'intervalle à jeter en bloc entre le passé et le présent. Qu'on ait eu cette prétention aux époques tout à fait voisines de la mise en œuvre du Code civil, alors que l'on était sous l'influence immédiate des conditions sociales qui l'avaient inspiré (...) rien n'était plus justifié. Mais, depuis le milieu social a changé du tout au tout. D'autres idées se sont fait jour, non pas que les principes éternels de toute justice se soient modifiés ou altérés ; mais les applications qui dussent en être faites se présentent dans des conditions désormais toutes différentes (...)* ». Le

Pourtant la méthode d'élaboration du droit se distingue très nettement de celle des pays de *Common Law*. En Angleterre, l'œuvre de Justinien n'ayant pas été redécouverte, leur conception prend le contre-pied des pays de l'Europe Continentale. La révélation du droit se réalise *a posteriori*, par le juge. Plus encore, ce dernier n'a pas l'obligation d'appliquer l'Act du Parlement au cas jugé<sup>955</sup>.

La place du juge dans la création du droit doit être reconnue en France. Dans *Flexible droit*, le Doyen Jean Carbonnier apporte un regard éclairant par le prisme de la sociologie juridique. Il constate ainsi au sujet du « *premier théorème* » selon lequel « *le droit est plus grand que les sources formelles du droit* », qu'il « *s'est produit un élargissement progressif dans la conception des sources formelles du droit. Au XIXe siècle, l'Ecole de l'Exégèse régnant, on pouvait poser l'équation : droit égale loi. Puis vint GénY (1899), l'Ecole moderne ; l'équation s'élargit. Dans la conception dogmatique du XXe siècle, droit égale loi, plus coutume, plus jurisprudence (qui est, du reste, pour certains une espèce de coutume), plus pratique extra-judiciaire (les formulaires notariaux, les contrats des grandes entreprises, on admet volontiers que cela doit entrer dans une vision globale du droit. L'élargissement des sources formelles est patent* »<sup>956</sup>.

Malgré cette évolution, nous croyons que la tradition romaniste de droit écrit ne doit pas pour autant disparaître. Lorsque les décisions jurisprudentielles heurtent la nature des contrats et engendrent des incohérences, l'intervention du législateur apparaît nécessaire.

---

rôle de la jurisprudence dans l'interprétation de la loi est ainsi nécessaire, la hissant alors au rang des sources du droit.

<sup>955</sup> Sur l'élaboration de la règle de droit dans les pays de *Common Law*, v. CH. LARROUMET, A. AYNÈS, *Introduction à l'étude du droit*, op. cit., n° 176.

<sup>956</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1976 : le Doyen Carbonnier poursuit son analyse par le prisme de la sociologie juridique. « *Mais aux yeux des sociologues, il reste encore en deçà des réalités. Notamment quant aux jugements. L'équation classique à notre époque ne prend en considération les jugements qu'autant qu'ils constituent des déductions de la loi ou d'une règle de droit préexistante, ou bien parce qu'ils sont devenus règles de droit nouvelles en se consolidant (par la répétition et la hiérarchie) en jurisprudence. Or, il est des jugements qui ne sont pas l'application pure et simple de règles préexistantes, et d'autres qui ne se consolideront jamais en jurisprudence (des jugements qui ne tirent pas à conséquence, qui ne seront jamais répétés) (...). Ils constituent du droit, quoi qu'ils ne soient pas des règles de droit. Ce qui amène à poser une sorte de lemme, de proposition préliminaire : le droit est plus grand que la règle de droit. Le droit déborde de partout la notion de règle. Il y a toute une part du droit qui ne tient pas dans des commandements abstraits, généraux et permanents, mais qui est faite de décisions individuelles, de jugements spontanés et sans lendemain. Ils constituent du droit, quoiqu'ils ne soient pas des règles de droit. S'il existe un rapport entre le droit au sens sociologique et la théorie dogmatique des sources, ce n'est donc pas du côté des sources formelles – pour employer la terminologie de GénY – qu'il convient de le chercher, mais bien plutôt du côté des sources réelles* ».

*De lege lata*, les solutions, tant législatives que prétoriennes, appliquées en droit des sûretés manquent parfois de cohérence et de lisibilité justifiant l'intervention du législateur dans un souci de clarification<sup>957</sup>. C'est ainsi que nous proposons d'établir un régime primaire rassemblant les règles communes spécifiques aux deux familles de sûretés. L'intérêt de les répartir au sein d'un régime primaire est double : il a pour particularité de rendre applicable un ensemble de règles à une situation prédéfinie en raison de son caractère impératif et de mettre en exergue la distinction entre les règles inhérentes à chaque famille de sûretés en rendant le droit plus lisible.

314. **Plan** – Tant lors de la naissance et de l'existence de la sûreté (Titre I) qu'au cours de sa réalisation (Titre II), la distinction des sûretés pour soi et pour autrui influence directement et de manière substantielle la reconnaissance de règles communes, ce qui justifie de la considérer comme la *summa divisio* du droit des sûretés.

---

<sup>957</sup> Nous pouvons constater que l'avant-projet de réforme de droit des sûretés de l'Association Henri Capitant s'inscrit pleinement dans cette perspective.



## TITRE I

### NAISSANCE ET EXISTENCE DE LA SÛRETÉ

315. Pour élaborer le régime primaire applicable aux sûretés pour soi et pour autrui, nous prenons le parti de déterminer leurs règles propres selon ses étapes de vie. A l'instar de l'homme, la vie de la sûreté se fragmente par étape : de la naissance jusqu'à sa fin, le droit applicable diffère. L'approche est certes anthropomorphiste, mais elle a pour avantage de mettre en lumière les dispositions applicables à « chaque moment de vie » de la sûreté<sup>958</sup>. La naissance et l'existence du contrat vise ainsi ses conditions de formation, l'obligation qu'il fait naître, et le régime applicable qui va régir son existence. L'obligation engendrée ainsi que son encadrement reflète l'intérêt poursuivi par le constituant. Selon que ce dernier s'engage à garantir sa propre dette ou la dette d'un tiers, la structure contractuelle diffère complètement, ce qui emporte des conséquences sur le régime juridique.

316. **Plan** – La différence d'engagement pris par le constituant s'éclaire à la lumière de la distinction (Chapitre I), ce qui convainc de l'existence de règles communes inhérentes à chaque famille de sûreté, au cours de leur existence (Chapitre II)

---

<sup>958</sup> Les ouvrages sont d'ailleurs souvent séquencés selon cette méthode chronologique en séparant la formation de la sûreté, de ses effets.



## Chapitre I

### LA STRUCTURE DE L'OBLIGATION

317. **Nature de l'obligation en droit des sûretés** – *De lege lata*, la terminologie même de la distinction enseigne sur son fondement : les sûretés personnelles soumettent les garants à une obligation personnelle, tandis que les sûretés réelles en sont, par essence, dépourvues. Si l'opposition paraît fondée, nous avons pu observer qu'elle n'est pas pour autant infaillible. Le garant pour autrui consent évidemment une obligation personnelle, laquelle a pour effet de permettre au créancier d'agir contre elle alors même qu'elle n'est pas tenue à une dette *ab initio*. Domat fut l'un des premiers à associer les sûretés personnelles à la théorie des obligations puisqu'il exposait les sûretés après avoir analysé les obligations<sup>959</sup>. Pothier opérerait également un lien puisque dans son traité des obligations il étudie le cautionnement après les obligations<sup>960</sup>. Le rapport entre la théorie de l'obligation et les sûretés personnelles fut brisé lors de la codification de 1804, puisque celles-ci furent rapprochées des sûretés réelles « *qui n'ont pourtant avec elles aucune communauté technique* »<sup>961</sup>. Mais la particularité de l'obligation interroge. Finalement, que doit faire le garant ? Pouvons-nous résumer son engagement à une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner ?<sup>962</sup> En effet, tel que le relèvent les professeurs Zenati-Castaing et Revet, « *les sûretés personnelles forment une variété d'obligation, celle des obligations de garantie, obligations qui sont caractérisées par le fait qu'elles n'ont d'autre fonction que celle de garantir l'exécution d'une autre obligation* »<sup>963</sup>. En effet, ils expliquent que « *l'obligation, en elle-même, peut être un*

---

<sup>959</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *op. cit.*

<sup>960</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*

<sup>961</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, coll. droit fondamental, 1<sup>ère</sup> éd. 2013, n° 4.

<sup>962</sup> Sur la typologie classique des obligations, v. *infra*, n° 318.

<sup>963</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 4.

*instrument de garantie, grâce à la multiplication des débiteurs, comme dans la délégation, la solidarité, l'indivisibilité et l'obligation in solidum, ou par la création d'une obligation de garantie, ce qui est le domaine traditionnellement réservé aux sûretés personnelles. Ces constatations conduisent à trouver la place naturelle de l'obligation de garantie dans la théorie des obligations et rendent inconcevable la perspective de l'aborder en dehors d'elle* »<sup>964</sup>. L'obligation de garantie ne serait pas nouvelle. Elle appartiendrait à l'ancestrale obligation de *praestere*. Gaius avait en son temps mis en exergue aux côtés des obligations de faire et de donner, une obligation de *praestere*<sup>965</sup>. Sa disparition de la classique classification des obligations est très certainement due à l'absence de consensus des juristes sur le contenu de sa définition. Néanmoins, certains auteurs considèrent que l'obligation de garantie fait partie intégrante de l'obligation de prêter<sup>966</sup>. L'idée nous apparaît lumineuse, d'autant que Christian Mouly en fit une application particulière en matière de cautionnements de dettes futures, en opérant la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement<sup>967</sup>. La reconnaissance d'une analyse mixte des sûretés pour autrui, commune à l'ensemble de la catégorie, rend légitime l'intégration du cautionnement réel en réfutant l'analyse de la Cour de cassation<sup>968</sup>. Les deux familles de sûretés s'opposent ainsi puisque les sûretés pour soi ne font pas naître d'obligation personnelle.

**318. Plan** – L'obligation particulière du garant pour autrui (Section I) ne peut se retrouver au sein des sûretés pour soi (Section II). Ainsi débute la conquête de la *summa divisio* des sûretés pour autrui et des sûretés pour soi sur la classification actuelle.

---

<sup>964</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 4 : les auteurs illustrent leur observation en expliquant que « la proximité technique des institutions qu'elle recouvre milite en faveur de leur réintégration dans cette théorie. Le constitut, dont la garantie autonome n'est jamais qu'une réplique améliorée, a été une source d'obligation avant d'être employé comme sûreté. Le cautionnement est historiquement issu de la solidarité et conserve de cette origine de la solidarité et conserve de cette origine une communauté partielle de régime, outre des frontières poreuses avec cette technique, qui font qu'un cautionnement peut être solidaire et qu'à l'inverse, une obligation solidaire peut-être due sur le mode du cautionnement. Il est impossible de comprendre parfaitement le cautionnement sans le voisinage de la solidarité. Leur proximité fait que, dans maints domaines de la théorie des obligations, notamment la subrogation et la confusion, leur sort est abordé et réglé de concert ».

<sup>965</sup> GAIUS, *Institutes*, IV, 2

<sup>966</sup> En effet, les doctrines allemande et japonaise interprètent l'obligation de *praestere* comme comprenant l'obligation de garantie. V. en ce sens, N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » - donner, faire, ne pas faire ... et garantir », in *Mélanges en l'honneur de Christian Mouly*, II, p. 375 et s. ; « Donner et garantir – un siècle après ou une autre histoire », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, p. 473 et s.

<sup>967</sup> CH. MOULY, *Les Causes D'extinction Du Cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Paris, Librairies Techniques, Bibl. dr. de L'entreprise, 1979.

<sup>968</sup> Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, arrêt préc. : la Cour de cassation rejette l'application des dispositions protectrices du cautionnement à la caution réelle en considérant qu'elle ne s'est pas engagée personnellement de sorte qu'il ne s'agit pas d'un cautionnement personnel. V. *infra*, n° 336.

## SECTION I – L'OBLIGATION DU GARANT POUR AUTRUI

**319. Qualification de l'obligation de garantir la dette d'un tiers –** Traditionnellement, le garant d'une sûreté personnelle est considéré comme s'étant engagé au titre d'une obligation personnelle, plus précisément de payer, de faire ou de ne pas faire. Or le bât blesse lorsqu'il convient de transposer la solution au cautionnement réel dont on sait que la Cour de cassation a nié l'existence en considérant que la sûreté ne comporte pas d'obligation personnelle<sup>969</sup>, alors que nous avons pu observer que le cautionnement réel a entièrement sa place au sein de la catégorie des sûretés pour autrui : par définition, le constituant ne saurait jamais poursuivre la satisfaction d'un intérêt patrimonial direct puisqu'il s'est engagé à garantir la dette d'un tiers et non pas la sienne<sup>970</sup>. La qualification d'obligation personnelle du garant pour autrui ne poserait guère de difficulté si celle-ci n'avait pas été refusée au constituant d'une sûreté réelle pour autrui. Serait-ce le signe d'une limite à la *summa divisio* que nous portons ? Au contraire, nous croyons profondément que l'erreur est plutôt l'exclusion de la qualification du cautionnement réel du champ des sûretés personnelles. Mais alors, serait-ce juridiquement possible d'affirmer qu'une obligation personnelle puisse se réaliser sur un ou plusieurs biens en particulier ? Limiter le droit de gage général ne contreviendrait-il pas aux fondamentaux du droit civil ? Ces interrogations ne constituent pas un frein à la reconnaissance d'une obligation commune aux sûretés pour autrui. Pour cela, à l'appui d'un pan de la doctrine<sup>971</sup>, nous proposons d'adopter une analyse mixte du garant en procédant à l'extension de la théorie de Christian Mouly<sup>972</sup>. L'auteur a en effet su comprendre l'engagement dans le cadre d'un cautionnement de dettes futures en révélant son caractère mixte : la caution est tenue au titre d'une obligation de couverture et d'une obligation de règlement. Notre pensée s'inscrit directement et entièrement dans le mouvement doctrinal qui tend à l'extension de la théorie, révélant toute la vigueur de l'analyse de Christian Mouly, par la reconnaissance d'une obligation de garantie commune aux sûretés pour autrui.

---

<sup>969</sup> Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, arrêt préc.

<sup>970</sup> L'intermédiation du patrimoine du débiteur principal, réceptacle direct du crédit, fait obstacle à l'existence d'un intérêt patrimonial direct. V. *supra*, n° 183.

<sup>971</sup> V. *infra*, n° 337.

<sup>972</sup> CH. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc.

320. **Plan** – L'identité d'intérêt poursuivi par les garants pour autrui implique une identité de structure de leur obligation. Il convient dès lors de revenir sur la controverse relative à la nature de l'obligation de la caution (I) pour se convaincre de l'existence d'un principe général consacrant une analyse mixte de l'obligation du constituant d'une sûreté pour autrui (II).

## I. LA NATURE DE L'OBLIGATION DE LA CAUTION

321. **Émergence d'une analyse dualiste de l'obligation** – A première vue, la structure de l'obligation au sein du cautionnement personnel est unitaire : la caution s'engage au titre d'une obligation de satisfaire la dette du débiteur principal<sup>973</sup> si celui-ci n'y satisfait pas lui-même<sup>974</sup>. Par analogie, l'idée est transposable à chaque sûreté personnelle sauf que l'objet de l'obligation est forcément différent en fonction du type de garantie : le confortant s'oblige à une obligation de faire ou de ne pas faire, le garant autonome à une obligation de payer, etc. Néanmoins, la particularité d'une sûreté personnelle garantissant des dettes futures a révélé une analyse dualiste de l'obligation, dans le cadre d'un cautionnement de dettes futures, par le constat d'un dédoublement entre l'obligation de payer et la garantie du risque par la caution. C'est ainsi que la célèbre thèse de Christian Mouly sur les causes d'extinction a démontré l'existence d'une dualité en séquençant l'engagement de la caution de dettes futures<sup>975</sup> : ainsi est née la conception dualiste du cautionnement de dettes futures par la reconnaissance d'une obligation de couverture et de règlement.

322. **Plan** – La source de l'analyse mixte de l'obligation de la caution revient à la thèse de Christian Mouly qui a été cantonnée, par l'auteur, au cautionnement de dettes futures (A) ; la proposition d'étendre l'analyse au-delà de son cadre est selon nous fondée (B).

### A. Théorie de Christian Mouly cantonnée aux cautionnements de dettes futures

---

<sup>973</sup> Sur la nature de la dette principale, v. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*, n° 396 : « *On peut se rendre caution pour quelque obligation que ce soit : Fidejussor accipi potest est atiqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur* ».

<sup>974</sup> PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc., n° 277 et s. : l'auteur se pose la question de savoir si la caution peut être tenue en cas de défaillance à exécuter une obligation de faire. Selon lui, aucun argument légal ni théorique ne pourrait faire obstacle à une telle faculté. Pourtant, l'idée n'est pas admise en droit positif.

<sup>975</sup> CH. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 252 et s.

**323. Le cautionnement de dettes futures** – La difficulté qui se posait à l’égard d’un tel engagement fut de savoir s’il était valide en raison de l’indétermination de son objet : les dettes garanties sont par hypothèse incertaines en ce qu’elles vont dépendre d’événements futurs et incertains. L’indétermination des dettes garanties entraînait un questionnement. Le cautionnement de dettes futures pouvait-il recevoir la qualification de contrat alors que son objet n’est pas défini ? Finalement, comment caractériser l’objet de l’obligation dans le cadre d’un cautionnement de dettes incertaines ? Cet engagement pouvait-il être efficace ? Après des doutes quant à la validité d’un cautionnement de dettes futures<sup>976</sup>, il fut admis que l’engagement devait être considéré comme étant efficace. Ainsi, Domat estimait que l’engagement de la caution à garantir des dettes futures était parfaitement valable dès sa constitution<sup>977</sup>. Le cautionnement de dettes futures est depuis lors admis en droit français, conforté par la lettre du Code civil, puisque l’objet peut être seulement déterminable. L’article 1163 du Code civil enseigne qu’il « *consiste en une obligation principale à laquelle il suffira de se référer lors de l’exigibilité [et] les choses futures, en outre, peuvent être l’objet d’une obligation* »<sup>978</sup>. Certes la validité d’un tel engagement a été admise mais il manquait l’analyse de sa nature afin d’asseoir son existence mais aussi de préciser son régime juridique.

**324. L’analyse du cautionnement de dettes futures par Christian Mouly** – La thèse de Christian Mouly a su apporter un éclairage pertinent sur le fonctionnement du cautionnement de dettes futures<sup>979</sup> et est devenu par la suite la référence pour expliquer le

---

<sup>976</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Cautionnement* par R. SAVATIER, n° 1516 : certains auteurs, à l’instar de Planiol, analysait l’engagement comme n’étant pas définitif et devant recevoir la qualification de « *promesse de cautionnement* ». Ainsi, il deviendrait un cautionnement au moment où la dette principale prendrait naissance

<sup>977</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, des cautions et fidéjusseurs*, Liv. III, chap. IV, sect. 1, 2°, IV : « *On peut donner caution, non seulement pour une obligation présente ou qui avoit été déjà contractée ; mais aussi pour une obligation à venir ; comme si celui qui prévoit une affaire où il aura besoin d’argent, donne par avance la sûreté d’une caution à celui qui devra faire le prêt, cette caution s’obligeant par avance pour ce prêt à venir. Ce qui pourroit arriver si, par exemple, celui qui doit être caution devoit être absent au temps qu’on fera le prêt ; ou en d’autres cas et pour d’autres causes, comme pour une garantie d’une vente ou autre engagement* ».

<sup>978</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 239.

<sup>979</sup> CH. MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 252 : Mouly limite son analyse dualiste au cautionnement de dettes futures en raison de l’effet du temps. « *Le terme extinctif posant la limite temporelle à l’exécution d’une obligation, encore faut-il pour qu’il puisse jouer que l’exécution déroule ses effets dans le temps, qu’elle dure. Seule une exécution successive est susceptible de supporter un terme puisque seule elle s’étale dans la durée ; tout ce qui s’exécute en un trait de temps ne peut faire l’objet d’une mesure de ce temps* ».

mécanisme d'extinction de la sûreté<sup>980</sup>. Selon l'auteur, « *mieux vaut voir dans le cautionnement de dettes futures un faisceau de deux obligations distinctes, mais liées entre elles* »<sup>981</sup>, l'une dite de couverture et l'autre de règlement. Dans sa thèse, l'auteur a défini l'obligation de couverture selon un double objet : la délimitation du cadre au sein duquel naîtront les dettes à garantir ainsi que la garantie du risque de défaillance du débiteur principal<sup>982</sup>. Venant se superposer à l'obligation de couverture, l'obligation de règlement a pour fonction quant à elle de fixer le règlement d'une dette née dans le cadre de l'obligation de couverture<sup>983</sup>. L'obligation de couverture naît donc concomitamment à la conclusion du cautionnement pour couvrir le risque de défaillance du débiteur principal et délimiter le cadre au sein duquel l'obligation de règlement pourra s'exécuter.

**325. Obligation de règlement et obligation de couverture** – Dans la pensée de l'auteur, l'obligation de couverture constitue une obligation à exécution successive inhérente à l'écoulement du temps<sup>984</sup>, tandis que l'obligation de règlement se définit comme une

---

<sup>980</sup> CH. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc.

<sup>981</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 254 : Mouly réfute l'analyse de l'extinction du cautionnement sur le fondement de la distinction entre le *debitum* et l'*obligatio*. Selon lui, « *l'explication est séduisante mais elle se heurte à un obstacle à nos yeux majeur : la différence du régime temporel des deux éléments. Le terme extinctif ne concernerait que l'Haftung, seul élément successif, et serait inopérant sur le Schuld qui est à exécution instantanée. Or une telle distinction est impossible si l'on veut conserver de l'obligation une conception homogène, même dualiste. Le régime dans le temps d'une même obligation doit être unique, sous peine de voir la notion d'obligation perdre tout intérêt* ».

<sup>982</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 259 et s. : afin de mieux rendre compte de l'existence de l'obligation de couverture en matière de cautionnements de dettes futures, l'auteur a opéré un parallèle avec le contrat d'assurance au sein duquel il considère que l'intérêt protégé se définit par l'intérêt d'assurance, lequel résulte de « *la valeur pécuniaire ou patrimoniale pouvant être perdue par l'assuré ou le bénéficiaire à la suite d'un sinistre* » En opérant le rapprochement avec le contrat de cautionnement, Mouly en conclut que l'intérêt protégé est la « *valeur économique de la créance principale* ». Ainsi, l'objet de l'obligation de couverture est de déterminer l'amplitude de l'intérêt protégé et d'autre part de couvrir le risque de non-paiement de la créance principale.

<sup>983</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 255 et n° 261 et s. : « *l'engagement de la caution comporte deux obligations principales distinctes lorsqu'il garantit les dettes futures. La proposition s'infère d'une constatation simple : dans ces cautionnements, la détermination de la dette de la caution s'effectue en deux étapes : un premier temps permet la déterminabilité de la dette par la précision, lors de la rédaction du contrat, des éléments qui délimitent le champ de la couverture assurée par la caution (nature des dettes garanties, durée de la garantie, conditions de la garantie...); dans un deuxième temps, les parties pourront procéder à la détermination de la dette (à une date préfixée ou laissée à la discrétion d'une partie) par application des éléments indiqués. Ce deuxième temps permettra de savoir s'il y a dette (certitude), quel est son montant (liquidité) et quand elle doit être payée (exigibilité, souvent immédiate, et parfois différée, comme dans le compte-courant). A ces deux temps correspondent au fond deux obligations distinctes. La première obligation est d'exécution immédiate et prend naissance avec certitude dès la conclusion du contrat de cautionnement. Son objet est de tracer le cadre de la garantie offerte par la caution ; cette obligation détermine la « couverture » que fournit le cautionnement et pour cela elle « est distincte de celle qui garantira la créance principale quand elle sera née ». La deuxième obligation, qui a pour seul objet le règlement d'une dette déterminée, se retrouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines ; elle remplit le cadre tracé par l'obligation de couverture* ».

<sup>984</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 256 et s.



obligation à exécution instantanée ayant vocation à se réaliser dans le carcan de l'obligation de couverture, et ce au fur et à mesure que les dettes garanties naîtront<sup>985</sup>. Il apparaît donc que l'obligation de règlement désigne une obligation de payer à exécution instantanée à l'inverse de l'obligation de couverture. L'articulation entre ces deux obligations s'effectue de manière indépendante. En effet, l'exécution de l'obligation de règlement n'emporte pas extinction de l'obligation de couverture, laquelle conserve son double objet tant qu'elle n'a pas subi de terme extinctif propre<sup>986</sup>. A l'inverse, l'obligation de règlement survivra à l'extinction de l'obligation de couverture tant qu'elle n'aura pas été exécutée<sup>987</sup>.

**326. Une analyse limitée au cautionnement de dettes futures** – La brillante analyse de la structure du cautionnement opérée par Mouly a été limitée par l'auteur au cautionnement de dettes futures, en considérant qu'elle n'avait de sens que face à des obligations ancrées dans le temps<sup>988</sup>.

## **B. Extension de la distinction au cautionnement de dettes présentes**

**327. Une double obligation de la caution personnelle et réelle** – L'extension de la pensée de Christian Mouly fut proposée en doctrine pour expliquer la nature de l'engagement de la caution, en dépassant le carcan du cautionnement de dettes futures. Le cautionnement de dettes présentes ne serait donc pas composé d'une unique obligation de règlement.

---

<sup>985</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 261 et s.

<sup>986</sup> CH. MOULY, thèse préc., *ibid.* : sur l'indépendance de l'obligation de couverture et de règlement, Mouly explique que « *nombre de différences de caractères les opposent : alors que l'obligation de couverture naît dès la conclusion du contrat, celle de règlement est future, et éventuelle ; son germe n'apparaîtra qu'avec la constatation d'une dette principale. Alors que l'objet de la prestation de la première est un service, celui de la seconde est une chose : la somme d'argent que représente la dette du débiteur principal ou son équivalent s'il s'agissait d'une obligation autre que pécuniaire. C'est surtout au niveau du régime d'exécution que les deux obligations se distinguent et prennent leur indépendance. Nous avons vu que l'obligation de couverture est à exécution successive puisqu'il lui faut garantir dans le futur la naissance et l'exécution de dettes non encore existantes. Tout au contraire l'obligation de règlement est d'exécution instantanée ; dès que la dette garantie est exigible, l'exécution doit avoir lieu et, s'agissant du versement d'une somme d'argent, se réaliser en un trait de temps* ».

<sup>987</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 277 : « *Lorsque se produit l'un des événements extinctifs (résiliation, décès de la caution, survenance du terme), l'obligation de couverture disparaît pour l'avenir ; pour le passé, seule subsiste une obligation de règlement. La caution ne garantit pas les obligations qui naîtront postérieurement. En revanche, elle garantit celles qui sont nées antérieurement. Pour ces dettes principales, son obligation est identique à celle d'une caution des dettes présentes : les dettes cautionnées sont déterminées, certaines et limitées. Cette obligation est elle-même soumise aux cas d'extinction du droit commun* ». V. Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 28 oct. 1997, *Bull. civ.* I, n° 296 ; Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 2008, n° 07-11.003 ; v. *infra*, n° 546 et s.

<sup>988</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 256.

328. **Plan** – Nous croyons que la démonstration de l’existence d’une obligation duale au sein du cautionnement de dettes futures doit être dépassée (1), ce qui permet notamment d’expliquer l’engagement pris par le constituant d’une sûreté réelle pour autrui (2). L’analyse dualiste du cautionnement, personnel et réel, doit être soumise à la critique (3).

### 1. Rejet du cantonnement de l’obligation de couverture au cautionnement de dettes futures

329. **La particularité de l’obligation de la caution personnelle** – Tel que le note M. Théry, l’obligation de la caution « *possède l’irréductible originalité de n’engendrer une obligation de payer qu’à titre de garantie* »<sup>989</sup>. En effet, elle se distingue de l’obligation classique de payer, puisqu’ « *elle peut s’éteindre par la perte de son objet. Il s’agit là d’une solution tout à fait exceptionnelle pour une obligation qui porte sur une chose de genre spécifique, qui en principe ne saurait disparaître : l’argent* »<sup>990</sup>. Le professeur Jean-Jacques Ansaault poursuit en expliquant que la perte d’objet de l’obligation dans le cautionnement résulte de l’absence de défaillance du débiteur principal qui a honoré sa dette. Mais alors, il relève que « *cette cause d’extinction confirme la thèse selon laquelle, si l’obligation de règlement a perdu son objet, il faut bien qu’il existe une obligation de couverture ou de garantie qui ait conservé le sien pour assurer une existence antérieure au contrat* »<sup>991</sup> : l’extinction de la dette du débiteur principal ne saurait avoir pour effet de faire disparaître le fait que la caution a apporté sa garantie tout au long de l’existence du contrat de cautionnement afin de préserver « *la valeur économique de la créance* »<sup>992</sup>. Il est juste de constater l’existence antérieure de la garantie assurée au créancier alors même que le risque ne s’est jamais réalisé. Très justement, l’auteur prend en outre l’exemple du cautionnement salarié en mettant en évidence le fait que la rémunération au profit de la caution au cours du contrat, nonobstant la mise en œuvre de la sûreté, constitue la preuve qu’il s’agit bien de la

---

<sup>989</sup> PH. THÉRY, *op. cit.*, n° 89.

<sup>990</sup> J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, 2009, n° 247.

<sup>991</sup> J.-J. ANSAULT, thèse préc., *ibid.*

<sup>992</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.* V. en ce sens, PH. THÉRY, *op. cit.*, n° 89 : l’auteur observe qu’à la suite du paiement par le débiteur principal de l’obligation principale, il reste que le contrat de cautionnement a bel et bien fourni au créancier une garantie. Sur la notion d’intérêt protégé, v. *supra* n° 324.

contrepartie à la prestation de garantir<sup>993</sup>. Partant, la couverture du risque et la réalisation de la sûreté composeraient les deux dimensions du cautionnement.

**330. Une obligation de couverture couvrant le risque de non-paiement de dettes présentes** – Il convient d'approuver pleinement l'existence d'une obligation de couverture au sein d'un cautionnement de dettes présentes. En effet, tel que Mouly le mettait en exergue dans sa thèse, le rôle fondamental de l'obligation de couverture est de couvrir le risque de défaillance du débiteur principal afin de préserver la valeur économique de la créance principale. Or la fonction de préservation de « *l'intérêt cautionné* »<sup>994</sup> par la garantie contre le risque d'insolvabilité du débiteur principal se manifeste aussi au sein d'un cautionnement de dettes présentes<sup>995</sup>. En effet, le créancier va octroyer le crédit au débiteur principal parce qu'il bénéficie d'un contrat de cautionnement nonobstant le caractère présent ou futur des dettes garanties. Le contrat de cautionnement a pour particularité de faire naître une obligation à la charge du garant qui a pour objet de couvrir le risque d'insolvabilité du débiteur principal. L'identité d'objet entre l'obligation de la caution de dettes présentes et de dettes futures se révèle naturellement. De surcroît, bien que le cautionnement de dettes présentes soit moins marqué par l'écoulement du temps, cela n'empêche pas que le cautionnement puisse, par hypothèse, se réaliser dans le temps. Ainsi, au cours de la vie du contrat de cautionnement, un ensemble de règles de droit va se mettre en œuvre alors même que l'obligation de payer au titre de l'obligation de règlement n'aurait pas encore été appelée ou ne le sera peut-être même jamais dans l'hypothèse d'un débiteur principal solvable<sup>996</sup>. Puisque cet ensemble de règles a vocation à s'appliquer alors même que l'obligation de règlement n'aurait jamais eu à être exécutée, la preuve est ainsi établie que ces règles prennent leur source dans une obligation autre que l'obligation de règlement<sup>997</sup>. Les devoirs et obligations du créancier à l'égard de la caution existent au cours du cautionnement, tant de dettes futures que de dettes présentes, et ce même en l'absence de réalisation de la sûreté<sup>998</sup>. La couverture du risque en constitue la

---

<sup>993</sup> J.-J. ANSAULT, thèse préc., *ibid* : l'article 2314 du Code civil constitue une sanction de l'abus de « *la protection qu'offre cette obligation (de couverture) et ce texte concerne autant le cautionnement de dettes futures que de dettes présentes* ».

<sup>994</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 259 ; J.-J. ANSAULT, thèse préc.

<sup>995</sup> J.-J. ANSAULT, thèse préc., n° 250 et s.

<sup>996</sup> Nous pensons par exemple aux multiples obligations d'information à la charge du créancier. V. *infra*, n° 457 et s.

<sup>997</sup> J.-J. ANSAULT, thèse préc., n° 259 et s. : M. Ansaault appuie notamment son analyse sur l'exemple du cautionnement salarié, du bénéfice de subrogation ou encore de l'absence d'effet de l'extinction de la dette principale sur l'existence, en amont, du cautionnement.

<sup>998</sup> Sur les devoirs d'information, v. *infra*, n° 457 et s.

source. Les obligations d'information<sup>999</sup> sont autant de devoirs à la charge du créancier qui renforcent la démonstration de l'existence d'une obligation distincte et indépendante de l'obligation de règlement. Ces devoirs se justifient parce que le créancier est bénéficiaire d'une sûreté couvrant le risque d'insolvabilité de son débiteur par un tiers extérieur au contrat de base.

### 331. Une obligation de règlement mise au service de l'obligation de couverture

– Sans pour autant opter expressément pour une analyse unitaire, le Professeur Philippe Théry voit en l'obligation de règlement une modalité d'exécution de l'obligation de couverture<sup>1000</sup> : un lien de subordination unirait l'obligation de couverture à l'obligation de règlement, cette dernière obéissant à la première en vue de l'exécuter<sup>1001</sup>. L'auteur ne nie pas l'existence des obligations de couverture et de règlement mais souligne un rapport entre les deux en réfutant l'autonomie de l'obligation de règlement. La conception unitaire de l'obligation de la caution est le fruit de l'analyse de deux écoles : soit l'on postule une obligation unique de la caution qualifiée d'obligation de payer à exécution instantanée, soit l'on estime que l'obligation de garantie existe mais se trouve composée de différents éléments<sup>1002</sup>. S'étant inspirée de la thèse de M. Wicker<sup>1003</sup>, M. Kanayama juge que par l'écoulement du temps l'obligation de la caution peut varier dans le temps, en passant d'une obligation de garantie – obligation imparfaite – à une obligation de règlement – obligation parfaite –<sup>1004</sup>. Ainsi, lors de la défaillance du débiteur principal, l'obligation de garantie pesant sur la caution va se muer en une obligation de règlement, laquelle ne lui serait pas distincte. Le rapport entre l'obligation de couverture et de règlement se comprend à l'aune de l'objet même de cette dernière dont

---

<sup>999</sup> J.-J. ANSAULT, thèse préc., *ibid.*

<sup>1000</sup> PH. THERY, *ibid.*

<sup>1001</sup> PH. THERY, *ibid.* : l'analyse de l'auteur se rapproche ainsi de l'analyse unitaire du cautionnement en considérant que l'obligation de garantie se met en œuvre par l'obligation de règlement.

<sup>1002</sup> D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire*, thèse préc. ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de garantir », in *Mélanges en l'honneur de Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 375 et s. ; « Donner ou garantir, un siècle après ou une autre histoire » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 473 et s.

<sup>1003</sup> G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1997 : l'auteur procède dans sa thèse à une distinction entre le rapport obligatoire et le rapport d'obligation qui évolue au fil du temps. Ainsi, le rapport obligatoire octroie au créancier la faculté d'exiger de son débiteur l'exécution de l'obligation tandis que le rapport d'obligation impose une abstention, constituant dès lors une obligation imparfaite qui deviendra avec le temps une obligation parfaite.

<sup>1004</sup> N. KANAYAMA, « Donner et garantir – un siècle après ou une autre histoire », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, LGDJ, n° 27 : « Notre proposition consiste à cerner avec la notion d'obligation de garantir, non seulement l'obligation de « couverture », élément de base, mais aussi, au moins virtuellement celle de « règlement », prestation conditionnelle, de sorte que le contenu de l'obligation de garantir peut se développer dans le temps (avec l'arrivée du non-paiement ou du sinistre). La caution doit donc une seule obligation de garantir, dont la prestation concrète peut varier en fonction des cas ».

son existence est entièrement fondée sur l'obligation de couverture. Certes, l'obligation de règlement peut se réaliser indépendamment malgré l'extinction de l'obligation de couverture. Il ne demeure pas moins que la réalisation n'est permise que parce que l'obligation de règlement est née dans le cadre de l'obligation de couverture. Cela induit un rapport entre les deux.

## 2. Cas particulier du cautionnement réel

332. **Plan** – Le cas particulier du cautionnement réel a suscité une controverse quant à la nature juridique de l'obligation de la caution réelle et *in fine* du régime juridique applicable. Plusieurs analyses doctrinales et prétoriennes ont tenté de rendre compte de la nature du cautionnement réel (a). Dans sa thèse, M. Ansault, s'est posé la question de l'existence d'une obligation de couverture, ce qui ferait selon lui « *le pont* »<sup>1005</sup> entre le régime juridique du cautionnement personnel et celui du cautionnement réel, avant d'en conclure que la sûreté réelle pour autrui est effectivement structurée selon la même obligation duale (b).

### a. Analyses

333. **La problématique posée par la structure du cautionnement réel** – À la lumière de la définition du cautionnement réel<sup>1006</sup>, nous pouvons aisément percevoir ce qui put entraîner la controverse quant à sa nature : l'engagement à garantir la dette d'un tiers limité à un bien. En effet, la question se posait de savoir si le constituant de la sûreté s'était également engagé au titre d'un cautionnement personnel. D'ailleurs, « *l'ambiguïté de l'expression « cautionnement réel » pouvait traduire cette hésitation* »<sup>1007</sup>. Le garant consentait-il une obligation personnelle alors même qu'il avait affecté seulement un ou plusieurs de ses biens à la garantie de la dette d'un tiers sans préciser dans l'acte constitutif

---

<sup>1005</sup> J.-J. ANSAULT, thèse préc., n° 246.

<sup>1006</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 149 et s.: après avoir exposé les hypothèses dans lesquelles le garant octroie un droit sur un de ses biens à titre de garantie sans pour autant constituer un cautionnement réel, les auteurs expliquent que la sûreté se caractérise « *lorsque le constituant de la sûreté réelle n'entend pas se porter personnellement caution, mais seulement affecter l'un de ses biens à la garantie de la dette d'autrui. Il s'agit alors d'une sûreté réelle pour autrui, naguère appelée « cautionnement réel ». Cette sûreté est seulement accessoire à la dette du débiteur principal. Le constituant n'a aucune dette envers le créancier ; il se borne à donner à celui-ci un droit réel accessoire sur un de ses biens* ».

<sup>1007</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 150.

s'il s'était aussi engagé en qualité de caution personnelle ? <sup>1008</sup> La question fut une source de débat sur la nature de la sûreté.

**334. L'analyse moniste du cautionnement réel** – L'analyse moniste du cautionnement réel postule un engagement sur le seul fondement de la sûreté réelle de sorte qu'aucun engagement personnel ne pèse sur le garant. Pour expliquer qu'un tiers puisse être tenu réellement à garantir la dette d'un tiers, les auteurs se fondèrent sur la notion d'obligation réelle, rapprochant ainsi la caution réelle d'un tiers détenteur. Partant, le garant serait tenu d'une obligation réelle<sup>1009</sup> fondée sur sa seule qualité de propriétaire de la chose<sup>1010</sup>. A l'appui de cette analyse, M. François estime que « *la notion d'obligation réelle est parfaitement à même d'explicitier la condition juridique de la caution réelle* », pour en déduire que l'objet de l'obligation de la caution réelle est une obligation pécuniaire constituée sous forme réelle <sup>1011</sup>. La Cour de cassation consacra la conception réaliste du cautionnement réel par une décision de la première chambre civile du 4 mai 1999<sup>1012</sup>. A nouveau, le 1<sup>er</sup> février 2000, la même chambre confirma sa solution antérieure en réfutant l'analyse personnaliste du cautionnement réel par le rejet de l'application de l'obligation d'information de l'article L.313-22 Code monétaire et financier dans le cas du cautionnement réel<sup>1013</sup>. La qualification de sûreté réelle fut par la suite réaffirmée <sup>1014</sup>.

---

<sup>1008</sup> La difficulté ne se pose effectivement pas au sujet de sûretés définies par les parties qui résultent de la combinaison de sûretés personnelle et réelle. En effet, il est parfaitement admissible de prévoir qu'un cautionnement soit contre garantie par l'affectation d'un bien en particulier en garantie de la dette. V. en ce sens : PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 787 ; J.-J. ANSAULT, thèse préc., n° 2, n° 563 et s. ; L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *ibid.*

<sup>1009</sup> S. GINOSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960, n° 38 : l'auteur définit l'obligation réelle comme étant « *la face passive des droits réels sur la chose d'autrui* ».

<sup>1010</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 791 : l'analyse moniste « *rapproche la situation de la caution réelle de celle du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, uniquement tenu propter rem (...)* ».

<sup>1011</sup> J. FRANCOIS, « L'obligation de la caution réelle », *Deffrénois*, 2002, art. 37604, p.1208 et s. : selon M. François, il n'existe pas de différence entre la situation du tiers acquéreur d'un bien grevé d'un droit réel accessoire et celle de la caution réelle puisque le tiers acquéreur sera tenu en sa seule qualité de propriétaire, - d'ayant cause -.

<sup>1012</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 1999, *Bull. civ. I*, n° 144, *RTD civ.* 1999.880, n. P. CROCQ ; *D.* 2000. 302, n. V. BONNET : la Cour de cassation avait affirmé que le créancier disposait de la faculté d'opposer la déchéance du terme encourue en cas de redressement judiciaire du débiteur principal à l'encontre de la caution réelle ; ce qui n'aurait pu être le cas si la première chambre civile n'avait pas considéré que « *le cautionnement réel consenti par celui qui consent la constitution d'une hypothèque conventionnelle pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers est une sûreté réelle* ».

<sup>1013</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> fév. 2000, n° 98-11.390, *Bull. civ. I*, n° 33 ; *D.* 2001. 694, n. L. AYNÈS ; *RTD com.* 2000. 426, n. M. CABRILLAC.

<sup>1014</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 29 févr. 2000, *Bull. civ.*, I, n° 69, *D.* 2000.829, n. V. BONNET, *D.*2000. 394, obs. S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2001.694, obs. L. AYNÈS : la première chambre civile affirma que la sûreté devait recevoir la qualification de sûreté réelle malgré la qualification donnée par les parties à leur engagement de cautionnement hypothécaire et solidaire.

335. **L'analyse dualiste du cautionnement réel** – Eu égard aux insuffisances de l'analyse moniste du cautionnement réel<sup>1015</sup>, une majeure partie de la doctrine s'efforça de penser différemment la structure du cautionnement réel en conceptualisant une analyse dualiste ou dite mixte<sup>1016</sup>. L'acte serait alors composé d'un engagement personnel de caution assorti d'une sûreté réelle sur un bien, lequel constituerait à la fois la garantie de cet engagement personnel et sa limite. Le cautionnement réel relèverait à la fois du droit des sûretés réelles et des sûretés personnelles. Selon M. Grua, la structure du cautionnement réel reflète une dualité en ce que le garant s'engage au titre d'une obligation personnelle dont les modalités de paiement vont différer du cautionnement personnel puisque la caution réelle sera tenue uniquement dans la limite du bien affecté en garantie<sup>1017</sup>. A l'instar de M. Grua, le professeur Philippe Simler soulève que la qualification du cautionnement réel en sûreté réelle ayant pour effet d'exclure l'application du droit du cautionnement est une solution excessive puisque « *le fait qu'elle le soit par un autre que le débiteur ne saurait être dépourvu de conséquences* »<sup>1018</sup> appelant ainsi à « *l'application distributive des effets de la sûreté réelle constituée et du cautionnement* »<sup>1019</sup>. M. Crocq a, quant à lui, considéré que le cautionnement réel résultait d'un « *engagement personnel de caution assorti d'une sûreté réelle sur un bien*

---

<sup>1015</sup> V. *supra*, n° 334.

<sup>1016</sup> PH. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement », *JCP G*, 2001, I, 367 ; J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, n° 548 et 554 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties de crédit*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd, 1999, n° 68 ; M. CABRILLAC et CH. MOULY, *Droit des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 440 ; F. GRUA, « Le cautionnement réel », *JCP* 1984, I, n° 3167 ; Y. PICOD, *Sûretés, publicité foncière*, in *Leçons de droit civil*, p. 39.

<sup>1017</sup> F. GRUA, art. préc., n° 29 : selon l'auteur, le cautionnement réel constitue dès lors « *une convention de paiement (...), un contrat par lequel une personne se trouve contrainte à payer la dette d'autrui dans les conditions du droit des sûretés réelles* ».

<sup>1018</sup> PH. SIMLER, art. préc.

<sup>1019</sup> PH. SIMLER, art. préc. : malgré la reconnaissance de la nécessité d'appliquer les règles issues du droit du cautionnement, l'auteur refuse de considérer que la caution réelle est engagée au titre d'une obligation personnelle. Il réfute ainsi l'analyse selon laquelle la caution réelle s'est engagée personnellement à hauteur et dans la limite de la valeur du bien affecté en garantie. « *La proposition selon laquelle le cautionnement réel est une sûreté réelle ne peut qu'être approuvée. Même la formulation restrictive, selon laquelle le cautionnement réel n'est qu'une sûreté réelle, est acceptable, si l'on veut exprimer par là que la constitution de la sûreté réelle ne comporte pas, de manière sous-jacente, un engagement personnel de payer la dette à concurrence de la valeur du bien affecté en garantie. Cette même formule restrictive est au contraire contestable, comme on tentera de le démontrer plus loin, si elle entend bannir toute parenté avec le cautionnement. Le cautionnement, chacun en est conscient, est un acte grave qui requiert une volonté certaine et précise. C'est ce qu'exprime, au reste, l'article 2015 du Code civil, aux termes duquel "le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès et on ne peut l'étendre, au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté". Cette formule mérite pleinement d'être appliquée au cautionnement réel. Rien ne justifierait que l'acte par lequel un tiers a affecté l'un de ses biens à la garantie de la dette d'autrui soit interprété comme valant engagement de payer cette même dette et obligation, par conséquent, du surplus de son patrimoine, fût-ce seulement à concurrence de la valeur du bien en question.* ».

qui constitue à la fois la garantie de cet engagement personnel et la mesure de celui-ci »<sup>1020</sup>. Enfin, M. Dupichot eut un autre regard sur la structure mixte du cautionnement réel<sup>1021</sup>. Selon l'auteur, la sûreté résulte d'un alliage entre une sûreté réelle et une sûreté personnelle. Partant, il se compose d'un cautionnement personnel dont la particularité résulte de la limitation du droit de gage général du créancier sur un bien en contrepartie de laquelle la caution lui octroie un droit préférentiel sur ce bien<sup>1022</sup>. Par trois arrêts du 15 mai 2002, la première chambre civile est venue consacrer la conception mixte du cautionnement réel en appliquant les dispositions de l'article 1415 du Code civil<sup>1023</sup>. A défaut de consentement exprès de l'autre conjoint au cautionnement, cet article prévoit que l'époux engage seulement ses biens propres et ses revenus – en exclusion des biens communs –<sup>1024</sup>. Ainsi, se posait la question de savoir si la règle était en outre applicable en matière de cautionnement réel. En adoptant la conception mixte, l'article 1415 avait donc vocation à s'appliquer. Le raisonnement faisait sens : en raison de sa dimension personnelle, le cautionnement réel consenti sans le consentement exprès de l'époux ne saurait donner droit au créancier de saisir les biens communs. La protection était méritée. Au regard de la large publication de ces arrêts, les auteurs pensèrent que le revirement était opéré en faveur de l'analyse mixte du cautionnement réel<sup>1025</sup>. Ce ne fut pourtant pas la conception finalement retenue par la Cour de cassation.

**336. La réfutation de l'existence d'une obligation personnelle au sein du cautionnement réel** – Par un arrêt rendu en chambre mixte le 2 décembre 2005, la Cour de cassation refusa de considérer que la caution réelle s'était engagée au titre d'une obligation personnelle pour la qualifier de sûreté réelle pour autrui, excluant *in fine* l'application des règles du droit du cautionnement<sup>1026</sup>. L'analyse moniste du cautionnement réel fut adoptée par la Haute juridiction. Ainsi, la caution réelle ne s'étant pas engagée au titre d'une obligation

<sup>1020</sup> P. CROCQ, « Le cautionnement réel ou les affres de la polysémie », *RTD civ.* 1999, p. 152 et s.

<sup>1021</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 795.

<sup>1022</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., *ibid* : « L'analyse proposée permet d'expliquer que l'on retrouve dans le cautionnement réel, alliés savamment par les volontés de la caution réelle et du créancier, les éléments suivants : un droit de saisie du bien grevé procédant d'un endettement limité en garantie de la dette d'autrui, l'impossibilité absolue pour le créancier de prétendre poursuivre un bien non grevé de sûreté réelle, et ceci même à titre chirographaire et, surtout, l'affectation préférentielle d'un bien de la caution qui constitue le cœur de l'engagement et permet de l'étudier dans les sûretés réelles ».

<sup>1023</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 15 mai 2002, n° 00-13.527, n°99-21.464, n°00-15.298 ; *Bull. civ.* I, n° 127, 128 et 129 ; *D.* 2002.3337, n. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 2003.128, n. P. CROCQ.

<sup>1024</sup> L. AYNÈS, « Cautionnement réel et communauté conjugale », art. préc. Sur la capacité des personnes physiques mariées à consentir une sûreté pour autrui, v. *infra* n° 419.

<sup>1025</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 793 ; R. LIBCHABER, obs. *RTD civ.* 2002, p. 604 et s.

<sup>1026</sup> Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, arrêt préc. *Adde*, L. AYNÈS, « Une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel », *D.* 2006, p.733 ; R. LIBCHABER, obs., *Defrénois*, 2006, n° 7, p. 586.



personnelle, les conseillers en déduisirent que la sûreté ne saurait recevoir l'application des règles protectrices du cautionnement personnel<sup>1027</sup>. Le sort du cautionnement réel fut ainsi scellé : l'engagement doit recevoir la qualification de sûreté réelle pour autrui.

L'éviction des règles protectrices du cautionnement constitue selon nous une anomalie<sup>1028</sup> dont les conséquences sont désastreuses pour le constituant qui se trouve exposé à un risque similaire de surendettement sans pour autant pouvoir bénéficier des dispositions protectrices. En outre, la Cour de cassation a beau exclure l'existence d'une obligation personnelle, elle reste pourtant silencieuse sur la nature de l'engagement.

*b. Thèse de Jean-Jacques Ansault*

**337. Extension de la théorie de Christian Mouly au cautionnement réel** – Après avoir établi la faculté d'étendre la théorie de Mouly aux cautionnements de dettes présentes, M. Ansault a fondé son analyse sur l'existence d'une obligation de couverture et d'une obligation de règlement pour expliquer le cautionnement réel<sup>1029</sup>. L'auteur observe que la caution réelle s'engage à la fois au titre d'une prestation de service et à un paiement potentiel, ce qui viseraient deux obligations spécifiques à la charge du constituant de la sûreté<sup>1030</sup>. L'analyse dualiste du cautionnement réel se renouvelle ainsi par la pensée de l'auteur par l'affirmation de l'existence d'une obligation de garantie alliée à une obligation de payer constituant les composantes de la structure du cautionnement réel, à l'instar du cautionnement de dettes futures tel que nous l'avait enseigné Mouly. Dès lors, au sein du cautionnement réel, le garant serait débiteur d'une obligation de couverture que l'auteur préfère appeler dans sa thèse « obligation de garantie »<sup>1031</sup> dont l'objet est de « *couvrir les aléas du non-paiement de*

---

<sup>1027</sup> M. GRIMALDI, « Le cautionnement réel n'est plus un cautionnement... et ne relève donc plus de l'article 1415 du Code civil », *Rev. Contrats*, 2006, n° 2, p. 454 : l'auteur critique, à raison, la solution selon laquelle le cautionnement réel ne relève du régime protecteur du cautionnement personnel en soulevant que « *l'essence du cautionnement* » vise le fait de garantir la dette d'autrui et non pas l'étendue ou les modalités de mise en œuvre de la sûreté.

<sup>1028</sup> En effet, depuis la qualification en sûreté réelle pour autrui, la Cour de cassation persiste en excluant toute disposition protectrice du cautionnement qui devrait pourtant être appliqué au cautionnement réel.

<sup>1029</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.*

<sup>1030</sup> D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire*, thèse préc. : à l'instar de M. Ansault, l'auteur considère que le constituant de la sûreté est débiteur d'une prestation de fournir qui existerait en amont de l'éventuelle obligation de payer.

<sup>1031</sup> Sur la terminologie, v. J.-J. ANSAULT, *ibid.*

*la dette du débiteur principal* »<sup>1032</sup>. *In fine*, la distinction entre le cautionnement personnel et le cautionnement réel ressort de l'obligation de règlement : le cautionnement personnel « *suscite des obligations de règlement sans modalités* »<sup>1033</sup> tandis que l'obligation de règlement du cautionnement réel sera « *mise en œuvre par le canal de la sûreté réelle* »<sup>1034</sup>. En effet, l'objet de l'obligation de règlement se définit comme étant une obligation de payer<sup>1035</sup>, de sorte qu'il se différencie de l'obligation de garantie. L'auteur démontre que deux obligations distinctes pèsent sur la caution réelle, à l'instar de la caution personnelle, l'une de garantie, l'autre de règlement. Il déduit de l'existence d'une obligation personnelle de garantie un « *accès aux règles du cautionnement* »<sup>1036</sup> fondé sur une « *identité de l'obligation personnelle de garantir* »<sup>1037</sup>. Nous ne rejoignons pas l'auteur sur ce point. En effet, l'application des règles du cautionnement ne se réalise pas sur la nature de l'obligation mais comme nous avons pu le démontrer sur l'existence d'un intérêt commun poursuivi par l'ensemble des garants pour autrui, ne se retrouvant pas au sein des sûretés pour soi, justifiant l'application de règles communes. La nature de l'obligation est une conséquence de la cause.

### 3. Appréciation critique

338. **Plan** – L'analyse dualiste du cautionnement tant personnel (a) que réel (b) emporte la conviction.

#### a. Structure de l'obligation de la caution personnelle

339. **L'obligation de la caution : une structure mixte** – L'analyse opérée par Mouly de l'obligation au sein d'un cautionnement de dettes futures n'emporte, selon nous, guère de doute actuellement pour expliquer d'une part, l'étendue de la garantie mais également, le rôle de couverture du risque endossé par la caution au cours du cautionnement. La transposition de la théorie de l'auteur aux cautionnements de dettes présentes a été

---

<sup>1032</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.* : le contenu de l'obligation de garantie de la caution réelle est plus particulièrement selon l'auteur de « *substituer la solvabilité patrimoniale fiable de la caution à l'impécuniosité du débiteur en façonnant une éventuelle obligation de payer* ».

<sup>1033</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.*

<sup>1034</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.*

<sup>1035</sup> CH. MOULY, thèse préc., *ibid.* ; J.-J. ANSAULT, *ibid.*

<sup>1036</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.*

<sup>1037</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.* Nous ne rejoignons pas l'analyse de l'auteur sur ce point. En effet, selon nous, l'existence de règles communes puise sa source dans l'intérêt poursuivi par le garant.

proposée pour expliquer notamment l'existence de règles juridiques mises en œuvre alors même que la caution n'avait pas encore ou jamais été appelée en paiement<sup>1038</sup>. L'identification d'une obligation de couverture et de règlement au sein d'un cautionnement de dettes présentes s'avère fondée. Il s'agit bien de l'obligation de couverture qui permet de justifier la mise en œuvre de règles juridiques en cours de contrat nonobstant la réalisation de l'obligation de règlement. Surtout, à l'instar du cautionnement de dettes futures, l'obligation de couverture dans le cadre d'un cautionnement de dettes présentes conserve son rôle fondamental qui est de garantir le risque d'insolvabilité du débiteur principal. Sans l'obligation de couverture, le cautionnement manquerait sa finalité. Celui-ci ne saurait être fondé sur une unique obligation de payer. L'absence d'appel en paiement de la caution ne permet de renier l'existence du cautionnement en lui-même. Il a existé car il a apporté sa garantie.

**340. Existence de l'obligation de couverture dans le cautionnement personnel –**

L'obligation de couverture, dite « obligation de garantie », se retrouve nécessairement au sein d'un cautionnement de dettes présentes. Son rôle est de couvrir le risque de non-paiement de l'obligation principale par le débiteur. De nombreuses dispositions existent sur le fondement de cette obligation, sans même que la sûreté n'eut été mise en œuvre. La dualité de l'obligation de la caution se révèle : l'obligation de couverture a sa propre existence juridique tandis que l'obligation de règlement constitue la mise en œuvre, conditionnelle, selon un mode défini, de l'obligation de couverture.

*b. Structure de l'obligation de la caution réelle*

**341. La nature duale de l'obligation de la caution réelle –** La théorie établie par M. Ansault, selon laquelle l'engagement de la caution réelle doit s'analyser par le prisme de l'obligation de couverture et de règlement emporte la conviction<sup>1039</sup>. La caution réelle s'est effectivement engagée pour autrui, afin de satisfaire son intérêt patrimonial, par hypothèse indirect, ou son intérêt altruiste en couvrant le risque de non-paiement de l'obligation principale par le débiteur principal, à l'instar d'une caution personnelle. L'obligation se met au service de la cause. Nous ne pouvons que rejoindre l'auteur lorsqu'il procède au constat selon lequel il existe une identité d'objet entre l'obligation de couverture de la caution

---

<sup>1038</sup> V. *supra*, n° 337.

<sup>1039</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.*

personnelle et de la caution réelle<sup>1040</sup>. Seul le moyen de réalisation de la sûreté est distinct dans le cadre de la sûreté réelle pour autrui, puisqu'il emprunte la voie des sûretés réelles en octroyant au créancier un droit préférentiel ou exclusif<sup>1041</sup> sur un bien affecté à la garantie de sa créance. Dès lors, tel que l'a soulevé le professeur Philippe Dupichot, la distinction entre le cautionnement personnel et le cautionnement réel résulte de la limitation conventionnelle du droit de gage général en contrepartie de l'octroi d'un droit de préférence sur le bien affecté qui constituera l'unique assiette de la sûreté<sup>1042</sup>. *In fine*, la particularité du cautionnement résulte dans le mode d'exécution de l'obligation de règlement. Or le droit conféré au créancier en contrepartie de la limitation du droit de gage général s'analyse en un droit réel accessoire sur le bien : c'est ainsi qu'une obligation de règlement se réalise par un droit réel. L'hypothèse n'est pas unique en droit français. Ainsi pouvons-nous penser au droit personnel résultant du contrat de bail : son exécution se manifeste par un pouvoir de jouissance sur la chose louée. Le cautionnement réel reprend le même mécanisme : l'obligation de règlement se matérialise par la voie d'une sûreté réelle, que celle-ci soit préférentielle ou exclusive.

**342. La faculté de limiter le droit de gage général** – L'obligation de règlement relève des obligations personnelles, plus précisément de l'obligation de faire<sup>1043</sup>. Dans le cas du cautionnement personnel, l'identification d'une obligation de règlement se réalisant par la voie du droit de gage général sur l'entier patrimoine de la caution ne pose pas de difficulté. La solution est conforme à la théorie classique du patrimoine. Or dans le cas du cautionnement réel, admettre une limitation conventionnelle du droit de gage général ne va pas de soi au regard de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine. La conception unitaire du patrimoine puisque, tels que l'énonçaient Aubry et Rau, « *l'idée de patrimoine se déduit directement de*

---

<sup>1040</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.*

<sup>1041</sup> Il est en effet parfaitement envisageable que la sûreté réelle pour autrui se réalise par l'octroi d'un droit exclusif au profit du créancier. Le droit positif l'admet d'ores et déjà. En effet, nous avons pu voir que le nantissement de créance peut octroyer un droit exclusif au paiement au profit du créancier nanti en cas de notification. Dans l'arrêt rendu en chambre mixte le 2 décembre 2005, il s'agissait d'un nantissement de valeurs mobilières (Cass. mixte 2 déc. 2005, arrêt préc.). En outre, dans le cadre du droit des procédures collectives, il se produit un alignement du sort des garants pour autrui en visant « *Les garants, personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » (C. com. art. L. 611-10-2 ; L.622-26 ; L. 622-28 ; L.631-14 ; L. 631-20 ; L.643-11) », ce qui implique expressément la faculté de consentir une sûreté réelle pour autrui se réalisant par un droit exclusif.

<sup>1042</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 795 : l'auteur expose une formule fort éclairante selon laquelle, « *cautionnement réel = (cautionnement personnel + limitation du droit de gage général sur un bien x + droit réel de préférence sur le bien x)* ». V. *supra*, n° 334.

<sup>1043</sup> Traditionnellement, la typologie des obligations se compose de l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. V. en ce sens, R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 141 et s.

*celle de la personnalité* »<sup>1044</sup>. L'invisibilité du patrimoine induit que le droit de gage général porte nécessairement sur l'entier patrimoine<sup>1045</sup>. La consécration en 1804 de cette conception, aux termes des articles 2284 et 2285 du Code civil, va dans le sens d'un principe d'ordre public dont les volontés individuelles ne sauraient y déroger par convention. L'avènement du patrimoine d'affectation tempère l'indivisibilité du patrimoine<sup>1046</sup>, à tel point que Messieurs Malaurie et Aynès en déduisent que « *le principe de l'unité du patrimoine est remis en cause, en raison des nombreuses atteintes que lui porte le droit positif. Il doit cependant demeurer, dans son attache à la personne, quitte à subir des aménagements* »<sup>1047</sup> Il est désormais admis que certains créanciers ne puissent agir que sur certains biens de leur débiteur<sup>1048</sup>. Il est vrai que l'existence du patrimoine d'affectation trouve une assise dans les lettres de la loi. Or pour autant, est-ce à dire qu'il n'est permis aux parties de prévoir dans des hypothèses circonstanciées une limitation du droit de gage général ? Le professeur Philippe Dupichot apporte un éclairage sur la faculté de limiter le droit de gage général par convention qui emporte notre conviction : « (...) *les articles 2092 et 2093 ne sont en effet d'ordre public qu'en tant qu'ils s'opposent à la création conventionnelle de patrimoines d'affectation par des débiteurs limitant, sans le consentement de leurs créanciers, leur responsabilité à certains biens ; par la stipulation envisagée, le créancier consent avec son débiteur en parfaite*

---

<sup>1044</sup> CH. AUBRY et CH. RAU, *op. cit.*, §573, p. 229 et p. 231 : « *Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte :*

*Que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine ;*

*Que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien ;*

*Que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot ».*

<sup>1045</sup> CH. AUBRY et CH. RAU, *op. cit.*, §574, p. 232 et s. Il est désormais présenté par les auteurs contemporains que le patrimoine est indivisible. V. notamment en ce sens : PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 10 et s. ; W. DROSS, *op. cit.* n° 489 ; F. ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, n° 4 et s.

<sup>1046</sup> En effet, la sacro-sainte théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau fut critiquée au XXe siècle comme n'émanant pas nécessairement de la personnalité juridique. C'est ainsi que la théorie du patrimoine d'affectation fut introduite en droit français sous l'impulsion de la doctrine allemande. V. notamment R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 475 et s. : « *A l'inverse de ces théories purement contractuelles, prises uniquement du point de vue de l'association, il en est d'autres, très célèbres en Allemagne en leur temps, qui ne voulaient envisager le côté réel du problème, pour ne voir dans les prétendues personnes morales qu'un simple patrimoine sans sujet, un Zweckvermögen, un patrimoine d'affectation, non plus appartenant collectivement aux associés, comme le voudrait M. Planiol, mais n'appartenant à personne, si ce n'est à sa destination, à son objet, à son but (...)* ».

<sup>1047</sup> PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 18.

<sup>1048</sup> L'EIRL en constitue un exemple probant. Les articles L. 526-6 et suivants permettent à un entrepreneur de créer une EIRL afin d'exercer son activité professionnelle, sans pour autant qu'il y ait création d'une personne morale. L'EIRL constitue dès lors un patrimoine affecté à l'activité professionnelle de l'entrepreneur, de sorte que celui-ci se trouve *in fine* à la tête de deux patrimoines, l'un personnel, l'autre professionnel. Il en résulte que les créanciers professionnels ne peuvent en principe exercer leur droit de gage général uniquement sur le patrimoine professionnel de l'entrepreneur, tandis que les créanciers « personnels » ne disposeront d'aucun droit sur le patrimoine d'affectation. V. sur l'EIRL : PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 23.

*connaissance de cause à limiter son droit de gage général. Il n'y a là aucune création d'un patrimoine d'affectation contraire à l'ordre public ni remise en cause de l'unité du patrimoine du débiteur à l'égard de ses créanciers. Bien au contraire, ladite stipulation de recours limité n'oblige que le créancier qui y consent qu'elle n'avantage aucunement au détriment des autres créanciers du débiteur et ne préjudicie aucune aux tiers créanciers qui pourront saisir tous les biens présents et à venir du débiteur, et ce conformément aux dispositions des articles 2092 et suivants du Code civil »<sup>1049</sup>.*

L'admission d'une limitation circonstanciée permet de penser que les parties à un cautionnement réel peuvent, aussi, limiter le droit du créancier bénéficiaire. La seule distinction avec les exemples topiques en droit français résulte de leur assise : en effet, les aménagements du droit de gage général des créanciers disposent d'un fondement légal contrairement au cautionnement réel dont le législateur reste silencieux sur ce point. Il serait opportun de conférer une légitimité à l'analyse en reconnaissant, dans le Code civil, la nature mixte du cautionnement réel, ce que propose d'ailleurs l'avant-projet de réforme du droit des sûretés porté par l'Association Henri Capitant<sup>1050</sup>. Mais l'argument n'est pas insurmontable. En effet, certaines décisions jurisprudentielles ont pu consacrer la faculté d'aménager le droit de gage général<sup>1051</sup>. Le raisonnement tenu par la chambre commerciale, par un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2013, aboutit à une limitation du droit de gage général et ce, dans le cadre d'un cautionnement personnel<sup>1052</sup>. En l'occurrence, il s'agissait d'un cautionnement personnel soumis au formalisme de la loi Dutreil<sup>1053</sup>, lequel impose à la caution de rédiger une mention manuscrite dont les termes sont dictés par l'article L. 333-1 du Code de la consommation, à

---

<sup>1049</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 798 et s.

<sup>1050</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : l'avant-projet de réforme propose de rétablir la notion de cautionnement réel et avec elle son analyse hybride, de sorte que la conception d'une limitation conventionnelle du droit de gage général en contrepartie de l'octroi d'une sûreté réelle sur un bien serait implicitement consacrée. L'article 2291 énoncerait ainsi « *Le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui. Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet* ».

<sup>1051</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 févr. 1972, *Bull. civ. I*, n° 50 : en l'occurrence, les parties avaient consenti un cautionnement personnel dont l'assiette était limitée aux biens de la caution situés en Algérie. Le contrat de cautionnement comportait expressément une clause dérogeant à l'ancien article 2092 du Code civil. En contrepartie de cette limitation, la caution s'était engagée au titre de sûretés négatives. La Cour de cassation n'a pas pour autant prononcé la nullité de ce cautionnement limité à certains biens. Elle avait effectivement considéré que la clause limitative était caduque car la caution n'avait pas respecté ses engagements alors que « *c'est en contrepartie de cette limitation que la caution avait pris son engagement et soulignant que le créancier n'aurait pas consenti à limiter ainsi son droit de poursuite et d'exécution de la caution si celle-ci était demeurée libre de réduire à néant son engagement (...)* ».

<sup>1052</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> octobre 2013, n° 12-20.278 ; *Dr. et patr.* 2014, p. 58, obs. PH. DUPICHOT ; *D.* 2014, p. 127, n. M. JULIENNE, L. ANDREU.

<sup>1053</sup> Sur le formalisme en matière de cautionnement, v. *infra*, n° 439 et s.

peine de nullité de l'engagement. Parmi les éléments compris au sein de la mention, il est précisé que la caution s'engage « *sur ses biens et revenus* ». Ayant omis les termes « mes biens », elle avait soulevé la nullité de son engagement, ce qui avait été refusée par la cour d'appel. La validité du cautionnement a été confirmée par la Haute juridiction qui affirma que « *l'omission des termes "mes biens" n'avait pour conséquence que de limiter le gage de la banque aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement* »<sup>1054</sup>. L'adaptation de l'étendue du cautionnement au contenu rédigé par la caution mène à une limitation du droit de gage général aux seuls revenus du garant. Finalement, le cautionnement personnel « dégénère » en un cautionnement réel. L'exemple est saisissant. Par l'effet d'une clause, le cautionnement se trouve limité à certains biens. La mutation en un cautionnement réel, auquel on applique les règles du cautionnement personnel, démontre d'une part l'absence totale de cohérence de la Cour de cassation dans ses décisions<sup>1055</sup>, et d'autre part la faculté de limiter le droit de gage général. Néanmoins, cette décision est malheureuse en ce qu'elle viole manifestement la volonté des parties qui n'était pas d'accorder une garantie sur une partie des biens de la caution. La requalification implicite en un cautionnement réel n'est pas gage d'une bonne justice et de sécurité juridique. Nous croyons que les limitations du droit de gage général doivent avoir une assise légale pour préserver le caractère indivisible du patrimoine au rang de principe. Les atténuations ne sauraient se multiplier pour aboutir à un renversement.

**343. L'obligation de la caution réelle : une solution jurisprudentielle menant à l'incohérence** – Exclure les règles protectrices du cautionnement par l'affirmation, sans ménagement, que le cautionnement réel ne constitue pas un cautionnement dès lors qu'il ne comprend aucun engagement personnel pour lui appliquer la qualification de sûreté réelle pour autrui<sup>1056</sup> est vivement critiquable au regard de la nature de la sûreté et particulièrement au regard de sa structure. Le raisonnement ne se tient plus. En effet, en rendant cette solution sans prendre le soin de nuancer, la Cour de cassation a fait fi de la teneur de l'engagement pris par la caution réelle qui constitue l'essence des sûretés personnelles, plus précisément des sûretés pour autrui, à savoir de garantir la dette d'un tiers sans obligation à la dette. L'exclusion du droit du cautionnement porte atteinte à la nature de la sûreté réelle pour autrui.

---

<sup>1054</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> oct. 2013, arrêt préc.

<sup>1055</sup> La critique vaut en outre concernant la jurisprudence applicable en matière de sûretés consenties par des sociétés qui s'applique au cautionnement réel.

<sup>1056</sup> Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, arrêt préc.

A l'instar d'une caution personnelle, la caution réelle mérite tout autant d'être protégée contre le risque de surendettement qui résulte directement de la sûreté<sup>1057</sup>. L'absence d'obligation à la dette postule l'application de règles protectrices. En effet, pourquoi refuser le bénéfice du devoir d'information du créancier à la caution réelle<sup>1058</sup>, alors qu'à l'image de la caution personnelle, tiers au rapport de base, elle ne dispose pas de connaissance de l'évolution de la dette, de son étendue ou encore d'un éventuel incident de paiement ? Aussi, quelle est la raison permettant de justifier de ne pas faire peser sur le créancier un devoir de mise en garde face au risque d'endettement à l'égard de la caution réelle<sup>1059</sup> qui à l'instar de la caution personnelle vient s'obliger à la dette alors qu'elle n'y est pas tenue pas *ab initio* ? Pourquoi la Cour de cassation ne permet-elle pas au constituant d'un cautionnement réel de se prévaloir des termes de l'article 2314 du Code civil<sup>1060</sup> ?

Refuser l'application des règles protectrices du cautionnement personnel à la caution réelle revient à traiter plus favorablement une catégorie de personnes qu'une autre alors qu'elles se trouvent dans une situation juridique similaire en raison de l'engagement à garantir la dette d'un tiers<sup>1061</sup>. En effet, le risque pris par la caution personnelle est identique à celui de la

---

<sup>1057</sup> Sur le risque inhérent aux sûretés pour autrui, v. *supra* n° 178 et s.

<sup>1058</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 7 févr. 2006, n° 02-16.010, *Bull. civ.* I, n° 53 ; Cass. com., 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 59.

<sup>1059</sup> Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034 ; *D.* 2009.943, obs. V. AVENAT-ROBARDET ; *D.* 2009. n. N. BORGA ; *Dr. et patr.* 2010 n° 195, obs. L. AYNÈS et PH. DUPICHOT ; *RTD com.* 2009.425 n. D. LEGEAIS ; *JCP E* 2009.1399 n. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2009. II.10091, n. A. GOURIO ; *adde* J.-J. Ansault, « Quand le devoir de mise en garde rencontre le cautionnement réel », *RLDC* 2009, n° 3534 : la Cour de cassation affirme qu'il n'incombe pas au créancier un quelconque devoir de mise en garde face à un constituant d'une sûreté réelle pour autrui puisque la sûreté est, selon la Haute juridiction, nécessairement adaptée aux capacités financières de son constituant

<sup>1060</sup> Cass., 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, n° 17-17.542 : « *Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé, sans inverser la charge de la preuve, que M. G., qui ne contestait pas le principe ni le montant des créances invoquées par la société Rubis, ne rapportait pas la preuve que celles-ci auraient été réglées par le biais de délégations de paiement ni que le chèque émis au titre du chantier Fratta aurait été encaissé et exactement retenu que la sûreté réelle consentie par M. G. pour garantir la dette de la société SGC, laquelle n'impliquait aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui, n'était pas un cautionnement, de sorte que l'article 2314 du code civil n'était pas applicable, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la demande de mainlevée devait être rejetée ; d'où il suit que le moyen, pour partie irrecevable, n'est pas fondé pour le surplus* »

<sup>1061</sup> De même, le refus de considérer que l'engagement de la caution réelle pourrait être disproportionné participe de ce mouvement jurisprudentiel infondé : v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mai 2008 n° 07-11.692 ; A. AYNES, « Une sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers ne peut jamais être disproportionnée », *Rev. Contrats*, 2008, n° 4, p. 1285 ; *RTD civ.* 2008.700, n. P. CROCQ ; *D.* 2008. 2036 s., n. S. PIEDELIEVRE ; *Dr. et patr.* oct. 2008. 95, obs. L. AYNES et PH. DUPICHOT ; *Banque et Droit*, n° 120, juill.-août 2008. 41 s., obs. F. JACOB ; *RD banc. fin.* sept.-oct. 2008. 36, obs. D. LEGEAIS ; *adde* : M.-E. MATHIEU, « Brefs propos sur la disparition du cautionnement hypothécaire », *RD bancaire et financier*, 2008. 31 s. ; Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 07-18.824 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 nov. 2009, n° 07-18.824 : la Cour de cassation affirme de manière constante que la règle de la proportionnalité du cautionnement n'a pas vocation à s'appliquer au cas de la sûreté réelle pour autrui qui est, selon elle, nécessairement proportionnée aux facultés contributives du constituant de la sûreté dès lors qu'elle est limitée au seul bien affecté à la garantie.



caution réelle dès lors qu'il a été démontré que leur intérêt à s'engager à garantir la dette d'un tiers ne pouvait se justifier qu'au regard d'un intérêt altruiste ou patrimonial indirect. Partant, le bénéfice issu de l'opération garantie n'entrera jamais directement dans le patrimoine, ni de la caution personnelle, ni de la caution réelle<sup>1062</sup>. Outre la méconnaissance de la nature de la sûreté, la solution emporte de grandes confusions en droit positif puisque la Cour de cassation vient bannir l'application du régime protecteur du cautionnement par un arrêt de principe<sup>1063</sup> pour revenir sur sa solution dans des applications concrètes telles qu'en droit des sociétés lorsqu'elle vient contrôler la conformité de la sûreté consentie par la société au regard de son intérêt social<sup>1064</sup>. L'incohérence qui caractérise les décisions relatives au cautionnement réel révèle la limite de l'analyse : le cautionnement réel ne peut se réduire à une sûreté réelle pour autrui sans engagement personnel. La nature chassée de cette sûreté revient au galop ! La solution est intenable eu égard à la situation du constituant d'une sûreté réelle pour autrui est manifestement identique à celle de la caution personnelle<sup>1065</sup>. Seule la modalité d'exécution va différer du cautionnement personnel en ce que le créancier pourra uniquement saisir le seul bien affecté à la garantie de la dette principale.

## II. LA NATURE MIXTE DE L'OBLIGATION DU CONSTITUANT D'UNE SÛRETÉ POUR AUTRUI

**344. Analyse dualiste de l'obligation des garants pour autrui** – Le domaine d'application de l'obligation duale a vocation à dépasser le cadre du cautionnement, qu'il soit réel ou personnel, en vue de s'appliquer à l'ensemble des sûretés pour autrui. En effet, nous ne percevons guère de différence entre le cautionnement et les autres sûretés personnelles hormis leur mode de réalisation. L'engagement à garantir la dette d'autrui se retrouve au sein de chaque sûreté pour autrui faisant appel à l'objet de l'obligation de couverture – dite de garantie –. Finalement, le mode de réalisation de la sûreté, propre à chacune, vise l'obligation de règlement qui a pour objet d'exécuter l'obligation de garantir. Or la réalisation ne suppose

---

<sup>1062</sup> Sur le lien entre la structure de la sûreté et le risque patrimonial pris par le constituant : V. *infra* n°180 et s.

<sup>1063</sup> Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *préc.*

<sup>1064</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 nov. 2007, n°04-17893 ; Cass. com., 8 nov. 2011 n° 10-24438 ; Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11785 ; Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-16.355 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.948, *Bull. Civ. III*, n° 121 ; Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347 ; Cass. com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760 ; Cass. com. 2 nov. 2016, n° 16-10.363 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 avr. 2017, n° 16-12.388 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 nov. 2017, n° 16-20.210 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 déc. 2017, n° 16-26.500 ; Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-19.762 ; Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-16.013.

<sup>1065</sup> Sur l'application d'un régime juridique protecteur du garant au sein de la famille des sûretés pour autrui, v. *infra* n° 203 et s. ; 400 et s.

pas nécessairement de passer par la voie du droit de gage général. Le cautionnement réel en constitue une illustration : l'obligation de garantie s'exécute par la voie des sûretés réelles sur des biens déterminés. Ainsi, nous proposons de décliner l'objet de l'obligation de règlement selon la particularité de chaque sûreté pour autrui.

345. **Plan** – Il incombe à présent de définir l'obligation de garantie (A) ainsi que l'obligation de règlement (B) dans le cadre des sûretés pour autrui.

## A. Obligation de garantie et sûreté pour autrui

346. **Plan** – S'engager à « *garantir l'exécution d'une autre obligation* »<sup>1066</sup> constitue le cœur de l'obligation du garant pour autrui afin qu'il puisse réaliser l'intérêt qu'il poursuivait dans la conclusion du contrat de sûreté. Il convient de définir la notion d'obligation de garantie (1), qui a d'ores et déjà été analysée pour établir son existence dans le cadre du cautionnement et du cautionnement réel, afin de proposer d'étendre son application à l'ensemble de la catégorie des sûretés pour autrui (2).

### 1. Définition de l'obligation de garantie

347. **La genèse de l'obligation de garantie** – Traditionnellement, les obligations furent classées selon leur objet<sup>1067</sup> en distinguant les obligations de donner des obligations de faire ou de ne pas faire<sup>1068</sup>. Les premières traces de l'existence d'une troisième catégorie aux côtés des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, remontent aux écrits de Gaius<sup>1069</sup>. Le rapport entre les sûretés personnelles et les obligations était profondément ancré. Dans son traité des obligations, Pothier analysait ensemble les obligations et les sûretés personnelles<sup>1070</sup>, en considérant que le garant s'engageait par la voie d'une obligation personnelle à garantir l'exécution de l'obligation du débiteur principal<sup>1071</sup>. L'oubli dans nos

---

<sup>1066</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 24.

<sup>1067</sup> La classification des obligations selon leur objet a une vertu explicative fort pertinente. Néanmoins, son utilité fut discutée, à tel point que la classification ne fut pas reprise par la réforme du droit des contrats de 2016.

<sup>1068</sup> La distinction des obligations selon leur objet était codifiée avant la réforme de 2016 aux articles 1136 à 1145 du Code civil.

<sup>1069</sup> GAIUS, *op. cit.*

<sup>1070</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*

<sup>1071</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*, n° 365 : « *L'obligation des fidéjusseurs étant, suivant notre définition, une obligation accessoire à celle du débiteur principal, il en résulte qu'il est de*

mémoires de l'existence des obligations de garantie serait dû au travail de codification en 1804 au terme duquel le droit des obligations fut séparé des sûretés personnelles<sup>1072</sup>. Ainsi s'explique la répartition des obligations en obligations de donner, de faire ou de ne pas faire, oubliant l'existence de la dernière catégorie autrefois pensée par Gaius<sup>1073</sup>. Malgré la séparation, les auteurs poursuivirent leur analyse par le prisme du droit des obligations. En effet, elles constituent avant tout des contrats soumis au droit commun. Néanmoins, le particularisme de leur obligation fut délaissé au profit des catégories traditionnelles.

**348. Quid de l'existence d'une obligation de garantie** – L'obligation de garantie a pour objet de garantir le créancier contre le risque de défaillance du débiteur principal<sup>1074</sup>. Sa fonction est de « *couvrir le risque de non-paiement par le débiteur* »<sup>1075</sup>. La couverture du risque constitue l'essence de cette obligation. Traditionnellement, les obligations sont considérées comme étant structurées selon deux éléments en leur sein : le *debitum* – la substance de la dette – et l'*obligatio* – le pouvoir coercitif du créancier –<sup>1076</sup>. L'obligation de garantie, à l'image des obligations, est bâtie selon cette structure duale. Le *debitum* vise ainsi la prestation de couvrir le créancier contre le risque de défaillance du débiteur principal. Puis, l'*obligatio* est caractérisé par l'octroi d'un droit d'agir au profit du créancier à l'encontre du garant qui aurait manqué à son obligation de couverture du risque. Une obligation de garantie peut-elle être inexécutée ? L'inexécution d'une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner se conçoit aisément contrairement à l'inexécution de l'obligation de garantie. En effet,

---

*l'essence de l'obligation des fidéjusseurs qu'il y ait une obligation d'un principal débiteur qui soit valable : conséquemment si celui pour qui le fidéjusseur s'est obligé envers vous, n'étoit pas votre débiteur, le fidéjusseur ne seroit pas obligé, l'obligation accessoire ne pouvant pas subsister sans une obligation principale, suivant cette règle : Cum causa principalis non consistit, ne ea quidem quoe sequuntur locum habent. Une seconde conséquence de notre définition, est que le fidéjusseur, en s'obligeant pour quelqu'un, ne le décharge point de son obligation, mais en contracte une qui accède à la sienne : en quoi le fidéjusseur est différent de celui qu'on appelle en expromissor, qui s'oblige envers le créancier ; de manière que le créancier l'accepte pour débiteur, à la place de l'autre qu'il décharge ».*

<sup>1072</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 4 : « *Le Code civil a repris en grande partie la théorie des obligations de Pothier, mais il en a dissocié les sûretés personnelles, probablement en raison du caractère volumineux de leur matière. Ne retenant que le cautionnement, il l'a logé dans son livre III, parmi les principaux contrats, perdu entre le titre du mandat et celui de la transaction* ».

<sup>1073</sup> GAIUS, *ibid.*

<sup>1074</sup> Il s'agit nécessairement d'une obligation plurale venant s'adjoindre à l'obligation principale. Il convient ainsi de la distinguer des autres hypothèses d'obligations plures telles que la solidarité, l'obligation conjointe ou encore l'obligation *in solidum*.

<sup>1075</sup> J.-J. ANSAULT, *ibid.* ; CH. MOULY, *thèse préc.*

<sup>1076</sup> Une analyse dualiste de l'obligation veut que celle-ci se compose de l'*obligatio* (le pouvoir de contrainte, *Haftung* en allemand) et du *debitum* (la substance de la dette, *Shuld* en allemand). V. sur cette distinction : J. CARBONNIER, *Les obligations*, t. 4, PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000, n° 313 ; PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2004, n° 1286 ; H. L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1998, n° 9 ; S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.* 2008 p. 401.

le fait de couvrir un risque n'appelle pas une quelconque action ou abstention de la part du débiteur de l'obligation de garantie. L'obligation de garantie engendre un devoir de mettre à disposition tout ou partie de son patrimoine en vue de satisfaire la créance garantie en cas de réalisation du risque couvert par la sûreté. Ainsi, l'inexécution se caractérise dès lors que l'objet de l'obligation de garantie n'est plus respecté, à savoir lorsque « l'intérêt cautionné » n'est plus protégé. Ce cas vise essentiellement la situation dans laquelle le garant est finalement insolvable ou s'est rendu insolvable<sup>1077</sup>. L'inexécution de l'obligation de garantie est sanctionnée en droit positif. Nous pensons à la faculté de remplacement de la sûreté ou encore à l'action paulienne dont bénéficiera le créancier face à une telle hypothèse. *l'obligatio*.

## 2. Proposition d'élargissement aux sûretés pour autrui

349. **Plan** – Selon nous l'obligation de garantie, ainsi définie, se manifeste au sein de chaque sûreté pour autrui (a), ce qui sera démontré par des exemples topiques (b).

### a. *Adaptation de la notion à la catégorie des sûretés pour autrui*

350. **Rapport entre l'intérêt du constituant et la structure de son obligation** – Le rapport entre la cause et la structure de l'obligation a d'ores et déjà été établi au sein de la thèse de doctorat de Mme Judith Rochfeld qui a su démontrer par une brillante analyse renouvelée de la cause que celle-ci avait un effet immédiat sur la structure du contrat : une cause connue entraîne l'application d'une structure contractuelle type qui servira sa réalisation ; à l'inverse une cause inconnue, atypique appellera la construction d'une structure du contrat à son image<sup>1078</sup>. En matière de sûretés pour autrui, nous avons compris que la cause

---

<sup>1077</sup> N. KANAYAMA, *op. cit.*, p. 395 : « En revanche, l'élément de couverture est, par hypothèse, censé être exécuté successivement dès la conclusion du contrat. Il apparaît, par conséquent, qu'il ne peut pas y avoir inexécution de l'obligation de garantir, tout au moins de son élément de couverture. Mais, en vérité, il existe une situation que l'on peut mieux expliquer avec la notion d'inexécution de l'obligation de garantir. Il s'agit de l'insolvabilité du débiteur de cette obligation avant l'arrivée de l'événement prévu. Dans ce cas, faute d'obligation de règlement, il n'y a pas inexécution de l'obligation concrète de payer une telle ou telle somme d'argent car, par hypothèse, la dette concrète n'a pas encore pris naissance. Et pourtant, nous proposons de qualifier cette situation d'inexécution de l'obligation de garantir car la parole donnée ne pourrait pas se tenir dans le cas de l'insolvabilité du débiteur de l'obligation de garantir. ».

<sup>1078</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n°231 et s., spéc., n° 231 et n° 235 : « L'existence de finalités atypiques, qu'aucune structure contractuelle ne sert naturellement et qui ne peuvent répondre, en conséquence, à la définition de cette cause « identique par type de contrat donné », oblige à briser le monopole de cette dernière et à la dichotomie hermétique de la cause objective et subjective pour reconnaître celle atypique. D'ailleurs, la jurisprudence confrontée à la réalité de contrats et de causes inconnues, tend effectivement à mener cette

de l'engagement du garant relève de la poursuite d'un intérêt patrimonial indirect ou altruiste à garantir la dette d'un tiers<sup>1079</sup>. L'intérêt ainsi poursuivi est connu de sorte qu'il doit recevoir la qualification de cause typique telle que définie par Mme. Rochfeld<sup>1080</sup>. En effet, ces deux sortes d'intérêts sont commun à l'ensemble des sûretés pour autrui. L'essentiel de la structure du contrat de sûreté pour autrui va *de facto* être bâtie en vue de permettre la réalisation de l'intérêt poursuivi. Puisque les sûretés pour autrui répondent à une même cause type, les éléments structurels du contrat servant à la réalisation de la cause seront connus et identiques : il va être mis en œuvre une obligation type pour satisfaire l'intérêt du contractant. Ainsi, « *en un mot, d'un contrat type naissent une ou plusieurs obligations types* »<sup>1081</sup>. Par conséquent, l'obligation de garantie caractérise-t-elle l'obligation type que nous devons retrouver au sein de la famille des sûretés pour autrui en ce qu'elle permet la réalisation de leur cause ?

**351. Les garants pour autrui soumis à l'obligation de garantie** – A l'époque romaine, l'obligation de garantie se concevait essentiellement pour le droit des sûretés personnelles<sup>1082</sup> : l'obligation consentie a pour effet de couvrir le risque de défaillance du débiteur principal par l'adjonction d'un engagement à l'obligation principale<sup>1083</sup>. L'objet de l'obligation implique nécessairement un rapport triangulaire en se superposant à l'obligation...garantie<sup>1084</sup>. Ainsi, en couvrant le risque de défaillance du débiteur principal, l'obligation de garantie permet de rassurer la confiance du créancier qui accordera le bénéfice du contrat principal à son débiteur. Par cela, l'intérêt altruiste est tout autant satisfait que l'intérêt patrimonial – indirect – du garant pour autrui. En effet, le constituant réalise son intérêt altruiste dès lors que le débiteur principal obtient le bénéfice résultant du contrat principal, rendu possible par la constitution de la sûreté ; tandis que la conclusion du contrat

---

*reconnaissance, que ce soit indirectement ou, désormais, directement* ». L'auteur met en effet en évidence une contradiction afin de plaider pour la reconnaissance d'une cause atypique : « *La contradiction éclate alors. D'un côté il est admis que les parties créent des structures contractuelles atypiques. De l'autre, par souci de limitation des pouvoirs du juge, dans un premier temps, ou par mauvaise observation du phénomène contractuel par la suite, on ne parle, au sein du contentieux de l'existence de la cause, que du contrôle d'une cause abstraite et identique pour un même type de contrat. Or, comment contrôler une cause typique et s'arrêter à la définition d'une cause identique et inhérente au type contractuel, face à un contrat qui ne correspond à aucun type, justement parce que les parties ont exercé la liberté que le droit proclame de construire un contrat atypique ? Si l'idée de cause subjective, dans le domaine du contrôle de l'existence de la cause, reste généralement rejetée, comment contrôler des contrats où la cause ne peut être préétablie, donc objective ?* »

<sup>1079</sup> V. *supra*, n° 104 et s.

<sup>1080</sup> J. ROCHFELD, thèse préc., n°151 et s.

<sup>1081</sup> N. KANAYAMA, *op. cit.*, p. 388.

<sup>1082</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 4 et s.

<sup>1083</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, ibid.*

<sup>1084</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, ibid.*

principal permise par la sûreté satisfait son intérêt patrimonial indirect dès lors que les avantages résultant de l'opération garantie pourront, par ricochet, intégrer son patrimoine. Le fait d'apporter la couverture du risque par l'exécution de l'obligation de garantie réalise la cause des sûretés pour autrui.

En outre, il est essentiel de souligner que le garant s'engage inévitablement pour autrui. En effet, étant une obligation plurale<sup>1085</sup>, l'obligation de garantie ne se conçoit qu'en adjonction de l'obligation principale, laquelle constitue l'objet de sa couverture. Par conséquent, le bénéfice résultant de l'opération garantie ne saurait entrer directement au sein du patrimoine du garant pour autrui, qui poursuivrait un intérêt patrimonial, en raison de l'intermédiation d'un patrimoine tiers<sup>1086</sup>, débiteur de l'obligation principale. Le caractère plural de l'obligation de garantie implique inévitablement l'existence d'un patrimoine tiers – le patrimoine du débiteur principal – qui absorbera en premier le bénéfice issu de l'opération garantie.

*b. Applications concrètes à l'ensemble des sûretés pour autrui*

**352. Qualification de l'obligation au sein des sûretés pour autrui** – Nous avons pu constater que la théorie de Mouly pouvait être parfaitement transposée dans le cas d'un cautionnement personnel de dettes présentes<sup>1087</sup> mais également dans l'hypothèse du cautionnement réel<sup>1088</sup>. Il nous appartient à présent de démontrer si la théorie, selon laquelle l'obligation de garantie a vocation à s'étendre à l'ensemble de la famille des sûretés pour autrui, est fondée. Pour se faire, il convient d'analyser l'obligation du garant pour autrui par le prisme de l'obligation de garantie afin d'en conclure s'il lui est soumis. Les caractères de l'obligation du garant pour autrui doivent ainsi répondre à ceux de l'obligation de garantie.

---

<sup>1085</sup> F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n°24 et s.: « *Les obligations de garantie, habituellement appelées sûretés personnelles, sont des engagements contractés en garantie d'une autre obligation. (...). L'obligation de garantie apparaît bien comme une variété originale d'obligation plurale, intermédiaire entre l'obligation conjointe et l'obligation solidaire. Son originalité s'accroît avec la grande variété des formes qu'elle peut prendre, selon son objet et selon les liens qu'elle entretient avec la dette garantie. Sa richesse renforce l'utilité qui s'attache à l'intégrer dans la théorie des obligations* ».

<sup>1086</sup> L'existence d'un patrimoine tiers au sein de la famille des sûretés pour autrui fait partie intégrante de leur structure. L'intermédiation du patrimoine du débiteur principal aura notamment des conséquences sur le risque patrimonial pris par le garant pour autrui en faisant de facto obstacle à la réception immédiate du crédit par ce dernier.

<sup>1087</sup> V. *supra*, n° 330.

<sup>1088</sup> V. *supra*, n° 337.

353. **Plan** – Nous reprendrons la classification des sûretés pour autrui selon ses modalités d'exécution<sup>1089</sup>. Ainsi nous déterminerons la nature de l'obligation des sûretés pour autrui indépendantes (i), et des sûretés indemnitaires (ii) ainsi que des sûretés issues du droit des obligations (iii).

i. Sûretés pour autrui indépendantes

354. **La garantie autonome** – A première vue, dans le cadre d'une sûreté pour autrui indépendante, l'obligation devrait être distincte de celle d'un garant qui s'est engagé au sein d'une sûreté pour autrui accessoire. La portée de l'engagement n'est effectivement pas la même. La question se pose ici de savoir si la sûreté pour autrui indépendante est fondée sur la même obligation de garantie. Ainsi dans le cas d'une garantie autonome<sup>1090</sup>, le garant s'engage à verser à première demande, ou selon les modalités convenues, une somme d'argent, dont le montant est fixé dans le contrat de sûreté au bénéficiaire indépendamment de toute considération à l'égard de l'obligation principale<sup>1091</sup>. La particularité de la sûreté est de rendre l'engagement du garant « *automatique* »<sup>1092</sup>. Néanmoins, l'indépendance de la garantie autonome, qui définit sa particularité par rapport aux autres sûretés pour autrui, relève selon nous de ses modalités de réalisation lors de l'appel en garantie<sup>1093</sup>. Comme il l'a été justement démontré, le garant est débiteur d'une obligation existant en amont de l'éventuelle mise en œuvre de la sûreté. Nous considérons qu'à l'image du cautionnement, le garant autonome est débiteur d'une obligation de couvrir le risque de défaillance du débiteur principal. Le caractère indépendant se matérialise lors de sa mise en œuvre. Mais il s'agit bien du risque de défaillance du débiteur principal qui est couvert par la sûreté puisque le garant autonome peut se retourner contre le bénéficiaire en cas d'appel de la garantie manifestement abusif<sup>1094</sup>. Traditionnellement, on considère qu'il n'est pas possible pour le juge de déterminer l'exécution de l'obligation principale afin d'interdire le paiement en raison du caractère

---

<sup>1089</sup> Les modalités de réalisation représentent l'objet de l'obligation de règlement, v. *infra*, n° 571 et s.

<sup>1090</sup> Pour le besoin de la démonstration, nous assimilons à la terminologie « garantie autonome », la garantie à première demande, la garantie documentaire, la garantie de « bonne fin ».

<sup>1091</sup> C. civ., art. 2321.

<sup>1092</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n°11218 : Les auteurs rendent compte de l'autonomie de la sûreté selon deux caractères: « *automatique, la garantie contraint le garant à exécuter son engagement de manière inconditionnelle et, finalement, « presque les yeux fermés » ; irrévocable, la garantie interdit au garant d'opposer au créancier une exception visant à différer ou tenir en échec le paiement promis* ».

<sup>1093</sup> V. *infra*, n° 577.

<sup>1094</sup> C. civ., art. 2321, al.2. V. par exemple : Cass. com., 7 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n° 202, *JCP G* 94.II.22312, n. J. STOUFFLET ;

autonome de la garantie<sup>1095</sup>. Or tel que le notent les professeurs Aynès et Crocq « *on ne voit pas pourquoi la garantie autonome échapperait à la théorie de l'abus de droit et à l'obligation faite à tout créancier d'exécuter le contrat de bonne foi* »<sup>1096</sup>. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu affirmer que « *si la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base, en revanche l'interdiction d'opposer les exceptions tenant à l'inexécution du contrat cède en cas de fraude manifeste* »<sup>1097</sup>. Cela revient à prouver que l'indépendance de la garantie a pour limite le respect de l'obligation de garantie, à savoir la couverture du risque de défaillance du débiteur principal. *In fine*, si la réalisation de l'obligation du garant n'a pas servi à couvrir le risque de défaillance du débiteur principal dans l'exécution de sa propre obligation, alors l'appel manifestement abusif de la garantie est caractérisé. L'obligation de garantie se retrouve au sein de la structure de la garantie autonome et ne se réalise que par l'exécution de l'obligation de règlement, laquelle sera marquée par le sceau de l'indépendance<sup>1098</sup>.

---

<sup>1095</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 344 : « *L'invocation de l'abus par le donneur d'ordre ne doit pas conduire le juge à examiner l'exécution du contrat de base, à peine de violer le caractère autonome de la garantie. Ce danger a conduit parfois à n'admettre le blocage de la garantie qu'en cas de fraude manifeste du bénéficiaire, ou de collusion frauduleuse avec celui-ci et le garant de premier rang (et non pas avec le donneur d'ordre comme l'affirme l'art. 2321, al.2, C.civ. à la suite d'une erreur de plume), s'il s'agit d'une contre-garantie : à la différence du simple abus, la fraude implique un détournement du droit par des manœuvres dans l'intention de nuire ; elle est plus difficile à prouver* ».

<sup>1096</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *ibid.* : « *Naturellement, l'abus doit être apprécié en tenant compte des particularités du droit du bénéficiaire : une garantie dont la finalité est de lui éviter de supporter les conséquences d'une incertitude quant à la créance principale en obtenant au préalable le paiement d'une somme d'argent. En outre, l'abus doit être manifeste, car le blocage est demandé au juge des référés (ou des requêtes), qui ne statue qu'au vu de l'apparence (CPC. Art. 809) ; or celle-ci est en faveur du droit du bénéficiaire, seule une évidence contraire peut la combattre ; et l'expérience montre qu'après la décision du juge des référés, la question est souvent réglée. L'appel à la garantie est donc abusif lorsqu'il apparaît clairement que le bénéficiaire use de son droit de manière fautive, contrairement à la finalité de celui-ci, et risque de causer ainsi un grave préjudice au donneur d'ordre. Cet abus peut consister dans la cause de l'appel (...)* » ; adde A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1324 ; PH. SIMLER, *op. cit.*, n°1024 et s. : « *Même les plus fervents partisans du respect absolu de l'engagement du garant, spécialement s'il est obligé à payer à première demande, ont toujours admis qu'il n'y avait pas lieu de répondre à l'appel de la garantie s'il était manifestement frauduleux ou abusif. (...). Il eût été intolérable que la garantie autonome pût être un instrument de spoliation* ».

<sup>1097</sup> Cass. com., 10 juin 1986, n° 84-17.769, *Bull. civ. IV*, n° 117 : « *Mais attendu que si la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base, en revanche l'interdiction d'opposer les exceptions tenant à l'inexécution du contrat cède en cas de fraude manifeste ; qu'ayant relevé que la société NIOC n'avait pas réglé à la société PLS les sommes qu'elle lui devait en vertu de certificats de terminaison de travaux à 100 % établis par elle-même et des certificats de paiement approuvés par son ingénieur chef et son service comptable, et que la société NIOC avait été amenée à demander à la société PLS des travaux supplémentaires ayant fait l'objet de factures qu'elle avait laissées impayées sans les avoir contestées, la Cour d'appel a pu déduire de l'ensemble de ces circonstances que l'appel de la garantie de bonne fin apparaissait comme une manœuvre frauduleuse ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

<sup>1098</sup> V. *infra*, n° 577 et s.



355. **Le constitut** – Sûreté personnelle connue de l'époque romaine<sup>1099</sup>, le constitut se définissait alors comme étant « *un pacte par lequel une personne fixe un jour pour le paiement d'une dette préexistante* »<sup>1100</sup>. L'intérêt était de disposer d'un engagement de payer de la part d'un second débiteur principal calqué sur le contrat de base sans pour autant constituer un cautionnement. L'abandon progressif en droit romain de l'utilisation de cette sûreté expliqua probablement que le droit français contemporain en fit tout autant. En effet, les rédacteurs du Code civil adoptèrent la figure du cautionnement sans se soucier de l'existence du constitut laissant la sûreté orpheline de toute reconnaissance législative. La redécouverte du constitut en droit français revint à M. Jacob qui renouvela la conception de la notion ainsi que de son régime juridique<sup>1101</sup>. Selon l'auteur, la sûreté relève de la catégorie des garanties indépendantes en ce que, à la différence du cautionnement, la dette du constituant lui est propre et distincte par rapport au contrat de base bien que son montant et son étendue soient calqués sur l'obligation garantie<sup>1102</sup>. Partant, le fait que l'objet de l'obligation du constituant soit distinct de l'obligation principale justifie la qualification de sûreté indépendante. De surcroît, l'auteur considère qu'en vertu de l'application *stricto sensu* du principe de l'effet relatif des conventions, le constituant ne saurait se prévaloir des exceptions issues du rapport de base, soulignant « *une forme de retour à la normalité* » par rapport au cautionnement qui « *apporte des dérogations exceptionnelles* » à l'effet relatif des contrats<sup>1103</sup>. En outre, pour distinguer le constitut de la garantie autonome, l'auteur met en évidence deux arguments. D'abord, il estime que le quantum de la dette garantie dans le cas d'un constitut ne sera pas toujours abstraitement défini tel que cela est le cas dans la garantie autonome<sup>1104</sup>. Ensuite, il démontre que la portée de la règle de l'inopposabilité des exceptions n'est pas la même selon que l'on se situe dans le cadre d'une garantie autonome ou d'un constitut<sup>1105</sup>. En effet, selon l'auteur, il y a un renoncement total à la théorie de la cause dans

---

<sup>1099</sup> F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998, n° 11 : « *le constitut est une institution, certes très mal connue, mais évoquée parfois par « la doctrine savante », qui eut à remplir à Rome la fonction de sûreté personnelle...* ».

<sup>1100</sup> F. JACOB, thèse préc., *ibid.*

<sup>1101</sup> F. JACOB, thèse préc.

<sup>1102</sup> F. JACOB, thèse préc., n° 66 et s.

<sup>1103</sup> F. JACOB, thèse préc., n° 69: « *le principe de l'effet relatif des contrats auquel le droit du cautionnement apporte des dérogations exceptionnelles a vocation à retrouver naturellement son plein empire en matière de constitut. Là encore, il y a dans le constitut une forme de retour à la normalité. Le contrat unissant le débiteur au créancier et celui unissant le garant au créancier sont distincts, ils sont tout à fait normalement destinés à avoir des vies indépendantes (...)* ».

<sup>1104</sup> F. JACOB, thèse préc., n° 69 : « *Par ailleurs, on doit considérer que le constituant pourra toujours être tenu en des termes plus rigoureux que ceux dans lesquels est enfermée l'obligation garantie* ».

<sup>1105</sup> F. JACOB, thèse préc., n° 80 et s.

le cadre de la garantie autonome contrairement au constitut. Dans ce dernier cas, le constituant pourra y recourir.

La pratique, ainsi que la jurisprudence ne se sont pas emparées de l'usage de la figure du constitut. La question se pose de son existence et de son originalité par rapport aux autres sûretés personnelles<sup>1106</sup>. Le professeur Philippe Dupichot soulève la difficulté de discerner entre « *une même dette* » qui ne serait pas la « *dette même* » du débiteur et qui, à ce titre, distinguerait le constitut du cautionnement<sup>1107</sup>. Ainsi, dès lors que « *le constituant remplit incontestablement l'obligation du débiteur* », l'auteur en déduit fort logiquement une identité entre l'obligation du constituant et de la caution<sup>1108</sup>. Nous croyons aussi que l'engagement du constituant ne présente aucune originalité au regard de celui de la caution. Même s'il est traditionnellement enseigné que l'obligation de la caution – le *debitum* – est identique à celui du débiteur principal, il s'avère que l'affirmation doit être tempérée. L'obligation du débiteur principal constitue un plafond à celle de la caution : celle-ci ne doit pas être tenue plus rigoureusement que le débiteur principal. Cela ne fait pas obstacle à ce que la durée ou le quantum de l'obligation de la caution soient limités en deçà de l'engagement garanti. De plus, venir lui appliquer la règle de l'inopposabilité des exceptions serait susceptible de caractériser un contournement du droit protecteur du cautionnement. Cela justifie certainement le fait que la Cour de cassation ne se soit jamais prononcée sur la qualification d'une telle sûreté<sup>1109</sup>. Dès lors que nous ne discernons pas la distinction avec le cautionnement, il apparaît que par analogie, si l'on admettait l'existence du constitut en pratique, l'obligation de garantie serait identique à celle du cautionnement. C'est ainsi que nous renvoyons à l'analyse de l'obligation de garantie du cautionnement personnel<sup>1110</sup>.

---

<sup>1106</sup> L. AYNÈS, « Problèmes actuels des sûretés personnelles, Rapport français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les garanties de financement*, t.47, 1996, LGDJ, 1998, p. 375 et s. ; PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 352 et s. ; J. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 451.

<sup>1107</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 353 : afin de révéler une identité entre l'obligation du constituant et celle de la caution, M. Dupichot relève qu' « *on pourrait aussi bien dire de la caution qu'elle ne paie pas la « dette même » du débiteur dès lors que celle-ci possède un obligatio et un debitum propres* ».

<sup>1108</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., *ibid.*

<sup>1109</sup> Cass. Req., 5 mai 1868, DP, 1, p. 285 ; Cass. com., 3 janv. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 4 ; Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-14.064.

<sup>1110</sup> V. *supra*, n° 327 et s.

## ii. Sûretés pour autrui indemnitaires

**356. La lettre d'intention : une sûreté anglaise parmi les françaises** – D'origine anglo-saxonne<sup>1111</sup>, la lettre d'intention<sup>1112</sup> constituait un engagement dont la portée se discutait âprement. Elle se retrouvait essentiellement en droit des sociétés<sup>1113</sup>, dans les années 1980, dépourvue de toute réglementation à son égard. L'absence de législation, concernant ce qui allait devenir une des trois sûretés personnelles consacrées par l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>1114</sup>, avait fait naître une discussion sur la valeur de l'engagement pris par le confortant. Certains soulevaient qu'il ne s'agissait que d'un engagement purement moral dépourvu de toute portée juridique<sup>1115</sup> tandis que d'autres plaidaient pour une qualification de garantie. Au fil du temps, le régime juridique de la lettre d'intention fut affiné par l'œuvre prétorienne, notamment à la suite d'un arrêt fondateur rendu le 21 décembre 1987<sup>1116</sup>, et doctrinale<sup>1117</sup>. C'est ainsi que la codification de la lettre de confort intervint en droit français par l'ordonnance du 23 mars 2006 à l'article 2322 du Code civil, selon lequel « *la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* »<sup>1118</sup>. La portée juridique de la lettre d'intention fut pleinement reconnue en droit français.

---

<sup>1111</sup> M. ELLAND-GOLDSMITH, « La pratique des lettres de confort et le droit anglais », *RDAI*, 1994, p. 527.

<sup>1112</sup> La lettre d'intention se fait également appeler « lettre de patronage », « lettre de support », « lettre d'apaisement », « lettre de soutien » ou encore « lettre de confort ». Ces terminologies recouvrent la même notion juridique.

<sup>1113</sup> Le domaine de prédilection des lettres de confort demeure les relations d'affaires et sont le plus souvent consenties par des sociétés. V. en ce sens, PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 1055 : « *L'archétype de la lettre d'intention-sûreté, auquel correspondent la plupart des décisions de jurisprudence connues, est celui d'un tel document adressé par une société mère à la banque créancière – ou future créancière – de sa filiale, lui promettant de « faire tout le nécessaire » ou « tout le possible » pour que celle-ci soit en mesure de remplir les engagements contractés envers la banque. La solidité et l'honorabilité de la société mère, ainsi que les relations existant entre elle et la banque destinataire, sont de nature à inspirer à cette dernière une confiance suffisante pour la déterminer à se contenter d'engagements aussi imprécis* ».

<sup>1114</sup> Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, JO 24 mars 2006, préc.

<sup>1115</sup> J. TERRAY, « La lettre de confort », *Banque*, 1980, p. 329.

<sup>1116</sup> Cass. com., 21 déc. 1987 ; *Bull. civ. IV*, n° 281 ; *D.* 1989, p. 112, n. BRILL ; *Banque* 1988, p. 361, obs. Rives-Lange ; *rev. sociétés* 1988. 398, n. H. SYNDET.

<sup>1117</sup> V. notamment : PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 1055 ; A. BAC, « La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés », *Dr. et patr.* Sept. 2005, p. 98 ; P. LE CANNU, « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », *RTD com.* 2006.

<sup>1118</sup> PH. SIMLER, *ibid.* : « *Comme pour les garanties autonomes, l'ordonnance précitée, suivant en cela la suggestion de la commission ayant rédigé le projet, a jugé utile de consacrer un texte à ce procédé, par ailleurs expressément mentionné comme étant, avec le cautionnement et la garantie autonome, l'une des trois sûretés personnelles régies par le Code civil (C. civ., art. 2287-1). L'article 2322 se limite à la définition ci-dessus reproduite, sans doter cette sûreté d'un régime propre. Celui-ci découle en effet assez naturellement, d'une part, de ce qui peut être considéré comme un droit commun des sûretés personnelles, d'autre part, s'agissant d'obligations de faire ou de ne pas faire, du droit commun des obligations* ».

357. **Caractère indemnitaire de la lettre d'intention** – Il est communément admis que la lettre d'intention présente un caractère indemnitaire en ce qu'il s'agit d'une sûreté « *qui opère par le truchement de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'auteur de la lettre* »<sup>1119</sup>. Ainsi, il peut résulter des termes de la lettre un engagement de faire ou de ne pas faire à la charge du confortant. En fonction des termes et expressions employés, l'obligation pesant sur le garant sera qualifiée soit de moyen soit de résultat. Concernant la qualification de l'obligation consentie par le souscripteur de la lettre, M. Dupichot a proposé de distinguer selon l'objet et la portée de l'obligation en opérant une distinction entre l'engagement moral dépourvu de toute portée juridique, l'obligation comportementale et l'obligation satisfaisante<sup>1120</sup>. Partant, la violation de l'obligation comportementale ou satisfaisante entraîne, de manière automatique ou non, l'engagement de la responsabilité contractuelle du souscripteur et se résolve en dommages et intérêts. En effet, ce n'est qu'en présence d'une obligation satisfaisante, de résultat, que la responsabilité du souscripteur est nécessairement engagée. Selon l'auteur, la lettre d'intention faisant naître une obligation satisfaisante de résultat est calquée sur le modèle du cautionnement de dettes futures en comprenant une obligation de couverture et une obligation de règlement<sup>1121</sup>. En effet, l'objet de la lettre contraint son émetteur à satisfaire, obligatoirement, son destinataire. L'auteur opère ainsi le parallèle probant selon lequel « *il semble difficile d'affirmer que celui qui, en garantie d'un crédit octroyé au débiteur, s'engage à donner en tout état de cause satisfaction au créancier ne se soumet pas envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même au sens de l'article 2011 du Code civil* » nécessitant ainsi une

---

<sup>1119</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1408.

<sup>1120</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 403 et s : l'auteur procède à une classification des lettres d'intention selon l'objet de leur obligation. Ainsi, il distingue en premier lieu les lettres d'intention comportant un engagement moral non contractuel des lettres d'intention comportementales. Seules les lettres d'intention comportementales disposent d'une portée juridique susceptible d'entraîner la responsabilité du souscripteur. Les lettres d'intention comportementales se distinguent alors du cautionnement en ce que le *debitum* n'est pas similaire à celui du débiteur principal. Plus précisément, « *l'objet de l'obligation est alors de faire ou de ne pas faire, plus précisément d'adopter un comportement de nature à mettre le débiteur en mesure lui-même de remplir son obligation, c'est-à-dire tout autre chose que de satisfaire à l'obligation du débiteur* ». L'auteur propose par la suite d'opérer une distinction selon que la lettre engendre une obligation comportementale, de moyen ou de résultat, exigeant de la part du souscripteur un comportement préalablement défini. A l'inverse, les obligations satisfaisantes « *impliquent en effet une promesse, d'intensité variable, que le créancier pourra obtenir du garant la satisfaction attendue initialement du débiteur, et ce indépendamment le cas échéant d'une quelconque obligation de comportement à l'égard du débiteur principal* ». Ainsi, les obligations comportementales de moyen visent le cas où l'émetteur s'engage à « *adopter un certain comportement en vue de mettre le débiteur en meilleure position pour payer, obligation de simples moyens* ». Dans le cas d'une obligation comportementale de résultat, l'auteur souligne qu'il s'agira alors d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Elles peuvent recouvrir des obligations satisfaisantes de moyen mais non de résultat. Les lettres comportant une obligation satisfaisante de résultat se rapprochent du cautionnement.

<sup>1121</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

requalification de l'acte en cautionnement<sup>1122</sup>. Si la requalification d'une lettre d'intention comprenant une telle obligation en cautionnement est juste, cela se justifie avant tout par le fait que le mode de réalisation de la sûreté se confond avec celui du cautionnement tel que le souligne M. Dupichot en expliquant que « *la responsabilité contractuelle joue en outre un simple rôle d'exécution forcée d'une somme d'argent* »<sup>1123</sup>.

**358. Analyse selon l'obligation de couverture et de règlement** – Le fait de caractériser l'existence d'une obligation de couverture – que nous appelons obligation de garantie – et une obligation de règlement dans la lettre d'intention comportant une obligation satisfaisante de résultat interroge sur la reconnaissance de la dualité de l'obligation lorsque l'émetteur de la lettre d'intention s'engage à adopter un comportement particulier afin de soutenir le débiteur principal. Son obligation se résume-t-elle à une obligation de faire ou de ne pas faire, qu'elle soit qualifiée de comportementale ou de satisfaisante ? Ou existe-t-il une dualité au sein de la lettre d'intention ?

Nous avons préalablement compris que l'obligation de garantie se justifie au regard de deux arguments essentiels. La proposition permet d'abord de justifier l'existence du contrat de sûreté avant même qu'il ne soit exécuté lors de l'appel en garantie par le créancier. Le régime juridique ainsi appliqué avant la réalisation de la sûreté – si celle-ci se réalise – se fonde sur l'existence de cette obligation. Plus fondamentalement, l'existence de l'obligation de garantie explique l'engagement pris par le garant pour autrui de couvrir le risque de défaillance du débiteur principal assurant *de facto* la valeur de la créance garantie. A l'image du cautionnement, la lettre d'intention opère la couverture du risque de défaillance du débiteur principal. En exigeant du souscripteur de la lettre qu'il adopte un comportement en particulier, la créance garantie se trouve préservée. Il s'agit bien du soutien apporté au débiteur principal afin que ce dernier soit en mesure d'exécuter son obligation à l'égard du créancier garanti. Par conséquent, en cas de difficultés rencontrées par le débiteur principal, l'émetteur de la lettre réalisera son obligation de faire, ou de ne pas faire, comportementale ou satisfaisante, de moyen ou de résultat<sup>1124</sup>. Or la réalisation de cette obligation va procurer un soutien plus ou moins important au débiteur principal qui sera, en théorie, mis en mesure

---

<sup>1122</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

<sup>1123</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.* ; *adde* PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 1058 ; *contra* v. L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 321 : les auteurs considèrent qu'on ne saurait confondre obligation de faire et obligation de payer en ce que ces deux obligations sont assorties de deux régimes juridiques distincts.

<sup>1124</sup> En reprenant la classification du professeur Philippe Dupichot, l'obligation sera soit comportementale soit satisfaisante, v. *supra*, n° 357.

d'honorer sa dette à l'égard du créancier. Il en va ainsi d'une société mère promettant de ne pas céder sa participation au sein d'une filiale afin d'assurer la stabilité financière de cette dernière, laquelle par ricochet pourra honorer ses engagements<sup>1125</sup>. Partant, l'obligation prise par la société mère a pour objet de couvrir un risque de non-paiement par la société filiale, laquelle se manifestera par la promesse d'adopter tel comportement précisé au sein de la lettre de confort.

La source de son engagement provient, d'un premier abord, de la volonté de garantir le créancier contre ce risque. Nous avons ensuite pu déterminer que dans ces hypothèses les garants peuvent poursuivre un intérêt patrimonial indirect, qui résulte dans cette hypothèse dans la stabilité du groupe de sociétés, nécessairement profitable à la mère. La particularité de la lettre d'intention marquée par son caractère indemnitare se révèle uniquement lors de l'exécution de la sûreté<sup>1126</sup>. En outre, l'adoption du comportement promis au sein de la lettre par le souscripteur ne se réalise pas nécessairement dès son émission. Il est effectivement adopté lors de l'arrivée d'un événement, par exemple, en cas d'insuffisance de la trésorerie de la société, exigeant que le souscripteur assure sa stabilité. A l'image du cautionnement de dettes futures, la lettre d'intention s'inscrit donc dans la durée de sorte qu'il naît, au jour de son émission, l'obligation de couvrir le risque de défaillance en promettant d'adopter tel ou tel comportement. Nous croyons que la dualité existe également lorsqu'il s'agit d'une obligation comportementale de moyen et de résultat ou d'une obligation satisfactoire de moyen. Seule la portée de la réalisation varie en fonction de l'objet de l'obligation de règlement. La distinction se manifeste donc essentiellement sur le terrain de la preuve, afin de déterminer le manquement du garant en vue d'engager sa responsabilité. Mais cela ne saurait avoir d'influence sur l'existence d'une obligation de garantie existant *ab initio*.

### iii. Sûretés issues du droit des obligations

**359. Le porte-fort d'exécution** – Le droit des obligations connaît des figures qui peuvent revêtir un rôle de garantie. Tel est le cas du porte-fort d'exécution, de la délégation ou encore de la coobligation solidaire non tenue à la dette. Si celles-ci ne sont pas reconnues *stricto sensu* comme étant des sûretés par le Code civil, elles ne sont pas moins utilisées

---

<sup>1125</sup> Par exemple : Cass. com., 19 mars 1991, *Bull. civ.* IV, n° 110 ; *JCP G* 1992.I.3583, obs. PH. SIMLER: en l'occurrence, la société mère avait pris l'engagement de maintenir sa participation au sein du capital de sa filiale. L'inexécution de cette obligation de moyen entraîna ainsi l'engagement de sa responsabilité.

<sup>1126</sup> V. *supra*, n° 357.

comme tel en pratique. L'effet de garantie qui leur est attribué se dévoile lorsque la personne qui s'engage n'est pas tenue à la dette initialement. Le schéma de ces figures contractuelles repose en effet sur le même mécanisme en révélant l'existence d'une obligation de garantie, et viennent parfois se confondre avec des sûretés nommées. Le porte-fort d'exécution se définit comme étant l'engagement par lequel une personne se porte-fort de l'exécution de l'obligation du débiteur principal en promettant, qu'en cas de défaillance, l'indemnisation du créancier bénéficiaire<sup>1127</sup>. Traditionnellement, la figure du porte-fort avait pour objet d'assurer le consentement d'une personne absente ou incapable à un acte juridique en promettant son ultérieure ratification<sup>1128</sup>. Progressivement, le porte-fort s'est vu conférer une fonction de garantie en considérant que l'ancien article 1120 du Code civil ne cantonnait pas son rôle à la ratification mais pouvait promettre plus généralement « le fait » d'un tiers, *in fine* l'exécution de l'obligation d'un tiers. C'est ainsi qu'au fil du temps, un grand nombre d'auteurs lui assigna une fonction de garantie<sup>1129</sup>.

Malgré cette reconnaissance, il n'en reste pas moins que sa nature demeure controversée ainsi que son autonomie à l'égard du cautionnement<sup>1130</sup> ou encore de la lettre d'intention<sup>1131</sup> ; les deux interrogations étant étroitement liées. La Cour de cassation eût à juger de la nature du porte-fort d'exécution notamment afin de déterminer si les dispositions de l'ancien article 1326 du Code civil lui étaient applicables<sup>1132</sup>. Finalement, elle affirma par une décision du 1<sup>er</sup> avril 2014 « *que le porte-fort, débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers*

---

<sup>1127</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 ; C. civ., art. 1204 : « *On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit.* ».

<sup>1128</sup> PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 1080 : en effet, l'auteur rappelle que le rôle initial du porte-fort « *était de permettre la conclusion d'opérations juridiques en dépit de l'impossibilité pour l'une des parties d'y consentir, en raison de son incapacité ou de son absence, moyennant la promesse exprimée par une autre personne, souvent une autre partie au même acte, que l'incapable ou l'absent le ratifiera lorsqu'elle sera en mesure de le faire* ».

<sup>1129</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 325 ; H., L., J. MAZEAUD, Y. PICOD, n° 53-22 ; J. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 483 et s. ; I. RIASSETTO, *Lamy droit des sûretés*, n° 150 et s. ; *contra*. R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort d'exécution », *RJDA* 2006, p. 787 ; E. SAVAUX, n. sous Cass. com., 13 déc. 2005, *Deffrénois*, 2006, p. 414.

<sup>1130</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 421 et s.

<sup>1131</sup> PH. SIMLER, « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *RD bancaire et bourse*, 1997, p. 223 et s. ; PH. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP G*, 1990.I.3427 ; P. ANCEL, thèse préc., n° 152.

<sup>1132</sup> Pour une qualification en une obligation autonome : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 janv. 2005, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *Deffrénois* 2005, art. 38166, p. 908, obs. J. HONORAT ; *RTD civ.* 2005, p. 391, obs. J. MESTRE B. FAGES ; *Dr. et patr.* 2005, p. 104, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; *Contra*, sur une qualification en garantie accessoire : Cass. com., 13 déc. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 256 ; *JCP G* 2006.II.10021, n. PH. SIMLER ; *D.* 2006.298, obs. X. DELPECH ; *RTD civ.* 2006.205, obs. J. MESTRE B. FAGES ; Cass. com., 18 déc. 2007 ; *JCP G* 2008. I. 151, n° 13, obs. PH. SIMLER.

le bénéficiaire de la promesse, des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis » qualifiant ainsi la sûreté de garantie indemnitaire<sup>1133</sup>. Elle vint réaffirmer à l'identique la qualification par un arrêt du 8 juillet 2014 à l'exception que l'obligation n'est plus désignée comme étant autonome<sup>1134</sup>, ce qui est justifié. L'autonomie impliquerait une rupture entre le rapport garanti et l'engagement du porte-fort ce qui est difficilement envisageable. L'engagement de la responsabilité du porte-fort trouve en effet sa source dans l'inexécution de l'obligation principale ce qui scelle *ipso facto* un lien entre les deux engagements<sup>1135</sup>.

Le caractère indemnitaire postule selon nous un caractère accessoire<sup>1136</sup>. Il est également juste de considérer l'obligation du porte-fort comme étant de résultat. Il s'engage en effet à indemniser le préjudice subi en cas d'inexécution de l'obligation principale par le débiteur. À la différence de la lettre d'intention portant une obligation comportementale, le porte-fort ne s'engage pas à exécuter un comportement. Nous rejoignons le professeur Philippe Dupichot sur l'interrogation qu'il pose quant à une distinction avec le cautionnement puisque *in fine* le porte-fort sera condamné au paiement de dommages et intérêts afin de réparer le préjudice subi qui « *consistera en réalité à ce que le porte-fort fournisse au créancier la satisfaction attendue du tiers débiteur à l'instar d'une caution, et ce même en présence d'une obligation de faire* »<sup>1137</sup>. La seule différence qui pourrait surgir résulterait d'une théorique condamnation à des dommages et intérêts dont le *quantum* dépasserait celui de la dette garantie, ce qui ne

---

<sup>1133</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 2014, *Bull. civ.* IV, n° 105, n° 13-10.629 ; *JCP E* 2014. 1367 L. LEVENEUR ; D. 2014. 1185, n. B. DONDERO ; *RDC* 2014.347 TH. GENICON ; *RDC* 2014. 625, obs. J. KLEIN.

<sup>1134</sup> Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-14.777 ; *RD Bancaire et financier* 2014.172, obs. D. LEGAIS ; *JCP G* 2014.1162, n° 9, obs. PH. SIMLER.

<sup>1135</sup> V. en ce sens : PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 1084 : selon le Doyen Philippe Simler, « *l'arrêt attribue à cet engagement de porte-fort un caractère autonome pour en déduire que la validité ou la nullité de l'obligation qu'il s'agissait de « ratifier » ou d'exécuter était sans incidence et que la cour d'appel n'avait donc pas à effectuer cette vérification, qui était sans intérêt. Cette affirmation inspire une certaine perplexité. Ainsi, si l'on reste un instant dans le registre classique du porte-fort de ratification, l'auteur d'une telle promesse serait tenu de payer des dommages et intérêts au bénéficiaire alors même que l'acte que l'incapable ou l'absent devrait ratifier serait nul ? De même, dans l'hypothèse du porte-fort d'exécution, le fait de ne pas obtenir du tiers débiteur l'exécution d'une obligation nulle serait imputable à faute au porte-fort et se traduirait pour lui par une condamnation à des dommages et intérêts ? Il paraît évident, au contraire, que si le bénéficiaire d'une telle promesse, dans l'une et l'autre hypothèse, subit un préjudice, le fait générateur en est la nullité de l'acte projeté ou de l'engagement dont l'exécution n'a pu être obtenue et non le défaut d'une impossible ratification ou exécution ? La promesse d'obtenir la ratification ou l'exécution d'une obligation nulle est elle-même nulle, pour défaut d'objet ». L'auteur en conclut à juste titre « *que la promesse de porte-fort ait pour objet la ratification d'un acte juridique imparfait ou l'exécution d'une obligation souscrite par un tiers, elle est tributaire de l'existence, de la validité, de la nature et de l'étendue de cet acte ou de cette obligation* ».*

<sup>1136</sup> Sur le mode de réalisation des sûretés pour autrui indemnitaires, v. *infra*, n° 574 et 580.

<sup>1137</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 424.



surviendra rarement voire jamais en pratique<sup>1138</sup>. En admettant cette différence de nature entre le cautionnement et le porte-fort, il reste que cela n'a pas pour effet d'exclure l'existence d'une obligation de garantie dans ce dernier cas. En effet, il est admis que l'objet de l'engagement du porte-fort est d'indemniser le créancier en cas d'inexécution de son débiteur alors qu'il n'est pas tenu à la dette. Il fournit ainsi la couverture d'un risque qui peut ne jamais se réaliser. Même en l'absence de réalisation du risque garanti, cela n'a pas pour effet de faire disparaître l'existence du contrat dans l'ordre juridique. Celui-ci a bel et bien existé.

**360. La délégation sûreté et la coobligation solidaire non tenue à la dette** – Le caractère hybride de la délégation implique une certaine liberté des volontés qui se retrouve peu au sein des autres sûretés pour autrui. Celle-ci peut aussi bien constituer une modalité de paiement d'une dette<sup>1139</sup> ou une sûreté à part entière dans le cas où le délégué s'est engagé auprès du délégataire alors même qu'il n'était pas tenu à l'égard du délégant ou dans une moindre mesure. En effet, « *l'existence d'un lien d'obligation préexistant entre le délégant et le délégué n'est pas de l'essence de la délégation, qui peut être mise en œuvre exclusivement comme procédé de garantie personnelle* »<sup>1140</sup>. Dès lors que se caractérise une rupture, même partielle, entre l'obligation et la contribution à la dette au stade de l'engagement, alors se révèle l'obligation de garantie. Pour une portion de la dette ou une partie, le délégué s'oblige à garantir le risque. Par analogie, le raisonnement est applicable à la coobligation solidaire non intéressée<sup>1141</sup> puisque dans cette hypothèse le coobligé s'engage à payer une dette à laquelle il n'est pas tenu de sorte qu'il consent à garantir contre le risque d'inexécution. L'étendue de l'obligation de garantie se limitera cependant à la fraction de la dette à laquelle n'est pas tenu le codébiteur solidaire.

---

<sup>1138</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., *ibid.* : il s'agit d'une différenciation plus théorique que pratique, « *lorsque le porte-fort garantit non le consentement du tiers mais l'exécution du contrat, cette double originalité tenant à son prétendu caractère indemnitaire disparaît déjà largement et qu'il sera en pratique condamné à payer la dette de ce débiteur (...)* ».

<sup>1139</sup> En effet, la délégation est originellement conçue comme une opération sur créance ayant pour effet le paiement de la dette du délégant envers le délégataire. Dans cette hypothèse, le délégué est tenu envers le délégant. Son paiement se fera entre les mains du délégataire ce qui aura pour effet de le libérer à l'égard du délégant.

<sup>1140</sup> PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 932.

<sup>1141</sup> Sur l'effet de sûreté dans la coobligation solidaire non tenue à la dette : PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 369 et s. ; D. MARTIN, « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, p. 49 et s. ; PH. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », art. préc.

*c. Existence de l'obligation de garantie au sein des sûretés pour autrui*

**361. Existence de l'obligation de garantie au sein des sûretés pour autrui** – La couverture du risque de défaillance du débiteur principal est la fonction essentielle de l'obligation du garant. Le fait de couvrir le risque de défaillance du débiteur principal constitue l'objet de l'obligation de garantie qui se retrouve au sein de chaque sûreté pour autrui. L'engagement pour autrui correspond parfaitement à la structure de l'obligation de garantie dès lors que celle-ci suppose, inévitablement, une pluralité d'obligations en s'adjoignant à celle de l'obligation du débiteur principal. Couvrir le risque de défaillance du débiteur principal ne se conçoit effectivement qu'en présence d'un rapport de base. Les sûretés indépendantes ne représentent pas un obstacle à la démonstration. En effet, le rapport avec le contrat principal n'est jamais définitivement rompu. La garantie autonome en constitue un exemple topique. Bien que la sûreté se réalise indépendamment du rapport de base, un lien demeure néanmoins. En effet, la mise en œuvre manifestement abusive de la garantie fait obstacle à sa réalisation, puisque ce serait accorder une réalisation de la sûreté en faisant fi de sa finalité. La solution se justifie par la violation de l'objet même de l'obligation de garantir.

**B. Obligation de règlement et sûreté pour autrui**

**362. Plan** – Le risque couvert peut ne jamais intervenir. En cas de survenance, la sûreté pour autrui se réalise par la voie d'une obligation de règlement (1), laquelle a pour fonction de matérialiser l'exécution de l'obligation de garantie en fonction de la spécificité de la sûreté pour autrui (2).

**1. Définition de l'obligation de règlement**

**363. Contenu de l'obligation de règlement** – Lorsque le risque garanti advient, la sûreté pour autrui fait naître à la charge de son constituant une dette dont l'objet est d'exécuter l'obligation de garantie. L'exécution de l'obligation de garantie, à savoir la couverture du risque de défaillance du débiteur principal, se réalise ainsi par la voie de l'obligation de règlement. En ce sens, Mouly expliquait qu'elle représentait autant d'obligations de payer à exécution instantanée que de créances garanties qui naissaient dans le

cadre de l'obligation de couverture<sup>1142</sup>. L'obligation de règlement avait dès lors pour objet de réaliser la couverture du risque lorsque les dettes garanties naissaient dans son cadre<sup>1143</sup>. Nous avons vu que la dualité d'obligation dans le cautionnement de dettes futures a vocation à s'étendre au cautionnement de dettes présentes. Encore faut-il définir si celle-ci reçoit la même définition que dans le cas de sûretés garantissant des créances futures ou non.

## 2. Analyse de l'obligation de règlement

364. **L'obligation de règlement aux ordres de l'obligation de couverture** – Dans la droite lignée de la proposition du professeur Philippe Théry<sup>1144</sup>, le contenu de l'obligation de règlement revient finalement à concrétiser l'exécution de l'obligation de garantie. Pour autant, elle ne présente pas un caractère accessoire à l'obligation de garantie. Certes, la première va suivre le sort de la seconde mais ce ne sera pas tout le temps le cas, notamment dans les garanties de dettes futures. La dépendance entre les deux obligations n'est pas totale. Il a été proposé de qualifier le rapport entre obligation de couverture et de règlement par l'existence d'un lien de subordination : l'obligation de garantie commande l'obligation de règlement. Le lien de subordination se définit en droit du travail « *par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »<sup>1145</sup>. Adapté au droit des sûretés, le lien de subordination implique que l'obligation de règlement soit placée sous le contrôle et la direction de l'obligation de couverture. S'il est vrai que sa mise en œuvre s'établit sous le contrôle de l'obligation de garantie, admettre l'existence d'un lien de subordination serait excessif au regard de la certaine autonomie dont bénéficie l'obligation de règlement. En effet, elle présente deux caractères principaux. Il s'agit avant tout d'une obligation autonome à l'égard de l'obligation de couverture, tel que l'eut démontré Mouly<sup>1146</sup>. Les obligations de garantie et de règlement sont ainsi liées entre elles mais demeurent indépendantes. Dans le cas du cautionnement de dettes futures, le caractère indépendant est

---

<sup>1142</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 19 : « *l'obligation de règlement en révèle au contraire le caractère accessoire. Éventuelle tant que la dette principale n'est pas apparue, elle suit à partir de ce moment-là l'évolution de celle-ci. Il naît une obligation de règlement chaque fois qu'apparaît une dette distincte dans le patrimoine du débiteur et les deux supports de droit vont ensuite de pair, comme un objet et son ombre. (...). Quand la dette parvient à la perfection juridique (lorsqu'elle est certaine, liquide et exigible) l'obligation de règlement y atteint également* ».

<sup>1143</sup> CH. MOULY, thèse préc., *ibid.*

<sup>1144</sup> PH. THERY, *op. cit.*

<sup>1145</sup> Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187 ; *Bull. civ.* V, n° 386 ; Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316.

<sup>1146</sup> CH. MOULY, thèse préc., *ibid.*

manifeste<sup>1147</sup> : l'extinction de l'obligation de règlement par le paiement de la créance garantie n'emporte pas extinction de l'obligation de garantie, laquelle continue de perdurer jusqu'à son propre terme<sup>1148</sup>. A l'inverse, l'arrivée du terme de l'obligation de garantie n'emporte pas la fin de l'obligation de règlement qui serait née et non encore exécutée. Cette dernière persiste jusqu'à son entière exécution par le garant. Il en est ainsi du décès de la caution qui a pour effet d'éteindre l'obligation de garantie et non les obligations de règlement nées en son sein et non exécutées<sup>1149</sup>. Lorsque les dettes garanties sont certaines et déterminées, le caractère indépendant des deux obligations doit être nécessairement tempéré en raison de leur exécution concomitante. L'exécution de l'obligation de règlement marque en principe l'extinction de l'obligation de couverture : une dette déterminée non honorée par le débiteur principal laisse place à l'exécution de l'obligation de règlement du garant entraînant ainsi l'extinction de l'obligation de garantie. Nous percevons ici le lien de subordination entre les deux obligations. Les cas d'autonomie se manifestent donc en présence de garantie de dettes futures.

### **365. L'obligation de règlement, miroir de la spécificité de la sûreté –**

L'obligation de règlement se caractérise en outre par un caractère protéiforme. Son mode de réalisation est fonction du choix de la sûreté, et ainsi des modalités d'exécution convenues : par la voie des sûretés réelles dans le cas de la sûreté réelle pour autrui ; par une obligation personnelle de payer dans les hypothèses du cautionnement, délégation ou encore de la solidarité non tenue à la dette ; par une obligation personnelle de payer, indépendante, dans le cas de la garantie autonome ; par la voie indemnitaire dans le cas de la lettre d'intention, de la promesse de porte-fort d'exécution, etc. Il pourrait être reproché à la distinction son caractère artificiel. L'intérêt est pourtant double : d'une part, les deux obligations ont un effet fédérateur entre les sûretés pour autrui, permettant d'expliquer en particulier l'engagement de la caution réelle<sup>1150</sup>. Ensuite, la distinction a une vertu pédagogique : l'obligation de garantie

---

<sup>1147</sup> CH. MOULY, thèse préc., *ibid.*

<sup>1148</sup> Le terme résulte de la fin de la couverture du risque, donc de l'extinction de l'objet de l'obligation.

<sup>1149</sup> Cass. com., 29 juin 1982, *Consorts Ernault*, Bull. civ. IV, n° 258 ; D. 1983.360, n. CH. MOULY ; *rev. sociétés*, 1982.86, n. R. CABRILLAC : en l'occurrence, une banque bénéficiait du cautionnement solidaire et *omnibus* d'un dirigeant social. Au jour du décès de la caution, aucune dette n'était exigible. Ce n'est que plusieurs années après que la société fut placée en procédure de règlement judiciaire. La banque fit appel au cautionnement à l'égard des héritiers du *de cuius*. La chambre commerciale refusa de faire droit à leur demande, en « *ayant relevé qu'aucune dette n'existait à la charge du débiteur principal au décès de M. Ernault, l'arrêt retient que celui-ci, qui n'était pas tenu à cette date, ne pouvait transmettre d'engagement à ses héritiers pour des dettes nées postérieurement (...)* ». *A contrario*, si des dettes étaient nées dans le cadre de l'obligation de couverture, avant le décès de la caution, alors les héritiers auraient été tenus de les honorer.

<sup>1150</sup> V. *supra*, n° 337.

explique la portée particulière de ces sûretés tandis que l'obligation de règlement met en exergue le mode particulier d'exécution de chaque sûreté pour autrui. Ainsi le caractère spécifique de la sûreté choisie par les parties s'exhale lors de l'exécution de l'obligation de règlement. L'obligation de règlement dans le cadre du cautionnement personnel se manifeste sous la forme d'une obligation de payer à exécution instantanée et qui suit le sort de l'obligation principale en raison de son caractère accessoire<sup>1151</sup> ; tandis que dans le cas du cautionnement réel, il s'agit de réaliser l'obligation de règlement par la voie du droit des sûretés réelles en octroyant un droit exclusif ou préférentiel sur un bien affecté à la garantie<sup>1152</sup>. Le caractère indemnitaire de la lettre d'intention ou encore de la promesse de porte-fort d'exécution dicte l'exécution de l'obligation de règlement selon le canal de la responsabilité contractuelle. *In fine*, l'obligation de règlement ne se comprend pas tant selon un rapport de subordination mais plutôt au regard de son objet : celle-ci est entièrement affectée à la réalisation de l'obligation de garantie de manière conditionnelle<sup>1153</sup>, à savoir en cas de défaillance du débiteur principal.

**366. Conclusion de la Section I** – La dualité de l'obligation du garant pour autrui représentant les deux obligations principales de garantie et de règlement, constitue une structure commune à la famille des sûretés pour autrui. L'extension de la théorie de Christian Mouly aux sûretés pour autrui s'avère offrir une lecture pertinente de la particularité de l'engagement du constituant d'une sûreté pour autrui : dans un premier temps, l'obligation de garantie reflète la couverture d'un risque, en l'occurrence le risque de défaillance du débiteur principal, tandis que l'obligation de règlement est entièrement placée au service de sa réalisation, au moment de la défaillance du débiteur garanti, selon les spécificités de la sûreté choisie par les parties. La dualité dans l'obligation du garant participe de la structure type des sûretés pour autrui et permet de servir l'intérêt du constituant. Par définition, elle ne saurait se retrouver en présence de sûretés pour soi (Section II).

---

<sup>1151</sup> V. *infra*, n° 574 : le régime juridique des sûretés pour autrui sera analysé dans le cadre de la seconde partie. Précisément, les règles spéciales inhérentes à leur réalisation auront vocation à s'appliquer lors de l'exécution de l'obligation de règlement.

<sup>1152</sup> V. *infra*, n° 581.

<sup>1153</sup> Pour une analyse de l'obligation de couverture par le prisme de la condition, v. V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, IRJS éd. 2010.



## **SECTION II – L'OBLIGATION DU GARANT POUR SOI**

**367. Union avec la créance garantie** – Il y a, dans la sûreté pour soi, ce lien qui nous apparaît comme étant indéfectible avec la créance garantie, dont on perçoit alors l'essence de la sûreté pour soi. La constitution de celle-ci se fait en considération d'un contrat principal dont le bénéficiaire – le crédit – revient directement à son constituant. Ce rapport semble révéler le particularisme de ces contrats, nécessairement accessoires d'une créance garantie dont le débiteur est leur constituant. Voici une obligation personnelle sur laquelle se superpose un droit réel accessoire affecté à garantir sa bonne exécution. Ce droit a pour effet de renforcer le droit de gage général du créancier par l'affectation préférentielle – ou exclusive – d'une chose ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs. Les principes essentiels inhérents de l'engagement au titre d'une sûreté pour soi prennent leur source directement dans ce lien étroit entre la sûreté et la créance garantie, lequel est la conséquence immédiate de l'intérêt du contractant. Poursuivre un intérêt patrimonial direct impose ce rapport.

**368. Plan** – Partant, le constituant d'une sûreté pour soi est tenu au titre d'une obligation personnelle sur le fondement du contrat garanti (I). Plus particulièrement, malgré une discussion sur la qualification de l'engagement du constituant en obligation réelle, nous croyons au contraire qu'au regard de la nature de la sûreté cette dernière ne fait naître aucune obligation personnelle, ni de garantie ni réelle (II).

### **I. L'OBLIGATION PERSONNELLE AU TITRE DU CONTRAT GARANTI**

**369. Plan** – La sûreté pour soi a nécessairement comme support un contrat à garantir dont il résulte une obligation personnelle mise à la charge du constituant (A). L'obligation personnelle suppose la réunion de critères afin de pouvoir servir de support à la sûreté (B).

## A. Le droit de créance en support de la sûreté

370. **Plan** – Par principe, le constituant est tenu au titre d'une obligation personnelle issu du contrat principal garanti, ce qui se manifeste par le caractère accessoire à la créance garantie (1) et le principe de spécialité notamment quant aux créances garanties (2). Ces deux règles fondamentales des sûretés pour soi impliquent l'existence d'une obligation personnelle née du contrat garanti.

### 1. Caractère accessoire et sûretés pour soi

371. **Prohibition des sûretés abstraites** – Traditionnellement, les sûretés réelles sont présentées comme étant l'accessoire du contrat principal qu'elles viennent garantir<sup>1154</sup>. Pris dans son acception large, le caractère accessoire des sûretés réelles signifie « *l'affectation d'une garantie au service exclusif de la créance* »<sup>1155</sup>. La sûreté se trouve ainsi liée à la créance principale en ce qu'elle est mise au service de sa garantie. Il ne saurait exister, en droit français, de sûretés réelles abstraites. Cette prohibition a été discutée au sujet de la fiducie-sûretés puisque certains la considéraient comme n'étant pas accessoire à une créance<sup>1156</sup>. La propriété de la chose est dès lors utilisée à des fins de garantie<sup>1157</sup>. En principe, le transfert du droit au bénéficiaire de la fiducie s'opère en garantie d'une créance, qu'elle soit présente ou future. La difficulté fut de considérer que le droit de propriété était exclusivement affecté au sort de la créance garantie de sorte que certains ont estimé que la fiducie sûreté ne pouvait, au regard de sa structure, disposer d'un caractère accessoire<sup>1158</sup>. Cette appréhension de la fiducie-sûreté comme étant l'exception au caractère accessoire des sûretés réelles

---

<sup>1154</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 330 et s. ; obs. J. MESTRE B. FAGES, *op. cit.*, n° 400; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. I, n° 9 : au sujet de l'ancien nantissement, l'auteur énonce qu'il « *est un contrat accessoire, au même titre que le cautionnement et la constitution d'hypothèque. Car il intervient pour la sûreté d'une dette* ».

<sup>1155</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 326 : deux conceptions du caractère accessoire des sûretés réelles existent. « *La notion d'accessoire peut en effet être entendue de façon plus ou moins large. Dans sa conception classique étroite, elle signifie essentiellement que l'accessoire devant subir le même sort que le principal, les vices qui affectent la créance garantie s'étendent par contagion à la sûreté. Plus généralement, le caractère accessoire entraîne l'opposabilité des exceptions : la personne qui a donné sûreté peut opposer au créancier les exceptions affectant la créance garantie. Dans une conception plus large de l'accessoire, celui-ci se traduit surtout par l'affectation d'une garantie au service exclusif de la créance* ».

<sup>1156</sup> Sur une présentation plus approfondie de la fiducie, v. *infra*, n° 498.

<sup>1157</sup> Néanmoins, les caractères de ce droit de propriété étant différents quant à ceux de la propriété classique, les auteurs sont divisés quant à sa nature, v. *supra*, n° 243.

<sup>1158</sup> C. WITZ, « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP E*, 1993, n° 5, p. 244.



manque de convaincre <sup>1159</sup>. En effet, elle reste placée au service exclusif de la garantie de la créance. Tant ses conditions de formation<sup>1160</sup> que ses effets<sup>1161</sup> se placent incontestablement dans une perspective de garantie d'une créance. Une fiducie abstraite n'est pas reconnue en droit français.

**372. Exceptions apparentes à l'exigence d'une obligation personnelle à garantir**  
– *De lege lata*, il existe des cas où la sûreté devient indépendante au regard de la créance garantie<sup>1162</sup>. Au regard des cas d'indépendance de la garantie vis-à-vis de l'obligation principale, la déconnexion de la sûreté s'opère non pas lors de sa constitution mais au cours de son existence. Les sûretés rechargeables tempèrent le caractère accessoire mais ne le remettent pas pour autant en cause en raison de l'affectation principale <sup>1163</sup>. Partant, l'exigence de lien d'accessoire à principal doit être constatée au jour de l'acte constitutif de la sûreté. Par la suite, rien n'empêche l'application de règles ayant pour effet de rendre la sûreté indépendante au regard de l'obligation garantie marquant un assouplissement du caractère accessoire dans la perspective d'assurer une meilleure efficacité de la sûreté pour soi.

## **2. Principe de spécialité**

**373. Principe de spécialité en renfort du caractère accessoire** – Le principe de spécialité des sûretés réelles quant aux créances garanties renforce leur caractère accessoire. La règle a été expressément reconnue par le législateur concernant l'hypothèque tandis que pour les autres sûretés réelles, elle vient se déduire à la lecture de certains textes. L'exigence de déterminabilité de la créance à garantir renforce le rapport entretenu avec la sûreté. La réforme du 23 mars 2006 est, certes, venue assouplir l'exigence de détermination de la créance garantie en acceptant la garantie de créances futures dès lors qu'elles sont déterminables dans l'acte constitutif, ou encore avec l'avènement des sûretés rechargeables mais ne vient pas pour autant reconnaître l'existence de sûretés flottantes. Le principe de

---

<sup>1159</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse préc. p. 183 ; MM. CABRILLAC et CH. MOULY, *op. cit.* n° 529 ; L. AYNÈS, « Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi », *RLDC*, 2008, n° 46, p. 5 et s.

<sup>1160</sup> En effet, le principe de spécialité est pleinement assuré dans le contrat constitutif de la fiducie-sûreté, y compris en présence d'une faculté de recharge, dès lors qu'il est impératif qu'une première créance à garantir existe pour la constituer. Sur l'analyse de la sûreté rechargeable, v. *supra*, n° 156.

<sup>1161</sup> Le régime juridique de la fiducie-sûreté, peu important la nature du bien sur lequel elle porte, est entièrement guidé par l'affectation à la garantie de la créance. C'est ainsi que la consolidation du droit de propriété sur le bien ne pourra se réaliser qu'en cas de défaillance du débiteur.

<sup>1162</sup> Pour une analyse complète des cas de transmission ou d'extinction autonomes de la sûreté, v. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.* n° 386 et s.

<sup>1163</sup> V. *supra*, n° 156.

spécialité quant aux créances garanties est classiquement perçu comme étant une protection à l'égard du constituant<sup>1164</sup>. Rendre obligatoire la détermination de la créance à garantir préserve le constituant face au risque d'abus par une limitation de la sûreté selon le montant des créances garanties, présentes ou futures. Nous croyons que le principe de spécialité se comprend selon une analyse structurelle et fonctionnelle : les sûretés pour soi ont pour cause l'intérêt de leur constituant d'obtenir un avantage patrimonial, directement, en permettant la conclusion du contrat principal. Elles n'ont donc de sens que parce qu'elles sont rattachées à une obligation principale, dont elles suivront le sort.

## **B. Les caractères du droit de créance garanti**

374. **Plan** – Baudry-Lacantinerie soulignait au sujet du gage qu'il « *peut être rattaché à une obligation quelconque, pourvu qu'elle soit valable* »<sup>1165</sup>. L'obligation doit ainsi être personnelle (1), exécutable (2) et à la charge du constituant pour être garantie par une sûreté pour soi (3).

### **1. Une obligation personnelle**

375. **Le caractère personnel de l'obligation garantie** – Le principe de spécialité des sûretés pour soi a pour effet d'imposer la détermination – *a minima* la déterminabilité – de la créance garantie<sup>1166</sup>. A ce titre, l'article 2423 du Code civil exige, en matière d'affectation hypothécaire, que l'acte constitutif comprenne le montant de la créance garantie, et ce à titre de validité de la sûreté. Exiger la détermination du montant de la créance garantie implique son évaluation en argent. Ainsi, il est vrai que traditionnellement, les sûretés réelles viennent garantir la bonne exécution d'obligation de payer, telle que la créance de remboursement d'un crédit ou encore la créance de paiement du prix de vente. L'évaluation de la créance est aisée en présence d'une obligation de payer. La garantie d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, par des sûretés réelles est communément admise en doctrine bien que des obstacles se dressent face à cette reconnaissance. Dès lors, le principe de spécialité représente-t-il un obstacle pour garantir de telles obligations ? La garantie d'obligations de

---

<sup>1164</sup> C. DAUCHEZ, thèse préc., n° 221 et s., spéc., n° 226.

<sup>1165</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. I, n° 10.

<sup>1166</sup> Malgré l'assouplissement du principe de spécialité assuré par la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, en reconnaissant la possibilité de garantir des créances futures ou avec l'avènement des sûretés rechargeables, l'exigence demeure de devoir déterminer la créance constituant le support de la sûreté pour soi.

donner, de faire ou de ne pas faire par une sûreté pour soi est sans nul doute admissible. Aucun texte ne prévoit effectivement une limitation à la seule garantie d'obligations de sommes d'argent<sup>1167</sup>. L'unique exigence est la détermination ou la déterminabilité de la créance garantie. Bien que l'évaluation du montant de la créance ne soit pas toujours exigée *ab initio*, il est nécessaire de procéder à une évaluation en argent, et ce au plus tard lors de la réalisation de la sûreté. Le principe selon lequel le créancier ne peut s'enrichir sur le fondement d'une sûreté plaide en ce sens. Aussi, l'attribution judiciaire du bien affecté à la garantie est une procédure rendant obligatoire l'évaluation de l'obligation afin de vérifier que la valeur du bien attribué ne soit pas supérieure à celle de la créance<sup>1168</sup>. La même exigence s'applique dans le cadre d'un pacte comissoire<sup>1169</sup>. L'évaluation monétaire de l'obligation est fondamentale. MM. Mestre, Putman et Biliau ont souligné en ce sens que s'agissant de la garantie d'une obligation de donner, il serait nécessaire de se placer dans un transfert de propriété différé et non pas *solo consensu*, afin que la sûreté soit efficace<sup>1170</sup>. Outre les obligations traditionnelles que nous connaissons, le support de la sûreté peut parfaitement être une obligation de garantir. En dehors de l'hypothèse des sûretés garantissant une garantie de vices cachés ou encore une garantie d'éviction<sup>1171</sup>, nous pensons à une sûreté pour soi qui aurait pour objet de garantir l'obligation de garantie comprise au sein d'une sûreté pour autrui. Il arrive, en pratique, que le constituant d'une sûreté pour autrui, tel qu'un cautionnement, veuille pour renforcer son engagement apporter une contre garantie au créancier en consentant une sûreté réelle – donc une sûreté pour soi – sur un bien en particulier afin de garantir son engagement *ès* qualité de caution<sup>1172</sup>. Dans cette hypothèse, nous devons exclure la qualification de cautionnement réel puisque le constituant n'a pas eu la volonté de garantir la dette d'autrui mais sa propre dette résultant de son engagement de caution. L'intérêt poursuivi par le constituant en consentant une sûreté sur un bien en

---

<sup>1167</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 345 : « La sûreté garantit la plupart du temps une créance de somme d'argent, et même toujours en droit positif, s'agissant des sûretés légales. Mais rien n'interdit de garantir par une sûreté réelle conventionnelle des obligations de donner ou de faire ».

<sup>1168</sup> Sur l'attribution judiciaire, v. *infra*, n° 611.

<sup>1169</sup> Sur le pacte comissoire, V. *infra*, n° 612.

<sup>1170</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *ibid.* : les auteurs soulignent qu'un transfert de propriété *solo consensu* rendrait inutile la sûreté réelle en raison de l'exécution immédiate du contrat.

<sup>1171</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *ibid.* : « Et comment procéder à l'évaluation si la sûreté garantit... une obligation de garantie, par exemple dans le cas du gage ou de l'hypothèque donné pour sûreté d'une garantie d'éviction ou des vices cachés, sûretés dont il existe au moins un très vieil exemple ». Les auteurs citent ainsi l'arrêt suivant : Cass. Req., 15 avril 1806, Jur. Gén., avant de reprendre : « Dans cette situation, l'évaluation de l'obligation risque de ne pas apparaître comme autre chose qu'une évaluation forfaitaire en dommages-intérêts. La sûreté est donc alors consentie pour une créance de somme d'argent, et comme-ci, est réductible par le juge en vertu de l'article 1152 du Code civil ».

<sup>1172</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 149.

particulier lui est propre. En effet, la question pourrait se poser de savoir si une telle sûreté ressort plutôt de la catégorie des sûretés pour autrui dès lors que sa constitution permet de renforcer l'engagement de caution, *a priori*, pour satisfaire le créancier bénéficiaire des sûretés. En réalité, la sûreté réelle vient garantir l'engagement personnel de caution pris par le constituant. Cela implique que dans l'hypothèse où la caution serait défaillante au titre de son engagement personnel, le créancier dispose de la faculté d'exercer son droit préférentiel sur le bien affecté. En permettant ce schéma, cela procure au constituant la faculté d'affecter un bien de son choix en règlement de la dette, en lieu et place de la saisie de n'importe quels biens de son patrimoine sur le fondement du droit de gage général. Ce n'est uniquement qu'en cas d'insuffisance du bien grevé à satisfaire l'obligation garantie que le créancier pourra exercer une saisie sur le fondement du cautionnement. L'intérêt du constituant doit ainsi être qualifié de patrimonial direct en cette hypothèse.

## 2. Une obligation exécutable

376. **Le caractère exécutable de l'obligation garantie** – Outre son caractère personnel, l'obligation garantie doit être exécutable. Les sûretés tendent effectivement vers l'exécution de l'obligation dès lors qu'elles constituent un procédé améliorant et renforçant le droit de saisie sur le fondement du droit de gage général des créanciers<sup>1173</sup>. L'obligation qui ne serait pas exécutable sur le fondement du droit de gage général emporterait fort logiquement l'inutilité de la garantie. Prenons le cas des obligations naturelles<sup>1174</sup>, celles-ci n'emportant aucune force obligatoire et contraignante pour son débiteur, il ne serait pas envisageable d'en garantir l'exécution<sup>1175</sup>, « *puisque le débiteur ne peut être contraint à exécuter, il ne saurait y avoir aucune garantie d'exécution contre lui* »<sup>1176</sup>. Mais nous savons que l'obligation naturelle a pour particularité de pouvoir se muer en obligation civile,

---

<sup>1173</sup> V. *infra*, n° 393.

<sup>1174</sup> J. DOMAT, *op. cit.*, Liv. I, Sect. V, IX : Domat expose ainsi le passage d'une obligation naturelle à une obligation civile : « *Ceux que la nature ne rend pas incapables de contracter, et qui ne le sont que par la défense de quelque loi, ne laissent pas de s'engager par leur convention à une obligation naturelle, qui selon les circonstances peut avoir cet effet ; qu'encore qu'ils ne puissent être condamnés à ce qu'ils ont promis, s'ils satisfont à leur engagement, ils ne peuvent en être relever. Ainsi, par exemple, dans le Droit romain le fils de famille, même majeur ne peut s'obliger à cause de prêt ; mais s'il paye ce qu'il a emprunté, il ne peut le répéter. Ainsi dans les coutumes où la femme mariée ne peut s'obliger, même avec l'autorité de son mari, si après la mort du mari elle paye ce qu'elle avoit promis, elle ne pourra se servir de la nullité de son engagement pour le respecter* ». Sur la notion d'obligation naturelle et morale, v. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 5 et s., p. 4 et s.

<sup>1175</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 348.

<sup>1176</sup> P. PLANIOL, G. RIPERT, t. XII, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1953, par E. BECQUE, n° 75.

contraignante et exécutable. Dès lors, le fait de constituer une sûreté en garantie d'une telle obligation n'engendre-t-il pas une présomption « *de promesse d'exécuter* »<sup>1177</sup> ayant pour effet de la transformer en obligation civile ? L'idée est défendue en doctrine<sup>1178</sup>. Il est vrai que la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile s'interprète à la lumière de la volonté des parties. Force est d'admettre que le fait de consentir une sûreté dont l'objet est d'assurer l'exécution de l'obligation laisse apparaître que son débiteur a souhaité la rendre exécutable dans l'ordre juridique.

**377. Perte du caractère exécutable** – En raison du caractère accessoire, si l'obligation garantie perd son caractère exécutable, alors par ricochet, la sûreté en pâtira nécessairement. Par principe, une obligation perdant sa force obligatoire et contraignante entraîne la paralysie de la sûreté réelle. La jurisprudence décide traditionnellement que la sûreté reste suspendue le temps de l'impossibilité d'exécuter l'obligation principale, par exemple pour cas de force majeure. Des clauses conventionnelles peuvent également prévoir la seule suspension de la sûreté et non son inefficacité telles que les clauses de *hardship*<sup>1179</sup>.

### **3. Une obligation à la charge du constituant : une condition essentielle**

**378. Principe : une obligation personnelle à la charge du débiteur constituant** – Le trait caractéristique des sûretés pour soi est d'avoir pour objet la garantie de l'obligation pesant sur le constituant même, d'où la terminologie proposée : « la sûreté pour soi ». A l'inverse des sûretés pour autrui, le garant s'engage pour lui-même afin de renforcer le droit de gage général des créanciers en vue de l'obtention directe d'un avantage patrimonial, lequel résultera de la conclusion du contrat principal. L'obtention de l'avantage est immédiate

---

<sup>1177</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *ibid.*

<sup>1178</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 348 : « *Cependant la promesse d'exécution de l'obligation naturelle transforme celle-ci en obligation civile, laquelle peut être garantie par une sûreté. On pourrait même songer à aller plus loin : si une sûreté a été constituée par contrat, pour garantir une obligation en principe simplement naturelle, le contrat constitutif de sûreté ne fait-il pas présumer la promesse d'exécuter ? Ce serait une inversion du rapport de dépendance qui lie la sûreté à l'obligation : c'est la sûreté qui ferait présumer l'obligation. L'interprétation de la commune intention des parties devrait le permettre. Plus largement, la stipulation d'une sûreté ou d'une promesse de sûreté dans un acte qui se présente comme un engagement d'honneur, devrait en faire un engagement ferme et exécutable : l'engagement d'honneur n'est en principe pas juridique, mais il peut le devenir* ».

<sup>1179</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 779 ; B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de «*hardship*», *JDI* 1974. 794 ; « Les *hardship* clauses », *Dr. patr. com. int.* 1996. 7 ; ROUHETTE, « La révision conventionnelle du contrat », *RD comp* 1986. 369. ; JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », 1990, PUAM, p. 141 s.

puisque, par définition, il n'y a aucune intermédiation d'un patrimoine tiers à l'inverse des sûretés pour autrui. La réception du bénéfice issu du contrat principal se réalise directement au sein du patrimoine du constituant. L'existence d'une obligation personnelle à la charge du constituant relève de l'essence de la sûreté pour soi.

**379. Exceptions apparentes : le cas de la stipulation pour autrui et de la sûreté réelle pour autrui** – Le principe d'asseoir la sûreté pour soi sur une obligation personnelle à la charge du constituant est-il absolu ? La question n'est pas sans fondement à la lecture de cas dans lesquels la sûreté réelle bénéficie à un tiers. Nous pensons ainsi à la sûreté réelle pour autrui ainsi qu'à la stipulation pour autrui. La constitution d'une sûreté réelle pour autrui recouvre deux hypothèses : la sûreté réelle constituée en vue de garantir un engagement personnel de caution et la sûreté réelle constituée en vue de garantir la dette d'un tiers. Ces deux cas se ressemblent mais sont en réalité très différents tel que nous l'avons exposé<sup>1180</sup>. En outre, la stipulation pour autrui assortie de sûreté réelle va à la fois bénéficier au promettant, le constituant, et au bénéficiaire. Cette figure constituerait l'exception<sup>1181</sup> en ce que la sûreté est consentie à la fois pour soi et pour autrui.

**380. Le double visage de la délégation : qualification en sûreté pour soi en cas de créance garantie** – La délégation prise dans sa fonction de sûreté constitue une éclairante illustration de l'exigence d'une obligation principale aux fins de qualification en sûreté pour soi. Lorsque le délégué s'engage envers le délégant à concurrence de la créance dont dispose le délégataire à son égard, alors la sûreté doit recevoir la qualification de sûreté pour soi<sup>1182</sup>. À

---

<sup>1180</sup> V. *supra*, n° 375.

<sup>1181</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 342 : dans l'hypothèse d'une stipulation pour autrui, le bénéficiaire va pouvoir se prévaloir des sûretés consenties par le promettant qu'elles soient conventionnelles ou légales. Ils estiment que pour autant cela ne constitue pas une entorse au caractère accessoire des sûretés réelles mais plutôt une application. « *Cela peut choquer de prime abord : voici apparemment une entorse au principe de l'accessoire, puisqu'il n'y a pas cession de la créance du stipulant au tiers bénéficiaire ; entorse particulièrement singulière dans le cas où le tiers invoque le privilège, car il n'est pas vendeur, alors que le privilège est normalement une faveur attachée par la loi à la qualité de la créance. Le bénéfice des sûretés au tiers est pourtant, non une exception, mais bien une application de la règle de l'accessoire : le stipulant stipule à la fois pour soi (même s'il n'a qu'un intérêt parfois assez mince à l'opération) et pour autrui, il est donc de la nature de la stipulation pour autrui que les sûretés qu'il se fait octroyer soient en même temps affectées au service du droit du tiers bénéficiaire, par l'effet d'une véritable règle supplétive de volonté. Dans les rapports du tiers bénéficiaire et du promettant, les sûretés apparaissent donc comme l'accessoire du droit du tiers bénéficiaire. On pourrait objecter qu'il y a là une bizarrerie, la sûreté se retrouvant au service de deux droits, celui du stipulant et celui du tiers bénéficiaire, d'où une certaine fragilité de la garantie, puisque le promettant peut opposer au tiers les exceptions issues de ses rapports avec le stipulant. Mais cette faiblesse est inhérente au mécanisme de la stipulation pour autrui* ».

<sup>1182</sup> En effet, le délégant affecte la créance dont il dispose à l'égard du délégué afin que le délégataire puisse, en cas de défaillance, agir à l'encontre de ce dernier.

l'inverse, lorsqu'il n'existe pas de rapport d'obligation préexistant à l'égard du délégataire ou que le montant de son engagement est supérieur, alors la sûreté est pour autrui, ce qui doit emporter l'application de règles protectrices.

**381. Conclusion de paragraphe** – *In fine*, l'essence de la sûreté pour soi relève de son caractère accessoire afin de répondre à l'intérêt poursuivi par le constituant, ce qui postule l'existence d'une obligation principale.

## **II. L'ABSENCE D'OBLIGATION PERSONNELLE AU TITRE DE LA SURETE POUR SOI**

**382. Nature de l'engagement du constituant** – Le droit consenti au créancier s'analyse traditionnellement comme un droit réel dit « accessoire », par opposition aux droits réels principaux. Néanmoins, il n'existe pas de consensus sur l'identification de la nature de la sûreté réelle. Certains réfutent la qualification de droit réel accessoire, d'autres affirment qu'il s'agit d'une obligation réelle.

**383. Plan** – A l'inverse des sûretés pour autrui, la sûreté pour soi n'emporte aucune obligation personnelle (A) mais constitue selon nous un renforcement du droit de gage général des créanciers par la constitution d'un droit réel accessoire (B).

### **A. L'inexistence du droit de créance au sein de la sûreté pour soi**

**384. Plan** – La nature de l'engagement du constituant d'une sûreté pour soi ne résulte ni d'une obligation de garantie (1) ni d'une obligation réelle (2).

#### **1. Absence d'obligation de garantie**

**385. Une obligation de garantie inexistante** – Selon M. Kanayama, « *la notion d'obligation de garantir se situe uniquement sur le plan des obligations personnelles et pas sur le plan des sûretés ou de la garantie en général. Dès lors, on ne doit pas parler de l'obligation de garantir en matière réelle, mais du bien affecté à la garantie* »<sup>1183</sup>. Le schéma de l'obligation personnelle, précisément de l'obligation de garantie, ne se retrouve pas dans la structure contractuelle. Le droit réel accessoire consenti n'a pas vocation à octroyer au

---

<sup>1183</sup> N. KANAYAMA, *De l'obligation de couverture à la prestation de garantir*, *op. cit.*, p. 394.

créancier, en cas d'inexécution, un pouvoir d'agir sur le fondement du droit de gage général. Seul le bien affecté constitue l'assiette de la sûreté. Le créancier ne dispose pas d'un droit sur l'entier patrimoine de son débiteur au titre de la sûreté mais uniquement sur le fondement de la créance préexistante. Aussi, l'objet de la sûreté pour soi n'est pas de garantir les risques de non-paiement de la créance par le débiteur principal mais de renforcer le droit de saisie du créancier en lui conférant un droit préférentiel ou exclusif sur des biens déterminés. Si l'obligation de garantie est exclue, certains ont proposé d'analyser l'engagement du constituant comme étant constitutif d'une obligation réelle.

## 2. Absence d'obligation réelle

386. **La théorie classique de l'obligation réelle** – D'origine doctrinale, l'obligation réelle se définit plutôt par son régime juridique que par sa nature controversée. Ainsi, elle est traditionnellement considérée comme étant une « *obligation liée à une chose (et dite propter rem), non sur un débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement)* »<sup>1184</sup>. L'obligation réelle pèse sur son débiteur uniquement en raison de sa qualité de propriétaire. Il en résulte qu'elle suivra la chose de telle sorte que le débiteur peut s'en décharger par la transmission du bien. Est dès lors attaché à l'obligation réelle un droit de suite et une faculté de déguerpissement. Les auteurs et la jurisprudence conviennent de son régime juridique mais ne s'accordent pas pour autant sur sa nature<sup>1185</sup>. La nature juridique de l'obligation réelle a suscité de nombreux débats et symbolise la difficulté intarissable de définir avec précision ce que sont les droits réels. De nombreuses théories ont tenté de démontrer que l'obligation réelle relevait davantage de la catégorie des droits personnels<sup>1186</sup>, tandis que certains l'ont qualifiée de droit réel<sup>1187</sup>. Face à la difficulté de qualification, des

---

<sup>1184</sup> Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

<sup>1185</sup> J.L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD. civ.*, 1984, p. 258 : alors que « *c'est en principe en raison d'une certaine nature qu'un régime donné est applicable* ».

<sup>1186</sup> J. DERRUPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Thèse Toulouse, 1951, n° 295 et s. ; J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962, p. 35 et s. : les auteurs se fondent sur le critère de la prestation en considérant que seul un droit personnel permet d'exiger d'une tierce personne un service sur une chose.

<sup>1187</sup> G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Thèse Aix, 1902, p. 175 et s. ; L. RIGAUD, *Le droit réel*, Thèse Toulouse, 1912. Ainsi, l'obligation *propter rem* doit s'analyser en une servitude, faisant exception à la règle *servitus in faciendo non potest*.



auteurs sont venus affirmer qu'il s'agissait d'une catégorie autonome venant bouleverser la *summa divisio* des droits réels et des droits personnels.

**387. La théorie personnaliste de l'obligation réelle** – C'est ainsi que Ginossar a plaidé pour la reconnaissance de l'obligation réelle en une catégorie autonome<sup>1188</sup>. Dans sa pensée, la notion d'obligation réelle devient la notion fondamentale. Elle surplombe la classification des droits réels et des droits personnels. L'obligation réelle constitue donc l'aspect passif tandis que le droit réel vise la face active de l'obligation. Il en résulte que les droits réels relèvent tous de la catégorie des obligations personnelles en imposant à leur titulaire soit de s'abstenir – ce qui relèvera de la majorité des cas – soit d'effectuer une prestation positive<sup>1189</sup>. En effet, l'auteur estime que le patrimoine est composé uniquement d'obligations. Même les droits incorporels doivent recevoir une telle qualification puisqu'ils établissent un rapport binaire entre un sujet actif et un sujet passif. Dans le cadre de l'obligation réelle, ce n'est pas la personne qui est débitrice de l'obligation mais bien la chose<sup>1190</sup>. Pour autant, l'obligation réelle ne se résume pas à une obligation personnelle. La distinction repose sur la détermination du sujet passif individuel : il est par définition indéterminé et se trouve conditionné à la qualité de propriétaire de la chose<sup>1191</sup>. L'analyse de l'obligation réelle du professeur Ginossar est d'une vertigineuse intelligence. Le bouleversement entraîné par la conception qu'il propose sur la classification traditionnelle des droits réels et personnels éclaire l'énigme du droit réel lorsqu'il engendre des prestations positives à la charge de son titulaire. Or la remise en cause de la classification est-elle en réalité justifiée au regard de l'enjeu ? En effet, l'obligation réelle ne représente que quelques exemples épars au sein du Code civil... Des auteurs ont ainsi tenté de définir la notion sans avoir à dépasser la classification traditionnelle des droits réels et personnels.

---

<sup>1188</sup> S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960

<sup>1189</sup> La nature obligationnelle de l'obligation réelle explique la faculté d'imposer au titulaire du droit des prestations positives telles que l'obligation d'entretien d'un mur mitoyen (C. civ., art. 655 et 656), l'obligation du nu-propriétaire de procéder aux grosses réparations (C. civ., art. 605), la réalisation des ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude (C. civ., art. 698 ; Cass., 3<sup>e</sup> civ., 5 juin 2007, n<sup>o</sup> 05-18.173), l'obligation de contribuer à la clôture forcée (C. civ., art. 663), l'obligation de raccordement d'une copropriété et l'obligation corrélative pour les copropriétaires d'adhérer à une police d'abonnement (Cass., 3<sup>e</sup> civ., 22 mai 2007, n<sup>o</sup> 05-18.174), les obligations utiles à la conservation du lotissement (V. J.L. BERGEL, *Les servitudes du lotissement à usage d'habitation*, LGDJ 1973, n<sup>o</sup> 216, p. 252 et s.).

<sup>1190</sup> S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 67.

<sup>1191</sup> S. GINOSSAR, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 46 : l'auteur explique que la distinction entre l'obligation réelle et l'obligation personnelle résulte du « *mode de détermination du sujet passif individuel* ».

**388. La lecture de l'obligation réelle par la théorie de l'accessoire** – La théorie de l'accessoire a été employée pour expliquer la nature et le régime juridique de l'obligation réelle. En observant une contradiction entre la nature personnelle de l'obligation et son régime réel, Bonnecase a proposé de lire les obligations *propter rem* comme étant l'accessoire d'un droit réel principal. M. Derrupé poursuit en analysant l'extinction de l'obligation réelle comme étant « *la conséquence du caractère accessoire de cette obligation, dont l'existence et la transmission sont liées à l'existence et à la transmission du droit réel* »<sup>1192</sup>. L'analyse, faite par la doctrine moderne de l'obligation réelle sur le fondement de l'accessoire permet d'affirmer que l'obligation réelle se définit comme étant un *vinculum juris* astreignant son débiteur à une obligation de faire ou de ne pas faire, dont le régime juridique est calqué sur le droit réel principal dont il est l'accessoire (sic !). Grâce au critère de l'accessoire, les auteurs ont su faire le tri entre ce qui relève de l'obligation *propter rem* et les autres droits. Selon cette théorie, les sûretés réelles ne peuvent recevoir la qualification d'obligation réelle. En effet, le droit réel principal fait défaut puisque la sûreté réelle constitue elle-même un droit réel accessoire à une obligation personnelle<sup>1193</sup>.

**389. Approche structurelle de la distinction entre l'obligation réelle et les sûretés pour soi** – Nous croyons que l'engagement du constituant d'une sûreté pour soi ne peut s'analyser par la notion d'obligation réelle. Selon une approche structurelle, elles constituent l'accessoire d'un droit personnel tandis que l'obligation réelle est, par définition, l'accessoire d'un droit réel principal. La différence structurelle justifie l'exclusion de la qualification. Toujours selon une même approche, si nous adoptons la pensée du professeur Ginossar, alors nous observerions une différence entre la structure de la sûreté réelle et celle de l'obligation réelle. Tel que le note M. Gijbers, la naissance de l'obligation au jour de la constitution implique que le constituant d'une sûreté réelle soit tenu au titre d'une double obligation<sup>1194</sup>. Force est de constater que tel n'est pas le cas. La seule obligation personnelle à la charge du constituant est celle résultant du contrat garanti. S'agissant d'une obligation personnelle, l'obligation *propter rem* confère en effet au créancier, en cas de défaillance, un droit de saisie fondé sur le droit de gage général. Tel n'est pas le cas en l'occurrence. La réalisation de la sûreté pour soi s'effectue par un droit préférentiel ou exclusif portant sur un

---

<sup>1192</sup> J. DERRUPE, *op. cit.*, n° 296.

<sup>1193</sup> F. ROUVIERE, « Servitudes – obligation réelle », *JCl. Civ. Code*, 2013, n° 637-659.

<sup>1194</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 153 : « *A suivre ce système, on devrait présenter le constituant comme étant deux fois débiteur de la même somme, d'une part, au titre de son obligation personnelle, d'autre part, au titre de l'obligation réelle créée par la sûreté !* ».

ou plusieurs biens affectés et non pas sur l'universalité de droit qu'est le patrimoine. L'assiette de la sûreté et de l'obligation réelle n'est donc pas la même. Par conséquent, l'analyse structurelle emporte l'exclusion de la qualification de l'engagement du constituant en une obligation personnelle. De manière plus pragmatique, la situation de ce dernier ne peut se réduire à celle du tiers détenteur d'un bien grevé, hypothéqué par exemple, dès lors qu'en cas de délaissement, il restera malgré tout tenu au paiement de la créance garantie, contrairement au tiers détenteur<sup>1195</sup>.

## **B. Le renforcement du droit de gage général par la sûreté pour soi**

**390. Plan** – Porté par les articles 2284 et 2285 du Code civil, le droit de gage général des créanciers constitue le corollaire de la théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau<sup>1196</sup>. Le patrimoine étant perçu comme une universalité de droit dont l'actif répond entièrement du passif, il en résulte les créanciers du débiteur disposent d'un droit sur l'ensemble des biens qui composent le patrimoine. Si les effets du droit de gage général sont connus, sa nature juridique a cependant emporté des discussions : s'agit-il d'une sûreté réelle, d'un droit personnel, de la garantie des créanciers ? Plus précisément, le droit de gage général vient-il définir les sûretés pour soi ou celles-ci viennent-elles le renforcer ? A la lumière de leur nature juridique, le droit de gage général et les sûretés pour soi se distinguent indéniablement (1) pour venir se rejoindre au regard de leur finalité (2).

### **1. Distinction des sûretés pour soi et du droit de gage général selon leur nature**

**391. Analyses du droit de gage général** – Sans le dire expressément, le Code civil de 1804 embrassa la théorie subjective du patrimoine aux termes des articles 2284 et 2285 du Code civil. L'assiette du gage commun des créanciers se compose des biens présents et à venir de leurs débiteurs, à savoir le patrimoine. Le droit dont dispose le créancier lui confère la faculté de saisir un des biens compris dans le patrimoine. En cas de concours, le prix de vente se répartit entre eux « *par contribution* »<sup>1197</sup>. Le propre de la qualité de créancier chirographaire est de ne disposer d'aucune cause de préférence à l'égard des autres créanciers. Suite à la consécration du droit de gage général, des interrogations se sont élevées quant à sa

---

<sup>1195</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.*

<sup>1196</sup> CH. AUBRY et CH. RAU, *op. cit.*

<sup>1197</sup> C. civ., art. 2285 : l'article est le siège du caractère égalitaire du droit de gage général des créanciers, lequel instaure aucune cause de préférence.

nature : est-il possible d'intégrer le droit de gage général au sein de l'une des catégories connues ? Assurément, le pouvoir octroyé au créancier sur le fondement du gage commun des créanciers ne saurait recevoir la qualification de droit réel, bien que le créancier dispose d'un droit sur le bien qui lui permet de le faire vendre afin d'en percevoir le prix<sup>1198</sup>. Il y aurait là une confusion quant au titulaire du droit réel principal. On ne peut reconnaître au créancier la titularité d'un droit réel principal sur les biens du débiteur alors que c'est bien le débiteur qui détient ce droit réel. En effet, le propriétaire qui détient l'*usus*, le *fructus* et surtout l'*abusus* est, par définition, le débiteur de l'obligation et non le créancier. Aussi, la qualification du droit de gage général en un droit personnel ne convainc pas. Nous savons que l'obligation fait naître un lien de droit entre deux personnes, le *vinculum juris*, permettant à l'un d'exiger de l'autre l'exécution d'une prestation, positive ou négative. Une telle conception aboutirait cette fois à une confusion entre le droit de gage général et le droit de créance. Or le droit de gage général est un effet de l'existence d'un droit de créance afin de lui conférer sa force obligatoire, exécutoire.

**392. Opposition entre le droit de gage général et les sûretés pour soi** – De tout temps, les sûretés réelles ont été rattachées au droit de gage général. L'Histoire explique cette confusion. Les sûretés connaissaient en effet une fonction d'exécution forcée sur les biens du débiteur<sup>1199</sup>. Sous l'Ancien régime, le droit de créance conférait au créancier hypothèque générale sur tous les biens de son débiteur<sup>1200</sup>. Par la consécration du droit de gage général au sein du Code civil, le parti pris par le législateur fut de distinguer le gage commun des créanciers des sûretés réelles. Désormais, les hypothèques conventionnelles doivent être

---

<sup>1198</sup> À l'inverse du *verus dominus* ou du titulaire de l'*abusus*, le créancier chirographaire ne saurait percevoir l'intégralité du prix de vente du bien lorsque ce dernier est supérieur au montant de sa créance. D'un point de vue économique, la finalité de la vente du bien pour un propriétaire ou un créancier chirographaire n'est pas la même. Pour le créancier chirographaire, le prix de vente sera nécessairement affecté à la satisfaction de sa créance détenue sur le débiteur alors que du point de vue du *verus dominus*, le prix de vente ne fera l'objet d'aucune affectation à part entrer au sein de son patrimoine par le mécanisme de la subrogation réelle.

<sup>1199</sup> Ainsi à l'époque romaine, après l'abolition par la loi *Petilia* de la contrainte sur le corps du débiteur, un mécanisme prétorien vit le jour, la *venditio bonorum*, qui permettait d'engager la totalité de son patrimoine qui était par la suite liquidé dans le cadre d'une procédure à laquelle l'ensemble des créanciers participaient. Néanmoins, face à l'efficacité nuancée de la procédure, les créanciers se tournèrent vers les sûretés réelles en les renforçant. En effet, celles-ci n'offraient à l'origine à leur titulaire qu'une possession du bien, *in fine* un droit de rétention. C'est ainsi que le gage ou l'hypothèque conféraient aux créanciers le *jus distrahendi* : la faculté de les posséder mais aussi de vendre les biens. V. sur ce sujet : CH. GISJBERS, thèse préc., n° 51 et s.

<sup>1200</sup> V. notamment CH. GISJBERS, thèse préc., n° 55.

expressément voulues par les parties, ce qui se traduit formellement par l'établissement d'un acte hypothécaire notarié contrairement à l'hypothèque générale d'antan<sup>1201</sup>.

Néanmoins, une assimilation subsiste de nos jours<sup>1202</sup>. Il ne faudrait pas se laisser tromper par l'expression adoptée en la matière : le droit de gage général faisant irrémédiablement référence à la terminologie appliquée en matière de sûretés réelles<sup>1203</sup>. Pourtant, il faut se garder de procéder à telle assimilation. La distinction se révèle à la lumière de leur nature juridique. Le droit de gage général des créanciers est fondé sur un principe d'égalité entre les créanciers chirographaires. Il est le bras armé de la force exécutoire de l'obligation et n'a pas vocation à octroyer un classement entre les créanciers. De cette approche, les sûretés pour soi se retrouvent diamétralement opposées au gage commun des créanciers. Elles vont attribuer au créancier une cause de préférence. L'égalité est brisée par l'effet de la sûreté.

## 2. Rapprochement des sûretés pour soi et du droit de gage général selon leur finalité

393. **Approche fonctionnelle** – L'opposition entre le gage commun des créanciers et les sûretés réelles s'avère être relative. En effet, les sûretés pour soi viennent à se rapprocher du droit de gage général des créanciers à l'aune de leur finalité. Chacun a pour dessein de permettre la satisfaction de l'obligation. La finalité est commune. Le rapport entre le droit de gage général et les sûretés pour soi résulte de leur fonction qui est de fournir au créancier des moyens en vue que sa créance soit honorée. Schématiquement, le droit de gage général fonde un socle commun aux créanciers chirographaires leur permettant d'avoir un pouvoir d'agir sur le patrimoine de leur débiteur. Quant aux sûretés, elles procurent à leur titulaire le moyen de renforcer ce pouvoir d'agir en délivrant un droit de préférence ou exclusif sur un ou plusieurs biens déterminés. La technique employée pour servir cette cause est la constitution d'un droit réel, accessoire à la créance garantie, qui place le créancier dans

---

<sup>1201</sup> Le formalisme dans le cadre de l'hypothèque conventionnelle ne sert pas un ordre public de protection du constituant face à un risque de surendettement excessif mais plutôt un impératif de sécurité juridique en renforçant le principe de spécialité des sûretés pour soi par la spécification du bien grevé et des créances garanties. V. *infra*, n° 520.

<sup>1202</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 57.

<sup>1203</sup> V. sur ce sujet, CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid* : « On en trouve la trace dans la terminologie employée, comme en atteste l'expression « droit de gage général » qui, pour désigner le droit de poursuite du créancier, emprunte au champ lexical des sûretés (C. civ., anc. Art. 2093) ; ou encore le terme « engagement » tenu pour synonyme d'obligation (C. civ., art. 1370) alors qu'il signifie littéralement « mettre en gage ». Même constat du côté de la pratique notariale qui continue à désigner par le mot « obligation » l'acte d'affectation hypothécaire, tout comme les anglais utilisent le mot « mortgage » pour désigner à la fois l'acte d'emprunt et la sûreté immobilière ».

une position avantageuse par rapport aux créanciers démunis de sûretés. La notion de droit réel accessoire correspond à la situation du créancier titulaire d'une sûreté réelle qui détiendra un droit direct sur le bien, sans avoir à passer par l'intermédiaire d'une personne, qui suivra l'évolution de la créance qu'il garantit. Finalement, les sûretés pour soi constituent des droits réels accessoires qui assurent un renforcement du droit de gage général.

**394. Conclusion de paragraphe** – Au regard de la nature de l'engagement pris par le constituant de la sûreté, l'opposition se révèle encore entre les sûretés pour soi et pour autrui. Les premières sont en effet dépourvues de tout engagement personnel dès lors qu'elles sont déjà fondées sur une créance. Elles mettent alors en œuvre un droit réel accessoire afin de renforcer le droit de gage général par l'octroi d'un droit de préférence ou exclusif.

**395. Conclusion de la Section II** – Les sûretés pour soi se caractérisent avant tout par leur caractère accessoire. Ces contrats viennent en garantie d'une créance préexistante à la charge du constituant. Par définition, il constitue le débiteur de cette obligation personnelle de sorte qu'il est tenu, à ce titre, sur son patrimoine en vertu du droit de gage général. Contrairement aux sûretés pour autrui, la structure des sûretés pour soi ne comprend donc aucune obligation personnelle. Elles ont pour effet de procurer au créancier un droit réel accessoire dont la finalité est de renforcer le droit de gage général des créanciers afin de rendre plus certain l'exécution de l'obligation garantie par l'octroi d'un droit préférentiel ou exclusif sur un ou plusieurs biens déterminés. L'intérêt des sûretés pour soi est en effet de limiter au maximum, voire d'exclure, les situations de concours en brisant l'égalité préétablie par le droit de gage général.

**396. Conclusion du Chapitre I** – La structure de l'engagement du constituant de la sûreté répond à l'intérêt qu'il poursuit, dénotant un rapport entre la cause et la structure du contrat. S'engager pour autrui ou pour soi entraîne nécessairement une incidence sur la nature de l'obligation ou du droit consenti par le constituant. Garantir le risque de défaillance du débiteur suppose l'existence d'une obligation principale, objet de la garantie. La pluralité d'obligations implique une structure tripartite : un créancier, un garant, un tiers garanti. L'intermédiation du patrimoine du tiers garanti fait obstacle à la réception d'une contrepartie immédiate dans le patrimoine du garant. La structure de l'obligation du garant pour autrui est façonnée afin de réaliser l'intérêt poursuivi. En se fondant sur la distinction de Christian Mouly, nous pouvons mieux appréhender la portée de l'engagement du garant. Ce dernier

consent ainsi une obligation de garantie, de nature personnelle ; laquelle a pour objet de couvrir le risque de défaillance du débiteur principal. Sa réalisation s'opère alors par une obligation de règlement, laquelle reflète la particularité de chaque sûreté. La nature personnelle ne se retrouve pas au sein de la structure des sûretés pour soi. Cela s'explique par le fait que le constituant est, par définition, déjà débiteur d'une obligation personnelle au titre du contrat qu'il va garantir par une sûreté réelle. Sur le fondement de cette obligation, le créancier dispose donc d'un droit d'agir à raison du droit de gage général. La sûreté assure ainsi le renforcement du gage commun des créanciers afin de permettre la réalisation de l'intérêt patrimonial. Par l'effet de la sûreté, l'avantage issu du contrat garanti sera reçu directement dans le patrimoine du garant. Au-delà même de l'identité de structure, la distinction des sûretés pour soi et pour autrui révèle l'existence d'un socle de règles communes (Chapitre II).





## Chapitre II

### L'IDENTIFICATION DES RÈGLES COMMUNES

397. **Un régime primaire lors de la constitution** – Établir un régime primaire revient à caractériser l'application de règles communes au sein d'une catégorie prédéfinie. En droit des régimes matrimoniaux, le régime primaire désigne « *le statut fondamental des gens mariés* »<sup>1204</sup>. La dénomination même de régime primaire a prêté à discussions en ce que sa terminologie sous-entendrait que les règles communes seraient suffisantes, excluant ainsi l'application de toutes règles spéciales<sup>1205</sup>. Des auteurs ont préféré désigner ce socle de règles communes comme étant un statut fondamental<sup>1206</sup>, un statut impératif de base<sup>1207</sup> ou encore de règles applicables à tous ceux qui entrent dans la catégorie visée, en l'occurrence aux époux<sup>1208</sup>. Malgré les discussions sur la sémantique employée, nous pouvons constater que la notion est assimilée *de lege lata*<sup>1209</sup>. L'on s'accorde ainsi à considérer que le régime primaire désigne clairement l'existence d'un socle de règles communes applicables à une situation

---

<sup>1204</sup> F. TERRÉ et PH. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 6<sup>e</sup> éd, 2011, n° 46.

<sup>1205</sup> J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux, t.1, Statut fondamental et régime légal*, 4<sup>e</sup> éd., 1977, Defrénois, n° 9 ; A. COLOMER, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Litec, 12<sup>e</sup> éd 2005, n° 61 ; PH. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, ed., 2019 n° 16 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t.8, 7<sup>e</sup> éd. Par Ponsard, Litec, 1973, n° 9.

<sup>1206</sup> J. PATARIN et G. MORIN, *op. cit.*, n° 46.

<sup>1207</sup> A. COLOMER, *op. cit.*, n° 62.

<sup>1208</sup> CH. AUBRY et CH RAU, *loc. cit.*

<sup>1209</sup> M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, « Mariage – effets patrimoniaux du mariage », *RDC*, avril 2014, n° 105 : « Les termes même de « régime primaire » pour désigner l'ensemble des règles applicables à tous les époux et visées par les articles 212 à 226 du code civil prêtent à discussion même si cette dénomination a été empruntée à l'exposé des motifs de la loi du 13 juillet 1965 (*Exposé des motifs, JO Sénat, 1964-1965, n°131, p.2*) ». (...) Reste que la plupart des auteurs continuent à employer la terminologie devenue courante – ou bien l'édulcorent en visant les règles communes à l'ensemble des régimes matrimoniaux » (citant ainsi FLOUR et CHAMPENOIS, *op. cit.*, n°53 – SAYN et CHEVALLIER, *Les règles générales des régimes matrimoniaux*, *Trav. Fac. Paris, 1968 – DEKEUWER, thèse*) ».

juridique, une catégorie déterminée, ce qui met en avant son caractère impératif<sup>1210</sup>. Nous croyons qu'il est opportun d'établir l'existence de règles communes, par la reconnaissance d'un régime primaire, applicables tant aux sûretés pour soi que pour autrui. Le clivage qui oppose ces deux familles de sûretés se constate en effet au regard de leur régime juridique par l'émergence de règles communes ou qui devraient l'être, justifiant de considérer la distinction comme étant fondamentale. Dans un souci de bonne justice, il n'est guère justifiable de ne pas prendre en compte le risque inhérent à chaque sûreté pour autrui et pas seulement au cautionnement. A l'inverse, les règles applicables aux sûretés pour soi se fondent plutôt sur un impératif d'efficacité économique et de sécurité de la sûreté<sup>1211</sup>.

**398. Méthode** – L'introduction d'un régime primaire pose la question de la méthode à adopter dans l'énoncé de la règle. Dans son discours préliminaire au premier projet de Code civil, Portalis assénait ainsi que les lois sont des « *actes de sagesse, de justice et de raison* »<sup>1212</sup>. Le conseil de Portalis est de légiférer en revêtant des gants de velours. Notre droit civiliste était entièrement bercé par cette pudeur législative. Suite à une tendance contemporaine, les conseils prodigués par Portalis furent oubliés au profit d'une certaine frénésie législative. Malgré la mise en garde de Savatier face au mal de l'inflation législative<sup>1213</sup>, nous ne pouvons que constater que la multiplication des lois n'est pas un

---

<sup>1210</sup> En effet, le caractère impératif du régime primaire résulte directement de sa fonction. Son existence est subordonnée à la caractérisation de règles communes qui ont pour fonction de s'appliquer à une situation déterminée. En droit des régimes matrimoniaux, le régime primaire a vocation à régir les rapports entre époux dès lors qu'ils ont contracté mariage, peu important le régime choisi.

<sup>1211</sup> À la différence des sûretés pour autrui dont les règles communes doivent chercher à préserver le garant face à un risque patrimonial supplémentaire, résultant directement de l'obligation de garantie qu'ils prennent en charge, le régime primaire applicable aux sûretés pour soi abandonnera cet impératif de protection. La préexistence d'un droit de créance, source du droit de gage général, fait obstacle au caractère risqué de la sûreté. L'abandon de l'objectif de protection va ainsi laisser place à un souci de préserver la sécurité juridique de la sûreté afin de renforcer son efficacité. La cause a donc un effet systémique sur le régime juridique.

<sup>1212</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801 : « *Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore prévoir les dangers de la correction même, qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ; qu'enfin il n'appartient de proposer des changements, qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer, d'un coup de génie, et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un Etat* ».

<sup>1213</sup> R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, p. 43.

phénomène relégué au temps passé<sup>1214</sup>. Le droit du cautionnement en est un exemple topique. Partant, il convient d'adopter une méthode adaptée, respectueuse de la pensée de Portalis et source d'une meilleure lecture de ce droit essentiel à la vie économique. Nous croyons donc que l'introduction d'une section préliminaire au sein du Code civil, établissant les règles communes ou les principes directeurs aux deux catégories de sûretés, apporterait une meilleure lisibilité de ce droit en mal de cohérence.

**399. Plan** – La *summa divisio* des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui se manifeste ainsi par la mise en œuvre d'un régime primaire de protection lors de la constitution des sûretés pour autrui (Section I) par opposition au régime primaire de sécurité lors de la constitution des sûretés pour soi (Section II).

---

<sup>1214</sup> V. Sur le fléau de l'inflation législative : J. CARBONNIER, *L'inflation des lois*, in Essais sur les lois, Defrénois, 1979, p. 272 ; Y. BENHAMOU, « Réflexions sur l'inflation législative », *D.* 2010 p. 2303 ; J.-C. ZARKA, « A propos de l'inflation des lois », *D.* 2005, p. 660 ; P. MBONGO, « De l'inflation législative comme discours doctrinal », *D.* 2005, p. 1300 ; M.-C. DE MONTECLER, « Inflation législative : la commission des lois de l'Assemblée veut mettre le pied sur le frein », *D.* 2007 ; P. DEUMIER, « Rapport sur la lutte contre l'inflation législative : enjeux et portée », *D.* 2013, p. 1264. Les pouvoirs publics prennent d'ailleurs conscience de ce mal qui affecte la législation française : V. Rapport du Sénat, « La qualité de la loi », 15 oct. 2007.



## SECTION I – LE RÉGIME PRIMAIRE DES SÛRETÉS POUR AUTRUI

400. **Un régime primaire pensé selon le modèle du cautionnement** – Il est souvent considéré que le droit du cautionnement peut, notamment en raison de son histoire<sup>1215</sup>, représenter un modèle pour la protection des intérêts de la caution réelle mais aussi plus généralement de l'ensemble des sûretés personnelles. Depuis plusieurs années, des voix s'élèvent afin d'œuvrer dans le sens d'une reconnaissance de règles communes à l'ensemble des sûretés personnelles<sup>1216</sup>. Le droit du cautionnement apparaît effectivement comme étant un droit protecteur, voire surprotecteur des intérêts de la caution. Les dispositions applicables sont guidées par un impératif de protection, parfois tempéré ou accru par l'œuvre prétorienne. La plupart d'entre elles existent en raison de l'existence d'un risque de surendettement. Or celui-ci étant commun à l'ensemble des sûretés pour autrui, il apparaît cohérent d'appliquer les dispositions, dont la *ratio legis* est la préservation face au risque de surendettement, à cette famille de sûretés. Par conséquent, la méthodologie que nous proposons est de penser le régime primaire de protection au regard du droit du cautionnement.

401. **Plan** – La détermination du contenu du régime primaire de protection doit se réaliser selon deux étapes. D'abord, il est opportun d'exclure les règles qui ont déjà vocation à

---

<sup>1215</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc. n°476 : soulignant l'émergence d'une volonté d'aligner le sort des « sûretés personnelles autour d'un droit commun », l'auteur explique en nous faisant se souvenir du droit romain que cette unification « ne peut procéder que du modèle du cautionnement et connut un précédent fameux en droit romain. Prompte à citer les variétés différentes de sûreté personnelle qu'offrait le droit romain en sus de la fidejussio – *receptum argentari, fideiussio indemnitis, constitutum debiti alieni, mandatum pecuniae credendae* – la doctrine omet en effet souvent de rappeler le fin mot de l'histoire : l'empereur Justinien fut en 351 à l'origine d'une importante unification des règles applicables au cautionnement et à ses dérivés. Ainsi, la *sponsio* et la *fidepromissio* dispararurent tandis que les textes qui les régissaient furent, semble-t-il, étendus à la *fidejussio*. Surtout, Justinien généralisa officiellement la suppression du caractère extinctif de la *litis contestatio*, tant en ce qui concernant les débiteurs solidaires que les cautions. Si le *constitut* et le *mandat de crédit* furent en théorie maintenus, le *receptum argentarii* fut fusionné avec le *constitut* tandis que les règles du *mandatum pecuniae credendae* et de la *fideiussio* furent rapprochées. Surtout, Justinien rendit inutile le recours à des expédients tels que la *fideiussio indemnitis* pour échapper à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, « l'équivalent » de l'actuelle extinction pour non-déclaration à la procédure collective : formidable modernité du droit romain... ». L'auteur en déduit ainsi que : « L'existence de cycles en droit des sûretés personnelles se confirmant, il n'est pas surprenant que l'on se trouve actuellement dans une phase propice à une unification des sûretés personnelles sous l'égide du cautionnement ».

<sup>1216</sup> V. notamment : P. CROCQ, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges en l'honneur de CH. MOULY*, t. 2 Litec, 1998, p.317 et s. ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir », *op. cit.* ; PH. SIMLER, *op. cit.*, n°891 ; J.-D. PELLIER, « La poursuite de la construction du régime des sûretés pour autrui », *D.* 2014, p. 1054

s'appliquer en raison du droit commun des contrats ou de droits spéciaux (I). En effet, les dispositions du régime primaire n'ont pas vocation à se superposer à une législation. Puis, de manière positive, il conviendra de caractériser les règles qui ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des sûretés pour autrui (II), en raison de leur *ratio legis*.

## **I. APPROCHE NÉGATIVE DU CONTENU**

**402. Un régime primaire de protection spécial et complémentaire** – Le régime primaire de protection se définit selon deux caractères : spécial et complémentaire. D'abord, le régime est spécial en ce que son contenu se compose de règles propres aux sûretés pour autrui qui ont pour raison d'être la préservation du garant face à ce qui les unit, le risque de surendettement. Ainsi, dès que la disposition a pour source la lutte contre ce risque, celle-ci peut avoir vocation à intégrer le régime primaire de protection. Ensuite, le régime primaire de protection est complémentaire. Il n'aurait guère de sens de constituer un régime primaire chassant les dispositions spéciales préexistantes ou de droit commun.

**403. Plan** – Par conséquent, la protection issue du droit commun des contrats (A) ainsi que les dispositions spéciales au droit du cautionnement (B) sont exclues à peine de faire double emploi.

### **A. La protection par le droit commun des contrats**

**404. Les sûretés étant des contrats, la théorie des contrats lui est applicable** – Les sûretés pour autrui étant avant tout des contrats, un premier front de protection est donc assuré aux garants sur le fondement de la théorie générale du droit des obligations.

**405. Plan** – Lors de la conclusion du contrat, la théorie générale des obligations apporte une préservation des parties contre le risque inhérent au contrat. En cela, le devoir général d'information précontractuel (1), les vices du consentement (2) les règles de capacité (3), et de pouvoir (4) appliqués aux sûretés pour autrui, permettent de protéger le garant face au risque particulier de ces garanties : l'endettement pour autrui.

## 1. Obligation d'information précontractuelle

406. **La bonne foi lors de la conclusion du contrat** – Domat énonçait qu'«*il n'y a aucune espèce de convention, où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites*»<sup>1217</sup>. Lors de la conclusion mais également de l'exécution du contrat, le principe essentiel de bonne foi régit les rapports entre les parties<sup>1218</sup>, que ce soit à l'égard du débiteur ou du créancier<sup>1219</sup>. La loyauté ou encore la bonne foi en matière contractuelle est considérée en droit romain comme étant une prescription du droit naturel devant s'imposer à tous<sup>1220</sup>. Le devoir exige des cocontractants le respect de la loyauté par l'exclusion de l'attitude double<sup>1221</sup>. Nous verrons que ce devoir de bonne foi irrigue, implicitement, le droit des sûretés. Sur ce fondement, le créancier est tenu à un devoir de loyauté à l'égard de la caution, et plus généralement des garants<sup>1222</sup>.

407. **Consécration d'une obligation générale d'information précontractuelle** – L'exigence de bonne foi est en effet un principe essentiel dans la théorie générale des contrats<sup>1223</sup>. Par conséquent, dans la négociation et formation du contrat, l'exigence se manifeste par l'existence d'une obligation d'information générale précontractuelle. D'origine prétorienne, le devoir d'information fut généralisé par la réforme du droit des contrats à l'article 1112-1 du Code civil<sup>1224</sup>. Selon le professeur Muriel Fabre-Magnan, «*il est*

---

<sup>1217</sup> J. DOMAT, *op. cit.*, Liv. I, Tit. I, Sect. III, XII

<sup>1218</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°364

<sup>1219</sup> La conception classique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi s'entendait d'un point de vue du débiteur, afin de cerner ses obligations en vue d'une exécution de bonne foi. Les auteurs contemporains ont ensuite fait le constat que le devoir de bonne foi s'applique en outre au créancier afin d'imposer à ce dernier d'être loyal dans la revendication de ses prérogatives contractuelles. V. en ce sens : PH. DUPICHOT, thèse préc., n°124, p. 122

<sup>1220</sup> V. en ce sens : L. DUVANEL, *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain, Recherches juridiques lausannoises*, Hansjörg Peter, 2004, p.73 à 79

<sup>1221</sup> CICÉRON, *Devoirs*, I, 10, 32 : Cicéron observe que le droit naturel impose aux parties d'être fidèles à leurs engagements. Néanmoins, en vertu de l'équité naturelle, il est possible de déroger à la parole donnée lorsqu'une partie s'est enrichie en ayant profité d'informations inconnues de l'autre partie. L'attitude double est ainsi sanctionnée. Il en résulte que selon Cicéron l'information constitue une prescription du droit naturel.

<sup>1222</sup> V. *infra*, n°406

<sup>1223</sup> L'article 1112 du Code civil confirme le caractère d'ordre public de la bonne foi en matière de négociation contractuelle.

<sup>1224</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°365 : de manière éclairante, l'auteur explique en ces termes le choix du terme «*devoir d'obligation*» : «*Les nouveaux articles parlent de «*devoir*» d'information plutôt que d'obligation d'information. Il s'agit pourtant d'une obligation, avec un débiteur chargé de l'exécuter à l'égard*

*cependant curieux de limiter le devoir d'information au seul cas où il y aurait des négociations, car même dans un contrat non négocié, l'une des parties ne pourra pas taire les informations qui pourraient déterminer le consentement de l'autre, et le régime de ces obligations sera le même* »<sup>1225</sup>. En effet, informer son cocontractant sur un élément important dont il n'a pas connaissance, en amont de la conclusion du contrat, apparaît autant nécessaire dans le cadre d'un contrat négocié que d'un contrat d'adhésion. Le domaine d'application est donc général. L'article 1112-1 du Code civil prévoit que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». Il faut que l'une des parties eut connaissance de l'information déterminante que le cocontractant ignorait légitimement. Trois conditions cumulatives se révèlent à la lecture de l'article 1112-1 du Code civil : la connaissance, l'information pertinente et l'ignorance légitime du créancier de l'obligation d'information. La connaissance suppose que le débiteur de l'obligation dispose de l'information ou aurait dû en avoir connaissance<sup>1226</sup>. L'information dissimulée ne caractérise pas un manquement à l'obligation d'information précontractuelle dans le cas où celle-ci serait banale, sans rapport avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Le texte vise une information déterminante. Pour autant, le qualificatif ne doit pas être interprété à l'unique lumière des vices du consentement. En effet, la *ratio legis* de l'obligation d'information n'est pas de se limiter à la caractérisation de la réticence dolosive. D'abord, elle comprend un domaine d'application plus vaste en visant les informations pertinentes<sup>1227</sup> qui ont trait au « *contenu du contrat ou la qualité des parties* »<sup>1228</sup>. Ensuite, elle autorise une sanction par l'allocation de dommages et intérêts réparant le préjudice subi par le créancier, autre que celui de la perte de chance de ne pas avoir conclu le contrat. Enfin, le créancier ne doit pas avoir connaissance de l'information de manière légitime. En effet, il fallait préserver le droit des contrats des manœuvres dilatoires des parties en exigeant d'elles un comportement actif dans le processus de formation du

---

*d'un créancier, à la différence par exemple du devoir de bonne foi, qui est une façon d'exécuter une obligation plus qu'une obligation que l'une des parties doit exécuter au bénéfice de l'autre. Le terme de « devoir » d'information insiste cependant sur l'aspect moral de cette obligation, et aussi sur le fait qu'elle est un devoir général pesant sur les deux parties de source légale plus que conventionnelle* ».

<sup>1225</sup> M. FABRE-MAGNAN, *loc. cit.*

<sup>1226</sup> Finalement, l'article 1112-1 du Code civil ne réserve pas le cas de l'ignorance illégitime du débiteur de l'obligation d'information. Or il s'avère que si ce dernier aurait dû avoir connaissance de l'information, déterminante, alors le manquement à l'obligation d'information précontractuelle devrait être caractérisé conformément aux solutions jurisprudentielles antérieures.

<sup>1227</sup> Le législateur a repris la portée de l'arrêt *Baldus* en affirmant que l'obligation d'information ne saurait porter « *sur l'estimation de la valeur de la prestation* ».

<sup>1228</sup> C. civ., art. 1112-1



contrat. L'ignorance légitime résulte le plus souvent d'une appréciation des compétences professionnelles<sup>1229</sup>.

**408. Une obligation d'information précontractuelle applicable à l'ensemble des sûretés sur le fondement de la théorie du droit des obligations** – La généralisation de l'obligation d'information suppose son application lors de la formation de tous types de contrats, surtout dans le cadre des sûretés pour autrui. En effet, le risque est amplifié dans le cas de la garantie de la dette d'un tiers : le garant peut ne pas être en mesure de connaître les informations déterminantes de son consentement<sup>1230</sup>. Le créancier est donc obligé de fournir les informations qu'il a en sa possession<sup>1231</sup>, notamment sur l'état de solvabilité du débiteur principal ou encore sur le succès de l'opération garantie. La Cour de cassation décide en ce sens que le créancier doit obligatoirement informer la caution sur l'état d'insolvabilité irrémédiable du débiteur allant jusqu'à imposer un devoir de mise en garde dans certains cas<sup>1232</sup>. En matière de sûretés pour autrui, l'obligation d'information et le dol sont donc étroitement liés en raison du contenu de l'information portant essentiellement sur la solvabilité et le risque de l'opération garantie<sup>1233</sup>.

## 2. Théorie des vices du consentement

**409. Plan** – Le droit des contrats assure la protection du consentement des parties en l'éclairant et le libérant de toute contrainte. « *Le consentement qui forme les conventions doit être libre* » disait Pothier<sup>1234</sup>. Par la théorie des vices du consentement, le droit des obligations sanctionne le consentement qui serait forcé (a), erroné (b) ou trompé (c).

---

<sup>1229</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 nov. 2018, n°17-31.144 ; *RTD civ.* 2019. 92, obs. H. BARBIER

<sup>1230</sup> Sur le dol, V. *infra* n°413

<sup>1231</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 févr. 1986, *Bull. civ. I*, n°98 : en l'occurrence, l'obligation d'information n'avait pas été retenue car l'établissement de crédit ne connaissait pas le réel état de solvabilité du débiteur principal puisque ce dernier lui avait remis des faux bilans.

<sup>1232</sup> Sur le devoir de mise en garde, v. *infra* n°461

<sup>1233</sup> L'information portant sur le caractère risqué de l'opération garantie a cependant fait l'objet d'une règle spéciale en matière de cautionnement par la consécration prétorienne d'un devoir de mise en garde, que nous analyserons bientôt. V. *infra* n°461

<sup>1234</sup> R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°21

a. *Le consentement forcé*

410. **Un vice peu retenu en droit des garanties** – La réforme du droit des obligations a procédé à un élargissement de la notion de violence en consacrant l'existence d'une violence économique. La violence revient à forcer le consentement de la victime qui a conscience que conclure le contrat n'est pas dans son intérêt<sup>1235</sup>. L'article 1140 du Code civil caractérise la violence « *lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». De *lege lata*, l'appréciation de l'objet de la violence est large en admettant que les menaces puissent porter à la fois sur les personnes, que ce soit la victime elle-même ou son entourage, ou sur les biens. Mais elle doit présenter un caractère grave puisque l'article qualifie le mal de « *considérable* »<sup>1236</sup>. La solution se comprend à la lumière de la *ratio legis* de la règle qui est de protéger face au forçage du consentement. Le consentement ne saurait être obligé en présence d'une simple contrainte sans gravité. La contrainte exercée sur la partie au contrat peut émaner du cocontractant ou d'un tiers.

Sur la nature de la violence, la réforme du droit des obligations a procédé à un élargissement en consacrant la notion de violence économique<sup>1237</sup>. L'article 1143 du Code civil énonce ainsi qu'« *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Les garants pourront soulever devant le tribunal le vice de violence économique dans l'hypothèse où ils auraient été contraints de souscrire la garantie en raison d'une menace proférée par le créancier. Le juge ne retiendra que rarement la nullité pour violence économique. Il demeure néanmoins que le garant, qui serait forcé de consentir à garantir la dette d'un tiers en raison d'un état de dépendance à l'égard du créancier, pourrait soulever la nullité de la garantie. Ce

---

<sup>1235</sup> R.-J. POTHIER, *ibid.* : « *Si le consentement de quelqu'un des contractants a été extorqué par la violence, le contrat est vicieux. Au reste, comme le consentement, quoique extorqué par violence, est un consentement tel quel, voluntas coacta, est voluntas (gloss. Ad. 1.21 § ff. quod met. Caus) on ne peut dire, comme dans le cas de l'erreur, qu'il n'y ait point absolument de contrat. Il y en a un, mais il est vicieux ; et celui dont le consentement a été extorqué par violence, ou bien ses héritiers ou cessionnaires, peuvent le faire annuler et rescinder, en obtenant pour cet effet des lettres de rescision* ».

<sup>1236</sup> Avant la réforme du droit des contrats, il était requis que la menace soit actuelle. Or le plus souvent, il s'agira de violences futures résultant d'une menace actuelle.

<sup>1237</sup> La Cour de cassation, puis le législateur, ont consacré l'idée selon laquelle une violence économique ne doit pas être considérée comme étant un cas de lésion subjective.

fut le cas d'une banque qui avait contraint le dirigeant social à consentir un cautionnement des dettes de la société en le menaçant de ne pas donner l'ordre de réaliser les virements nécessaires au paiement des salariés<sup>1238</sup>. La violence préserve ainsi les garants de consentir des sûretés risquées par contrainte. Néanmoins, la preuve reste difficile à rapporter dans des situations où, par hypothèse, d'une part les garants ne s'adonnent pas de gaieté de cœur à garantir la dette d'autrui et d'autre part le professionnalisme et les règles de déontologie des établissements de crédit les empêchent de s'exercer, en principe, à ce genre de pratique.

*b. Le consentement erroné*

**411. La protection du consentement par l'erreur** – Ne pas prendre la mesure de son engagement sur son objet ou en raison de la mauvaise santé financière du débiteur garanti revient à soulever le vice pour erreur sur le fondement des articles 1132 à 1136 du Code civil. Pothier estimait que l'erreur constituait « *le plus grand vice des conventions : car les conventions sont formées par le consentement des parties ; et il ne peut y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention* »<sup>1239</sup>. Bien que ce vice soit difficilement qualifié en droit des sûretés, il demeure une arme à la main du garant afin de se défendre face à un engagement dont il n'avait pas mesuré l'ampleur<sup>1240</sup>. Seule l'ancienne erreur sur la substance, désormais appelée erreur sur les qualités essentielles de la prestation due, peut être envisagée en matière de sûretés pour autrui<sup>1241</sup>. Pour que la nullité soit prononcée, il faut que l'erreur, à l'instar de tous les vices du consentement, fut déterminante, de sorte que le contractant n'aurait pas consenti à la convention ou selon des « *conditions substantiellement différentes* »<sup>1242</sup>. L'article 1130 du Code civil précise que le caractère déterminant doit s'apprécier selon les circonstances entourant la conclusion du contrat. L'appréciation de l'erreur sur la substance de la chose connut une évolution. Si

---

<sup>1238</sup> C.A. Pau, 21 mai 2013, *RD bancaire et financier* 2013.195, obs. A. CERLES ; *Dr et patr.* Fév. 2014, p.57, obs. PH. DUPICHOT

<sup>1239</sup> R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n°17

<sup>1240</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 213 : au sujet du cautionnement, les auteurs expliquent que « *l'erreur est souvent le fait de cautions professionnelles, qui n'ont pas mesuré exactement le risque couru lors de la conclusion du contrat. Pourtant, les conditions posées naguère par l'article 1110 et après l'Ordonnance de réforme du droit des contrats (Ord. du 10 février 2016) par les articles 1132 à 1136 du Code civil sont rarement réunies* ».

<sup>1241</sup> Bien que l'erreur sur la personne soit théoriquement admissible, sa qualification dans les faits ne sera que probable.

<sup>1242</sup> C. civ., art. 1130 : « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ».

aujourd'hui son appréciation est subjective, en ce qu'elle doit porter sur les qualités essentielles de la prestation, elle fut en premier lieu conçue selon une appréciation objective comme portant sur la matière de la chose objet de l'obligation<sup>1243</sup>. L'article 1133 du Code civil confirme en ces termes que « *les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* », visant ainsi les qualités de la prestation qui sont entrées dans le champ contractuel<sup>1244</sup>, connues des deux parties. Il en résulte que l'appréciation de l'erreur doit se réaliser *in concreto*. En effet, la qualité de la prestation peut être soit celle que l'on attend raisonnablement de celle-ci ou celle qui a été désignée comme étant essentielle par les parties alors que de manière générale il s'agit d'une qualité accessoire, mineure. Dans un souci de préserver la sécurité juridique, l'essentialisation de la qualité doit être bilatérale. Il est nécessaire que le cocontractant de l'*errans* eût conscience que la qualité de la prestation fut essentialisée et partant entrée dans le champ contractuel. Le champ contractuel exige en effet que le cocontractant soit informé ou savait que la qualité était recherchée par l'*errans*.

Dans le cadre de contrats unilatéraux, tels que les sûretés pour autrui, l'erreur porte nécessairement sur la prestation due par le garant. L'admission d'une erreur sur sa propre prestation fut néanmoins critiquée avant d'être consacrée. Se tromper sur sa propre obligation constituerait une erreur inexcusable<sup>1245</sup>, « *puisque celui qui prétend s'être trompé avait tout loisir pour apprécier la prestation qu'il offrait et donc la jauger* »<sup>1246</sup>. Finalement, la Cour de cassation admit que le contractant puisse avoir une fausse représentation de sa propre prestation ce qui fut confirmé par la réforme du droit des contrats à l'article 1133 du Code civil.

**412. L'erreur du garant pour autrui** – Le constituant d'une sûreté pour autrui peut se tromper sur la portée de sa propre prestation, à savoir sur l'étendue de son engagement. En présence d'une sûreté soumise à un formalisme, une telle hypothèse est forcément rare puisque la mention a pour effet de délimiter l'étendue de la garantie tel que dans le cas d'un cautionnement consenti par une personne physique. Au-delà de l'objet même

---

<sup>1243</sup> R.-J. POTHIER, *ibid.*

<sup>1244</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mai 2018, n° 17-11.132, n° 17-14.090 ; *RTD civ.* 2018. 658, obs. H. BARBIER : en l'occurrence, le contrat de vente fut annulé pour erreur puisque le bien vendu était loué, en considérant que cette qualité était entrée « *dans le champ contractuel et qui avait été déterminante de son consentement* ».

<sup>1245</sup> En effet, pour que l'erreur entraîne la nullité du contrat, il faut que celle-ci soit excusable, incitant ainsi le juge à scruter le comportement de l'*errans* qui ne doit pas être négligent ou fautif.

<sup>1246</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 537.

de l'obligation, l'erreur peut porter sur un motif entré « dans le champ contractuel ». Le plus souvent, ce motif vise l'état d'insolvabilité du débiteur principal au moment de la conclusion du contrat. Pour que l'erreur puisse être retenue, l'essentialisation de l'état de solvabilité du débiteur doit être connue du créancier<sup>1247</sup>. Ainsi, des décisions vont en ce sens lorsqu'il est démontré que la caution avait fait de l'état de solvabilité du débiteur principal une condition déterminante de son engagement et connue du créancier. La solution a vocation à être étendue à l'ensemble des sûretés pour autrui sur le fondement des articles 1133 et suivants du Code civil.

*c. Le consentement manipulé*

**413. Le dol et la réticence dolosive** – L'erreur provoquée par des manœuvres dolosives ou la rétention d'une information déterminante est un délit civil sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts et la nullité dès lors que l'information cachée est déterminante. Le mensonge<sup>1248</sup>, la manœuvre<sup>1249</sup>, ou encore le silence coupable<sup>1250</sup> sont autant de moyens de manipuler le consentement d'autrui. Ils visent l'élément matériel du dol. Pour relever l'existence du dol ou de la réticence dolosive, il est en outre nécessaire de démontrer que son auteur<sup>1251</sup> eût une intention coupable en ce qu'il a souhaité tromper son cocontractant afin qu'il donne son consentement. L'intention de nuire de l'auteur explique la qualification de délit civil entraînant la faculté d'obtenir des dommages et intérêts<sup>1252</sup> ainsi que la nullité du contrat<sup>1253</sup>.

---

<sup>1247</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 214 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 nov. 1990, *Bull. civ. I*, n° 242 ; *D.* 1991.385, n. L. AYNÈS.

<sup>1248</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 554.

<sup>1249</sup> Le dol doit réunir un élément matériel ainsi qu'un élément intentionnel. L'élément matériel se définit par un mensonge, des manœuvres ou encore le silence sur une information déterminante. Ces moyens aboutiront à extorquer le consentement de la victime. V. en ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 553 ; J. DOMAT, *op. cit.*, Liv. I, Tit. 18, sect. 3 : « *on appelle dol toute surprise, fraude, finesse, feinte et toute autre mauvaise voie pour tromper quelqu'un* ».

<sup>1250</sup> La réticence dolosive se distingue du devoir général d'information bien qu'un rapport entre les deux notions soit existant. En effet, les conditions de l'article 1112-1 du Code civil sont aussi requises pour la réticence dolosive (la connaissance de l'information, l'ignorance légitime du créancier de l'information). Néanmoins, pour prouver la réticence dolosive, la victime devra en sus démontrer l'élément intentionnel, (l'intention de nuire), ainsi que le caractère déterminant de l'information cachée tel que l'exige l'article 1130 du Code civil.

<sup>1251</sup> En principe, le dol doit émaner du cocontractant mais il existe de nombreuses exceptions qui sont énumérées au terme de l'article 1138 du Code civil.

<sup>1252</sup> L'allocation de dommages et intérêts se réalisera lorsqu'il est établi que la victime du dol ou de la réticence dolosive ne voit pas son préjudice entièrement être réparé par la nullité du contrat. Aussi, elle pourra renoncer à demander la nullité du contrat pour se fonder uniquement sur la demande de dommages et intérêts en se fondant sur la responsabilité civile contractuelle. Néanmoins, si elle ne parvient pas à prouver l'intention

**414. Le dol en droit des sûretés pour autrui** – Dans le cadre d'une sûreté pour autrui, le dol se caractérise lorsque le créancier aura fait croire, de manière intentionnelle, par des manœuvres, un mensonge ou son silence, à la solvabilité du débiteur principal alors qu'il savait pertinemment que ce dernier se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise lors de la conclusion du contrat<sup>1254</sup>. Un tel comportement s'explique par la volonté du créancier de chercher un autre débiteur en lieu et place du débiteur principal. L'attitude est en contravention de la nature des sûretés pour autrui. Certes, le créancier requiert une telle garantie pour adjoindre un second débiteur mais l'adjonction ne doit être que subsidiaire et non à titre principal. Le garant s'engage aussi en considération de l'existence d'un recours après paiement contre le débiteur principal, lequel s'avèrera illusoire dans le cas d'un débiteur insolvable dès la conclusion du contrat. En raison du caractère accessoire renforcé du cautionnement, la sanction du dol est naturelle. Mais plus généralement, il peut être retenu au sein de chaque sûreté pour autrui. A titre d'illustration, la chambre commerciale a retenu la nullité pour dol d'une garantie autonome, malgré son caractère indépendant, qui fut émise en considération d'un contrat dissimulé au garant<sup>1255</sup>.

### 3. Règles de capacité

**415. La capacité des personnes physiques** – Il est des cas d'incapacité trouvant leur raison d'être dans la préservation des intérêts de l'incapable qui est considéré comme étant dans une situation de faiblesse. Le professeur Muriel Fabre-Magnan explique qu'« *en droit des contrats, l'incapacité marque, en première analyse, le fait de ne pouvoir émettre une volonté suffisamment consciente pour pouvoir être autonome* »<sup>1256</sup> Ainsi, la capacité, au-delà d'être un élément de l'état des personnes, caractérise une condition de validité du contrat. La

---

dolosive ou le caractère déterminant, elle devra se fonder sur la responsabilité civile délictuelle. Les dommages et intérêts auront pour effet de réparer soit le préjudice de perte de chance d'avoir pu contracter à de meilleures conditions ou de ne pas contracter.

<sup>1253</sup> La doctrine eût établi une distinction entre le dol principal et le dol incident. Le dol incident visait celui sans lequel la victime aurait tout de même contracté mais à des conditions différentes, tandis que le dol principal résultait d'une manœuvre, d'un mensonge ou d'un silence qui portait sur une information déterminante, sans laquelle la victime n'aurait pas contracté. Il était établi que le dol principal permettait d'obtenir en plus de l'allocation de dommages et intérêts la nullité du contrat alors que le dol incident ne pouvait aboutir sur une annulation. Depuis la réforme du droit des contrats, l'article 1130 du Code civil fait fi de cette distinction en établissant que le vice est réputé porter sur un élément déterminant dès lors que la victime n'aurait pas contracté ou à des conditions différentes.

<sup>1254</sup> Cass. com., 7 févr. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 50 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 févr. 1986, *Bull. civ.*, I, n° 22 ; Cass. com., 8 déc. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 263 ; Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-19.141 ; Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-20.766.

<sup>1255</sup> Cass. com., 14 mai 2008, n° 06-21.108.

<sup>1256</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 488.

personne incapable ne dispose pas de la prérogative de conclure certains actes juridiques ou alors son action est encadrée. Les mesures permettant de protéger l'incapable se retrouvent lorsque la personne n'est pas en mesure de prendre conscience de la portée de l'acte juridique qu'elle entend consentir. Ainsi, c'est bien la faculté de discernement de la personne qui est cause de la protection. Les mineurs non émancipés, les majeurs protégés ainsi que les majeurs souffrant d'un trouble mental bénéficient donc d'une mesure de protection qui fait l'objet d'une intensité variable en fonction de la portée de l'acte juridique.

Les constituants de sûretés pour autrui doivent avoir la capacité de contracter mais en outre de disposer puisque les biens ou l'un des biens du garant incapable sont par hypothèse engagés. *De lege*, une distinction s'opère en matière de cautionnement entre le mineur et le majeur. En effet, lorsque la caution est mineure, l'impossibilité de s'engager en qualité de caution n'est pas absolue. La première chambre civile a décidé, par un arrêt du 2 décembre 1997 que le représentant légal a la faculté de consentir un cautionnement au nom du mineur et ce avec l'autorisation du juge des tutelles si l'acte est conforme « à l'intérêt » du mineur<sup>1257</sup>. Le tempérament ainsi consacré accorde la possibilité pour le représentant légal de consentir un cautionnement au nom du mineur lorsque l'opération garantie révèle un intérêt pour ce dernier. Tel que le notent les professeurs Barthez et Houtcieff, « pour que cet intérêt du mineur-caution existe, il faut qu'il tire profit ou, tout du moins, une utilité de l'opération réalisée grâce à l'octroi du cautionnement »<sup>1258</sup>. Cela n'implique pas que la faculté sera toujours exclue en présence de sûretés pour autrui désintéressée. La sûreté désintéressée repose en effet sur un intérêt altruiste. C'est ainsi qu'en principe le cautionnement d'un bail d'habitation entre dans la catégorie. Or étant en présence d'un mineur, il se peut parfaitement qu'une telle sûreté assure au mineur-caution une contrepartie patrimoniale, celle de pouvoir vivre dans l'immeuble loué<sup>1259</sup>. Concernant le majeur incapable, l'article 509 du Code civil interdit au tuteur de consentir « une sûreté pour garantir la dette d'un tiers » au nom du majeur incapable, et ce même avec l'autorisation du juge des tutelles. L'article appelle deux observations. D'abord, il n'opère guère de distinction entre sûreté intéressée ou désintéressée, ce qui peut constituer une solution trop rigoureuse en présence d'un majeur placé sous

---

<sup>1257</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 déc. 1997, *Bull. civ. I*, n° 343 ; *JCP G* 1998.I.149, n° 1, obs. PH. SIMLER.

<sup>1258</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 371 : ainsi les auteurs considèrent que l'intérêt pourra résulter « d'un crédit consenti par le créancier et qui doit permettre le lancement d'une affaire dans laquelle il sera rapidement partie prenante, d'un contrat de bail relatif au logement qu'il occupe avec des parents ou encore d'un contrat d'entreprise visant à l'amélioration d'un bien dont il est copropriétaire avec le débiteur principal ».

<sup>1259</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *ibid.*

sauvegarde de justice ou sous curatelle <sup>1260</sup>. En effet, s'il existe différents régimes d'incapacité, c'est bien parce que le consentement de la personne est plus ou moins libre, appelant ainsi un régime plus ou moins rigoureux. Ensuite, le texte vise expressément toute sûreté consentie pour garantir la dette d'un tiers, ce qui conforte l'idée que les garants pour autrui sont placés sous ce régime protecteur, peu important le mode de réalisation de la sûreté qu'ils auraient consenti

**416. La capacité des personnes morales** – Pour contracter, les sociétés sont aussi soumises à des règles de capacité, dictées par un principe de spécialité<sup>1261</sup>. C'est ainsi que la jurisprudence contrôle les sûretés consenties par les sociétés à responsabilité illimitée au regard de leur intérêt social<sup>1262</sup>, ce qui devrait être étendu à l'ensemble des sociétés, y compris les sociétés de capitaux<sup>1263</sup>.

#### **4. Règles de pouvoir**

**417. Le cas particulier du pouvoir** – Lorsque l'acte juridique a été conclu, se pose la question de savoir si la personne qui y a consenti disposait du pouvoir d'engager le représenté par sa signature. Voici un dirigeant de société qui souscrit un contrat de prêt ou une sûreté pour autrui au nom de la société. Pour autant qu'il soit parfaitement légal de signer un acte au nom d'autrui, il faut néanmoins que le représentant en eût le pouvoir. La règle est édictée dans un souci de protection des personnes qui se retrouvent engagées par un tiers dans le cas d'actes graves.

**418. Plan** – Les règles spéciales de pouvoir se retrouvent en deux matières : le droit des sociétés (b) ainsi que le droit des régimes matrimoniaux (a).

---

<sup>1260</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, n° 372 : ils estiment en effet qu'« on peut regretter que le législateur n'ait pas jugé utile de prévoir des solutions spécifiques au cautionnement lorsque le majeur est placé sous sauvegarde de justice ou sous curatelle. Dans la première hypothèse, il semble qu'il faille considérer le majeur tout à fait libre de se porter caution. Dans la seconde, il faut continuer à estimer indispensable l'assistance du curateur ».

<sup>1261</sup> V. *supra*, n° 114.

<sup>1262</sup> V. *supra*, n° 120.

<sup>1263</sup> V. *supra*, n° 133 et s.



a. *Les régimes matrimoniaux*

**419. Édiction d'une règle de pouvoir** – Le patrimoine commun des époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts n'a pas toujours bénéficié d'une protection pleine et entière face à des engagements pris par le mari qui pouvaient s'avérer néfaste. Avant la loi du 23 décembre 1985<sup>1264</sup>, le mari disposait seul du pouvoir d'engager les biens communs<sup>1265</sup>. Chaque engagement pris par l'époux avait pour effet de placer le patrimoine commun comme gage des créanciers pendant la durée du mariage et les biens indivis en cas de dissolution. L'ancien article 1483 du Code civil autorisait en outre la poursuite de l'épouse pour la moitié de la dette, sauf bénéfice d'émolument. La dangerosité représentée par la totale liberté du mari quant à la gestion du patrimoine commun justifia de prendre une mesure de protection. En effet, certains contrats non constitutifs d'acte de disposition échappaient aux articles 215 et 1422 du Code civil qui instaurent une règle de cogestion en exigeant le consentement des deux époux pour aliéner des biens ou disposer à titre gratuit des biens communs, à peine de nullité. Ce fut l'hypothèse du cautionnement et des sûretés pour autrui. La situation était dénoncée par la doctrine majoritaire<sup>1266</sup>. Ainsi fut consacrée à l'article 1415 du Code civil, par la loi du 23 décembre 1985, une nouvelle règle imposant le consentement exprès de l'autre époux afin de pouvoir engager à la fois les biens communs par un cautionnement ou un emprunt<sup>1267</sup>. Par ces termes, l'article 1415 n'énonce pas une règle de cogestion puisque la sanction n'est pas la nullité de l'engagement mais l'exclusion des biens communs du gage des créanciers faute de consentement exprès de l'autre époux<sup>1268</sup>. Dans le sens inverse, en cas de consentement<sup>1269</sup> du conjoint à l'emprunt ou

---

<sup>1264</sup> L. n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs. L'article 1415 du Code civil issu de la loi de 1985 a vocation à s'appliquer aux actes juridiques conclus à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1986.

<sup>1265</sup> C. civ., anc. art. 1413.

<sup>1266</sup> J.-M. OLIVIER, « La caution et sa famille », *LPA*, 1986, n° 50, p. 23-31 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 373.

<sup>1267</sup> C. civ., art. 1415 : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ».

<sup>1268</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 219 : « La loi du 23 décembre 1985, tout en donnant aux deux époux la qualité d'administrateurs, a voulu protéger le patrimoine commun contre les effets du cautionnement, sans entraver leur autonomie. C'est pourquoi le nouvel article 1415 du Code civil ne soumet pas le cautionnement au consentement des deux époux à peine de nullité : se porter caution n'est pas disposer d'un bien ; cette cogestion eût été pesante, notamment lorsque le cautionnement est nécessaire à l'activité professionnelle de l'un des époux, laquelle ne tolère pas l'ingérence de l'autre (C. civ., art. 1421, al.2 nouv.) » ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n°373, p.273 : « Il ne s'agit en aucun cas d'une condition de validité du cautionnement souscrit par l'époux : celui-ci est toujours valable... mais plus ou moins étendu ! ».

au cautionnement, le patrimoine commun est engagé ainsi que les biens propres de l'époux qui a conclu le contrat<sup>1270</sup>. Enfin, en cas de conclusion du contrat par les deux époux, le patrimoine commun ainsi que les biens propres de chaque époux sont engagés. La raison d'être de la règle de l'article 1415 du Code civil est de protéger le patrimoine commun face au risque d'endettement pour autrui.

**420. Une règle de pouvoir applicable à l'ensemble des sûretés pour autrui** – La jurisprudence interpréta dans un premier temps largement le domaine d'application de la règle de pouvoir issue de l'article 1415 du Code civil. Par une décision du 20 juin 2006, la première chambre civile décida d'appliquer la règle au cas de la garantie autonome en considérant que « *ce texte est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté* »<sup>1271</sup>. La solution est amplement justifiée. En effet, le risque d'appauvrissement, expressément souligné par la Cour de cassation, entraîne l'application des règles protectrices à l'ensemble des sûretés pour autrui. L'arrêt rendu le 2 décembre 2005 refusa pourtant d'appliquer l'article 1415 du Code civil au cautionnement réel<sup>1272</sup> en affirmant que la « *sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable au nantissement donné (...)* ». Le raisonnement est erroné<sup>1273</sup>. L'exclusion de la qualification d'engagement personnel n'est pas fondée au regard de la nature particulière de l'obligation du constituant d'une sûreté réelle pour autrui, qui s'engage à garantir la dette d'un tiers en prenant le même risque qu'une caution ou qu'un garant autonome. Ne pas accorder de protection au patrimoine commun de la caution réelle fut une erreur qui commanda l'introduction d'une nouvelle règle

---

<sup>1269</sup> Le consentement est en l'occurrence pris dans le sens d'une autorisation ayant pour effet d'engager le patrimoine commun. Ce consentement doit être dépourvu d'équivoque. Il ne saurait résulter d'une simple connaissance de l'existence du cautionnement. Néanmoins, il n'est pas exigé d'écrit dès lors que l'époux ne s'engage pas en qualité de partie au contrat mais autorise à ce que les biens communs fassent parties de l'assiette du cautionnement.

<sup>1270</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juin 1996, *Bull. civ. I*, n° 235 ; *D.* 1997, p. 163, obs. L. AYNÈS ; *JCP G*, 1997, I, 3991, n° 3, obs. PH. SIMLER.

<sup>1271</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 juin 2006, n° 04-11.037, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *RTD civ.*, 2006 obs. P. CROCQ.

<sup>1272</sup> Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-19.210, *Bull. ch. mixte* n° 7, arrêt préc.

<sup>1273</sup> En effet, nous croyons que la caution réelle consent une obligation identique de celle de la caution personnelle, plus généralement des garants pour autrui. En ce sens, v. *infra*, n° 344 et s.

de cogestion aux termes de l'article 1422 alinéa 2 du Code civil, lequel dispose au sujet des biens communs que les époux « *ne peuvent l'un sans l'autre affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers* ». *In fine*, il faut considérer que dans le cadre d'un garant marié sous le régime de la communauté, ou du régime universel, les biens communs ne peuvent être engagés qu'avec le consentement exprès du conjoint. *De lege lata*, pour les sûretés pour autrui, la sanction de la règle de pouvoir est l'exclusion des biens communs de l'assiette de la garantie tandis que pour la sûreté réelle pour autrui il s'agira d'une règle de cogestion sanctionnée par la nullité. La divergence de sanction ne se conçoit guère. Il est vrai qu'au regard de l'assiette de la sûreté, le cautionnement réel portant sur un bien commun dont l'époux n'y aurait consenti serait dans tous les cas inefficaces. Or il se peut que le cautionnement, sans porter sur l'entier patrimoine, puisse grever plusieurs biens, qu'ils soient propres ou communs. Dans cette hypothèse, la différence de sanction emporte une conséquence. Nous considérons qu'au regard de l'intérêt poursuivi, à savoir la protection des biens communs, il conviendrait d'appliquer la sanction de l'article 1415 du Code civil au cas de la sûreté réelle pour autrui.

#### *b. Le droit des sociétés*

421. **Plan** – Les règles de pouvoir des représentants de sociétés impliquent le respect de l'objet social statutaire (i) mais en outre de règles propres à certaines formes de sociétés (ii).

##### *i. En droit commun*

422. **Les règles de pouvoir en droit commun des sociétés : le respect de l'objet social statutaire**<sup>1274</sup> – En tant que personne morale, la société doit être représentée dans ses rapports, donc dans les contrats consentis en son nom. Les règles de pouvoir répondent à la question de savoir si la société pouvait être engagée à l'égard des tiers au titre de l'acte conclu par ses représentants légaux. L'encadrement du pouvoir de représentation la préserve face à des actes consentis dans l'intérêt particulier d'un de ses membres susceptibles de nuire tant à la personne morale qu'aux tiers. Ainsi, le droit commun des sociétés impose de respecter le principe de spécialité statutaire. Les statuts doivent effectivement prévoir les activités de la société qui lui permettent de réaliser le principe de spécialité légal, à savoir la réalisation de

---

<sup>1274</sup> V. *supra*, n° 117 et s.

bénéfices ou d'économies. Or pour ne pas porter atteinte au monopole bancaire, il n'est guère possible de prévoir au sein des statuts la faculté pour la société de consentir des sûretés pour autrui<sup>1275</sup>. Les garanties ne sont pas pour autant condamnées. Il convient de distinguer entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes. En effet, les SARL<sup>1276</sup> ainsi que les sociétés par actions<sup>1277</sup> resteront engagées par les actes n'entrant pas dans l'objet social à l'égard des tiers sauf en cas mauvaise foi caractérisée par la connaissance du tiers du dépassement de l'objet social. A l'inverse, la société de personnes n'est, en principe, pas engagée par un acte qui dépasserait son objet social<sup>1278</sup>. Face à la sévérité de la solution, nous avons vu que la Cour de cassation instaure des alternatives afin que la garantie puisse y être rattachée. Le consentement unanime des associés a ainsi pour effet de faire entrer la sûreté pour autrui dans l'objet social. La solution classique est conforme à la particularité des sociétés de personnes où il règne un fort *intuitus personae*, en ce que l'on considère traditionnellement qu'elles représentent le prolongement de la personne des associés<sup>1279</sup>. Ensuite, la Cour de cassation décide d'une seconde alternative permettant de conférer à l'acte son efficacité. En présence d'une communauté d'intérêts entre la société garante et le débiteur principal, la sûreté est réputée rattachée à l'objet social<sup>1280</sup>. La condition est à la frontière du contrôle de l'intérêt social en recherchant si la sûreté est pourvue d'une contrepartie<sup>1281</sup>. Il faut pourtant se garder de confondre les notions de pouvoir et de capacité. Le respect de

---

<sup>1275</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 217 et s.

<sup>1276</sup> C. com., L. 223-18 : « *La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques.*

*Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés. Ils sont nommés par les associés, dans les statuts ou par un acte postérieur, dans les conditions prévues à l'article L. 223-29. Dans les mêmes conditions, la mention du nom d'un gérant dans les statuts peut, en cas de cessation des fonctions de ce gérant pour quelque cause que ce soit, être supprimée par décision des associés.*

*En l'absence de dispositions statutaires, ils sont nommés pour la durée de la société.*

*Dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts, et dans le silence de ceux-ci, par l'article L. 221-4.*

*Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.*

*Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers ».*

*En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus au présent article. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance. (...) ».*

<sup>1277</sup> C. com., art. L. 225-35, L. 225-64, L. 226-7, L. 227-6.

<sup>1278</sup> C. civ., art. 1849 ; C. com., art. L. 221-5.

<sup>1279</sup> V. *supra*, n° 134 et s.

<sup>1280</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 nov. 2007, n° 04-17893.

<sup>1281</sup> V. *supra*, n° 121.

l'intérêt social revient à vérifier si la société avait, elle-même, la capacité de s'engager au regard du principe de spécialité qui la gouverne<sup>1282</sup>. Les sociétés de capitaux sont soumises à un autre régime : le représentant social est réputé disposer d'un pouvoir de représentation légale de la société<sup>1283</sup>, de sorte que seule la connaissance par le tiers du dépassement de l'objet social amène à une inopposabilité de la sûreté à la société<sup>1284</sup>. Le respect des règles de pouvoir vaut tant pour le cautionnement que pour l'ensemble des sûretés pour autrui, y compris le cautionnement réel dont la Cour de cassation fait expressément application<sup>1285</sup>.

## ii. En droit spécial

**423. Les sûretés consenties par les sociétés anonymes : l'autorisation de l'article L.225-35 du Code de commerce** – Au-delà du respect de l'objet social, la société anonyme doit respecter une règle spéciale de pouvoir édictée à l'alinéa 4 de l'article L. 225-35 du Code de commerce, selon lequel « *les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil, qui en limite le montant, dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat* ». L'émission d'une sûreté pour autrui par une société anonyme est ainsi subordonnée à l'existence d'une autorisation préalable<sup>1286</sup> du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Le risque explique « *que les pouvoirs généralement dévolus au président ou au directeur général de la société soient amputés pour être partagés avec le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance dans les SA de type nouveau)* »<sup>1287</sup>. L'article R. 225-28 du Code de commerce expose les deux modes d'autorisation.

---

<sup>1282</sup> V. *supra*, n° 121.

<sup>1283</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 217.

<sup>1284</sup> V. *supra*, n° 135.

<sup>1285</sup> V. *supra*, n° 132 ; Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-28.173, *Bull. civ. IV*, n° 10, *RTD. com.* 2013.87, n. B. DONDERO, P. LE CANNU ; *RTD. civ.* 2013.116, n. B. FAGES ; *Rev. sociétés* 2013.291, n. D. LEGEAIS ; *D.* 2013.1183, n. A. HONTEBEYRIE : la Cour de cassation a décidé « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il ne résultait pas des stipulations de la convention de délégation de créance que la société XL Airways ne s'était obligée envers la banque qu'à concurrence du montant des sommes par elle dues à la société Air horizons au titre du contrat d'affrètement, de sorte que l'engagement ainsi contracté par le délégué ne constituait, à son égard, qu'un mode d'extinction de sa propre dette envers le délégant, échappant aux prévisions du texte susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». A contrario, si la délégation n'avait pas eu pour effet de constituer un mode d'extinction de la dette du délégué, nous comprenons à la lecture de la décision que celle-ci aurait dû faire l'objet d'une autorisation.

<sup>1286</sup> La Cour de cassation impose de remplir une condition temporelle en exigeant que l'autorisation soit émise préalablement à la souscription de la garantie. La solution est fondée, évitant que les tiers ne se reposent sur l'existence d'une sûreté qui finalement ne sera pas autorisée par le conseil d'administration ou de surveillance. V. Cass. com., 11 juill. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 246 ; *BJE* 1988, p. 666, n. P. LE CANNU.

<sup>1287</sup> A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 386.

L'autorisation annuelle<sup>1288</sup> peut être délivrée soit pour un seuil global dont le montant constitue la limite du montant total des garanties souscrites par la société, soit pour un seuil spécial que le représentant légal aura à respecter pour chaque sûreté pour autrui. En revanche, le principe souffre d'une exception et de deux tempéraments<sup>1289</sup>. D'abord, en raison du monopole bancaire, les établissements bancaire et financier n'y sont pas soumis. Puis, le conseil peut autoriser, annuellement, sans limite de montant lorsqu'il s'agit de garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées ou autoriser le directeur général ou le président à le faire. Aussi, lorsque les garanties sont prises au bénéfice de l'administration fiscale ou douanière, alors l'autorisation est globale, annuelle et sans limite de montant.

Faute d'autorisation, la sûreté pour autrui consentie par la société sera frappée d'inopposabilité sans faculté de rectifier l'omission par une délibération postérieure<sup>1290</sup>. La Cour de cassation décide effectivement qu'en l'absence d'autorisation, sans être nulle pour autant<sup>1291</sup>, la sûreté devient inopposable à la société<sup>1292</sup>. La sanction de l'absence totale d'autorisation fait peser indirectement sur le créancier une obligation de se renseigner sur l'existence de l'autorisation ainsi que sa régularité. La sanction est cependant moins sévère en cas de dépassement du montant prévu par l'autorisation. Dans ce cas, l'article R. 225-28 du Code de commerce prévoit expressément que « *si les cautions, avals ou garanties ont été données pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède, à lui seul, l'une des limites fixées par la décision*

---

<sup>1288</sup> L'autorisation sera toujours annuelle. Néanmoins, les juges interprètent de manière souple l'exigence en considérant qu'il n'est pas nécessaire que l'autorisation donnée pour une sûreté soit renouvelée chaque année. En effet, l'autorisation est réputée être délivrée pour toute la durée de l'obligation de garantir, à savoir jusqu'au terme de l'obligation principale. La solution est bien venue et conforme à la nature particulière de l'obligation du garant pour autrui qui se déroule dans le temps.

<sup>1289</sup> Par la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, les tempéraments ont été introduits au sein de l'article L.225-35 du Code de commerce.

<sup>1290</sup> Cass. com., 15 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 298 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que le président n'avait pas obtenu l'autorisation préalable du conseil d'administration de la société, ce dont il résultait que le cautionnement donné, insusceptible de « ratification » était inopposable à la société* ».

<sup>1291</sup> A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 390 : les auteurs soulignent l'incohérence de maintenir l'existence juridique de la sûreté alors qu'elle est condamnée à être dépourvue d'efficacité en raison de son inopposabilité. « *Les principales conséquences attachées à cette sanction sont, d'une part, la survie de l'acte de garantie malgré son inopposabilité aux tiers au rang desquels figure la société – ce qui peut prêter à sourire – et, d'autre part, l'impossibilité de ratifier l'acte a posteriori afin de le sauver de l'inefficacité. Seule échappatoire finalement offerte au créancier sacrifié : espérer mettre en jeu la responsabilité civile du dirigeant si la preuve est faite qu'il s'est rendu coupable d'une faute détachable de ses fonctions* ».

<sup>1292</sup> Cass. com., 28 avril 1987, *Bull. civ. IV*, n° 102 ; Cass. com., 9 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 332 ; Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-11.542 ; Cass. com., 11 juin 2002, n° 98-11.193 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-15.084.

*du conseil d'administration* ». Ainsi, le dépassement du montant n'est pas opposable aux tiers de bonne foi ; à défaut la sûreté devient inopposable au-delà du montant autorisé. Enfin, lorsque l'autorisation est irrégulière<sup>1293</sup>, la nullité de la délibération n'a pas pour effet d'entraîner par ricochet la nullité de la sûreté<sup>1294</sup>.

**424. Interdiction pour les sociétés par actions et les SARL de consentir des sûretés en garantie de la dette du représentant légal** – Il est des engagements consentis par les représentants sociaux qui sont présumés irréfragablement porter atteinte à l'intérêt de la société, justifiant leur prohibition. Il en va ainsi de la sûreté consentie par la société pour garantir la dette du dirigeant social. Une pareille garantie sera nulle lorsque la société est une SARL<sup>1295</sup> ou une société par actions<sup>1296</sup> – société anonyme, société par actions simplifiées, société en commandite par actions –. La ratification de l'acte est exclue en raison du caractère absolu de la nullité<sup>1297</sup>.

**425. Interdiction pour les sociétés par actions de consentir des sûretés en cas d'achat de ses actions par un tiers** – Les dispositions de l'article L. 225-216 du Code de commerce sanctionnent par la nullité la sûreté consentie par une société par actions pour garantir le tiers qui achèterait ses actions.

---

<sup>1293</sup> L'irrégularité de l'autorisation peut résulter de plusieurs raisons : quantum, forme, conditions de l'autorisation...

<sup>1294</sup> Cass. com., 11 févr. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 14 : la nullité de l'autorisation ne doit pas rendre la sûreté inopposable aux tiers de bonne foi.

<sup>1295</sup> C. com., art. L. 223-21 : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associés.

*L'interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée.*

*Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales ».*

<sup>1296</sup> C. com., art. L. 225-43 : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

*Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales.*

*La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également aux conjoints ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée ».*

<sup>1297</sup> Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981, *D.* 1981, p. 637, concl. J. CABANNES ; *Rev. sociétés* 1982, p. 84, n. CH. MOULY.

## B. La protection par le droit spécial du cautionnement

426. **Exclusion des règles au service de l'obligation de règlement** – Par son caractère général, le régime primaire ne se compose pas des règles propres à chaque type de sûreté. Pour séparer le bon grain de l'ivraie, il est essentiel de revenir à la distinction établie entre l'obligation de garantie et de règlement. Rappelons-le, l'obligation de règlement se définit par le mode de réalisation propre à chaque sûreté. Chacune dispose en effet d'une façon de se réaliser qui lui est particulière. C'est ainsi que se distinguent les sûretés accessoires, les sûretés indépendantes ainsi que les sûretés indemnitaires. L'obligation de règlement dicte un certain nombre de règles mises à son service afin qu'elle puisse s'exécuter selon sa particularité<sup>1298</sup>. Il faut donc procéder à une distinction entre les règles qui ont pour fondement la protection face au risque de l'endettement pour autrui de celles qui naissent du caractère accessoire du cautionnement, bien qu'elles entraînent, par voie de conséquence, une protection de la caution.

427. **Distinction entre les règles protectrices face à l'endettement pour autrui et celles résultant de la nature du cautionnement** – Le cautionnement est considéré comme étant une sûreté modèle de protection face au caractère grave de l'engagement. Pourtant, l'ensemble des dispositions protectrices ne peut être directement transposable aux sûretés pour autrui, puisque certaines résultent directement du caractère accessoire renforcé du cautionnement<sup>1299</sup>.

428. **Caractère accessoire renforcé du cautionnement** – L'essence du cautionnement est classiquement comprise par son caractère accessoire<sup>1300</sup>. En droit privé, le caractère accessoire<sup>1301</sup> signifie « *ce qui est lié à un élément principal, mais distinct et placé*

---

<sup>1298</sup> Sur le mode de réalisation propre à chaque sûreté, v. *infra*, n° 571.

<sup>1299</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 36 : les auteurs estiment que « *s'il faut assurément se garder de transposer aux autres sûretés personnelles les solutions admises en matière de cautionnement, il convient cependant de faire le départ entre les solutions liées au caractère essentiellement accessoire du cautionnement et celles tenant à sa nature de sûreté personnelle* ».

<sup>1300</sup> La nature du cautionnement est présentée et enseignée de la sorte par la doctrine majoritaire. A titre d'illustration, v. M. CABRILLAC, M. MOULY, n° 59-1 ; CH. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 22 et s. ; L. AYNES, P. CROCQ et A. AYNES, *op. cit.*, n° 122 et s. ; PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 109.

<sup>1301</sup> G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse préc., préf. D. TALLON, LGDJ, Bibl. dr. priv., 1969, n° 39 : la thèse fut consacrée à la notion de l'accessoire. L'auteur a notamment mis en avant le fait qu'il s'agissait d'une notion fonctionnelle. « *Lorsqu'un accessoire est « ajouté » au principal, il ne s'agit pas d'une simple juxtaposition éphémère. Que le service du principal soit le but de l'accessoire ou que*



*sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui* »<sup>1302</sup>. La définition ne rend pas compte du caractère accessoire du cautionnement qui est « renforcé » dont les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque le désignent comme étant « *une interconnexion étroite et de tous les instants entre l'obligation du débiteur et celle de la caution* »<sup>1303</sup>. En effet, l'engagement de la caution est directement placé sous la dépendance de l'obligation principale. Le sort du cautionnement suit de manière indéfectible celui du contrat principal<sup>1304</sup>. La caution est tenue à ce que le débiteur principal doit à son créancier. Selon Pothier, « *la caution ne peut valablement s'obliger à plus qu'à ce à quoi le débiteur principal est obligé ; et comme le plus s'estime non seulement quantitate, mais aussi die, loco, conditione, modo, il en résulte que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que le principal obligé : car l'obligation accessoire ne peut surpasser la principale ; mais il peut s'obliger à des conditions moins dures* »<sup>1305</sup> Partant, le caractère accessoire du cautionnement implique que « *dans son principe et son étendue, la dette de la caution soit placée sous la dépendance de l'obligation principale* »<sup>1306</sup>. Selon M. Dupichot, « *dire que le caractère accessoire du cautionnement est techniquement de l'essence du cautionnement ne suffit pas à faire apparaître la finalité de cette essence qui est une question distincte* »<sup>1307</sup> pour en conclure que le caractère accessoire répond à « *un ordre public de protection* »<sup>1308</sup>. L'accessorité assure que la caution ne puisse souffrir d'une situation plus rigoureuse de celle du débiteur garanti. Certaines décisions législatives ou prétoriennes ont pour cause la préservation de la caution face au risque d'endettement pour autrui, tandis que certaines sont propres au caractère accessoire en assurant une mise en œuvre du cautionnement à l'image de l'obligation principale. La nature juridique du cautionnement ne relève pas tant de son caractère accessoire mais de l'engagement pour autrui. Il s'agit d'une sûreté pour autrui se réalisant par la voie de l'accessoire.

---

*l'accessoire doit son existence au soutien du principal, toute l'originalité de la liaison entre les deux éléments tient au rôle de support joué par le principal : l'accessoire seul est incomplet, il lui manque quelque chose qu'il ne peut trouver que dans son union avec le principal* ».

<sup>1302</sup> Association Henri Capitant, G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, op. cit.

<sup>1303</sup> PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, op. cit., n° 47.

<sup>1304</sup> C. civ., art. 2289, art. 2290, art. 2313 : ce sont les trois dispositions du Code civil qui assurent le caractère accessoire du cautionnement.

<sup>1305</sup> R.-J. POTHIER, op. cit., n° 370.

<sup>1306</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 232.

<sup>1307</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 233.

<sup>1308</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.*

**429. Opposabilité des exceptions inhérentes à la dette et sûretés accessoires** – La traduction concrète du principe de l'accessoire est de conférer à la caution une prérogative particulière, celle de pouvoir opposer au créancier, qui lui demande le paiement, toutes les exceptions que le débiteur principal aurait pu lui opposer lui-même. Bien qu'il soit attribué une portée générale à la faculté d'opposer les exceptions par la caution, il s'avère qu'au regard de la loi ainsi que de la jurisprudence il faille distinguer. Le cautionnement ne suit pas toujours les événements affectant l'obligation principale. D'abord, le Code civil précise que seules les exceptions qui sont inhérentes à la dette peuvent être opposées par la caution contrairement aux exceptions qui sont personnelles au débiteur principal. L'interprétation de ces notions ne peut se faire qu'à la lumière de la volonté des rédacteurs du Code civil. Or quand ils ont écrit cet article, ils avaient en tête une situation précise : celle du cas de l'incapacité<sup>1309</sup>, afin de favoriser le crédit des personnes incapables. Finalement, en application des articles 2289 et 2313, la caution dispose de la faculté d'opposer le défaut de validité de l'obligation principale ainsi que son extinction. En principe, il peut être opposé au créancier la nullité, résolution ou résiliation de cet engagement du débiteur principal. La jurisprudence affirme en ce sens que la caution dispose de cette prérogative bien que le débiteur principal n'a pas encore invoqué la nullité ou la résolution<sup>1310</sup>, en prenant l'initiative de les invoquer à l'encontre du créancier. Par une décision très critiquée, la Cour de cassation a refusé que la caution puisse opposer la nullité du contrat garanti pour dol en affirmant qu'il s'agissait d'une exception personnelle au débiteur<sup>1311</sup>. En adoptant un raisonnement fondé sur le droit commun des contrats, la chambre mixte rappelle que la nullité pour dol constitue une nullité relative affectant le consentement du débiteur principal seulement invocable par les parties au contrat de vente<sup>1312</sup>. En effet la nullité pour dol a pour seul objet de protéger le débiteur principal. L'interprétation extensive de la notion d'exception purement personnelle viole de manière spectaculaire la nature du cautionnement et ouvre ainsi la boîte de

---

<sup>1309</sup> Faire de l'incapacité une exception purement personnelle fut ainsi consacré par les auteurs du Code civil dans un souci de favoriser le crédit des personnes incapables. On retrouve l'idée à l'article 2289 alinéa 2 du Code civil.

<sup>1310</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 126 et s.

<sup>1311</sup> Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *Velluz c/ Magrino*, *Bull. ch. mixte*, n° 5 ; *D.* 2007. 1782, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2007. 2201, n. D. HOUTCIEFF ; *D.* 2008. 514, n. L. ANDREU ; *D.* 2008. 871, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVEY ; *D.* 2008. 2104, obs. P. CROCQ ; *JCP* 2007. II. 10138, n. PH. SIMLER ; *JCP* 2007. Actu. 274, obs. J. CASEY ; *JCP E* 2007. 1861, n. S. PIEDELIEVRE ; *RLDC* 2007, n° 41, p. 25, obs. L. AYNÈS ; *AJDI* 2008. 699, obs. F. COHET-CORDEY ; *RTD civ.* 2008. 331, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2007. 585, obs. D. LEGEAIS ; *ibid.* 835, obs. A. MARTIN-SERF.

<sup>1312</sup> Il est vrai que la théorie générale des obligations nous enseigne que la nullité relative ne peut être soulevée que par la personne protégée par la règle contrairement au cas de la nullité absolue qui est ouverte à tous, à condition bien évidemment de disposer d'un intérêt à agir.

Pandore<sup>1313</sup>. Le respect du caractère accessoire de l'engagement de la caution voudrait que celle-ci puisse invoquer absolument toutes les exceptions que le débiteur aurait pu opposer à son créancier<sup>1314</sup>. Les atteintes au caractère accessoire ne se limitent pas à la définition des exceptions purement personnelles. Par la réminiscence d'une distinction de droit romain<sup>1315</sup>, la jurisprudence apporte en outre une définition stricte de l'exception inhérente à la dette. En effet, pour que celle-ci puisse recevoir une telle qualification, la Cour de cassation impose qu'elle soit inhérente au *debitum* excluant du domaine d'application de la règle toutes les exceptions relatives à l'*obligatio*<sup>1316</sup>. Partant, les exceptions qui seraient relatives au pouvoir de contrainte – rapport qui n'est pas commun à celui du débiteur – ne sauraient être soulevées par la caution, telles que la violation d'une clause de conciliation<sup>1317</sup> ou encore l'inopposabilité de la renonciation conventionnelle du créancier au droit d'agir à l'encontre du débiteur<sup>1318</sup>. Bien que l'analyse par le prisme de la distinction entre *debitum* et *obligatio* soit attrayante, il apparaît, selon une approche structurelle, qu'elle ne soit guère adaptée au cautionnement. Pour que l'analyse soit efficace, il faudrait d'abord que le *debitum* soit commun au débiteur et à la caution<sup>1319</sup>. Or ce n'est pas le cas. Certes le caractère accessoire

---

<sup>1313</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 déc. 2019, n° 18-16.147 : par cette décision, la Cour de cassation persiste dans son analyse extensive des exceptions purement personnelles en considérant que la prescription biennale du Code de la consommation ne saurait être opposée par la caution dès lors qu'il s'agit d'une exception purement personnelles attachée à la qualité de consommateur du débiteur. La solution aboutit à une violation complète du caractère subsidiaire du cautionnement et de son caractère accessoire renforcé.

<sup>1314</sup> L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant a pour effet de briser la jurisprudence du 8 juin 2007 en consacrant à l'article nouveau 2299 du Code civil que la caution pourra opposer absolument toutes les exceptions qu'elles soient inhérentes à la dette ou personnelle rétablissant la force du caractère accessoire de la sûreté. L'article disposerait ainsi que « *la caution peut opposer toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur* ».

<sup>1315</sup> Inspirée par les romanistes allemands, elle repose sur la décomposition de la notion d'obligation en deux éléments indépendants : *Schuld* et *Haftung* ou encore *debitum* et *obligatio*, qui désigneraient, en français, le « devoir » par opposition à l'« engagement », ou la « dette » qui se distinguerait du « pouvoir de contrainte. Elle est couramment employée pour analyser l'obligation naturelle ».

<sup>1316</sup> P. CROCQ, « Opposabilité des exceptions et violation d'une clause de conciliation : une nouvelle illustration de la distinction du *debitum* et de l'*obligatio* », *RTD civ.* 2015, p. 917, n. sous arrêt Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-19.734 : « *Cette solution n'est pas étonnante, car la Cour de cassation considère que si l'engagement de la caution est bien accessoire du *debitum*, c'est-à-dire de la substance de la dette, du débiteur principal, en revanche, le droit de poursuivre la caution et le droit de poursuivre le débiteur principal sont indépendants l'un de l'autre, ce qui a pour conséquence que des éléments qui n'affectent que l'*obligatio* du débiteur principal, ce qui est le cas de la clause de conciliation, ne peuvent pas être invoqués par la caution* ».

<sup>1317</sup> Cass. com., 13 oct. 2015, arrêt préc. ; *D.* 2015. 2068 ; *RTD civ.* 2015. 932, n. PH. THÉRY ; *D.* 2016, 628 n. V. MAZEAUD.

<sup>1318</sup> Cass. com, 22 mai 2007, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; n° 06-12.196 ; *D.* 2007. 1999, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2008. 2104, obs. P. CROCQ ; *RTD civ.* 2007. 805, obs. PH. THÉRY ; *RTD civ.* 2008. 333, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2007. 833, obs. A. MARTIN-SERF ; *RTD com.* 2008. 172, obs. B. BOULOC.

<sup>1319</sup> V. MAZEAUD, « L'instrumentalisation du droit et de l'action en matière de cautionnement », *D.* 2016 p. 628 : « *Même en empruntant les termes de l'analyse dualiste, la caution est bien débitrice d'une véritable obligation comportant à la fois *debitum* et *obligatio*. La dette de la caution peut fort bien n'être pas identique à celle du débiteur principal et, en particulier, être contractée sous des conditions moins onéreuses :*

impose que l'engagement de caution soit consenti dans la limite de l'obligation principale, mais celle-ci constitue un plafond de sorte que l'obligation de la caution peut être définie selon des termes moins rigoureux. Son autonomie se démarque ainsi par la faculté de consentir un cautionnement limité. Ensuite, les exceptions relatives à l'*obligatio*, donc au pouvoir de contrainte du créancier, peuvent avoir un effet avec la substance de la dette. L'opposabilité des exceptions se conçoit uniquement à la lumière du caractère accessoire qui suppose que la caution ne puisse être tenue à un engagement plus rigoureux que celui du débiteur principal. L'exclusion de la règle du régime primaire de protection s'explique par le fait qu'elle résulte directement de la spécificité des sûretés accessoires et ne peut constituer une règle commune à l'ensemble de la catégorie. Partant, seules les sûretés accessoires peuvent en bénéficier<sup>1320</sup>. Ainsi, il doit être reconnu au constituant d'une sûreté réelle pour autrui la faculté de soulever les exceptions inhérentes à la dette, celui-ci s'étant effectivement engagé certes de manière limitée mais aussi de façon accessoire. La limitation de l'assiette de la sûreté ne doit avoir aucun effet sur la nature accessoire de son engagement. De même, le porte-fort d'exécution dont il est affirmé qu'il se distingue du cautionnement revient malgré cela à exécuter en lieu et place du débiteur principal son engagement en cas de défaillance. Le rapport entre l'obligation principale et l'engagement de celui qui se porte-fort devrait impliquer une consécration de son caractère accessoire<sup>1321</sup>, de sorte que la règle de l'opposabilité des exceptions a toute sa place au sein de son régime juridique.

**430. Conclusion de paragraphe** – Les dispositions issues tant du droit commun des contrats que de droits spéciaux n'ont pas vocation à intégrer le régime primaire soit pour éviter un double emploi, soit car elles ne peuvent s'appliquer à chaque sûreté pour autrui en raison de leur caractère spécial.

---

*comporter un terme, un délai de forclusion conventionnel, une condition, être stipulée pour un montant différent, s'éteindre pour des causes propres, etc ».*

<sup>1320</sup> Nous croyons que la règle de l'opposabilité des exceptions constitue une faculté puisque la caution peut parfaitement y renoncer. Dans le cas d'une nullité, le fait de renoncer à se prévaloir de l'exception a pour effet que la caution ne pourra exercer son recours après paiement à l'endroit du débiteur, de sorte que la qualification de cautionnement-libéralité devra s'imposer. Ainsi la qualification de cautionnement libéralité ne résulte pas seulement d'une renonciation à l'exercice des recours mais peut résulter d'une renonciation à l'opposabilité des exceptions.

<sup>1321</sup> En ce sens, v. Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-19.217, *D.* 2006. 2855, obs. P. CROCQ ; *D.* 2006.298, obs. X. DELPECH ; *JCP* 2006. II. 10021, n. PH SIMLER ; *Defrénois* 2006. 414, n. E. SAVAUX ; *CCC* 2006, n° 63, n. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2006. 305, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *adde*, D. Arlie, « Pour une juste conception du porte-fort d'exécution, », *D.* 2006 p. 2244.

## II. APPROCHE POSITIVE DU CONTENU

431. **Le droit du cautionnement, un modèle de protection à rationaliser** – Aujourd’hui, le droit du cautionnement a essentiellement pour impératif d’assurer une protection de la caution face à un risque de surendettement pour autrui alors même qu’elle n’attend, le plus souvent, de contrepartie. Nombre de règles se mettent alors en rang afin de former un ordre public de protection dans un but de préservation de son consentement et de lutte face à l’existence de sûretés excessives, source du surendettement. Le renforcement de la protection est sans nul doute en conformité avec la nature dangereuse de la garantie. Néanmoins, nous assistons à une multiplication, sans ligne directrice, des dispositions législatives aboutissant à un régime juridique peu lisible et excessif, source d’une interprétation jurisprudentielle imprévisible. L’ensemble de la doctrine relève que le droit du cautionnement est un droit en crise, ce qui appelle à sa rationalisation. A croire que le législateur contemporain a pris le contrepied des précieuses mises en garde de Portalis<sup>1322</sup>. L’avant-projet de réforme du droit des sûretés de l’Association Henri Capitant va dans le sens d’une rationalisation, par la suppression des doublons et le rétablissement d’un équilibre entre l’objectif de protection et le maintien de la sécurité juridique de la sûreté<sup>1323</sup>. Pourtant, malgré ses apparents défauts, le droit du cautionnement est bâti de telle sorte qu’il représente nécessairement un modèle de protection que pourrait être étendu à l’ensemble des sûretés pour autrui, à condition de faire le tri entre le grain et l’ivraie mais en outre d’adapter les règles à l’ensemble. Son régime juridique, que ce soit lors de la constitution, de l’existence ou lors de la réalisation est guidé par un impératif de préservation des intérêts de la caution en encadrant la sûreté mais aussi en imposant des devoirs au créancier malgré le caractère unilatéral du contrat<sup>1324</sup>. La politique législative en la matière est ainsi clairement affichée et assumée : la caution mérite cette bienveillance. Si la volonté de protéger la caution face au risque d’endettement que représente la sûreté est entièrement justifiée, il est néanmoins dangereux de verser dans un régime surprotecteur et peu lisible. *De lege*, le dispositif de protection est peu efficient. Il doit donc faire l’objet d’une rationalisation quant à des règles parfois trop strictes ou confuses, source d’un contentieux intarissable. Les règles qui composeront le contenu du régime primaire seront donc celles du droit du cautionnement suite à leur rationalisation et l’exclusion des règles inhérentes au caractère accessoire.

---

<sup>1322</sup> PORTALIS, *op. cit.*

<sup>1323</sup> V. Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017.

<sup>1324</sup> Cass. com., 3 juill. 2007, n° 06-10.939.

**432. Un rapport établi entre le cautionnement et les sûretés pour autrui par la cause** – La protection que connaît la caution, en particulier lorsqu'elle est une personne physique, doit être étendue à l'ensemble des garants en raison de l'existence d'un risque qu'ils ont en commun <sup>1325</sup>.

**433. Plan** – S'inspirant de la protection de la caution, il apparaît que le régime primaire de protection des garants se fonde selon deux axes : la préservation de la conscience éclairée du garant sur la portée et l'étendue de son engagement (A) et le respect de l'équilibre dans l'engagement (B). Nous constaterons que l'essentiel du régime protecteur se limite aux garants personnes physiques conformément aux sous-distinctions proposées<sup>1326</sup>.

#### **A. Le mode de protection indirect : éclairer la conscience**

**434. Une connaissance de la portée de l'engagement** – Éclairer la conscience offre une préservation de sa volonté. L'intérêt est d'assurer un engagement en toute conscience du risque ainsi que de l'étendue de son engagement, ce qui participe d'un souci d'assurer une certaine justice contractuelle, telle que le préconisait déjà la philosophie aristotélicienne<sup>1327</sup>. La conscience éclairée se manifeste lors de la formation du contrat mais également au cours de son existence. Par définition, le garant et le débiteur étant des personnes distinctes, il y a donc un risque d'ignorance de la part du premier sur la situation du second. Or un garant ignorant est plus enclin à subir le risque de surendettement en ne prenant pas les mesures nécessaires à la préservation de son patrimoine. L'information doit donc être employée pour remédier à ce risque.

**435. Généralisation des obligations d'information et de la mention manuscrite** – L'idée n'est pas novatrice. Les obligations d'information ou la rédaction d'une mention manuscrite par la caution sont autant de moyens mis en place afin d'éclairer la caution sur l'ampleur de son engagement que ce soit lors de sa conclusion ou lors de son existence. Or au regard de la faible lisibilité des règles actuelles, il est essentiel de procéder à une rationalisation pour que la protection ne puisse constituer une brèche exploitable par des garants peu scrupuleux et soucieux de se départir d'un engagement devenu trop embarrassant.

---

<sup>1325</sup> Sur le caractère risqué des sûretés pour autrui, v. *supra*, n° 178 et s.

<sup>1326</sup> V. *supra*, n° 203 et s.

<sup>1327</sup> L. DUVANEL, *op. cit.*, n° 203 et s.

Aussi, dans un souci de préserver les garants qui en ont réellement besoin, nous verrons que ces outils de protection devront s'appliquer au bénéfice des personnes physiques respectant la sous classification proposée *supra*<sup>1328</sup>. En effet, contrairement aux personnes morales, les garants personnes physiques sont ceux qui s'exposent, le plus souvent, à un risque patrimonial maximal<sup>1329</sup>, justifiant une protection plus accrue par le droit. Aussi, la personnalité morale des sociétés implique que la protection de leur consentement ne se réalise pas par le même canal<sup>1330</sup> ne se réalise pas selon les mêmes modes de protection de son consentement.

**436. Plan** – Rationnalisé et épuré, le formalisme doit constituer un moyen de protection au bénéfice de tous garants personnes physiques ayant consenti une sûreté pour autrui (1). Rédiger une mention manuscrite a pour vertu de faire prendre conscience de l'étendue et de la portée de son engagement. Or les garants personnes physiques, qu'ils aient consenti un cautionnement ou une autre sûreté pour autrui, n'ont pas toujours conscience de la vigueur de leur engagement en raison notamment du caractère indolore de ces sûretés, rendant légitime d'imposer au créancier des devoirs d'information afin de les éclairer (2). Comme en matière de cautionnement, les garants personnes physiques subissent, en principe<sup>1331</sup>, le même risque d'ignorance.

## 1. Le formalisme de protection

**437. Introduction du formalisme du cautionnement dans le régime primaire** – Malgré le contentieux intarissable relatif au formalisme du cautionnement, nous croyons que les vertus attachées à la rédaction d'une mention manuscrite - qui attirent l'attention du rédacteur sur l'effet de sa signature - sont absolument nécessaires en raison du caractère grave de l'engagement. Pour que la règle réalise ses effets vertueux, le formalisme doit conserver une sanction forte en cas de violation. En contrepartie de la vigueur de la nullité, le régime de

---

<sup>1328</sup> Le droit commun du cautionnement s'attarde principalement à préserver les intérêts de la caution personne physique en raison du risque qu'elle encourt. Les cautions personnes physiques sont en effet considérées comme étant des parties faibles au contrat. C'est ainsi que le législateur a vu, avec bienveillance, la situation de ces personnes afin de les préserver face à des créanciers aguerris.

<sup>1329</sup> V. *supra*, n° 203.

<sup>1330</sup> Pour une analyse globale du consentement des sociétés, v. S. FRANCOIS, *Le consentement de la personne morale*, thèse préc., n° 318 : l'auteur souligne que la personnalité morale a directement une incidence sur le mode de protection du consentement de la société et plaide ainsi pour une adaptation de l'acceptation du consentement des sociétés.

<sup>1331</sup> Le dirigeant social, qui s'est porté garant des dettes de sa société, aura nécessairement connaissance de l'évolution de la dette garantie. Néanmoins, nous croyons que ces derniers doivent bénéficier d'une présomption légale, en ne distinguant pas selon le caractère profane ou averti du garant, en raison du risque d'insécurité juridique qu'il fait planer sur le droit applicable. V. *supra*, n° 203.

la règle doit être encadré, clarifié pour ne laisser place à aucune possibilité d'interprétation qui serait fatale à la sécurité juridique de la convention. Partant, le formalisme doit faire son entrée dans le régime primaire de protection grâce à son caractère pédagogique mais son contenu doit être remanié afin d'éviter le contentieux qui frappe actuellement le droit du cautionnement et pour venir s'adapter à la structure de l'ensemble des sûretés pour autrui.

**438. Plan** – L'admission d'un principe de formalisme *ad validitatem* du cautionnement ne fut généralisée en la matière que récemment à l'échelle de l'histoire du cautionnement (a). Nous croyons que la règle doit s'étendre à l'ensemble des garants personnes physiques qui ont conclu une sûreté pour autrui (b). Néanmoins, le régime actuel du formalisme étant que peu lisible, il appartient de rationaliser son contenu afin de rendre efficace sa généralisation (c).

*a. La mention manuscrite, entre origine prétorienne et consécration légale*

**439. Une œuvre prétorienne** – L'exigence d'une mention manuscrite *ad validitatem* de la sûreté s'est conçue en droit du cautionnement au fil d'une lente et précaire évolution<sup>1332</sup>. A l'instar d'un lanceur d'alerte, la Cour de cassation attira le regard du législateur sur la nécessité d'introduire un formalisme en la matière. Alors que le cautionnement est en principe un contrat consensuel, l'exigence d'une mention au sein du cautionnement à des fins probatoires fut introduite et ce, dans le respect de l'ancien article 1326 du Code civil, devenu 1376<sup>1333</sup>. En effet, s'agissant d'un contrat unilatéral, le cautionnement entrait bel et bien dans son champ d'application. Par ailleurs, l'exigence d'une mention manuscrite à des fins probatoires s'articulait parfaitement avec une règle fondamentale du droit du cautionnement, celle qui affirme, aux termes de l'article 2292 du Code civil, que « *le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès et on ne peut l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ». Sur le fondement de ces deux textes, la Cour de cassation a pu établir que leur combinaison faisait naître une

---

<sup>1332</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 202 : « En règle générale, le cautionnement est un contrat consensuel : sa formation n'est soumise, par la loi, à aucune forme ou formalité particulière. Il suffit que la caution ait manifesté d'une manière quelconque sa volonté de s'engager à se substituer au débiteur, et que le créancier ait accepté cet engagement, fût-ce tacitement. Cependant, à la différence des contrats nécessaires à la vie économique et aux besoins élémentaires de l'homme (vente, louage...), le cautionnement n'est pas naturel ».

<sup>1333</sup> C. civ., art. 1376 : ainsi, « l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit l'obligation ainsi que la mention en chiffres et en lettres du montant de l'obligation ».



obligation pour la caution de rédiger une mention manuscrite décrivant les limites de son engagement. Il y eut pendant un temps un balancement entre la nature probatoire et la nature solennelle de la mention manuscrite. En effet, pendant longtemps la Cour de cassation estimait que la règle était imposée uniquement à des fins probatoires dans le respect des termes de l'ancien article 1326 du Code civil. Puis, par une décision du 30 juin 1987, la première chambre civile opéra un revirement en considérant que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituaient pas de simples règles de preuve mais une condition de validité de l'engagement dès lors qu'elles avaient pour finalité la protection de la caution<sup>1334</sup>. La solution fut l'occasion pour des cautions peu honnêtes de se targuer de la nullité de leur engagement alors même qu'elles avaient parfaitement conscience de sa portée ! C'est ainsi que débuta la saga du formalisme du cautionnement accompagnée d'un contentieux inépuisable, encore actuellement. En raison de la résistance de la chambre commerciale, la première chambre civile revint à davantage d'orthodoxie dans ses décisions en affirmant que l'exigence de la mention manuscrite n'était requise qu'à titre de preuve de l'engagement<sup>1335</sup>. Cette qualification eût pour effet de fixer le régime juridique de la mention manuscrite fondée sur les articles 2292 et 1376 du Code civil<sup>1336</sup>, notamment son champ d'application et sa sanction. Le caractère probatoire avait pour effet d'exclure le cautionnement commercial, ainsi que le cautionnement réel faute d'obligation de payer tandis que la finalité de protection écartait nécessairement les cautionnements passés en la forme authentique en raison du devoir de conseil du notaire<sup>1337</sup>. En application du droit commun de la preuve, la violation de la mention faisait dégénérer le contrat en un commencement de preuve par écrit devant être complété par des éléments de preuve extrinsèque permettant de prouver que la caution avait

---

<sup>1334</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 juin 1987, n° 85-15.760, *Bull. civ.*, I, n° 210 : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution* ».

<sup>1335</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 nov. 1989, *Bull. civ.*, I, n° 348, n° 87-18.003 : en visant les articles 1326 et 2015 du Code civil, la première chambre civile énonça alors « *que l'engagement souscrit par la caution doit comporter sa signature ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme en toutes lettres et en chiffres de toute obligation déterminable au jour de l'engagement ; que ces règles de preuve ont pour finalité la protection de la caution* ».

<sup>1336</sup> Sur son contenu, la règle impose donc de préciser la somme ou la quantité due par la partie qui s'engage à payer. La Cour de cassation estime que les intérêts seront dus même s'ils ne sont pas précisés dans la mention manuscrite. Il y eut cependant une divergence entre la chambre commerciale et la première chambre civile. Néanmoins, depuis 2002, la Cour de cassation considère désormais que les accessoires de la dette étaient dus bien qu'ils ne furent pas mentionnés. V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 oct. 2002, n° 99-18.017, n° 00-15.223 ; *JCP E* 1999.1055, obs. D. LEGEAIS.

<sup>1337</sup> L. n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées.

conscience de la portée de son engagement, tel que la qualité de dirigeant social<sup>1338</sup>. En effet, l'élément extrinsèque résulte d'un élément étranger à l'acte de cautionnement de nature à établir une connaissance réelle par la caution de la portée de son engagement. L'interprétation par le juge se réalisait *in concreto*<sup>1339</sup> plutôt en faveur du créancier<sup>1340</sup>. *In fine*, la Cour de cassation était parvenue à une solution équilibrée entre le souci de préserver de la volonté éclairée de la caution et la sécurité juridique du cautionnement. Ce fut bouleversé par l'intervention du législateur.

**440. Passage du formalisme *ad probationem* au formalisme *ad validitatem*** – Par un mouvement de consumérisme du cautionnement<sup>1341</sup>, le besoin de protéger la caution, partie faible, face à un engagement anormal se faisait de plus en plus ressentir. Il fut ainsi « *tendant de faire jouer à cette formalité le rôle d'un instrument de protection de la caution, l'obligation d'écrire elle-même en lettres et en chiffres le quantum de son engagement étant de nature à attirer son attention et à affermir sa résolution* »<sup>1342</sup>. Partant, plusieurs réformes vont venir exiger, par strates successives, de nouvelles mentions manuscrites mais cette fois-ci à titre de validité du cautionnement. Dans un premier temps, l'exigence d'un formalisme *ad validitatem* a été cantonnée au droit de la consommation avant de s'étendre à quasiment tous les cautionnements.

**441. La loi du 31 décembre 1989** – Le formalisme fut pour la première fois introduit par la loi Neiertz<sup>1343</sup> dans le cas particulier où une personne physique s'est engagée en qualité de caution, par acte sous seing privé, du remboursement d'un crédit régi par le Code de la consommation. Partant, les articles L. 314-15 et L. 314-16 du Code de la

---

<sup>1338</sup> En ce sens, la jurisprudence considère que la qualité de dirigeant social fait présumer l'existence d'un élément extrinsèque au cautionnement sauf à démontrer que les fonctions exercées au sein de la société ne permettaient pas au dirigeant social de prendre conscience de la portée de son acte. V. Cass. com., 8. Janv. 2002, référence.

<sup>1339</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> oct. 2002, n° 98-23.342, *Bull. civ.* IV, n° 132 ; *D.* 2002.3333 n. L AYNES ; *RTD. civ.* 2003.122, n. P. CROCQ : le juge endosse un rôle actif puisqu'il ne peut prononcer l'inexécution de l'exigence de la mention manuscrite sans avoir recherché préalablement l'existence d'un élément extrinsèque.

<sup>1340</sup> A titre d'illustration, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 janv. 2002, n° 98-18.017, n° 99-12.524 ; *JCP E* 2002.592, n. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2003.122, obs. P. CROCQ : le paraphe de la caution sur le contrat d'emprunt constitue un élément extrinsèque, de sorte qu'il suffit de la faire intervenir dans l'acte principal pour que l'exigence de la mention manuscrite soit réputée acquise.

<sup>1341</sup> PH. STOEFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705.

<sup>1342</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 207.

<sup>1343</sup> L. n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite « Neiertz ».

consommation<sup>1344</sup> exigent, à peine de nullité du contrat, que la caution rédige une mention manuscrite dont le contenu est cité par le législateur. La caution doit recopier à la lettre près la mention prévue par les textes. En cas de cautionnement solidaire, une mention supplémentaire est requise.

**442. La loi du 21 juillet 1994** – La loi du 21 juillet 1994<sup>1345</sup> a, quant à elle, eu pour effet d’introduire au sein de la loi du 6 juillet 1989 un nouvel article 22-1 alinéa 2 par lequel il est exigé une mention manuscrite, à peine de nullité, dont le contenu<sup>1346</sup> est aussi dicté dans le cas particulier d’un cautionnement des dettes d’un locataire d’un bail d’habitation. La loi ELAN mit fin à l’exigence pour la caution d’écrire elle-même le contenu précis de la mention<sup>1347</sup> : la seule signature et remise de l’exemplaire suffirent désormais.

**443. La loi du 1<sup>er</sup> août 2003** – La généralisation fut opérée par la loi Dutreil du 1<sup>er</sup> août 2003 qui instaura par les articles L. 331-1 et L. 331-2 du Code de la consommation<sup>1348</sup> un formalisme *ad validitatem* dès lors que le cautionnement est conclu par une personne physique, par acte sous seing privé, au bénéfice d’un créancier professionnel. Le domaine d’application est large. Désormais, seuls les cautionnements réels, ou conclus par des personnes morales ou consentis devant notaire, ou au bénéfice de créancier non professionnel échappent à cette exigence. La méthode législative employée est totalement contre-productive. La technique du millefeuille législatif, expression fort évocatrice employée par le professeur Pierre Crocq, ne participe pas d’un système juridique lisible et intelligible. De plus, opérer la généralisation de la règle dans un code spécial, alors qu’elle dépasse le cadre du droit de la consommation, ne se justifie guère. Outre la méthode législative employée<sup>1349</sup>, le fond de la règle a suscité un immense contentieux qui a, sans nul doute, participé à la crise frappant le droit du cautionnement.

**444. Quand la vertu pédagogique apporte de la confusion** – Le contentieux se cristallise autour de deux conditions d’application du texte : la notion de créancier

---

<sup>1344</sup> C. conso., anc. art. L.313-7 et L.313-8.

<sup>1345</sup> L. n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l’habitat.

<sup>1346</sup> Il est ainsi exigé de mentionner le montant du loyer, ses conditions de révision, la faculté de résiliation unilatérale en cas de cautionnement à durée indéterminée.

<sup>1347</sup> L. n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 dite ELAN, portant évolution du logement, de l’aménagement et du numérique, art. 134, modif. Art. 22-1 de la loi du 6 juillet 1989.

<sup>1348</sup> C. conso., anc. art. L.341-3.

<sup>1349</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801 ; v. *supra*, n° 398.

professionnel<sup>1350</sup> et l'interprétation du contenu de la mention manuscrite. Les difficultés se sont essentiellement portées sur l'interprétation du contenu de la mention manuscrite : fallait-il adopter une interprétation littérale supposant que la caution recopie à la lettre ce qui est imposé par le texte ou alors comprendre le formalisme du cautionnement par une interprétation téléologique en cherchant si le garant a pris conscience de la portée de son engagement en apposant la mention manuscrite ? Le professeur Gaël Piette s'interroge ainsi : « *En établissant un modèle légal, ces textes ont inévitablement soulevé une question qui s'est rapidement posée aux tribunaux : quel degré d'identité doit exister entre le modèle légal et la mention effectivement écrite par la caution ?* »<sup>1351</sup>

Évidemment, la *ratio legis* du principe même du formalisme à des fins de protection de la caution suppose de l'interpréter de manière téléologique. Il suffirait donc que le contenu de la mention manuscrite rédigée par la caution lui fasse réaliser la portée, l'étendue de son engagement de garantir la dette de tel débiteur au bénéfice de tel créancier. Or la jurisprudence n'a pas su trancher entre ces deux conceptions, tantôt elle fonde ses décisions sur une interprétation littérale, tantôt finaliste. En effet, en dehors du cas de l'erreur matérielle, l'acte peut être frappé de nullité en raison d'un oubli ou changement d'expression ne portant pourtant pas atteinte au sens et à la portée de la mention<sup>1352</sup>, tandis que parfois l'acte sera sauvé par une interprétation finaliste en considérant que l'erreur n'avait pas eu pour effet de changer le sens et la portée de la mention manuscrite<sup>1353</sup>, ou encore en adaptant la portée et l'étendue de l'obligation de la caution au contenu de la mention manuscrite<sup>1354</sup>. Une telle position jurisprudentielle nourrit indéniablement la grave crise qui frappe le droit du

---

<sup>1350</sup> Sur la notion de créancier professionnel, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juillet 2009, n° 08-15.908, *Bull. civ. I*, n° 173 : « *Mais attendu qu'après avoir exactement retenu qu'au sens des articles L.341-2 et L.341-3 du code de la consommation le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale, la cour d'appel a considéré qu'en procédant à une acquisition de parts de la société Yahve et à un apport en compte courant au bénéfice de cette dernière, la SPO avait entendu réaliser un investissement en rapport direct avec une activité de diversification ; qu'elle en a déduit à bon droit, que du chef de la créance née d'un tel investissement, fût-il accessoire au regard de son activité principale, la SPO devait être regardée comme un créancier professionnel, en sorte que, faute de contenir les mentions manuscrites exigées par ces deux articles, le cautionnement litigieux souscrit à son bénéfice par M.X. était entaché de nullité* ».

<sup>1351</sup> G. PIETTE, « Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement », *D.2017*, p. 1064.

<sup>1352</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juill. 2015, n° 14-24.287 ; Cass. com., 26 janv. 2016, n° 14-20.202 ; Cass. com., 9 fév. 2016, n° 14-18.721 ; Cass. com., 14 juin 2016, n° 15-11.106, *D. 2016.1955*, obs. P. CROCO.

<sup>1353</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 10 avril 2013, arrêt préc.

<sup>1354</sup> Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699, *D. 2011.1193*, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2011.402, n. D. LEGEAS : ce fut le cas d'un cautionnement solidaire, dont la mention manuscrite relative à la solidarité faisait défaut, ce qui emporta une requalification en cautionnement simple.

cautionnement<sup>1355</sup>. Outre ces deux interprétations, la Cour de cassation a fait preuve d'originalité en adaptant la sûreté au contenu de la mention ! Ainsi, la chambre commerciale a pu décider que l'omission au sein de la mention manuscrite du terme « mes biens » n'avait pas pour effet de porter atteinte à la validité du cautionnement mais de restreindre le gage du créancier aux seuls revenus de la caution<sup>1356</sup>. *In fine*, la solution aboutit à la dégénérescence du cautionnement personnel en un cautionnement réel dont l'assiette est limitée aux seuls revenus...<sup>1357</sup>.

*b. Intérêt du formalisme ad validitatem : protection du consentement*

**445. Les vices et les vertus du formalisme *ad validitatem*** – L'introduction d'un principe de formalisme à titre de validité, applicable à quasiment tous les cautionnements, fut sévèrement critiquée par la doctrine majoritaire. L'encadrement de la formation du contrat par l'exigence d'une mention manuscrite était analysé comme étant une règle trop stricte au bénéfice de certaines cautions parfaitement averties qui en profitaient pour se départir de leurs engagements. En outre, le fait de rédiger une mention manuscrite impliquant la délimitation de la durée ainsi que du montant de l'engagement eut pour effet de sonner le glas des cautionnements *omnibus*. Or comme le soulignait M. Crocq, l'exigence d'une durée limitée a pour effet d'exclure la faculté de résiliation unilatérale qui existe dans les cautionnements à durée indéterminée qui était pourtant à la faveur des cautions. Enfin, il fut reproché à la règle

---

<sup>1355</sup> Cass. com., 22 janv. 2013, n° 11-22.831, D. 2013.1736, obs. P. CROCQ: Le professeur Crocq explique que « l'acte de cautionnement contrevenait à l'exigence, prévue à peine de nullité, selon laquelle l'engagement manuscrit doit précéder la signature ». *Adde*, v. Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-13.577, D. 2013.2220, obs. V. AVENA-ROBARDET ; JCP E 2013.1573, n. D. LEGEAIS , RD bancaire et financier. 2013, n° 194, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013.1679, n° 1, obs. PH. SIMLER ; Dr et patr., 2014, n° 233, p. 59. Au contraire, on sait qu'une seule signature peut valablement suivre les mentions relatives au cautionnement (C. conso., art. L. 341-2) et à la renonciation au bénéfice de discussion (C. conso., art. L. 341-3 ; Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-24.698 ; Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-23.623).

<sup>1356</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> oct. 2013, n° 12-20.278 , Bull. civ. IV, n° 143: la chambre commerciale affirme ainsi « (...) qu'après avoir rappelé que l'acte signé de la main de la caution comportait la mention manuscrite suivante : « en me portant caution de la SARL CIEM dans la limite de la somme de 64 931,40 euros (soixante-quatre mille neuf cent trente et un euros et quarante centimes) couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de cinq ans, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus si la SARL CIEM n'y satisfait pas elle-même », l'arrêt retient que la mention manuscrite apposée sur l'engagement reflète la parfaite information dont avait bénéficié la caution quant à la nature et la portée de son engagement ; que par ces seuls motifs dont il résultait que l'omission des termes « mes biens » n'avait pour conséquence que de limiter le gage de la banque aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

<sup>1357</sup> M. JULIENNE, L. ANDREU, « Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général », D. 2014, p. 127.

d'introduire un système de tout ou rien, plaçant le créancier à la merci d'une interprétation jurisprudentielle instable.

**446. Une finalité de protection nécessaire** – Si le formalisme tel qu'il est appliqué de nos jours porte atteinte à la sécurité juridique du cautionnement, il n'en reste pas moins que sa vertu pédagogique est essentielle pour faire mesurer aux cautions, plus généralement aux garants, la portée de leur engagement indolore au jour où ils y consentent<sup>1358</sup>. Mme Dumont-Lefrand décrit en ces termes qu'« *en abandonnant la thèse du formalisme ad probationem pour un formalisme ad validitatem, il s'agissait de faire prendre pleinement conscience à la caution de la portée et de la gravité de l'engagement qu'elle s'apprête à consentir. Cette vertu préventive du formalisme légal avait donc comme but de sécuriser les contrats de cautionnement visés par les textes, en responsabilisant les cautions et en réduisant les sources de contestation* »<sup>1359</sup>. L'une des finalités du formalisme est effectivement d'apporter une protection au consentement de celui qui s'engage. Dans son célèbre article, Jacques Flour eût défini avec pertinence et subtilité le formalisme<sup>1360</sup>. Au-delà de la définition de la notion, l'auteur décrivit un balancement entre le rôle du législateur et celui du juge sur l'application de la règle de forme, qui se retrouve quelque peu bouleversé aujourd'hui<sup>1361</sup>. Il considéra en outre que le domaine de prédilection du formalisme visait les règles qui ont pour effet d'encadrer la volonté dans un mode d'expression qui ne sera, par hypothèse, pas interchangeable<sup>1362</sup>. Au sujet de l'article de Jacques Flour, le Professeur Couturier expliquait que « *dans ce texte de référence, les finalités des règles de forme n'occupent, a priori, qu'une place limitée : elles n'en sont pas moins présentées avec beaucoup de netteté, en une constante trilogie : protection du consentement, protection des tiers, objectifs de sécurité et de rapidité* »<sup>1363</sup>. Si la solennité présentait une finalité de protection au milieu du XXe siècle, il s'avère qu'elle ne fut pas abandonnée à l'horizon du XXIe siècle. Ainsi, l'encadrement de la volonté du donateur par les prescriptions de l'article

---

<sup>1358</sup> S. LE GACH PECH, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.*, 2014, p. 581 : « *Censé protéger la manifestation du consentement, le formalisme est à nouveau prescrit à l'égard de toute personne physique. À défaut, la rédaction non strictement conforme de la mention manuscrite entraîne la nullité relative du cautionnement quelle que soit la qualité de la caution* ».

<sup>1359</sup> M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Cautionnement : du formalisme au principe de proportion, de Charybde en Scylla », *D.* 2018, p. 392.

<sup>1360</sup> J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, in *Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t.1.

<sup>1361</sup> Nous constaterons bientôt que le clivage entre le rôle du législateur et celui du juge s'est brouillé ces dernières années.

<sup>1362</sup> J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *ibid.*

<sup>1363</sup> G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, 2000, n° 15-16, p. 880.

971 du Code civil en témoigne. Le formalisme institué en matière de cautionnement participe aussi de cette idée. Déjà, nous pouvions en constater les prémices au sein de la solution jurisprudentielle relative à l'exigence d'une mention manuscrite *ad probationem*. La Cour de cassation venait effectivement valider la sûreté dès lors qu'il était démontré que la caution avait eu conscience de la portée de son engagement en rapportant l'existence d'un élément extrinsèque à l'acte. Le changement de nature de la règle, en passant d'un formalisme *ad probationem* à un formalisme *ad validitatem*, n'eut pas pour effet de modifier la finalité de la règle de forme. Les auteurs notèrent ainsi un renouveau du formalisme de protection « *devenu l'instrument privilégié de toute protection de la partie faible et, l'impératif de protection ayant été perçu comme primordial, s'en est nécessairement suivi un développement sans précédent du formalisme* »<sup>1364</sup>. En effet, nous avons pu assister à l'édiction de nombreuses règles ayant pour unique vocation la protection de la partie faible<sup>1365</sup>.

Dorénavant, la prise de conscience des éléments essentiels du contrat se réalisera par un devoir d'écriture, à la manière des écoliers punis à faire des lignes<sup>1366</sup>, mais dans un but de réaliser la portée d'un engagement réputé dangereux. La vertu pédagogique est incontestable. Dans le cas du cautionnement, la caution prendra le temps de rédiger les éléments essentiels qui vont l'engager, l'aidant ainsi à prendre le temps de saisir la portée de son acte la menant, potentiellement, à un appauvrissement pour autrui. Néanmoins, la seule rédaction d'une mention manuscrite s'avère insuffisante. Si la mention n'est pas expliquée en des termes intelligibles et accessibles aux personnes non-juristes, alors le moyen manquerait sa fin. En ce sens, Gérard Couturier estimait à juste titre que « *le formalisme informatif appliqué au contrat est inopérant s'il ne commence pas par un « devoir de lecture »* »<sup>1367</sup>. Nous rejoignons entièrement ce constat. La mention manuscrite manquerait sa finalité en l'absence

---

<sup>1364</sup> X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I.170, n° 4.

<sup>1365</sup> En ce sens : PH. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD. com.* 2012, p. 705 : dans un article fort intéressant, l'auteur démontre la légitimité de codifier les règles du droit de la consommation au sein d'un code autonome en raison de leur fondement particulier. Contrairement au droit des contrats du Code civil, les règles du droit de la consommation poursuivent une logique de régulation d'un marché de masse : celui des consommateurs. La règle protégera un ensemble de personnes nonobstant le fait que certaines d'entre elles soient parfaitement averties et armées face au risque dès lors qu'elles entrent dans la catégorie des consommateurs. Au sujet du formalisme en droit du cautionnement, l'auteur estime que la conception est devenue plus rigoureuse dans un objectif de régulation.

<sup>1366</sup> C. LE GALLOU, « Mentions manuscrites de la caution : faire des lignes pour protéger ? », *RLDC*, 2015, n° 131 : « *Alors que l'écolier d'antan faisait des lignes pour apprendre à mieux se comporter ou à apprendre ses leçons, la personne physique, face à un acte risquant de grever lourdement son patrimoine, doit pareillement aujourd'hui saisir un crayon et recopier une formule prescrite par le législateur, tout cela, non pas dans le but de le punir ou de l'amender, mais dans le but de l'informer, de l'éclairer et donc de le protéger* ».

<sup>1367</sup> G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », art. préc.

d'obligations d'information ainsi que du devoir de mise en garde à la charge du créancier<sup>1368</sup>. Pour ces raisons, le maintien du formalisme en matière de cautionnement se justifie mais plus encore doit être généralisé à l'ensemble des garants personnes physiques. Nous croyons également que la rédaction actuelle du formalisme en matière de cautionnement doit être repensée afin qu'il puisse intégrer le régime primaire de protection sans porter atteinte à la sécurité juridique des garanties<sup>1369</sup>.

*c. Généralisation aux garants personnes physiques*

**447. Les garants personnes physiques justiciables d'une protection par le formalisme** – Il est acquis que le risque d'endettement supplémentaire est omniprésent en matière de sûretés pour autrui, quel que soit leur mode de réalisation. Partant, l'ensemble des sûretés pour autrui devrait être soumis au formalisme en raison de sa finalité de protection. Le raisonnement n'est pourtant pas absolu. En effet, nous avons pu déterminer que seuls les garants personnes physiques devaient être soumis à un tel dispositif de protection<sup>1370</sup>, contrairement aux personnes morales. L'encadrement de leur consentement et l'impératif de simplicité et rapidité dans la vie des affaires font obstacle à l'établissement d'un formalisme strict<sup>1371</sup>. Par conséquent, l'extension du formalisme *ad validitatem* concerne les garants personnes physiques. S'il est vrai que certaines sûretés sont le plus souvent émises par des sociétés, telles que la garantie autonome ou encore la lettre d'intention, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient consenties par des personnes physiques et ce en dehors de toute protection<sup>1372</sup>. Il est anormal de refuser de les protéger alors que certaines garanties présentent une dangerosité encore plus prononcée que le cautionnement. La personne physique prend un risque absolu lorsqu'elle consent une garantie autonome puisqu'elle ne sera pas protégée par

---

<sup>1368</sup> Cela justifiera que l'ensemble soit compris au sein du régime primaire de protection afin d'assurer une préservation efficace du garant face au risque inhérent aux sûretés pour autrui. Le formalisme, les obligations d'information ainsi que le devoir de mise en garde sont des instruments juridiques de protection qui se complètent.

<sup>1369</sup> V. *infra*, n° 454.

<sup>1370</sup> Le champ d'application *rationae personae* englobe ainsi les dirigeants sociaux. Nous croyons que ces derniers méritent une protection, n'étant pas nécessairement des personnes averties. De plus, le dirigeant social se trouvera le plus souvent sous le poids d'une contrainte économique, le forçant à garantir les dettes de sa société sans pour autant avoir à l'esprit toutes les conséquences que cela implique.

<sup>1371</sup> Ainsi, nous pensons au domaine de prédilection des lettres d'intention émises par la société mère pour conforter sa filiale ou encore aux garanties autonomes consenties dans le cadre de financements internationaux.

<sup>1372</sup> Or il est à noter que les garanties autonomes sont proscrites du droit de la consommation (C. conso., art. L.314-19). Il existe en outre un tempérament en matière de garantie d'un bail d'habitation.



la règle de l'opposabilité des exceptions<sup>1373</sup>. Les garants personnes physiques méritent tout autant que la caution d'être éclairés sur la portée du contrat en attirant leur attention sur ses éléments essentiels afin qu'ils puissent prendre conscience du caractère grave de leur engagement. C'est ainsi que le professeur Gout estime que l'exclusion du régime protecteur à la garantie autonome « *se heurte toutefois à l'équité et sans doute aussi à la rationalité qui doit animer le droit des sûretés* »<sup>1374</sup>. Certes, afin de pouvoir étendre l'application du formalisme *ad validitatem* à l'ensemble des sûretés pour autrui, y compris au cautionnement réel<sup>1375</sup>, le contenu de la mention manuscrite doit être adapté ; mais nous y viendrons bientôt<sup>1376</sup>.

**448. La garantie autonome** – Le plus souvent, les garanties autonomes sont consenties dans un contexte de « *relations d'affaires internationales* »<sup>1377</sup>. En raison de la faible attractivité que représente le cautionnement, les créanciers se sont de plus en plus tournés vers cette sûreté bien plus sécurisante. Il est ainsi apparu dans le contentieux des garanties autonomes consenties par des personnes physiques<sup>1378</sup>. Or l'engagement du garant autonome, personne physique, présente une gravité bien plus importante que celui de la caution en raison du jeu de l'inopposabilité des exceptions<sup>1379</sup>. Comment refuser à une personne, placée dans une situation plus rigoureuse, la protection accordée à la caution alors que celle-ci est préservée, *a minima*, par le caractère accessoire renforcé ? L'exclusion du

---

<sup>1373</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 339.

<sup>1374</sup> O. GOUT, « Des imperfections du droit actuel des garanties autonomes », *D.* 2011, p.655 : l'auteur poursuit en ces termes. « *Autoriser les créanciers à recourir aux garanties autonomes, sans se plier au formalisme imposé pour le cautionnement, revient indirectement à remettre en cause la protection instaurée par la loi pour des contractants jugés en situation de faiblesse juridique. Les créanciers risquent en effet de se détourner du cautionnement pour privilégier des garanties autonomes* ».

<sup>1375</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 sept. 2016, n° 15-20.664 : « *Mais attendu qu'ayant exactement énoncé que le nantissement d'un meuble incorporel constitue une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers, laquelle n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que les articles L. 341-2 du code de la consommation et 1415 du code civil n'étaient pas applicables au nantissement donné par M. X...* ».

<sup>1376</sup> V. *infra*, n° 454.

<sup>1377</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *ibid.* : « *La garantie à première demande est une création de la pratique bancaire étrangère, qui s'est introduite progressivement en France avant d'être consacrée, d'abord par la jurisprudence, puis récemment par le Code civil (art. 231) à la suite de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006* ».

<sup>1378</sup> Il est vrai que le juge reste méfiant lorsque ces garanties sont consenties par des personnes physiques et ont tendance à les requalifier en cautionnement dès lors que le rapport avec le contrat principal devient étroit.

<sup>1379</sup> V. en ce sens, O. GOUT, « Des imperfections du droit actuel des garanties autonomes », art. préc. ; P. PUIG, « Les garanties autonomes », *LPA* 2008, p. 9.

formalisme au profit de ces garants ne s'explique pas et révèle à la fois un manque d'équité et une absence de cohérence du droit applicable<sup>1380</sup>.

**449. La lettre de confort** – L'analyse vaut pour la lettre d'intention. En effet, les auteurs s'accordent à dire que soumettre la lettre de confort à un formalisme *ad validitatem* irait à l'encontre de l'esprit de la sûreté qui suppose une simplicité ainsi qu'une rapidité dans son émission pour la bonne marche des affaires<sup>1381</sup>. L'observation est bien évidemment pertinente lorsque l'on conçoit la lettre d'intention dans le cadre unique des groupes de sociétés : une société mère s'engage au profit de sa filiale. Il est sûr qu'en pareille hypothèse, la lettre d'intention est émise par des sociétés d'une part averties et, d'autre part protégées par le droit spécial des sociétés. De plus, la vie des affaires appelle évidemment une simplicité dans les rapports entre les acteurs économiques. Néanmoins, l'émission d'une telle lettre par une personne physique est concevable. Si celle-ci sera le plus souvent le cas d'un dirigeant social, lequel mérite aussi à notre sens une protection<sup>1382</sup>, rien n'empêche qu'un particulier puisse émettre une lettre de confort. Alors, la protection par le formalisme a vocation à s'appliquer en vue de préserver le consentement du garant personne physique, peu important sa qualité de dirigeant social. Le risque n'est pas amoindri en l'espèce, surtout dans le cas d'une lettre portant une obligation satisfaisante de résultat pour reprendre la distinction du professeur Philippe Dupichot<sup>1383</sup>.

**450. Le porte-fort d'exécution** – De même, celui qui se porte-fort de l'exécution de l'obligation principale s'engage à l'exécuter pour le cas où le débiteur serait défaillant. Après avoir admis qu'il s'agissait d'une obligation de payer impliquant le respect des dispositions de l'ancien article 1326, devenu 1376 du Code civil, la Cour de cassation opéra un revirement de jurisprudence en considérant qu'il s'agissait d'une obligation de faire excluant le formalisme *ad probationem*<sup>1384</sup>. Ce n'est pourtant pas le mode de réalisation de la sûreté qui doit dicter l'application d'un formalisme de protection mais bien l'existence du risque. Or nous avons pu constater que le caractère dangereux existe également dans

---

<sup>1380</sup> D'ailleurs, s'agissant d'un contrat unilatéral faisant naître une obligation de payer, les dispositions de l'article 1376 du Code civil ont entièrement vocation à s'appliquer *ad probationem*. V. en ce sens, Cass. com., 10 janv. 1995, *Bull. Civ. IV*, n° 13 ; *D.* 1995.201, n. L. AYNÈS.

<sup>1381</sup> G. PIETTE, « La lettre d'intention », *Rép. com.*, Dalloz, 2019.

<sup>1382</sup> V. *supra*, n° 203.

<sup>1383</sup> Sur la qualification d'obligation satisfaisante, v. PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 403 ; v. *supra*, n° 357.

<sup>1384</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 2014, n° 13-10.629, *Bull. civ. IV*, n° 105 ; *JCP E* 2014. 1367 n. L. LEVENEUR ; *D.* 2014. 1185, n. B. DONDERO ; *RDC* 2014.347 TH. GÉNICON ; *RDC* 2014. 625, obs. J. KLEIN.

l'engagement du porte-fort puisqu'il s'expose à la condamnation de dommages et intérêts en cas d'inexécution par le débiteur de l'obligation garantie.

**451. Le coobligé solidaire non intéressé à la dette** – En présence d'un codébiteur solidaire non intéressé à la dette, celui-ci est placé dans une situation plus rigoureuse que la caution puisqu'il ne pourra pas opposer les exceptions personnelles au créancier. Or ce dernier prend bien un engagement, certes qui n'est pas accessoire ni subsidiaire à la différence du cautionnement, de payer la dette entièrement aux côtés du ou des autres codébiteurs alors qu'il n'y était pas tenu initialement. L'effet rigoureux de la solidarité aboutit au même risque de surendettement pour autrui. Nous ne cernons donc pas la raison de l'exclusion du formalisme de protection en l'occurrence<sup>1385</sup>.

**452. Le constitut** – Le constitut dont les racines est « *un engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie* »<sup>1386</sup>. Finalement, « *le créancier dispose de deux débiteurs principaux tenus de deux dettes distinctes mais dont l'objet est identique* »<sup>1387</sup>. Néanmoins, la charge définitive de la dette ne doit pas reposer sur le constituant. Malgré les difficultés de qualification sur le caractère accessoire ou indépendant de l'engagement, il n'en reste pas moins que le créancier dispose de deux débiteurs dont l'un n'est pas tenu à la dette.

**453. La délégation sûreté** – Lorsque le débiteur demande à un tiers au rapport d'obligation qui le lie à son créancier de s'engager à le payer, le rapport reçoit la qualification de délégation imparfaite. Ainsi le délégant, débiteur originaire, demande au délégué de payer sa dette envers le délégataire<sup>1388</sup>. Lorsque le délégué n'est pas débiteur du délégant, la

---

<sup>1385</sup> L. BOUGEROL, « La réforme de la solidarité passive : illusions perdues et incertitudes », *Rev. dr. bancaire et financier*, 2016, n°2 et s. : « *Mais les limites de ce raisonnement apparaissent lorsque l'un des codébiteurs solidaires n'est pas intéressé à la dette, et n'y contribue donc pour aucune part, ce qu'autorisent expressément l'article 1216 actuel du Code civil, et l'article 1318 issu de l'ordonnance. Dans une telle hypothèse, on peut s'interroger sur ce qui distingue réellement l'obligation du coobligé de celle de la caution, et qui justifie les différences de régime. En particulier, la définition de l'objet de l'obligation qui sert de critère à la distinction entre le cautionnement et la garantie autonome n'est ici d'aucun secours. Aussi, alors que législateur et jurisprudence s'évertuent, par le développement du formalisme et des obligations de mise en garde, à faire prendre conscience à la caution du risque inhérent à la nature de son engagement, il est paradoxal que le codébiteur solidaire, même non intéressé à la dette, échappe à ces précautions, et court de surcroît un risque plus important de supporter la dette au-delà de sa part contributive* ».

<sup>1386</sup> F. JACOB, thèse préc., v. *supra*, n° 355.

<sup>1387</sup> A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1241.

<sup>1388</sup> C. civ., art. 1336 à 1338.

délégation constitue une sûreté pour autrui<sup>1389</sup> lui octroyant la faculté d'exercer un recours après paiement à l'encontre du délégant<sup>1390</sup>. Le risque qu'il encourt de payer la dette d'autrui alors qu'il n'y était pas tenu existe, ce qui justifie l'application d'un formalisme de protection dans cette hypothèse particulière.

*d. Adaptation du contenu et de la sanction*

**454. Une mention manuscrite en l'état inadaptée à la généralisation** – En l'état, la mention manuscrite des articles L. 331-1 et L.331-2 du Code de la consommation ne saurait intégrer le régime primaire de protection pour deux raisons essentielles : d'abord son contenu est façonné selon le caractère accessoire du cautionnement ; ensuite il repose sur un devoir de dictée en imposant un recopiage à la lettre, inopportun et source d'insécurité juridique. En effet, tel que le souligne M. Gout, l'extension de la règle se confronte à une limite qui est celle de la rédaction du texte<sup>1391</sup>. Nous rejoignons entièrement l'analyse de l'auteur. Il n'est guère concevable de transposer directement les textes applicables au cautionnement à l'ensemble des sûretés pour autrui, sans passer par un travail d'adaptation<sup>1392</sup>. Afin d'atteindre sa finalité de protection, les termes employés au sein de la mention doivent être clairs, intelligibles et compréhensibles pour des garants profanes<sup>1393</sup>. En outre, il convient d'éviter un éparpillement des textes, tel que cela est le cas *de lege*<sup>1394</sup>.

**455. Contenu de la mention manuscrite : éléments d'information communs et propres** – La simplification du texte actuel doit guider son adaptation afin qu'il puisse être

---

<sup>1389</sup> La Cour de cassation soumet ce cas particulier aux dispositions de l'article L.225-35 du Code de commerce, lequel a vocation à régir l'autorisation des garanties par les SA. V. *supra*, n° 423.

<sup>1390</sup> L'engagement sera accessoire dans le cas d'une délégation incertaine (le délégué s'est engagé à payer la dette du délégant), tandis qu'il sera autonome en présence d'une délégation certaine par laquelle le délégué s'est engagé à une prestation déterminée ou une somme définie.

<sup>1391</sup> O. GOUT, « Des imperfections du droit actuel des garanties autonomes », art. préc., p. 9.

<sup>1392</sup> G. PIETTE, « Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement », *D.* 2017, p. 1064 : l'auteur estime que la mention manuscrite en matière de cautionnement devrait être supprimée dès lors que le devoir de mise en garde est suffisant, selon lui, à avertir la caution sur les risques de son engagement. Ayant conscience du caractère utopique de la proposition, M. Piette estime que la réécriture des textes s'impose alors : abandon du modèle légal, contenu indéfini, mention des informations importantes telles que le montant et la durée, mention de la sanction, place dans le Code civil.

<sup>1393</sup> En effet, les articles L.331-1 et L.331-2 du Code de la consommation ne répondent pas à cet objectif. A titre d'illustration, les notions de « bénéfice de discussion » et de « bénéfice de division » ne sauraient être compris par des non-juristes sauf à être accompagnées d'une définition. Cela doit ainsi être banni du contenu des mentions manuscrites qui ne sont pas destinées à des personnes averties.

<sup>1394</sup> Pour le droit du cautionnement, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés prévoit en ce sens la suppression des dispositions doublons. V. Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Association H. Capitant, juin 2017.

étendu à l'ensemble des garanties<sup>1395</sup>. Le texte portant exigence du formalisme pour l'ensemble des sûretés pour autrui doit présenter une formule permettant de s'adapter à chaque mode de réalisation de la sûreté. La *ratio legis* du formalisme est de protéger le consentement du garant en portant son attention sur les éléments essentiels du contrat ainsi que la portée de son engagement afin qu'il prenne la mesure de la gravité de la sûreté pour s'en prémunir. Cela suppose que soit inscrit au sein de la mention la conséquence de l'engagement, à savoir son objet ainsi que son mode de sa réalisation. Finalement, outre la signature apposée sur l'acte, la mention manuscrite porterait deux informations communes. D'abord, les éléments essentiels du contrat y figureraient<sup>1396</sup>, à savoir : le nom de la garantie, l'identification des parties, le montant ou l'étendue en cas de cautionnement illimité, la durée si l'engagement n'est pas omnibus. Ensuite, les mentions particulières auraient trait au mode de réalisation de la garantie permettant ainsi de mieux en mesurer la portée de la sûreté : accessoire<sup>1397</sup>, indépendant<sup>1398</sup>, limité à un bien<sup>1399</sup> ou encore indemnitaire<sup>1400</sup>. La mention manuscrite dans le cas de la lettre d'intention attirerait l'attention sur l'engagement de la

---

<sup>1395</sup> P. PUIG, « Les garanties autonomes », art. préc. : la mention manuscrite doit être étendue au cas de la garantie autonome mais pas telle qu'elle est conçue en droit positif. Il appelle ainsi à la clarifier et à la simplifier.

<sup>1396</sup> R. AKONO ADAM, *Essentiel droits africains des affaires*, 2018, n° 8, p. 3 : en droit de l'OHADA, l'article 41 de l'AUS prévoit en ce sens, dans le cadre d'une garantie autonome, l'exigence d'une mention manuscrite à peine de nullité dont le contenu doit préciser : la dénomination de la garantie, le nom du donneur d'ordre, le nom du bénéficiaire, le nom du garant, le contrat de base. Ces éléments permettent ainsi d'attirer l'attention du garant sur le risque et la portée de la sûreté. Ce sont des mentions d'ordre public.

<sup>1397</sup> En matière de cautionnement personnel, le contenu de la mention devra mettre en avant son caractère accessoire. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant nous procure un parfait exemple de ce que devrait être la mention manuscrite par l'abandon de la méthode de recopiage du modèle légal. Ainsi, l'article 2298 du Code civil proposé par le projet énonce que « *la caution personne physique appose elle-même, à peine de nullité de son engagement, la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres.*

*En cas de cautionnement solidaire, la caution reconnaît dans ladite mention être tenue solidairement et ne pouvoir exiger du créancier ni qu'il poursuive d'abord le débiteur, ni, le cas échéant, qu'il divise ses poursuites entre les cautions.*

*Le mandat de se porter caution est soumis aux mêmes dispositions. »*

Par cette mention, les éléments essentiels du contrat sont portés à la connaissance de la caution ainsi que le caractère accessoire de la sûreté qui constitue sa particularité. En plus de cela, le champ d'application *rationae personae* propose de ne pas reprendre la distinction entre créancier professionnel et créancier particulier. La solution est bien venue.

<sup>1398</sup> Dans le cas de la garantie autonome, il s'agira de faire prendre conscience au garant personne physique, face à un créancier professionnel, du caractère automatique de la sûreté en raison de la règle de l'inopposabilité des exceptions.

<sup>1399</sup> Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui devra avoir conscience que seul tel ou tel bien sera grevé par la sûreté et pourra donc être saisi par le créancier en cas de défaillance du débiteur principal. Le mode de réalisation est bien mis en avant par la proposition à l'article 2291 du Code civil porté par l'Association Henri Capitant.

<sup>1400</sup> Mettre en avant le caractère de la sûreté revient à insister au sein de la mention manuscrite qu'en cas de non-respect de l'obligation promise, l'engagement aboutira à une potentielle allocation de dommages et intérêts venant réparer le préjudice subi. Ce sera ainsi le cas de la lettre d'intention et du porte-fort d'exécution.

responsabilité du garant en cas d'inexécution de la prestation promise, ainsi que sur le potentiel versement de dommages et intérêts venant compenser le préjudice subi par le créancier. La mention manuscrite serait donc semblable dans le cas du porte-fort d'exécution.

**456. La sanction du formalisme** – Le débat relatif à la sanction du formalisme est révélateur de la difficulté de tenir un équilibre entre la protection du garant et la préservation des intérêts du créancier. La détermination de la sanction se pose car l'existence d'un formalisme n'implique pas nécessairement qu'il soit à peine de nullité du contrat. En effet, seule une conception stricte imposerait que le consentement soit exprimé selon un mode d'expression déterminé à titre de validité<sup>1401</sup>. Il est vrai que le formalisme induit l'impérativité de la règle de forme<sup>1402</sup>. Certes, la volonté va se manifester par l'expression d'une règle de forme préétablie, sans équivalent possible, dont la violation est sanctionnée selon des degrés différents<sup>1403</sup>. Nous rejoignons la conception de Gény qui exclut de distinguer entre la nature des règles de forme *ad probationem* et celles prescrites *ad validitatem*, lesquelles constituent un ensemble, celui du formalisme<sup>1404</sup>. Pour déterminer la sanction adaptée à la règle, il convient de déterminer l'intérêt protégé. Le formalisme en matière de cautionnement est exigé à peine de nullité de la sûreté. La jurisprudence se prononce en faveur du caractère relatif de la nullité en estimant que l'intérêt protégé est particulier<sup>1405</sup>. Certains auteurs, tels que le professeur Pascal Puig, vont soulever le caractère trop rigide de la nullité pour venir sanctionner une atteinte au formalisme en considérant qu'il faut ménager une faculté de pouvoir sauver la sûreté en établissant que la caution avait conscience de la portée de son engagement<sup>1406</sup>. En l'occurrence, le formalisme a pour finalité de protéger le consentement du garant en l'éclairant sur la portée et les risques inhérents à son engagement en raison du caractère dangereux de la sûreté. Sanctionner son non-respect par le prononcé d'une nullité

---

<sup>1401</sup> G. COUTURIER, « Les finalités du formalisme », art. préc.

<sup>1402</sup> J. FLOUR, art. préc.: l'auteur explique que le formalisme aboutit à imposer « *sans équivalent possible pour donner valeur juridique à la manifestation de volonté* ».

<sup>1403</sup> J. FLOUR, art. préc. n° 4: Jacques Flour a repris une expression de Gény selon laquelle « *le formalisme commence lorsque la loi détermine les modes admissibles d'expression de la volonté, de sorte que si ces prescriptions ne sont pas respectées, la manifestation de volonté est frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque* ».

<sup>1404</sup> Il existe ainsi une grande diversité de sanction du formalisme informatif : nullité, preuve, déchéance du droit aux intérêts, requalification... V. en ce sens, G. COUTURIER, « Les finalités du formalisme », art. préc.

<sup>1405</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 210. Sur une jurisprudence constante : Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; *Dr. et patr.* Juin 2013, p. 68, obs. L. AYNÈS ; *Dr. et patr.* Juill.-août 2013, p. 90, obs. A. AYNÈS ; *D.* 2013.1708, obs. P. CROCQ.

<sup>1406</sup> P. PUIG, « Les garanties autonomes », art. préc.

apparaît parfaitement conforme dès lors que le risque est l'absence de conscience du garant sur la portée de son engagement. Or l'étendue et la dangerosité constituent selon nous des éléments essentiels sur lesquels le consentement du garant doit aussi porter. Rédiger une mention manuscrite permet de satisfaire à l'exigence. Son non-respect appelle le prononcé d'une nullité relative puisque l'intérêt protégé par la règle de forme relève effectivement d'un ordre public de protection qui est néanmoins propre au garant<sup>1407</sup>.

## 2. Devoirs d'information

457. **Obligations d'information en droit du cautionnement** – Le risque résultant de l'anormalité de l'acte se nourrit de l'ignorance de la partie tant sur les éléments essentiels lors de sa formation mais aussi sur ses effets en cours de contrat. Prenant leur source au sein d'un devoir d'exécuter le contrat de bonne foi<sup>1408</sup>, le droit met en œuvre des obligations d'information, particulières, afin de remédier à la potentielle méconnaissance du contractant. *De lege*, nous assistons à une prolifération d'obligations légales d'information à la charge du créancier professionnel bénéficiant d'un cautionnement consenti par une personne physique<sup>1409</sup>. Ces dispositions sont indispensables au regard de l'anormalité ainsi que de la structure du cautionnement. Elles servent effectivement trois objectifs essentiels : éviter le risque d'oubli de l'engagement indolore, suivre l'évolution de la dette et avoir connaissance d'une potentielle défaillance du débiteur principal afin d'éviter d'être surpris par un appel en paiement. *In fine*, l'édiction de ces obligations, pouvant apparaître comme n'étant pas naturelle dans le cadre d'un contrat unilatéral<sup>1410</sup>, ont pour finalité de protéger la caution face au risque de surendettement pour autrui. Préserver la caution implique un arsenal de dispositions protectrices : information lors de la formation du contrat, formalisme, informations lors de l'exécution de la sûreté. Chaque disposition s'assemble pour composer un ensemble afin de mettre en œuvre une protection plus globale. Les éléments se complètent

---

<sup>1407</sup> A l'inverse, nous verrons bientôt que le formalisme applicable aux sûretés pour soi ne préservent pas l'intérêt particulier du constituant de la sûreté mais plutôt la sécurité juridique de la sûreté. V. *infra*, n° 520.

<sup>1408</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 124 : l'auteur explique que le créancier, « *envisagé comme débiteur de devoirs, se voit dorénavant au nom de la bonne foi imposer des obligations d'information de la caution, légales mais aussi jurisprudentielles (...). On pourrait même penser que ce devoir s'impose avec une plus grande évidence que celui concernant la formation du contrat : en effet, une fois le contrat conclu, la caution est comme « à la merci » du créancier (...)* ». *Adde*, v. CH. MOULY, thèse préc., n°438.

<sup>1409</sup> Certes, les obligations d'information sont essentielles afin de préserver la caution mais la méthode législative employée porte atteinte à la lisibilité du droit.

<sup>1410</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.* : M. Dupichot met en avant une institutionnalisation du cautionnement par l'encadrement de la volonté des parties en la matière. Ainsi, les obligations et devoirs mis à la charge du créancier participent de ce mouvement.

ainsi de sorte que s'ils étaient appliqués les uns sans les autres, l'objectif de protection ne serait pas atteint.

**458. L'information : un moyen de préserver les garants** – Le fondement des obligations d'information de la caution justifie une extension à l'ensemble des garants personnes physiques qui subissent un risque identique de méconnaissance de la situation du débiteur principal, par ricochet de l'éventuelle dette qu'ils auraient à honorer au titre de la sûreté. Assurer une connaissance des risques ainsi que de l'évolution de la situation au garant constitue un instrument juridique de protection venant compléter la rédaction d'une mention manuscrite. L'information permet d'une part d'éclairer le consentement en mettant en garde la personne sur les conséquences de son acte et, d'autre part de remédier au risque d'oubli d'un engagement indolore et se déroulant, le plus souvent, dans un temps long qui est, admettons-le, facile à omettre<sup>1411</sup>...

**459. Plan** – Ces obligations d'information répondent à un besoin existant en droit du cautionnement (a) mais pas seulement. En principe, n'étant pas partie au rapport de base, le garant ne dispose pas de ces informations. Cela renforce la légitimité d'introduire ce dispositif de protection informatif au sein du régime primaire (b), en présence d'un garant personne physique.

*a. La typologie des devoirs*

**460. Plan** – Tant à l'égard de la caution que de l'ensemble des garants pour autrui, trois catégories d'information doivent être mises à la charge du créancier : le devoir de mise en garde (i) l'information annuelle (ii) et, l'information de la défaillance du débiteur garanti (iii).

i. Devoir de mise en garde

**461. Fondement et principe du devoir de mise en garde de la caution profane** – A l'image du banquier qui doit avertir l'emprunteur profane sur les risques inhabituels d'un

---

<sup>1411</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 292 : les auteurs constatent que « l'un des fléaux du cautionnement est l'oubli, par la caution d'un engagement qui pourra mettre longtemps à se rappeler à son souvenir ; et lorsqu'il le fera, ce sera souvent trop tard : la caution découvrira l'ampleur de la dette qu'elle garantit, alors qu'elle aurait pu empêcher cette accumulation en intervenant en temps utile, ou aurait même pu se dégager en résiliant son engagement lorsque cela est possible ».



crédit, le créancier met en garde la caution sur un risque d'endettement excessif naissant du cautionnement<sup>1412</sup>. Le devoir de mise en garde présente un double objet. Le créancier doit alerter la caution sur le risque d'endettement excessif au regard de ses facultés financières mais aussi sur le caractère adapté du crédit par rapport au patrimoine du débiteur principal<sup>1413</sup>. Sa fonction est essentiellement informative quant au risque d'un endettement excessif et la probabilité qu'il se réalise<sup>1414</sup>. L'équilibre de la règle se réalise par le prisme de son objet<sup>1415</sup> ainsi que de sa sanction. Fondée sur la réparation d'une perte de chance, les dommages et intérêts ont pour effet de réduire le montant de l'engagement à hauteur de ses facultés financières. La caution demeure tenue tout en assurant l'efficacité de l'engagement. L'équilibre se trouble néanmoins au regard du domaine d'application *rationae personae* par l'exclusion des cautions averties de sa protection.

**462. Rationalisation du devoir de mise en garde de la caution** – L'existence d'un contentieux relatif aux conditions d'application d'une règle de droit, lorsqu'il devient trop important, peut être signe d'une inintelligibilité de la règle nécessitant de porter son regard sur les sources de difficultés. L'observation vaut pour le devoir de mise en garde de la caution. Il existe en effet un contentieux qui ne se tarit pas relatif à la qualité de caution avertie ou profane. Afin d'établir le caractère averti de la caution, la jurisprudence opère inévitablement une casuistique marquée par la recherche de la connaissance du sujet au regard de ses

---

<sup>1412</sup> Le devoir de mise en garde a été créé par la jurisprudence sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile. Ses origines remontent aux arrêts *Macron* et *Nahoum* (v. *infra*, n° 480 et s.). Face à la naissance d'une règle de proportionnalité du cautionnement relevant du code de la consommation, les conseillers décidèrent de réagir en raison de ce vide juridique. C'est ainsi que la responsabilité du créancier professionnel fut engagée pour avoir requis un engagement manifestement disproportionné (arrêt *Macron*) puis par la décision *Nahoum*, la règle glissa vers une responsabilité engagée sur le fondement d'une asymétrie d'informations : la banque serait déclarée coupable pour le cas où elle disposerait d'informations inconnues de la caution. A la suite de cela, la Cour de cassation abandonna le devoir d'abstention pour faire peser sur le créancier professionnel un devoir de mise en garde à l'égard de la caution profane.

<sup>1413</sup> Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-16.790 ; *D.* 2017.2573, CH. ALBIGES ; *D.* 2018.1884, n. P. CROCQ ; *RDC* 2017, n° 114, p. 26, G. VINEY ; *BJS* 2018, n° 1, p. 34, n. CH. JUILLET.

<sup>1414</sup> Selon une approche fonctionnelle, le devoir de mise en garde ne poursuit pas la même finalité que la règle de la proportionnalité en matière de cautionnement. Il faut donc se garder de confondre les deux règles qui sont bien autonomes au regard de leur raison d'être, de leur champ d'application, de leur contenu et de leur sanction. V. *infra*, n° 461 et s.

<sup>1415</sup> Ainsi, la mise en garde ne sera due qu'en présence d'une opération garantie risquée entraînant un risque d'endettement excessif. La jurisprudence impose une condition préalable d'application de la règle conformément à sa raison d'être. En effet, en l'absence d'un engagement risqué, imposer une telle information, dont le contenu est d'alerter sur le caractère excessif, n'aurait guère de sens. V. en ce sens : L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 297 ; CH. ALBIGES, « Devoir de mise en garde de la caution et prise en considération des capacités financières du débiteur principal » ; *Gaz. Pal.*, 2015, n° 216, p.13 ; M. BOURASSIN, « Cautionnement proportionné : devoir de mise en garde écarté », *Gaz. Pal.* 2016, n° 259, p. 73 ; N. MATHEY, « Le devoir de mise en garde et l'appréciation du risque d'endettement excessif de la caution », *L'essentiel droit bancaire*, n° 10, p. 2.

compétences, de son expérience, etc.. La difficulté se cristallise essentiellement autour du cas du dirigeant social en l'absence d'une reconnaissance d'une présomption selon laquelle il serait réputé être une caution avertie<sup>1416</sup>. L'absence de présomption de connaissance est regrettée par certains auteurs, considérant que la qualité de dirigeant social devrait faire présumer, simplement, le caractère averti<sup>1417</sup>. Nous croyons cependant que la solution est légitime. L'établissement d'une telle présomption porterait directement atteinte à la finalité poursuivie par le devoir de mise en garde : le dirigeant social n'a pas nécessairement les compétences pour appréhender les risques nés du crédit accordé à la société ou ceux naissant du cautionnement. Il est pourtant vrai que le contentieux naît de cette part d'aléa, ce qui porte manifestement atteinte à la sécurité juridique faute de prévisibilité de la règle de droit : les créanciers croyant être face à une caution avertie ne dispenseraient pas d'une alerte alors que le juge peut en décider autrement. Cela forge notre conviction de porter un alignement du droit applicable aux garants personnes physiques, nonobstant leur caractère profane ou averti, afin d'éviter ces interrogations néfastes pour l'attractivité de ce droit. De plus, le fait d'accorder le bénéfice du devoir de mise en garde à toutes cautions personnes physiques renforcerait la sécurité juridique par l'instauration d'une rationalité certaine dans les règles protectrices de la caution. En effet, pourquoi refuser le bénéfice du devoir de mise en garde à une caution dirigeant social tandis que la même caution pourrait à la fois bénéficier de la règle de la proportionnalité, du formalisme ainsi que des autres obligations d'information ? Rien ne peut justifier une telle différence de traitement dès lors que le devoir de mise en garde poursuit la même finalité de protection.

---

<sup>1416</sup> V. par exemple : Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-20.387 ; Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-20.216, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *RDC* 2017.71, obs. A.-S. BARTHEZ, *D.* 2016.1965, obs. P. CROCQ ; *Dr. et patr.* 2017.90, obs. PH. DUPICHOT ; *JCP G.* 2016.553, obs. PH. SIMLER : la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel en considérant qu'« *en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir que la caution était avertie, ce qu'elle ne pouvait déduire de sa seule qualité de dirigeant et associé de la société débitrice principale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». *Adde*, v., Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12.723 ; *RD bancaire et financier*, 2017.71, obs. D. LEGAIS ; *Rev. sociétés* 2017. 282, n. J.-J. ANSAULT ; Cass. com. 17 mai 2017, n° 15-25.775.

<sup>1417</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 251 : « *La pertinence d'une telle affirmation est douteuse, en dépit de sa répétition qui aboutit à présumer toute caution comme étant non avertie (...) car à tout le moins, la qualité de dirigeant social devrait, au contraire, être un élément faisant présumer la qualité de caution avertie* » ; V. également : M. BOURASSIN, « Les imperfections de la protection du dirigeant caution », *LPA* 2013, p. 5., n°10 ; D. ROBINE, « Responsabilité de la caution pour manquement à une obligation de mise en garde la Cour de cassation lève les obstacles », *RD bancaire et financier*, 2017, ét. 20 : l'auteur constate avec amertume : « *L'exigence d'une vérification concrète du caractère averti de la caution n'est pas dénuée de justifications. Pour autant, les conséquences tirées de la qualité de dirigeant de la société débitrice principale sont insuffisantes. Il serait en effet logique et souhaitable, dans un souci notamment d'efficacité de la sûreté, que cette qualité fasse présumer le caractère averti de la caution tout en admettant, de façon restrictive, la preuve contraire* ».

ii. Obligation d'information annuelle

**463. Fondement et principe de l'obligation d'information annuelle de la caution**

– En raison de la structure particulière du cautionnement, la caution peut se retrouver dans une situation de totale ignorance quant à l'évolution de la dette garantie et la défaillance du débiteur principal. Il est facile d'oublier un engagement dont il n'existe aucune conséquence concrète au jour de sa formation ainsi qu'au cours de son existence. Le caractère indolore de la sûreté participe de sa gravité. Oublier son engagement augmente les probabilités de la mener à un surendettement par son manque d'anticipation<sup>1418</sup>. Si le principe d'une obligation d'information annuelle est honorable, il faut néanmoins procéder à sa rationalisation, en raison de l'illisibilité manifeste du droit positif, dans la perspective de son intégration au sein du régime primaire de protection.

**464. Article L. 313-22 du Code monétaire et financier : le cautionnement de dettes professionnelles** – Le législateur a pris conscience de la difficulté sur le risque d'oubli et l'ignorance corrélative sur l'évolution de la dette principale. Par une loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, fut établie en droit français pour la première fois une obligation d'information annuelle au bénéfice de la caution, qu'elle soit profane ou avertie<sup>1419</sup>, personne physique ou morale, garantissant un concours financier consenti à une entreprise<sup>1420</sup> par un établissement de crédit<sup>1421</sup>. L'obligation doit être exécutée jusqu'au complet paiement de la dette principale<sup>1422</sup>. Pèse sur la banque un devoir<sup>1423</sup> d'informer la caution, chaque année, sur le montant du principal, des intérêts et autres accessoires de la dette qui restent à courir au 31 décembre de l'année précédente ainsi que le terme de l'obligation ou la faculté de résilier unilatéralement la sûreté en l'absence de durée déterminée, à peine de déchéance du droit de percevoir les

---

<sup>1418</sup> L. AYNES, P. CROCQ et A. AYNES, *ibid.*

<sup>1419</sup> Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-15.895 ; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 701 : les auteurs précisent que par ailleurs il importe peu que la caution ait bénéficié d'une information sur l'état de la dette du débiteur « *dès lors que le créancier ne s'est pas conformé à son obligation : la seule constatation du manquement du créancier à son obligation légale suffit à entraîner l'application de la sanction* ».

<sup>1420</sup> L. n° 94-126 du 11 février 1994, art. 47 II : la loi procéda à une première extension en énonçant que l'obligation d'information annuelle s'applique également au cautionnement à durée indéterminée consenti par une personne physique pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel.

<sup>1421</sup> CMF, art. L. 313-22 (modif. L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016).

<sup>1422</sup> Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863, *Bull. mixte* n° 9 ; D. 2007. 842, R. LIBCHABER : la Cour de cassation décide que l'obligation d'information annuelle doit être exécutée même si un jugement passé en force de chose jugée a condamné la caution, dès lors que la dette garantie n'est pas éteinte.

<sup>1423</sup> Sur la qualification de devoir plutôt que d'obligation, v. PH. DUPICHOT, thèse préc. n° 126 et s.

intérêts conventionnels<sup>1424</sup> échus depuis la précédente information. La déchéance du droit de recevoir le paiement des intérêts est considérée comme étant une sanction exclusive par la Cour de cassation qui refuse de pouvoir engager la responsabilité de la banque sur ce fondement à défaut de rapporter la preuve d'une faute lourde, d'un dol ou d'une faute distincte du créancier<sup>1425</sup>. Afin d'assurer l'efficacité de la sanction, le texte prévoit une règle d'imputation en affirmant que « *les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit affectés prioritairement au règlement du principal de la dette* ».

**465. Article 2293 du Code civil : le cautionnement indéfini garanti par une caution personne physique** – Le champ d'application de l'obligation annuelle d'information de la caution fut étendu par une loi du 29 juillet 1998<sup>1426</sup>. Désormais, l'article 2293 du Code civil énonce que lorsque le cautionnement indéfini est contracté « *par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités* ».

**466. Articles L. 333-2 et L. 343-6 du Code de la consommation : la caution personne physique face à un créancier professionnel** – Finalement, par la loi Dutreil du 1<sup>er</sup> août 2003, le législateur décida d'étendre l'obligation d'information annuelle à l'ensemble des cautionnements consentis par personnes physiques envers un créancier professionnel<sup>1427</sup>. La disposition est identique à celle de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier en visant un domaine d'application distinct. Or le législateur a oublié dans sa reproduction la mention relative à l'imputation prioritaire des paiements sur les intérêts conventionnels.

**467. Rationalisation de l'obligation d'information annuelle : adoption d'un texte unique** – Pour assurer une obligation d'information annuelle, le droit a introduit pas moins de quatre dispositions au sein de différents codes. La technique législative du

---

<sup>1424</sup> Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.071, *Bull. civ.* IV, n° 233: la sanction ne concerne pas les intérêts légaux qui resteront dus après mise en demeure de la caution.

<sup>1425</sup> Cass. com., 25 avril 2001, n° 97-14.486, *Bull. civ.* IV, n° 75 ; *D.* 2001.1793 obs. V. AVENAROBARDET ; *RTD com.* 2001.751, n. M. CABRILLAC.

<sup>1426</sup> L. n° 98-657 relative à la lutte contre les exclusions.

<sup>1427</sup> V. C. conso., art. L.333-2 (principe), L.343-6 (sanction).

« millefeuille »<sup>1428</sup>, expression empruntée au professeur Crocq, est désastreuse pour la lisibilité du droit. Ces quatre dispositions sont en effet à la fois ressemblantes et discordantes, présentant un même principe, quasiment une sanction identique mais des domaines d'application distincts tout en se recoupant parfois. Même les plus aguerris peuvent s'y perdre !

Le constat appelle l'adoption d'un texte unique portant l'obligation d'information annuelle. L'avant-projet de réforme Capitant s'inscrit dans ce raisonnement en introduisant un article 2303 du Code civil<sup>1429</sup>, suivant lequel le créancier professionnel doit informer toutes cautions personnes physiques de l'évolution de la dette principale, sous peine de perdre le droit de percevoir les intérêts et accessoires de la dette de la date de la précédente information jusqu'à la nouvelle. L'avant-projet prévoit l'imputation des paiements partiels en priorité sur le principal. Enfin, pour le cas où le cautionnement serait à durée indéterminée, le créancier professionnel « *est, en outre, tenu de rappeler à la caution sa faculté de résiliation* ». Partant, le nouvel article 2303 du Code civil ainsi proposé aurait pour effet de rationaliser la règle en assurant une meilleure compréhension de son champ d'application. Les auteurs du projet préconisent de supprimer les dispositions doublons dans un souci de lisibilité du droit applicable. Le droit retrouverait les qualités chères à Portalis<sup>1430</sup>. L'éviction des cautions personnes morales se conçoit à la lumière de ce qui a d'ores et déjà été exposé<sup>1431</sup>.

### iii. Obligation d'information sur le premier incident de paiement

**468. Permettre à la caution d'anticiper la réalisation de la sûreté** – Assurer la connaissance de la caution sur les premiers signes d'insolvabilité du débiteur principal s'est avéré opportun afin de ne pas surprendre le garant d'un éventuel appel de la garantie par le créancier. Grâce à une telle information, la caution peut anticiper, et disposer de la faculté de payer immédiatement le créancier afin d'éviter une accumulation des intérêts et pénalités de

---

<sup>1428</sup> L'expression est empruntée au professeur Pierre Crocq.

<sup>1429</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : l'article 2303 du Code civil énoncerait ainsi que « *le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette et de ses accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente, sous peine de déchéance des intérêts et accessoires échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. Si le cautionnement est à durée indéterminée, le créancier professionnel est, en outre, tenu de rappeler à la caution sa faculté de résiliation* ».

<sup>1430</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801.

<sup>1431</sup> V. *supra*, n° 203.

retard<sup>1432</sup>. L'obligation d'information sur le premier incident de paiement du débiteur principal participe de l'arsenal législatif de protection face au risque de surendettement. A l'instar des autres devoirs, le législateur a édicté la règle par strates successives.

**469. Article L. 314-17 Code de la consommation : le cas du cautionnement garantissant un crédit à la consommation** – L'obligation d'informer sur le premier incident de paiement fut pour la première fois introduite en droit français par une loi du 31 décembre 1989<sup>1433</sup> dans le domaine limité du droit à la consommation. L'article L. 314-7 du Code de la consommation impose au dispensateur de crédit d'informer la caution, personne physique, du premier incident de paiement, sous peine de déchéance du droit de percevoir les pénalités ou intérêts de retard échus depuis le premier incident de paiement jusqu'à la communication de l'information.

**470. Article 24, loi 6 juillet 1989 : le cautionnement des dettes de loyer** – La loi du 21 juillet 1994<sup>1434</sup> est venue modifier l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 en imposant de signifier le commandement de payer du locataire à la caution dans un délai de 15 jours à compter de la signification effectuée au locataire. La sanction est identique de celle applicable en droit de la consommation, i.e. la déchéance du droit de percevoir les intérêts et pénalités de retard depuis la signification du commandement de payer au locataire jusqu'à la communication de l'information à la caution.

**471. Articles L. 333-1 et L. 343-5 du Code de la consommation<sup>1435</sup> : généralisation à l'ensemble des cautionnements consentis par des personnes physiques envers un créancier professionnel** – L'extension a été réalisée par une loi du 29 juillet 1998 à l'ensemble des cautionnements consentis par des personnes physiques au profit d'un créancier professionnel, sous peine de perdre le droit de percevoir « *des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été*

---

<sup>1432</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 293.

<sup>1433</sup> L. n° 89-1010 du 31 déc. 1989 dite « Neiertz » relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

<sup>1434</sup> L. n° 94-624 du 11 févr. 1994 relative à l'habitat.

<sup>1435</sup> L. n° 98-657 du 29 juillet 1998, relative à la lutte contre les exclusions.

*informée* »<sup>1436</sup>. Voici un texte de portée générale, introduit au sein du Code de la consommation, alors même que les rapports professionnels entrent dans son champ.

**472. Rationalisation de la règle : adoption d'un texte unique à portée générale –** L'obligation d'information relative au premier incident de paiement doit faire l'objet d'une rationalisation. Actuellement, trois dispositions marquent l'obligation, dont un doublon au sein du Code de la consommation. Fragmentée, incohérente, il n'y a guère de difficulté à poser un diagnostic : la réglementation actuelle est souffrante. C'est ainsi que par l'adoption, au sein du Code civil, d'un texte unique, le mal peut être curé. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés s'inscrit dans ce raisonnement par l'introduction d'un nouvel article 2304 au sein du Code civil<sup>1437</sup> imposant au créancier d'informer la caution, personne physique, du premier incident de paiement à peine de déchéance du droit de percevoir les intérêts, pénalités de retard et autres accessoires de la dette depuis la date du premier incident de paiement jusqu'à la communication de l'information.

*b. L'extension aux sûretés pour autrui consenties par des personnes physiques*

**473. Un objectif de protection commun aux sûretés pour autrui –** Les différents types d'information, bien qu'ils aient un objet différent, poursuivent une finalité de protection par l'effet de la connaissance. Tant la structure que la gravité des sûretés pour autrui suppose que leurs bénéficiaires fassent parvenir à la connaissance des garants les événements affectant la substance de leur obligation de garantie et ce, dans un souci de bonne foi et loyauté contractuelle<sup>1438</sup> : éviter une accumulation des intérêts de retard et pénalités, avoir conscience du montant potentiel de la dette à payer au regard de son évolution, disposer de la faculté de mettre un terme à son obligation de garantie dans le cas d'un engagement à durée indéterminée sont autant d'informations qui permettent d'influer de manière implicite sur la dette du garant. Partant, l'introduction des règles au sein du régime primaire est légitime en

---

<sup>1436</sup> C. conso., art. L. 343-5 : le principe de la règle et sa sanction sont séparés au sein de deux dispositions distinctes. Cela est révélateur de la méthode législative employée qui est désastreuse du point de vue de l'intelligibilité et rationalité du droit.

<sup>1437</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : selon l'article 2304, proposé par l'avant-projet, « *le créancier professionnel est tenu d'informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement, à peine de déchéance des pénalités, intérêts et autres accessoires échus entre la date dudit incident et celle à laquelle elle en a été informée* ».

<sup>1438</sup> Sur la loyauté contractuelle, v. *supra*, n° 406.

veillant notamment à l'équité. Il est particulièrement injuste d'exclure les garants soumis à un risque identique.

**474. Domaine d'application *rationae personae* : les garants personnes physiques oui, mais quid du créancier ?** – En revanche, le champ d'application *rationae personae* de ces dispositions doit se limiter aux garants personnes physiques<sup>1439</sup>, peu important leur qualité de profane ou averti<sup>1440</sup>. La question se pose de savoir si seul le créancier professionnel est redevable de ces informations. La solution a pour mérite de ne pas faire peser une charge trop lourde sur des créanciers qui ne bénéficieraient pas des mêmes moyens d'une part financier et d'autre part de connaissance du droit applicable. *De lege lata*, les informations incombent aux créanciers professionnels. Bien que nul ne soit censé ignorer la loi, l'utopie de l'adage implique de prendre en considération le cas des créanciers particuliers qui peuvent ne pas avoir une maîtrise absolue de la réglementation applicable<sup>1441</sup>. Or l'avènement des « legal tech » tempèrent fortement la remarque en proposant sur internet des contrats types rédigés par des juristes à des prix abordables voire dérisoires et fournissant les informations relatives au droit applicable au contrat concerné<sup>1442</sup>. Le coût financier est en revanche un argument moins pertinent puisque fort logiquement ces créanciers non habituels n'ont pas à transmettre des centaines et des centaines de lettre d'information. Nous nous situons dans le cas de sûretés consenties pour des besoins précis et exceptionnels, excluant l'hypothèse d'un créancier disposant d'une multitude de sûretés à gérer. Ces deux inconvénients méritent-ils de sacrifier la protection d'un garant consentant une sûreté au profit d'un créancier non professionnel ? La légitimité de l'interrogation emporte un choix de politique législative. Nous croyons que la protection du garant personne physique doit l'emporter sur celle du créancier non professionnel. Enfin, s'agissant des obligations d'information en cours de contrat, la sanction

---

<sup>1439</sup> Bien que l'équité s'en trouverait renforcée, il n'est pas concevable d'alourdir le régime juridique des sûretés pour autrui en droit des sociétés en imposant des devoirs aux créanciers afin qu'ils fournissent les informations précitées. En effet, le souci de rapidité et de simplicité dans les rapports d'affaires, sont des impératifs passant avant celui de la protection. V. *supra*, n° 203.

<sup>1440</sup> L'exclusion du champ d'application de la caution avertie participe du manque de prévisibilité de la règle de droit applicable. V. *supra*, n° 203.

<sup>1441</sup> L'argument se renforce à mesure que l'on se rend compte du caractère illisible et imprévisible du droit applicable...

<sup>1442</sup> L'avènement des « legaltechs » qui proposent des contrats types sur internet permet un accès du droit facilité. V. sur le sujet de la legaltech et notamment son impact sur les professions du droit, particulièrement celle de l'avocat : M. FORTUIT, « Le développement des legaltechs en droit économique : une chance ou un péril pour la démocratie ? Le point de vue de l'avocat », *LPA*, 2020, n° 116, p. 8 ; A. GARAPON, J. VAYR, « La legaltech, une chance ou une menace pour les professions du droit ? », *LPA*, 2017, n° 186, p. 4 ; M. LARTIGUE, « Legaltech : l'échec d'Atrium est-il aussi celui d'un modèle ? », *Gaz. Pal.* 2020, n° 373, p. 9.



devrait être uniformisée en visant la seule déchéance des intérêts conventionnels et non l'ensemble des accessoires de la dette.

**475. Généralisation du devoir de mise en garde** – Le devoir de mise en garde sur le risque d'endettement excessif et la probabilité qu'il se réalise apparaît comme étant une mesure de prévention efficace. Sans imposer un devoir d'abstention au créancier, la règle permet de faire réaliser au garant les conséquences prévisibles de son engagement et de le responsabiliser quant au choix de son engagement, avant qu'il ne soit trop tard. S'il doit garantir une opération dont les chances de succès sont compromises, alors ce sera à condition d'en avoir conscience. Pourtant, la Haute juridiction refuse de procéder à une généralisation en affirmant que « *le créancier bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome* »<sup>1443</sup>. Par analogie, l'affirmation a sans nul doute vocation à s'appliquer aux autres sûretés pour autrui. Nous ne pouvons comprendre la raison pour laquelle le garant autonome n'est pas éligible à une telle protection alors qu'il prend un engagement encore plus dangereux que celui d'une caution<sup>1444</sup>. Aussi, la Cour de cassation persiste dans son œuvre macabre pour la plus malheureuse des sûretés pour autrui – le cautionnement réel – en martelant que « *la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement et que, s'agissant d'une hypothèque sur un bien, elle est limitée à ce bien et nécessairement adapté aux capacités financières du constituant et aux risques de l'endettement né de l'octroi du crédit ; que la banque qui fait souscrire une telle sûreté n'est dès lors pas tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard du constituant, que celui-ci soit ou non averti* »<sup>1445</sup>. Le raisonnement tenu se fonde sur l'impossibilité de caractériser une disproportion au sein du cautionnement réel dès lors que l'assiette de la sûreté se limite à un bien. La solution n'est pas surprenante mais n'est pas pour autant fondée. En effet, ce n'est pas parce que le cautionnement réel se limite à un ou plusieurs biens que le caractère risqué de l'opération s'en trouve *de facto* exclu ! Rien ne

---

<sup>1443</sup> Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-21.279.

<sup>1444</sup> D. LEGEAIS, « Recul du devoir de mise en garde de l'établissement de crédit », *RTD. com.* 2019, 466 : l'auteur critique le refus de la Cour de cassation d'étendre au garant autonome, personne physique, le bénéfice du devoir de mise en garde. Selon M. Legeais, « *il est assez difficile de justifier cette dernière solution dans la mesure où souvent aujourd'hui la jurisprudence étend par analogie à la garantie autonome les solutions consacrées pour le cautionnement. Or nul ne conteste qu'une garantie autonome présente plus de risque qu'un cautionnement. Il se confirme ainsi que certains garants sont plus pénalisés que d'autres pour différentes raisons. Il s'agit de donneurs d'aval, de « cautions réelles » et donc de souscripteurs de garants autonomes* ».

<sup>1445</sup> Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034 ; *RTD com.* 2009.245, n. D. LEGEAIS ; D. 2009.1661 n. N. BORGA.

permet d'affirmer que le cautionnement réel est toujours un engagement équilibré. En outre, l'assiette de la sûreté est sans rapport avec le caractère adapté du crédit. Dans l'hypothèse où la sûreté grèverait le seul bien de valeur – par exemple, l'unique bien immobilier servant de résidence principale –, comment affirmer que l'engagement est nécessairement adapté au regard du patrimoine du constituant ?<sup>1446</sup> En plus de ne pas être fondée, la solution est incohérente au regard de la jurisprudence relative aux sûretés consenties par des sociétés. La Haute juridiction ne manque pas en effet de prononcer la nullité tant d'un cautionnement personnel que réel dès lors qu'ils sont dépourvus de contrepartie et disproportionnés<sup>1447</sup>. Elle admet donc que le cautionnement réel puisse être la source de la mise en péril de son constituant ! Il devient impératif de rétablir la cohérence en la matière en consacrant un alignement du sort des garants pour autrui personnes physiques en droit commun. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés prévoit en ce sens de rétablir la réalité de la nature du cautionnement réel<sup>1448</sup>. Le devoir de mise en garde doit ainsi intégrer le régime primaire de protection applicable aux garants personnes physiques<sup>1449</sup>, justifiant son entrée au sein du Code civil<sup>1450</sup>.

**476. Généralisation de l'information sur l'évolution de la dette et la défaillance du débiteur** – Nous croyons que la *ratio legis* de l'obligation annuelle d'information implique son introduction au sein du régime de protection des sûretés pour autrui. La préservation du garant face au risque d'oubli<sup>1451</sup> et d'ignorance de l'évolution de la dette se justifie au regard de la structure contractuelle. La sûreté pour autrui suppose l'établissement de deux rapports, celui de base et celui dont il résulte que nécessairement le garant peut être laissé dans l'ignorance de l'évolution de la dette garantie, n'étant pas partie au contrat de

---

<sup>1446</sup> La remarque vaut *ipso facto* pour la règle de la proportionnalité. V. *infra*, n° 478 et s.

<sup>1447</sup> V. *supra*, n° 116 et s.; Cass. com., 8 nov. 2011, arrêt préc. ; Cass. 3° civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.948, *Bull. Civ. III*, n° 121 ; Cass. com., 14 fév. 2018, n° 16-19.762.

<sup>1448</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : l'article 2291 de l'avant-projet fait revivre le cautionnement réel. Il énonce ainsi que : « *le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui.*

*Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet* ».

<sup>1449</sup> L'exclusion des personnes morales se justifie. Les sociétés s'engagent quotidiennement dans des opérations risquées. La vie des affaires est faite ainsi. Ces engagements ne seront pas proscrits dès lors qu'ils auront pour effet de poursuivre un but lucratif. V. *supra*, n° 203.

<sup>1450</sup> V. l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, assoc. H. Capitant, juin 2017

<sup>1451</sup> Le risque d'oubli de l'engagement, *in fine* de la faculté de résiliation unilatérale en cas de durée indéterminée, résulte davantage du caractère indolore de la sûreté.

crédit<sup>1452</sup>. Ce risque est commun aux sûretés pour autrui en raison de la superposition des rapports contractuels. L'exclusion de l'obligation d'information à cet ensemble de sûretés ne peut se comprendre, excepté pour les garants personnes morales dont on a d'ores et déjà établi l'inopportunité de l'élaboration d'un régime de protection trop lourd<sup>1453</sup>. La Cour de cassation se trompe ainsi en considérant que les dispositions de l'article L.313-22 du Code monétaire et financier n'ont pas vocation à protéger la caution réelle<sup>1454</sup>. Le raisonnement tenu par la Cour de cassation se place directement dans sa position jurisprudentielle figée au triste jour du 2 décembre 2005 par la décision rendue en chambre mixte. Malgré le martellement de sa conception du cautionnement réel, force est de constater que dans la pratique, la Haute juridiction peine à convaincre. Il est absolument regrettable d'exclure la préservation de la caution réelle au seul motif que son engagement se limite à un bien. En effet, comment lui refuser le bénéfice de devoirs d'information dont la *ratio legis* est le risque de méconnaissance qu'elle encourt tout autant qu'une caution personnelle ? L'analyse est transposable à l'obligation relative au premier incident de paiement : le garant peut ne pas être informé de cet événement qui concerne un rapport contractuel auquel il n'est pas partie. La difficulté tient à la reconnaissance d'un devoir d'information du créancier dans le cadre de la garantie autonome. En effet, l'indépendance qui caractérise la sûreté fait obstacle à ce que les parties se fondent sur le rapport de base afin de soulever des exceptions. Néanmoins, le caractère indépendant se manifeste certes lors de la conclusion du contrat et lors de l'appel en garantie, mais rien n'empêche à ce que le créancier soit tenu de communiquer les informations sur l'évolution de la dette et le risque de défaillance. La garantie autonome n'est en effet pas qualifiée d'acte abstrait, de sorte qu'elle est bien fondée sur une obligation principale<sup>1455</sup>. Il existe donc bien un rapport entre la sûreté et l'obligation garantie. En outre, le fait de reconnaître une obligation d'information à la charge du créancier permettra d'éviter les appels abusifs ou frauduleux, ce qui est *de lege prohibé*.

---

<sup>1452</sup> Contrairement aux sûretés pour soi puisque le principe est l'identité de personne entre le constituant et le débiteur, v. *supra*, n° 378.

<sup>1453</sup> V. *supra*, n° 203.

<sup>1454</sup> Cass. com., 7 mars 2006, n° 02-16.010, *Bull. civ.* IV, n° 53 ; *D.* 2006, AJ. 782, obs. LIENHARD : « Mais attendu qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier n'étaient pas applicables à l'hypothèque consentie par la société Les Tennis ».

<sup>1455</sup> V. *supra*, n° 88.

## **B. Le mode de protection direct : un principe d'équilibre de l'engagement**

477. **Plan** – De manière plus frontale et directe, l'établissement d'un équilibre entre le montant garanti et les facultés financières du garant apparaît comme étant le mode de protection le plus efficace face au risque de surendettement en plus de se présenter comme une condition d'efficacité de la garantie. La règle de la proportionnalité en droit du cautionnement s'inscrit dans la volonté d'aboutir à une protection concrète (1), laquelle doit avoir pour ambition de régir plus généralement l'ensemble des sûretés consenties par des garants personnes physiques (2).

### **1. L'équilibre du cautionnement consenti par une personne physique**

478. **Émergence d'un principe de proportionnalité limité au droit du cautionnement** – Le droit des sûretés n'a pas échappé à la conquête du contrôle de proportionnalité. L'outil est apparu au législateur comme étant parfaitement adapté dans la lutte contre le surendettement des garants. Par définition, une telle situation résulte de l'impossibilité pour la personne de faire face à son passif échu ou à échoir<sup>1456</sup>. *In fine*, l'état de surendettement naît du caractère disproportionné de l'entier passif au regard du patrimoine, apprécié différemment selon que la personne est éligible à une procédure de surendettement ou une procédure collective. Ainsi, l'introduction du contrôle de proportionnalité avait parfaitement sa place en droit des sûretés.

479. **Article L. 314-18 du Code de la consommation : proportionnalité en droit de la consommation** – Pour la première fois, le législateur introduisit une exigence de proportionnalité du cautionnement consenti par une personne physique garantissant des crédits à la consommation. L'article L. 314-18 du Code de la consommation interdit effectivement à un établissement de crédit de se prévaloir d'un contrat de cautionnement lorsque celui-ci a été conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa

---

<sup>1456</sup> Pour l'ouverture d'une procédure de surendettement à l'égard d'un particulier, l'article L.330-1 du Code de la consommation prévoit : « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée* ».

conclusion, manifestement disproportionné à ses biens ou à ses revenus ; à moins qu'au jour de l'action en paiement dirigée contre la caution le patrimoine de celle-ci ne lui permette de faire face à son obligation. Partant, le montant de l'engagement de la caution ne doit pas dépasser, manifestement, la valeur de son patrimoine afin qu'elle puisse, en cas de défaillance du débiteur principal, faire face à son obligation. Pour autant, l'exigence ne doit pas s'analyser en une condition de validité du contrat mais d'efficacité ; le constat d'un engagement disproportionné n'aboutissant pas sur la nullité de la sûreté mais sur la déchéance du droit d'agir à l'encontre de la caution si celle-ci n'est pas retournée à meilleure fortune.

**480. Extension de la proportionnalité par la Cour de cassation** – S'inspirant du droit consumériste, la jurisprudence a établi à son tour une exigence de proportionnalité de l'engagement de la caution sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun. Par une décision du 17 juin 1997, la chambre commerciale déclara le créancier fautif d'avoir accepté un cautionnement disproportionné. Le dirigeant social s'était porté caution des dettes de sa société à hauteur de 20 millions de francs, alors que son patrimoine était estimé à une valeur de 4 millions de francs. Partant, « *la cour d'appel a pu estimer en raison de l'énormité de la somme garantie par une personne physique, que, dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, sans aucun rapport avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste* »<sup>1457</sup>. Par conséquent, la banque fut condamnée au paiement de dommages et intérêts à hauteur de 16 millions de francs. Sur le fondement de la responsabilité civile, un pouvoir de révision de l'engagement fut conféré au juge en permettant de réduire le montant de la dette, par le jeu de la compensation, à proportion du patrimoine du garant. Force est de constater que la sanction s'avère nettement plus équilibrée que la sanction légale qui instaure un système de tout ou rien. En outre, le domaine d'application de la règle s'est étendu. Toutes les cautions sont ainsi concernées par le principe de proportionnalité, y compris les dirigeants sociaux ce qui déclencha une certaine stupéfaction. Nous étions en effet qu'au début de la construction d'un régime protecteur des intérêts de la caution. Il apparaissait choquant de protéger des personnes parfaitement conscientes de l'étendue et du risque inhérent à leur engagement. En revanche, en raison de la sanction par réduction de l'engagement, les cautions dirigeants sociaux ne pouvaient s'échapper de leur parole donnée, tempérant ainsi la

---

<sup>1457</sup> Cass. com., 17 juin 1997, *Macron*, n° 95-14.105 ; *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *JCP E* 1997, II, 1007, n. D. LEGEAIS ; *JCP G* 1998, I, 103, n° 8, obs. PH. SIMLER ; *D.* 1998, p. 208, n. J. CASEY ; *RTD civ.* 1998, p. 154 et 157, obs. P. CROCQ .

critique. Le cautionnement se trouvait maintenu mais ramené à des proportions raisonnables. L'équilibre de la solution se constatait donc à la mesure de la sanction<sup>1458</sup>. Le 8 octobre 2002, la Haute juridiction opéra un revirement de jurisprudence. Par l'arrêt *Nahoum*<sup>1459</sup>, elle écarta la responsabilité du créancier au motif qu'il n'était pas établi qu'il disposait d'informations ignorées des cautions sur leur faculté de remboursement raisonnablement prévisible en l'état du succès escompté de l'opération garantie. Partant, la responsabilité du créancier ne pouvait être retenue que dans l'hypothèse où le créancier savait que l'opération garantie ne pouvait avoir de succès et aurait caché ce fait à la caution. L'arrêt *Nahoum* marque incontestablement un abandon de la décision *Macron* en revenant à un simple devoir de mise en garde dû à la caution profane lorsque l'opération garantie n'est pas viable économiquement. Mais le fait que la solution fut rendue dans le cas particulier d'une caution avertie, la jurisprudence *Macron* subsista pendant un temps au profit des cautions profanes. La Cour de cassation unifia par la suite sa position en arrêtant de faire peser un devoir d'abstention sur le créancier mais un devoir de mise en garde de la caution profane.

**481. Article L. 332-1 du Code de la consommation : consécration du principe de proportionnalité à l'ensemble des cautions personnes physiques** – Le principe de proportionnalité ne fut pas épargné par la loi Dutreil. Désormais, le cautionnement manifestement proportionné entraîne la déchéance du droit d'agir du créancier sauf si la caution est revenue à meilleure fortune au jour de son assignation<sup>1460</sup>. Le domaine d'application de l'exigence de proportionnalité s'avère nettement plus étendu, concernant ainsi toutes les cautions personnes physiques, qu'elles soient ou non averties, et qui

---

<sup>1458</sup> Néanmoins, l'établissement d'un principe de proportionnalité aboutissait à remettre en cause les cautionnements *omnibus*. Il est en effet délicat de comparer le montant d'un engagement dont par définition les dettes garanties sont incertaines par rapport au patrimoine de la caution. Il est plus probable de faire face à un engagement disproportionné en présence d'un cautionnement *omnibus*, bien que la règle ne les interdise pas expressément. V. en ce sens P. CROCQ, « Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité », *RTD civ.* 2004 p.124 : « Là encore, cette réforme est bien critiquable d'une part, parce qu'elle ne fait aucune distinction, cette fois, entre le cautionnement authentique et celui conclu par acte sous seing privé (alors que l'intervention d'un notaire aurait pu être jugée suffisamment protectrice de la caution) et, d'autre part, parce qu'elle ignore le besoin qu'a la pratique de recourir au cautionnement *omnibus* dans le cas de la caution dirigeant social, besoin qui est incompatible avec l'exigence de proportionnalité, la proportion ne pouvant pas être appréciée lorsque l'un des deux éléments de la comparaison est indéterminé au jour de la conclusion du contrat (L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés - la publicité foncière*, Defrénois, 2003, n° 294). Il aurait été bien préférable de limiter l'exigence de proportionnalité aux seuls engagements de caution souscrits par des personnes physiques à titre non professionnel ».

<sup>1459</sup> Cass. com., 8 oct. 2002, *Nahoum*, n° 99-18.619, Bull. civ. IV, n° 136 ; *RTD civ.* 2003.125, n. P. CROCQ ; *D.* 2003.414 n. C. KOERING ; *CCC.* 2003, n°19, obs. L. LEVENEUR.

<sup>1460</sup> Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *Bull. mixte* n° 7 ; *RTD civ.* 2006.799, obs P. CROCQ : la loi Dutreil est d'application immédiate. Elle s'applique aux cautionnements conclus à compter du 7 août 2003. Par conséquent, les cautionnements conclus avant restent soumis à la jurisprudence *Macron* et *Nahoum*.

s'engagent au profit d'un créancier professionnel. La caution dirigeant social<sup>1461</sup> ou plus généralement la caution avertie va pouvoir bénéficier à nouveau de la règle, ce qui a été vivement critiqué par une doctrine autorisée<sup>1462</sup>. Nous croyons cependant qu'une telle généralisation à l'ensemble des personnes physiques, en passant outre leur caractère profane ou averti, est légitime pour les raisons déjà évoquées<sup>1463</sup>. Surtout, nous ne saisissons pas la justification de la règle selon laquelle il faudrait limiter la protection de la caution à celle qui s'engage auprès d'un créancier professionnel. En effet, le risque de surendettement est identique selon que la caution soit face à un créancier particulier ou professionnel. Il conviendra de rationaliser la règle sur son domaine d'application *rationae personae*<sup>1464</sup>. En outre, la sanction bouleverse incontestablement l'économie de la sûreté par la reprise du système de tout ou rien du droit consumériste. Force est de constater qu'elle ne répond pas à la finalité poursuivie par la règle. Sous couvert d'une protection face au risque de surendettement, la caution ne doit pas pouvoir se départir de son engagement. Or c'est bien à ce résultat que la loi Dutreil aboutit.

## 2. La généralisation à l'ensemble des sûretés pour autrui

482. **Nécessaire rationalisation du principe de proportionnalité** – Si l'exigence de proportionnalité est devenue incontournable en raison de son efficacité, la règle telle qu'elle résulte de l'article L. 332-1 du Code de la consommation manque de cohérence au regard de la finalité poursuivie. D'abord, l'énoncé d'un principe général, en ce sens qu'il a vocation à régir tant des rapports entre professionnels qu'entre particuliers, doit avoir sa place au sein du Code civil et non dans un code de droit spécial. Il n'y a guère de sens à maintenir une telle disposition alors que son domaine d'application dépasse largement le rapport entre professionnel et consommateur. Ensuite, le maintien de règles spéciales ne s'entend que pour le cas où celles-ci comporteraient un contenu différent, des conditions distinctes du texte à portée générale. Ce n'est effectivement que dans ce contexte que la règle « *specialia generalibus derogant* » révèle sa signification. Or en l'occurrence, nul doute que les termes de

---

<sup>1461</sup> Cass. com., 13 avr. 2010, n° 09-66.309 ; D. 2011.407, obs. P. CROCQ ; Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-16.355 ; Dr. et patr. Févr. 2012.83, obs. PH DUPICHOT ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 juill. 2012, n° 11-20.192.

<sup>1462</sup> V. en ce sens : Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement », *Etudes du droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, n° 10.

<sup>1463</sup> En effet, nous croyons que la faiblesse de la règle ne se situe pas tant au niveau de son domaine d'application *rationae personae* mais surtout au regard de sa sanction qui décharge totalement les cautions. La sanction bouleverse l'économie de la sûreté alors qu'il serait parfaitement envisageable et fondé de reprendre la solution de l'arrêt *Macron* permettant la seule réduction à hauteur des facultés financières du garant.

<sup>1464</sup> V. *infra*, n° 474 et s.

l'article L. 314-18 et L. 332-1 du Code de la consommation font double emploi : d'une part la portée ainsi que les conditions d'application sont identiques, d'autre part le champ d'application de l'article L. 332-1 du Code de la consommation englobe celui de l'article L. 314-18 le privant de tout son intérêt. C'est ainsi que la rationalisation de la règle passe d'abord par son introduction au sein du Code civil dans un article unique et la suppression de ses doublons. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés plaide en ce sens en proposant d'introduire l'exigence de proportionnalité au sein d'un article 2301 du Code civil et l'élimination des dispositions doubles<sup>1465</sup>.

**483. Plan** – Il convient de scruter le domaine (a), ses conditions d'application (b) ainsi que de sa sanction (c) de la règle afin de déterminer là où le bât blesse.

*a. Cantonnement à la sûreté consentie par une personne physique*

**484. Domaine d'application *rationae personae* : garants personnes physiques** – La *ratio legis* du contrôle de proportionnalité commande son extension à l'ensemble des garants personnes physiques qui se sont engagées envers un créancier<sup>1466</sup>, à l'image des autres règles protectrices de la caution qui n'ont pas trait au caractère accessoire. Le contrôle de proportionnalité assure que la sûreté ne puisse mettre en péril le patrimoine du garant. Or nous avons pu déterminer que chaque garantie entraîne un tel danger en raison de l'intérêt poursuivi. La règle de la proportionnalité représente un garde-fou face à l'endettement pour autrui. L'engagement doit s'opérer selon des proportions qui permettent au garant d'une part de satisfaire à cette obligation et d'autre part de ne pas risquer le surendettement. Existe-t-il des obstacles à instaurer un principe de proportionnalité à l'égard d'une lettre d'intention, une délégation sûreté, une garantie autonome, ou encore un porte-fort d'exécution ?

---

<sup>1465</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : les motifs relatifs au projet de l'article 2301 évoquent en ce sens que « l'article 2301 est appelé à remplacer l'article L.332-1 du Code de la consommation. La généralité de son application à toute personne physique justifie de manière évidente son inscription dans le Code civil. (...). Il conviendra d'abroger les articles L. 314-18, L.332-1 et L.343-4 du Code de la consommation ».

<sup>1466</sup> La qualité de professionnel du créancier ne doit pas avoir d'influence sur l'application de la règle puisque le risque ne disparaît pas face à un créancier non professionnel, v. *supra*, n° 201.



**485. La sûreté réelle pour autrui** – Le refus catégorique de la Cour de cassation d’élargir l’application au cautionnement réel<sup>1467</sup> interroge<sup>1468</sup>. Elle fonde son raisonnement en deux temps : sur la qualification de la sûreté d’abord et ses effets sur le régime juridique ensuite. D’abord, depuis la décision du 22 décembre 2005<sup>1469</sup>, elle martèle en effet – inlassablement... - que le cautionnement réel constitue uniquement une sûreté réelle pour autrui sans engagement personnel. Ensuite, elle en déduit qu’à défaut de comprendre une obligation personnelle, le droit du cautionnement ne saurait lui être applicable. Sur le fondement de ce raisonnement, elle en conclut qu’au regard de la finalité poursuivie, l’exigence de proportionnalité ne saurait se concevoir dans le cadre d’un cautionnement hypothécaire qui est par nature limité à un bien. Selon elle, comme l’assiette de la sûreté ne pourra jamais comprendre l’entier patrimoine du constituant, alors la sûreté présentera nécessairement une proportionnalité externe. En effet, tel que le souligne Mme Valérie Avena-Robardet, « finalement, les hauts magistrats penchent pour une conception binaire de la proportionnalité des sûretés. Aux sûretés réelles, le contrôle de proportionnalité par rapport à la créance garantie ; aux sûretés personnelles le contrôle de proportionnalité eu égard aux facultés financières du constituant »<sup>1470</sup> En effet, il existe deux sortes de contrôle de la proportionnalité. D’abord, la proportionnalité interne implique d’exiger un équilibre entre la valeur de la créance garantie et les biens engagés. Ce contrôle se retrouve surtout en matière de sûretés réelles en raison du principe directeur selon lequel le créancier ne peut s’enrichir sur le fondement de la sûreté, impliquant la restitution d’une soulte en cas d’excédent. Ensuite, la proportionnalité externe vise le rapport entre la valeur de la créance

---

<sup>1467</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mai 2008, arrêt préc. : « Mais attendu que l’arrêt relève que le « cautionnement » souscrit par Mme Henriette X... « était uniquement un cautionnement hypothécaire et sans solidarité limité à sa seule maison sise à Espiens, sans autre engagement sur ses revenus » ; Qu’il en résulte que cette sûreté réelle consentie pour garantir la dette d’un tiers n’impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l’obligation d’autrui n’est pas un cautionnement et que, limitée au bien hypothéqué, elle est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son souscripteur (...) ».

<sup>1468</sup> Certains auteurs estiment en effet que la limitation du droit du créancier sur un bien en particulier du constituant exclut l’hypothèse d’une disproportion. V. en ce sens, L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 150 : « les règles relatives au cautionnement disproportionné sont écartées, puisque les poursuites du créancier limitées à la valeur du bien grevé, ne peuvent pas créer un surendettement ». Adde, V. BONNET, « Le cautionnement réel n’était réellement pas un cautionnement », *D.* 2006 p. 1543 ; M. MIGNOT, « Cautionnement réel : un opportun retour à l’ordre », *RLDC* 2006 p. 23 ; S. PIEDELIEVRE, « Pas de disproportion pour les sûretés réelles pour autrui », *D.* 2008 p. 2036 ; *contra*. V. AVENA-ROBARDET, « Sûreté réelle pour autrui : proportionnalité », *D.* 2008 : « Reste que la solution affirmée de façon aussi catégorique par la Cour de cassation peut sembler manquer de nuances. Si, dans la plupart des cas, l’engagement limité à un bien ou à un groupe de biens demeure bien proportionné aux facultés contributives du souscripteur, que dire lorsque le bien engagé ne constitue que l’unique patrimoine du constituant, voire son domicile, et que par ailleurs ses revenus sont plutôt faibles ? »

<sup>1469</sup> Cass. ch. mixte, 22 déc. 2005, préc.

<sup>1470</sup> V. AVENA-ROBARDET, art. préc.

garantie et la valeur du patrimoine du garant, qui doit avoir vocation à être appliqué à l'ensemble des sûretés pour autrui<sup>1471</sup>. Or le raisonnement tenu est manifestement erroné. Certes, la probabilité d'un cautionnement réel disproportionné peut s'avérer être plus rare en raison de la limitation du droit de gage général du créancier mais ne constitue pas pour autant un cas d'école. Imaginons un tel engagement qui porterait sur l'unique bien de son constituant : un immeuble à usage d'habitation dont les loyers constituent les seuls revenus de la caution réelle, retraitée, dont les allocations de retraite entrent dans le cadre du reste à vivre non saisissables. Le montant de la dette garantie est supérieure à la valeur de l'immeuble, de sorte que sa mise en œuvre aurait pour effet de réaliser son entier patrimoine<sup>1472</sup>. Il n'est ni raisonnable, ni équitable de considérer que l'engagement est proportionné en raison de la limitation de l'assiette de la sûreté. D'autant que la chambre commerciale admet d'ores et déjà qu'un cautionnement hypothécaire puisse avoir pour effet de réaliser l'entier patrimoine de la société justifiant le prononcé de la nullité pour contrariété à l'intérêt social, ce qui a pour effet de sanctionner un engagement disproportionné<sup>1473</sup>.

**486. La garantie autonome** – Concernant la garantie autonome, certains auteurs appellent de leurs vœux à une extension dans le cas particulier où elle serait consentie par une personne physique<sup>1474</sup>. Le caractère indépendant de la sûreté fait-elle obstacle à une telle extension ? La Cour de cassation n'a pas eu à en juger. Il est délicat de raisonner par analogie au regard des décisions rendues relatives à la protection du garant autonome. En effet, tantôt elle va affirmer l'extension de mesures protectrices en faisant primer la raison d'être du texte sur une interprétation littérale<sup>1475</sup>, tantôt elle va l'exclure de manière catégorique<sup>1476</sup> nous

---

<sup>1471</sup> V. sur ce sujet : N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et droit*, 2000, n° 71 ; S. PESENTI, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA*, 2004, n° 51, p. 12 ; Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », *Etudes du droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 843 et s. ; A. RIANO-SAAD, *Le contrôle de proportionnalité et la garantie autonome*, EUE, 2015.

<sup>1472</sup> L'argument n'est pas sans rappeler la solution en matière de sûretés consenties par des sociétés à responsabilité illimitée : peu importe que le cautionnement soit réel ou personnel, celui-ci sera nul s'il était dépourvu de contrepartie et avait pour effet de réaliser l'entier patrimoine de la société. Or nombre de décisions visaient le cas de cautionnements hypothécaires. L'incohérence règne.

<sup>1473</sup> V. *supra*, n° 121 et s.

<sup>1474</sup> A. RIANO-SAAD, *op. cit.*, p. 36 et s. ; P. PUIG, art. préc. ; D. LEGEAI, « Le principe de proportionnalité entre l'engagement d'un garant et ses ressources », *JCP E.* n° 44. 1997.1007 : « L'application de la règle aux garanties indépendantes est moins évidente. Cependant, les raisons de décider sont les mêmes et l'exigence de proportionnalité n'est pas liée au caractère accessoire de la garantie. Les garants à première demande doivent donc pouvoir invoquer le principe de proportionnalité ».

<sup>1475</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006, préc., *RTD civ.* 2006. 593, obs. P. CROCQ ; *RDC* 2006.1193, obs. D. HOUTCIEFF ; *D.* 2006. 2539, n. A.-S. COURDIER-CUISINIER.

<sup>1476</sup> Cass. com., 30 janv. 2019, arrêt préc.

laissant dans une parfaite incertitude. L'exclusion des règles protectrices du cautionnement<sup>1477</sup> réalise un contournement de ce droit : les créanciers seraient en effet tentés par la faculté d'obtenir une garantie autonome d'une personne physique afin d'échapper au régime du cautionnement. Cette faille n'est pas sans conséquence en raison de la gravité de la sûreté. Outre le risque de contournement d'un droit protecteur, la nature de la sûreté ne fait pas barrage à un quelconque contrôle de proportionnalité. Certes, son caractère indépendant entraîne une inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base – sauf exception – emportant dans un premier temps une déconnexion entre la sûreté et l'obligation garantie. L'indépendance reflète le particularisme de la garantie autonome et sa force. Cela empêcherait d'exercer un contrôle de proportionnalité interne entre la créance garantie et la sûreté elle-même. A l'inverse, la comparaison entre le montant de la créance garantie et la valeur du patrimoine du garant, en ce qu'elles constituent des données extérieures à la sûreté *stricto sensu*, devrait être admise. Un tel contrôle ne porterait pas atteinte au caractère indépendant de la garantie puisqu'il ne s'agit pas d'établir un rapport entre l'obligation principale et la garantie. Le rapport de comparaison s'effectue selon un élément extérieur à la sûreté, à savoir le patrimoine du garant<sup>1478</sup>.

**487. Les sûretés dites indemnitaires** – Le bénéfice du contrôle de proportionnalité doit en outre s'appliquer aux sûretés indemnitaires dès lors qu'elles sont consenties par des personnes physiques qui peuvent, au même titre que le cautionnement et la garantie autonome, mener à un surendettement excessif. Il est vrai qu'une difficulté apparaît s'agissant de l'absence de montant chiffré de la dette finalement garantie. La lettre d'intention se rapproche ainsi d'un cautionnement de dettes futures lorsqu'elle a pour objet une obligation satisfaisante de résultat, ce qui légitime une application par analogie des solutions relatives au cautionnement *omnibus* : l'appréciation de la proportionnalité doit alors être différée au jour de la naissance de la dette. La solution vaudrait également en matière de porte-fort d'exécution consenti par une personne physique qui serait condamnée à payer des dommages et intérêts en cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur principal.

**488. Les sûretés issues du droit des obligations** – La délégation-sûreté doit faire aussi l'objet d'un contrôle de proportionnalité dès lors que le délégué est amené à payer la

---

<sup>1477</sup> Nous visons bien évidemment les règles dont la raison d'être est la finalité de protection et non celles fondées sur le caractère accessoire renforcé du cautionnement.

<sup>1478</sup> Sur la distinction entre le contrôle portant sur la proportionnalité interne et externe, v. *supra*, n° 485.

dette d'un tiers alors qu'il n'y était pas tenu soit partiellement soit entièrement. De même, le coobligé solidaire non tenu à la dette devrait pouvoir soulever le caractère disproportionné de l'engagement au regard de son patrimoine. Finalement, le mode de réalisation de la sûreté ne connaît pas d'incidence sur le contrôle de proportionnalité. Il naît du caractère risqué de la garantie justifiant son intégration au sein du régime primaire.

*b. Conditions d'application*

**489. Comparaison du montant de la dette garantie à la valeur du patrimoine du garant** – La caractérisation de la disproportion suppose de s'interroger sur la capacité du garant à y répondre sans avoir à risquer un surendettement excessif résultant de la réalisation de son entier patrimoine. Pour y répondre, il convient de réaliser une comparaison entre le montant de la créance garantie à un patrimoine de référence apprécié au jour de la formation du cautionnement<sup>1479</sup>. Deux temps se succèdent ainsi dans l'application du principe de proportionnalité. D'abord, le caractère disproportionné de l'engagement s'apprécie au moment de la signature de la sûreté et doit être démontré par le garant. Ensuite, le créancier pourra échapper à la sanction s'il parvient à prouver le retour à meilleure fortune du garant au jour de l'appel en paiement<sup>1480</sup>.

**490. Montant de la dette garantie** – Déterminer le montant de la créance garantie ne pose pas de difficultés lorsque la sûreté garantit des dettes présentes ou futures mais dont le montant est déterminable. En revanche, en présence de dettes futures dont le montant chiffré n'est pas déterminable au jour de la formation du contrat, la solution s'avère moins évidente. Ce n'est pourtant pas une hypothèse rare. Ce genre de sûretés se retrouve en matière de cautionnement *omnibus* ou encore de lettre d'intention dont on ne peut connaître par avance le montant de la dette. La chambre commerciale décide que la proportionnalité doit être appréciée au jour de la signature de l'acte<sup>1481</sup>. Par une lecture *a contrario* de la décision, M. Juillet en conclut que l'appréciation de la proportionnalité d'un cautionnement dépourvu de

---

<sup>1479</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 294 : « Cette comparaison entre l'engagement pris par la caution et le montant de son patrimoine implique également de prendre en compte le passif de la caution déjà existant au jour de cet engagement ».

<sup>1480</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2016, n° 14-16.402 ; Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-28.164.

<sup>1481</sup> Cass. com., 3 nov. 2015, n° 14-26.051 : la chambre commerciale considère qu'« en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que les cautionnements litigieux avaient été souscrits pour garantir des emprunts d'un montant déterminé qui seraient consentis ultérieurement par la banque, de sorte que la dette garantie était déterminable à la date de signature des actes de cautionnement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

montant ou de plafond s'opère en effet au jour de la naissance des dettes<sup>1482</sup>. La solution doit être généralisée à l'ensemble des sûretés consenties par des personnes physiques sans montant ni plafond pour des créances incertaines.

**491. Appréciation et évaluation de l'actif patrimonial de la caution –**  
L'évaluation de l'actif du garant implique de prendre en considération la valeur de ses biens ainsi que ses revenus au jour de la signature du contrat. Les biens entrant postérieurement au sein de son patrimoine ne doivent pas être pris en compte dans le calcul. Par conséquent, les revenus escomptés de l'opération garantie, dès lors qu'ils ne sont que conditionnels et non existants<sup>1483</sup>, sont exclus de l'appréciation. La solution est logique. Il ne serait pas opportun, au regard de l'objectif de protection de la caution, de faire entrer dans le calcul de l'actif les revenus résultant du succès de l'opération garantie, puisque, par hypothèse, le succès ne sera pas au rendez-vous si la caution est appelée en paiement... Par analogie et en adoptant une appréciation d'ordre économique, il serait fondé d'exclure de l'appréciation l'actif existant susceptible de disparaître en raison de l'échec de l'opération garantie dès lors que par définition ils ne feront plus partie du patrimoine du garant en cas d'appel en paiement, ou du moins selon une valeur moindre. Par une décision du 26 janvier 2016<sup>1484</sup>, la chambre commerciale déclare que « *les parts sociales et la créance inscrite en compte courant d'associé dont est titulaire la caution au sein de la société cautionnée font partie du patrimoine devant être pris en considération pour l'appréciation de ses biens et revenus à la date de la souscription de son engagement* »<sup>1485</sup>. Si la sévérité de la solution peut s'avérer

---

<sup>1482</sup> CH. JUILLET, « La date d'appréciation de la proportionnalité du cautionnement de dettes futures », *Rev. sociétés* 2016, p. 146 : « *Suivant une seconde analyse, au contraire l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement de dettes futures, au jour de sa formation, supposerait la réunion de deux conditions. Il faudrait, d'une part, que les dettes garanties soient déterminables à cette date ; d'autre part, et pour ce faire, que leur montant soit déterminé à cette même date. La conséquence de cette seconde analyse serait d'autoriser une lecture a contrario de la présente décision. Il faudrait alors distinguer trois cas de figure. D'abord, si, comme en l'espèce, les dettes futures garanties sont déterminables par la détermination de leur montant, la proportionnalité du cautionnement doit s'apprécier au jour de sa conclusion. Ensuite, comme précédemment, si les dettes futures garanties sont totalement indéterminables, le cautionnement est nul. Enfin, par une lecture a contrario de l'arrêt, si les dettes futures garanties sont déterminables autrement que par la détermination de leur montant, la proportionnalité du cautionnement devrait être appréciée au jour de la naissance de ces dettes* ».

<sup>1483</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juin 2015, n° 14-13.126, D. 2015.2044, obs. V. AVENA-ROBARDET, n. CH. JUILLET ; D. 2015.1810, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2015.727, obs. D. LEGEAS ; Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2016, n° 14-16.402, publié ; *JCP G.* 2016.553, n° 10, obs. PH. SIMLER.

<sup>1484</sup> Cass. com., 26 janv. 2016, n° 13-28.378.

<sup>1485</sup> La décision a été ultérieurement confirmée, v. Cass. com., 5 avril 2016, n° 14-20.908.

critiquable au regard de la finalité de la règle<sup>1486</sup>, elle a pourtant le mérite de clarifier le principe applicable pour l'évaluation de l'actif net : seul l'actif ainsi que le passif existant sont comptabilisés peu important les variations postérieures. Mais le décalage que la solution instille avec la finalité de la proportionnalité implique de se poser la question de la cohérence du principe posé. Faut-il persévérer dans l'appréciation d'un actif net existant au jour de la conclusion ? L'interrogation révèle une fois encore le délicat équilibre à maintenir entre la protection du garant et la préservation des intérêts du créancier. L'équilibre ne se retrouverait-il pas bouleversé par l'introduction d'un principe de prise en compte de l'actif net existant au jour de la formation du contrat insusceptible de disparaître en cas de défaillance du débiteur principal ? La légitimité de la question est d'autant plus importante que la disproportion s'apprécie au jour de la signature. Il semble que le maintien de la position de la Cour de cassation, malgré sa relative sévérité, permette d'assurer une prévisibilité du droit indispensable à la matière. Puis, au regard de l'analyse juridique de la règle, la solution n'emporte pas de contradiction : s'agissant d'un actif existant et disponible au jour de la formation du contrat, il est donc normal de l'intégrer dans le calcul de l'actif net.

**492. Appréciation du passif existant** – Évaluer l'actif net du garant suppose de déduire le passif existant au jour de sa signature<sup>1487</sup> pour « *protéger efficacement les cautions contre un engagement auquel elles ne peuvent répondre* »<sup>1488</sup>. La prise en compte du passif doit être reprise pour apprécier la proportionnalité des sûretés pour autrui consenties par des personnes physiques. A l'instar de l'évaluation de l'actif, il suppose de prendre en compte le passif existant, échu et à échoir, au jour de la formation de la sûreté nonobstant l'existence d'engagements postérieurs<sup>1489</sup>.

---

<sup>1486</sup> La solution est sévère car effectivement en cas d'appel en paiement la caution ne pourra pas compter sur la valeur des parts sociales du débiteur défaillant ou du compte courant d'associé pour faire face à son engagement. Il y a donc un décalage entre la règle posée et la finalité poursuivie.

<sup>1487</sup> Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24.812, *D.* 2013.1340, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2013.1706, P. CROCQ ; *RTD civ.* 2013.607 ; obs. H. BARBIER ; Cass. com., 9 avril 2013, n° 12-17.893, *D.* 2013.1706, obs. P. CROCQ ; *Rev. sociétés* 2013.680, n. D. LEGEAIS ; Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-18.064, *D.* 2014.1325 ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 15 janv. 2015, n° 13-23.489, *D.* 2015.204, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.* 2015.183, obs. P. CROCQ ; Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-29.030, *D.* 2013.1706, obs. P. CROCQ.

<sup>1488</sup> CH. JUILLET art. préc.

<sup>1489</sup> Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-15.518 et n° 12-18.216 ; *Rev. sociétés* 2013.680, n. D. LEGEAIS ; Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13-24.358 ; Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-25.202 et n° 13-27.625, *Rev. sociétés* 2015.306, obs. S. PREVOST ; Cass. com., 10 fév. 2015, n° 13-27.141.

c. *Sanction : la réduction de l'engagement*

493. ***De lege lata : le comble de la sanction manifestement disproportionnée*** –

La sanction de la disproportion du cautionnement galvaude la finalité poursuivie par l'instauration d'un système de tout ou rien. En cas de disproportion manifeste du cautionnement, le créancier ne peut effectivement pas agir sauf retour à meilleure fortune de la caution<sup>1490</sup>. La disproportion empêche le créancier de se prévaloir de la sûreté alors même que la caution disposerait d'un patrimoine suffisant pour répondre partiellement à l'engagement. La sanction devient alors à son tour disproportionnée. Elle aboutit à libérer des cautions disposant d'un patrimoine important qui leur aurait permis de faire face à une garantie partielle. Or la raison d'être du contrôle de proportionnalité n'est pas de libérer les garants mais de leur permettre de répondre à leur obligation sans risquer un surendettement. De fait, la perte du droit d'agir ne correspond pas à l'esprit de la règle qu'elle vient sanctionner.

494. ***De lege feranda : la réduction de l'engagement*** – L'avant-projet de réforme

Capitant propose de sanctionner la disproportion par la réductibilité de l'engagement<sup>1491</sup>, marquant un retour à la jurisprudence *Macron*<sup>1492</sup>. Réduire l'obligation de la caution à hauteur de ses facultés financières assure sans nul doute l'équilibre entre la préservation de la caution et la protection des intérêts du créancier mais aussi l'efficacité de la sûreté. Les cautions, y compris les dirigeants sociaux s'étant engagés à garantir les dettes sociales, restent tenues à hauteur de la valeur de leur patrimoine<sup>1493</sup> : le créancier n'est plus laissé pour compte et le risque de surendettement excessif est amorti. Néanmoins, pour saisir la portée de la sanction proposée, il convient de déterminer sa nature. La réduction s'opérerait via le truchement de la responsabilité civile délictuelle sous l'empire de l'arrêt *Macron*<sup>1494</sup>. L'allocation de

---

<sup>1490</sup> C. conso., art. L. 314-18 et L. 332-1 ; L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 294 : « La sanction consiste en une espèce de peine privée : il ne s'agit pas d'une nullité, mais le créancier est totalement déchu du droit de poursuivre la caution, et ce quelle que soit l'importance de la disproportion ; il ne s'agit pas, en effet, d'un mode de réparation du préjudice de la caution, mais d'une mesure de police contractuelle ».

<sup>1491</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : v. C. civ. art. 2301.

<sup>1492</sup> Cass. com., 17 juin 1997, arrêt préc. ; v. *supra*, n° 200.

<sup>1493</sup> A propos, nous ne croyons pas légitime d'imposer un plafond pour déterminer à partir de quel pourcentage la disproportion serait manifeste afin de laisser une libre appréciation des juges du fond en fonction des faits. Le juge pourra apprécier plus strictement l'engagement d'un dirigeant social, qui est justifié par la perspective d'une contrepartie indirecte, qu'en présence d'un engagement purement altruiste.

<sup>1494</sup> V. *supra*, n° 200.

dommages et intérêts venait ainsi se compenser avec le montant de l'engagement, de sorte que la caution demeurait tenue uniquement à hauteur de ses facultés financières.

La réduction, proposée par l'avant-projet Capitant, pourrait s'analyser en un cas de responsabilité légale autonome dont la faute résulterait du caractère disproportionné de la garantie. La réduction ne serait pas encourue faute de préjudice, à savoir si le garant est retourné à meilleure fortune au jour de l'appel en paiement. L'analyse rejoint ainsi le raisonnement tenu par la Cour de cassation dans les arrêts *Macron* et *Nahoum*<sup>1495</sup>. La sanction pourrait aussi être considérée comme un pouvoir de révision accordé au juge, ce qui correspondrait à l'évolution du rôle du juge dans le contrat. Le principe en droit contrat est que la rencontre des volontés sur le contrat emporte sa force obligatoire. La force obligatoire du contrat oblige certes les parties à son respect mais également les tiers, dont le juge. C'est ainsi que la théorie de l'imprévision était traditionnellement bannie de la matière contractuelle. Pourtant le droit semble évoluer dans un sens contraire en conférant au juge un rôle de plus en plus actif en la matière. La réforme du droit des contrats revient effectivement sur la traditionnelle interdiction de la théorie de l'imprévision en permettant au juge de réviser le contrat en cas de survenance de circonstances propres à le justifier. La réduction de l'engagement comme sanction du cautionnement excessif s'insère selon nous dans le nouveau rôle attribué au juge. Ce n'est pourtant pas trahir les mots prononcés par Montesquieu, selon lequel « *les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* »<sup>1496</sup>. Le juge ne s'arroge pas le pouvoir de révision en s'immisçant dans la relation contractuelle mais veille à prononcer une sanction dictée par la loi, en lui conférant un pouvoir d'interprétation du cas qui lui est soumis. Tel est le rôle du juge.

**495. Conclusion de paragraphe** – Finalement, les règles communes à l'ensemble des sûretés pour autrui ont pour finalité d'assurer une préservation face au risque d'endettement pour autrui, en éclairant la volonté et la conscience du garant et en assurant que la sûreté soit équilibrée à l'égard de son patrimoine.

**496. Conclusion de la Section I** – Le droit du cautionnement peut servir, en tant que modèle, à l'élaboration d'un régime primaire de protection, applicable essentiellement

---

<sup>1495</sup> V. *supra*, n° 200.

<sup>1496</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1777, Liv. XI, Chap. VI, p. 327.



aux garants personnes physiques. En revanche, les dispositions propres à la nature du cautionnement et plus généralement celles relevant du droit des contrats ou de droits spéciaux s'en trouvent exclues. Seules les mesures de protection dont la raison d'être est de prévenir contre le risque de surendettement des garants sont légitimes à intégrer le socle de règles communes applicable aux sûretés pour autrui. Sur le front, des moyens indirects et directs se mettent en œuvre afin de tempérer la gravité de ces garanties. De manière préventive d'abord, le droit doit mettre en place un formalisme de protection ainsi que les différents devoirs d'information et de mise en garde permettant au garant, personne physique, de prendre la mesure de son engagement. De manière curative ensuite, la règle de la proportionnalité en assurant un équilibre externe entre le montant garanti et le patrimoine du garant. Les règles communes aux sûretés pour soi ne reflèteront pas quant à elles un objectif de protection du constituant (Section II).



## SECTION II – LE RÉGIME PRIMAIRE DES SÛRETÉS POUR SOI

497. **Des règles communes dictées par un souci d'efficacité économique**<sup>1497</sup> – L'intérêt patrimonial direct poursuivi par le constituant d'une sûreté pour soi implique de raisonner différemment qu'en matière de sûretés pour autrui. Celles-ci devraient être soumises à un impératif constant de protection du garant en raison de ce qui les unit, à savoir l'existence d'un risque de surendettement supplémentaire pour autrui. La réception immédiate au sein du patrimoine du débiteur ayant consenti une sûreté réelle exclut *de facto* cet ordre public de protection. En effet, le constituant n'a nul besoin de protection au titre de la sûreté puisque le droit de créance a d'ores et déjà octroyé au créancier un droit de gage général sur son entier patrimoine. La préservation de ses intérêts s'effectuera donc au stade du contrat garanti. L'anormalité des sûretés pour autrui résulte de l'absence de droit de créance *ab initio*. Or en l'occurrence, le contrat de crédit est source du risque pour le débiteur. La sûreté ne vient que renforcer le droit que possède déjà le créancier sur le fondement de la créance. Les sûretés réelles ne sont ainsi pas contre nature. Cela est d'autant plus vrai que le financement de l'acquisition du bien objet de la sûreté se réalise, généralement, grâce au crédit. Il est donc naturel qu'en cas de non-remboursement le créancier puisse saisir le bien. Partant, les règles communes aux sûretés pour soi se détacheront de l'impératif de protection pour venir assurer une sécurité de la sûreté afin de satisfaire l'intérêt du constituant <sup>1498</sup>.

---

<sup>1497</sup> L'expression est empruntée au professeur Philippe Dupichot : v. PH. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA* 2010.

<sup>1498</sup> Plus généralement, le renforcement de l'efficacité de la sûreté pour soi entraîne celui de l'attractivité du droit français. V. en ce sens, PH. DUPICHOT, art. préc. p. 7, n° 76 : l'auteur soulève en ce sens que « le garant engage son patrimoine – ou son bien dans le cadre de feu le « cautionnement réel » - pour la dette d'autrui, et ce avec une intensité variable : d'où le caractère grave et profondément anormal de la sûreté personnelle qui endette pour autrui, souvent sans contrepartie. Il n'en va pas de même de la sûreté réelle qui consiste classiquement en « l'affectation d'un bien au paiement préférentiel du créancier » : lorsqu'une sûreté réelle est consentie par le débiteur en garantie de sa propre dette, elle ne crée aucun risque d'endettement : tout au plus, rend-elle possible cet endettement en créant les conditions de la confiance du créancier ; mais la perte du bien grevé à l'échéance a pour contrepartie le crédit obtenu que la sûreté réelle se borne à éteindre. Cette moindre gravité de la sûreté réelle a pour conséquence, que les considérations sociales de protection du donneur de sûreté sont notablement atténuées en droit des sûretés réelles ; il importera surtout de veiller à ce que le constituant ne brûle pas son crédit privilégié par avance afin de préserver sa capacité de s'endetter à l'avenir : l'approche est quasi inverse de celle qui a cours dans un droit des sûretés personnelles qui vise au contraire à prévenir tout surendettement du garant ... ».

498. **Méthodologie : la fiducie, un modèle de sûreté ?** – A l’instar des sûretés pour autrui<sup>1499</sup>, nous pourrions convenir de définir en premier lieu une sûreté modèle comprenant en son sein les règles communes capables d’être étendues à l’ensemble de la catégorie. La méthode proposée rencontre néanmoins une certaine difficulté qui est celle de la diversité des sûretés réelles. Entre les sûretés mobilières et immobilières, corporelles et incorporelles, avec ou sans dépossession, exclusives ou préférentielles, il semble effectivement délicat de déterminer une sûreté capable de les réunir<sup>1500</sup>. L’obstacle n’est qu’apparent. Il peut être surmonté par la détermination d’une sûreté qui aurait pour avantage de comprendre l’ensemble des techniques juridiques d’affectation d’un bien à la garantie d’une dette. Une seule sûreté française a le pouvoir de réaliser une telle prouesse : la fiducie.

499. Datant de l’époque romaine, les racines de la fiducie sont anciennes<sup>1501</sup>. En droit anglo-américain, le *trust* est la figure juridique se rapprochant le plus de la fiducie française, bien qu’il soit traditionnellement considéré que le droit français connaît nul équivalent du *trust*<sup>1502</sup>. Au-delà de l’absence de figure juridique équivalente en droit français, il y règne une certaine méfiance à l’égard des montages comprenant des *trusts*. Le *trust* est le plus souvent reconnu coupable d’être un vecteur permettant le blanchiment d’argent ou encore l’évasion fiscale<sup>1503</sup>. A l’image de la fiducie, le *trust* « décrit un rapport juridique ayant effet à l’encontre des tiers, qui prend naissance lorsque, sur la base d’un document de

---

<sup>1499</sup> En effet, le droit applicable au cautionnement avait pour intérêt de regrouper l’ensemble des règles commandées par un souci de protection de la caution, bien que certaines d’entre elles nécessitaient une certaine rationalisation avant de procéder à son extension. V. *supra*, n° 400.

<sup>1500</sup> V. CL.-A. MICHEL, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2018.

<sup>1501</sup> C. WITZ, « Fiducie – Introduction et constitution », *JCl Banque*, Fasc. 785, n° 1 : l’auteur explique que des figures fiduciaires se retrouvaient également « dans l’Égypte des pharaons, dans la Grèce antique, dans le vieux droit musulman, ou encore au Japon 500 ans avant Jésus-Christ » ; l’auteur poursuit sur les origines romaines de la fiducie en revenant sur la pensée de Gaius : « La distinction faite par Gaius entre, d’une part, la *fiducia cum amico*, qui permettait notamment, dans des périodes de trouble politique, à ceux menacés d’une confiscation de mettre leurs biens à l’abri en les transférant à des amis sûrs et, d’autre part, la *fiducia cum creditore* est demeurée célèbre. En matière de dispositions à cause de mort, prospérait le fidéicommiss. À l’instar du fiduciaire, le grevé de fidéicommiss acquérait un bien dont il était chargé de retransférer la propriété » ; pour ensuite expliquer la disparition de la fiducie à la fin du Bas Empire « la fiducie disparaît, supplantée par des figures juridiques nouvelles, notamment le dépôt et le gage. Les compilations de Justinien devaient confirmer la disparition des diverses applications de la fiducie dans le dernier état du droit romain, tout en préservant le fidéicommiss. Les textes des jurisconsultes qui mentionnaient la fiducie furent systématiquement exclus ou interpolés, selon des découvertes faites par des romanistes du XIXe siècle ». Au cours de l’Ancien régime, l’oubli de la fiducie fut perpétué puisque celle-ci ne vivait qu’à travers la notion d’héritier fiduciaire « héritier de pure forme qui ne fait que prêter son nom au véritable héritier ».

<sup>1502</sup> Cela résulte du fait que le *trust* est fondé sur une opposition entre deux catégories de droit que nous ne connaissons pas en droit français : des droits en *equity* au profit du bénéficiaire et des droits en *Common Law* au profit du constituant.

<sup>1503</sup> V. sur le sujet : F. BARRIERE, « L’appréhension du *trust* », *D.* 2017 p. 1200 ; « Fiducie, *trust*, mandat : quelle délimitation ? », *RLDC* 2019, n° 168.

*constitution (declaration of trust), le constituant (trustor) transfère des biens patrimoniaux de son choix à une ou plusieurs personnes (trustees), lesquelles ont l'obligation de les gérer et de les utiliser dans un but déterminé à l'avance par le trustor en faveur d'un ou de plusieurs bénéficiaires (beneficiaries), personnes morales ou physiques »<sup>1504</sup>. Nous pouvons observer que ce qui caractérise l'une des particularités du trust anglo-américain est sa grande diversité, contrairement à ce que nous pouvons connaître en droit français. Au sein de la famille du *trust*, nous pouvons trouver des trusts irrévocables ou révocables, certains vont survivre au décès du *trustor* alors que d'autres non ; certains portent en eux les règles de répartition des biens placés... M. Barrière souligne l'existence de « deux catégories principales de trust (...) : les trusts discrétionnaires et les bare trusts. Le trust peut être discrétionnaire, avec pour conséquence que le trustee aura la faculté de choisir parmi les bénéficiaires qui bénéficiera des actifs mis en trust et quand. (...). Le trust peut aussi être un bare trust, qui accorde au bénéficiaire du trust un droit définitif sur les actifs du trust et les produits de ceux-ci ; le trustee y a pour rôle essentiel de détenir des actifs et de les gérer en attendant le transfert au profit du bénéficiaire lorsque ce dernier le demandera »<sup>1505</sup>. Malgré l'opposition qui semble régir les deux figures, le professeur François Barrière soulève finalement l'essence qui les représente : « trust et fiducie renvoient en tout état de cause à une même racine : la confiance »<sup>1506</sup>.*

En France, la fiducie ne fut redécouverte qu'à la fin des années 1980<sup>1507</sup>. Sa reconnaissance en droit français est le résultat d'une évolution réalisée par strates successives se limitant d'abord au droit financier avant d'être généralisée<sup>1508</sup>. Conscient des atouts d'une telle sûreté

---

<sup>1504</sup> H. PEISSE, « Quelle est l'institution classique d'un trust anglo-saxon ? », *Dr. et patr.* 2019, n° 289.

<sup>1505</sup> F. BARRIERE, « Fiducie, trust, mandat : quelle délimitation ? », art. préc.

<sup>1506</sup> F. BARRIERE, *ibid.*

<sup>1507</sup> Ce n'est en effet que dans les années 1980 que la figure fiduciaire fut redécouverte en droit français, confortée par des travaux doctrinaux : V. E. SEEL-VIANDON, *La fiducie en droit comparé et en droit international privé français*, thèse Paris II, 1979 ; CL. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, thèse Strasbourg, Economica, 1980. Par la suite, de nombreuses thèses s'attachèrent à analyser la fiducie. V. notamment : F. BARRIERE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. Grimaldi, Litec, 2004 ; P. CROCQ, thèse préc. ; F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières – pour une fiducie des valeurs mobilières*, préf. L. Louvellec, LGDJ, 1997.

<sup>1508</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 774 : les auteurs reviennent sur l'évolution progressive des garanties fiduciaires qui connurent d'abord un domaine limité au domaine financier. « Une première consécration, d'origine jurisprudentielle, tient au régime du gage-espèces : la somme d'argent remise sous forme d'espèces ou de monnaie scripturale au créancier devient la propriété de celui-ci en raison de sa fongibilité si elle n'est pas demeurée individualisée ou si elle n'a été inscrite que sur un compte spécial ouvert « pour la seule commodité des écritures », les parties manifestant expressément la volonté de laisser au créancier le pouvoir de disposer de la somme donnée en garantie ; elle demeure sa propriété définitive à défaut d'exécution de l'obligation principale. Différentes autres lois, relatives aux opérations financières sur titres, ont

tout en étant méfiant à l'égard de la technique juridique particulière employée qui est celle du patrimoine d'affectation, le législateur consacra, à demi-mesure, la fiducie par une loi du 19 février 2007<sup>1509</sup>. Or n'ayant pas fait l'effort, pourtant nécessaire, de distinguer la fiducie gestion de la fiducie sûreté, la loi du 19 février 2007 rencontra très rapidement ses limites. C'est ainsi qu'elle fut l'objet de quatre réformes<sup>1510</sup>. Elle est désormais définie comme étant « l'opération par laquelle la propriété d'un bien ou droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie »<sup>1511</sup>. La fiducie nous offre la faculté d'observer la diversité du monde des sûretés comme si nous étions dans un laboratoire. En effet, son caractère polymorphe permet à la sûreté de porter à la fois sur des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, entraîner une dépossession ou non du bien grevé, comporter une faculté de recharge... Partant, si les règles portées par la fiducie se retrouvent au sein des autres sûretés, nous pourrions considérer, par analogie, que celles-ci constituent le socle commun à la famille des sûretés pour soi. Les règles ainsi définies se réuniraient en vue de constituer un droit commun des sûretés pour soi en *établissant un régime primaire*. Si l'idée est attrayante de qualifier la fiducie de sûreté modèle<sup>1512</sup>, il apparaît pourtant que la méthodologie se heurte à des limites substantielles. En effet, les lacunes que présente la sûreté

---

*également consacré la validité de certaines cessions à titre de garantie spécifiques : la loi du 17 juin 1987 (CMF, art. L.211-22) relative au prêt de titres ; loi du 31 décembre 1993 (CMF, art. L.211-27s.), relative aux opérations de pension sur titres ; et, plus récemment, loi du 2 juillet 1996 (CMF, art. L.211-28 s.) permettant la remise en propriété « d'instruments financiers, marchandises représentées par un reçu d'entrepôt, effets, créances, contrats ou sommes d'argent » en garantie du solde des opérations sur instruments financiers à terme (ou des positions prises sur des instruments financiers à l'occasion d'opérations de marchés), loi du 2 juillet 1998 concernant la garantie des systèmes de paiement interbancaires (CMF, art. L.330-2). Ce développement très important de la cession à titre de garantie a été consacré par la directive européenne du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière qui a été transposée en droit français par l'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005 (...). Cependant, ce développement considérable a été récemment en partie remis en cause. En effet, à la suite de la faillite de Lehman Brothers International Europe, à qui ses clients avaient cédé des actifs à titre de garantie d'opérations de marché et qui, ayant cédé à son tour lesdits actifs en garantie de ses dettes, s'est vue in fine dans l'incapacité de restituer leurs avoirs à ses clients, l'ordonnance n°2016-827 du 23 juin 2016 transposant la directive « MIF II » du 15 mai 2014 et entrant en vigueur le 3 janvier 2018 a limité les possibilités d'utilisation de la propriété-sûreté, et ce notamment en interdisant aux entreprises d'investissement de recourir à cette garantie en vue de couvrir les obligations de leurs clients non professionnels ».*

<sup>1509</sup> L. n° 2007-211 du 19 février 2007 ; L. AYNÈS, « Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi » ; *RLDC*, suppl., n° 46, 2008, p. 5 ; F. BARRIÈRE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007.2053 ; A. CERLES, « La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? », *JCP E* 2007.2054 ; P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007.1354 ; PH. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007.I.121 ; CH. LARROUMET, « La loi du 19 févr. 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007.1350 et s. ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 févr. 2007 », *Deffrénois* 2007, art. 38631.

<sup>1510</sup> L. n° 2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie ; Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 relative aux procédures collectives ; Ord. n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ; L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 ayant pour objet de ratifier les ordonnances.

<sup>1511</sup> D. LEGEAIS, « La fiducie sûreté », *JCl Banque- crédit-bourse*, Fasc. 785.

<sup>1512</sup> V. C.-A. MICHEL, thèse préc.

l'empêchent d'être élevée au rang de sûreté modèle. Nous pensons notamment à son système d'opposabilité qui reste selon nous à parfaire.

**500. Méthodologie adoptée : élaboration d'un régime primaire né de la comparaison de l'ensemble des sûretés** – Partant, la détermination des règles communes aux sûretés pour soi, tant lors de leur formation que de leur existence, résultera, plus classiquement, d'une opération de comparaison des sûretés réelles entre elles. Une fois l'exercice effectué, il s'agira de viser les principes directeurs qui ont vocation à se retrouver au sein de chaque sûreté peu important leur assiette ou la nature du droit octroyé au créancier. La détermination de ces règles s'opèrera selon deux critères : le caractère commun d'une part et la finalité poursuivie d'autre part. Le caractère commun implique de soulever les principes qui unifient le droit des sûretés réelles, tandis que la recherche de la finalité poursuivie suppose de constater que les dispositions sont marquées par un souci d'assurer la sécurité juridique des sûretés.

**501. Plan** – Le caractère commun implique de soulever les principes qui unifient le droit des sûretés réelles, tandis que la recherche de la finalité poursuivie suppose de constater que les dispositions sont marquées par un souci d'assurer la sécurité juridique des sûretés. Les règles communes se retrouvent tant lors de sa naissance (I) que de l'existence de la sûreté pour soi (II).

## **I. LORS DE LA NAISSANCE DES SÛRETÉS POUR SOI**

**502. Un objectif de protection du constituant mué en préservation de la sécurité juridique** – Contrairement aux sûretés pour autrui, la formation de la sûreté pour soi n'est pas guidée par un souci de protection des intérêts du constituant. Un changement de paradigme s'opère alors en raison de l'exclusion du risque de surendettement non compensé par une contrepartie directe<sup>1513</sup>. L'impératif se mue en une volonté d'assurer la sécurité juridique de la sûreté afin de conforter la confiance du créancier pour favoriser le crédit<sup>1514</sup>. Partant, une même disposition peut être justifiée par deux finalités concurrentes, selon qu'elle se situe en

---

<sup>1513</sup> V. *supra*, n° 183.

<sup>1514</sup> Le lien de cause à effet entre l'attractivité du droit du crédit et le droit des sûretés n'est plus à prouver. L'existence des sûretés est justement de rassurer la confiance du crédit.

droit des sûretés pour autrui ou des sûretés pour soi, ce qui aura une répercussion sur son régime juridique.

**503. Le respect du clivage selon la possession** – Le clivage selon la possession du bien a pour effet de ventiler les règles communes afin d’offrir une meilleure lisibilité du droit. Outre l’incidence sur l’efficacité de la sûreté, la possession a sans nul doute un effet sur le régime applicable. C’est ainsi que le régime primaire se bâtit selon deux pôles intimement liés : l’objectif de sécurité juridique d’une part et l’effet de la possession d’autre part.

**504. Plan** – Nous conservons la même approche que celle adoptée pour identifier les règles communes aux sûretés pour autrui en distinguant les dispositions à exclure de celles qui sont à intégrer. Nous pouvons assister à l’émergence d’une distinction entre les règles qui seraient personnelles au constituant de celles qui relèvent de la nature de la sûreté. Il en résulte que les règles personnelles ne sauraient intégrer le régime primaire (A) contrairement aux dispositions communes inhérentes à la nature des sûretés pour soi (B).

#### **A. Approche négative du contenu**

**505. Exclusion des règles inhérentes à la personne du constituant** – Les règles personnelles au constituant ont pour objet la préservation de son consentement : certaines sont inhérentes au contrat garanti tandis que d’autres se réalisent sur le front du droit commun ou de droits spéciaux. Ne naissant pas directement du contrat de sûreté, ces dispositions n’ont pas vocation à intégrer le régime primaire spécial applicable aux sûretés pour soi, d’autant que leur application en la matière ne révélera aucune spécificité pouvant justifier leur introduction au sein du régime primaire. La protection du consentement du constituant s’opère en amont de la conclusion de la sûreté pour soi. En effet, dès lors que le danger résulte du contrat garanti et non pas de la sûreté, l’application de règles protectrices du consentement doit s’effectuer au stade du contrat garanti. Cela explique la raison pour laquelle les obligations d’information sont dues lors de la conclusion du contrat de crédit.

**506. Plan** – Appartenant respectivement au droit commun (1) ou à des droits spéciaux (2), les vices du consentement ainsi que les règles de pouvoir et de capacité ne revêtent pas la qualité de règles communes. De même, les obligations d’information sont exclues dès lors qu’elles ont trait au contrat garanti et non pas à la sûreté (3).



## 1. Vices du consentement

### 507. Soumission à la théorie générale des contrats : les vices du consentement –

Les vices du consentement assurent le contrôle de la volonté éclairée et libre tant au niveau du contrat garanti que de la sûreté. En raison du caractère accessoire, les vices affectant le contrat de crédit auront de fait un impact sur la sûreté. Au stade de la formation du contrat de sûreté, la protection de la volonté du constituant par la théorie des vices du consentement ne dénote aucune particularité. S'agissant d'un contrat, il n'est guère utile de rappeler que les sûretés pour soi, au même titre que les sûretés pour autrui, se soumettent naturellement au contrôle sur le fondement de la théorie générale des obligations<sup>1515</sup>. Néanmoins, les occasions de caractériser un vice du consentement tel qu'une réticence dolosive, un dol ou encore une erreur sur la solvabilité sont forcément plus rares. Par nature, le constituant étant la même personne que le débiteur, il est difficile de soulever une erreur sur la solvabilité du débiteur ou encore une réticence dolosive<sup>1516</sup>. Bien qu'existantes, les hypothèses de nullité pour vice de consentement ne présentent qu'une application particulière du droit commun de sorte qu'elles ne sauraient intégrer le régime primaire des sûretés pour soi<sup>1517</sup>.

## 2. Information du débiteur

### 508. Absence d'obligation d'information spéciale au titre de la sûreté –

Outre l'obligation d'information précontractuelle qui a été généralisée à l'ensemble des contrats par la réforme, aucune obligation particulière n'est mise à la charge du créancier ni lors de la conclusion ni en cours de contrat. L'absence d'obligation d'information lors de la formation de la sûreté réelle marque une nette et éclairante distinction avec le régime des sûretés pour autrui. Justement, le fait que le devoir de mise en garde sur le risque inhérent au crédit soit exigé au stade du contrat garanti conforte l'identification d'un risque en amont de la sûreté.

---

<sup>1515</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 182 : « Dans d'autres cas en revanche, l'annulation d'une sûreté a pu à juste titre être prononcée parce qu'elle avait été consentie sous l'empire d'une violence morale. Quoique rendues surtout à propos du cautionnement, de telles décisions sont sans conteste transposables aux sûretés réelles. Cela étant, l'annulation du contrat constitutif de sûreté pour vice du consentement est à la fois très classique, et enfermée dans des conditions relativement strictes ».

<sup>1516</sup> De telles hypothèses se rencontrent aisément au sein des sûretés pour autrui dès lors qu'elles ont pour finalité de garantir la dette d'un tiers de sorte que le garant n'a pas forcément connaissance de la situation patrimoniale de ce tiers. V. *supra*, n° 458.

<sup>1517</sup> Du point de vue du créancier, soulever la nullité de la sûreté n'est guère opportun. Il préférera engager la responsabilité du notaire en présence d'une sûreté consentie par acte authentique. V. En ce sens : J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 291.

En effet, il pèse sur le dispensateur de crédit un devoir d'alerte sur le risque résultant de l'opération face à un emprunteur profane<sup>1518</sup>. L'exigence fut étendue par la jurisprudence en matière de cautionnement consenti par une caution profane. Fort logiquement, une telle généralisation n'a pas été opérée dans le cadre des sûretés pour soi en raison de l'identité de personne entre le débiteur et le constituant, outre le fait que le risque se cristallise lors de la conclusion du contrat de crédit. C'est ainsi que le régime primaire ne comprendra pas d'obligation d'information spéciale<sup>1519</sup>, contrairement aux sûretés pour autrui, ce qui dénote l'influence de la *summa divisio*.

### 3. Capacité et pouvoir

509. **Plan** – Bien que la distinction avec les sûretés pour autrui se manifeste également au regard des règles de capacité et de pouvoir<sup>1520</sup>, celles-ci n'ont pas vocation à intégrer le régime primaire dès lors qu'elles ressortent du droit commun ou de droits spéciaux. La capacité et le pouvoir des personnes physiques (a) ne recouvrent pas les mêmes principes qu'en présence d'un constituant personne morale (b).

#### a. Les personnes physiques

510. **Le droit commun et ses aménagements : capacité d'aliéner** – Bien que le risque soit moins important dans le cas d'une sûreté garantissant sa propre dette, il n'en reste pas moins que l'engagement mène potentiellement à une cession du bien grevé en cas de défaillance au titre du contrat garanti, donc à un appauvrissement patrimonial. C'est ainsi que le constituant doit présenter la capacité d'aliéner afin de pouvoir consentir la sûreté. L'article 2413 du Code civil prévoit ainsi que « *les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent* ». Si certains voient en cette exigence le signe d'une gravité certaine de l'hypothèque<sup>1521</sup>, il apparaît que l'affirmation doit être tempérée au regard de deux raisons : d'abord, la

---

<sup>1518</sup> V. *supra*, n° 199.

<sup>1519</sup> En matière hypothécaire, le rôle du notaire est notamment d'expliquer les enjeux patrimoniaux de l'acte dont la signature est projetée. Or nous croyons que l'intervention du notaire en matière hypothécaire est surtout justifiée par sa mission d'authentificateur de l'engagement lui procurant une force juridique non négligeable. V. *supra*, n° 264 et v. *infra*, n° 534.

<sup>1520</sup> En effet, les règles de capacité et de pouvoir sont bien plus strictes dans le cadre des sûretés pour autrui qu'en matière de sûretés pour soi. Cela s'explique par le fait que le risque pris n'est absolument pas de la même envergure.

<sup>1521</sup> *Contra*, v. PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 795.

potentielle cession de l'immeuble se fonde avant tout sur l'existence du droit de gage général ; ensuite la capacité d'aliéner n'est pas seulement requise pour l'hypothèque conventionnelle mais plus généralement pour l'ensemble des sûretés réelles. En matière de gage, « *les parties doivent avoir la capacité de s'obliger, et le constituant du gage doit, en outre, avoir la capacité d'aliéner l'objet du gage, bien que le transfert n'ait pas pour objet la propriété, mais seulement la possession ; car le gage expose à la vente ou à la perte du meuble* »<sup>1522</sup>. L'exigence se comprend au regard de la potentielle mise en œuvre de la sûreté qui est de céder ou de consolider le droit du créancier sur le bien grevé réalisant ainsi un transfert définitif entre le patrimoine du constituant et celui du créancier. Nous pouvons donc considérer que la capacité d'aliéner du constituant<sup>1523</sup> est un principe général applicable aux sûretés réelles mais susceptible de degré. En effet, le législateur a parfois un regard méfiant sur certaines d'entre elles en raison de leur potentielle dangerosité. La fiducie-sûreté en constitue un parfait exemple<sup>1524</sup>.

**511. Les régimes matrimoniaux : le pouvoir du constituant** – Le droit des régimes matrimoniaux encadre parfois le pouvoir des époux de consentir des actes de disposition sur les biens communs. Une règle de cogestion est énoncée lorsque la sûreté grève des biens communs. L'article 1424 alinéa 1 du Code civil impose le consentement du conjoint pour que certains biens, énumérés, puissent faire l'objet de droit réel, *in fine* de sûretés pour soi. La méfiance du législateur à l'égard de la fiducie-sûreté se confirme à la lecture de l'alinéa 2<sup>nd</sup> de l'article 1424, lequel énonce que les époux « *ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire* ». L'édiction de la règle de cogestion se conçoit parfaitement dans un souci de préservation du patrimoine commun, peu important la nature de la sûreté.

*b. Les sociétés*

**512. Un régime caractérisé par une certaine souplesse** – Étant des contrats, les sûretés pour soi ne doivent pas échapper au respect du principe de spécialité de la société, que

---

<sup>1522</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 504.

<sup>1523</sup> Pour déterminer la capacité d'aliéner d'une personne, il convient d'appliquer le droit commun des incapacités. Ainsi, le majeur sous sauvegarde et le mineur émancipé disposeront de la faculté de consentir des sûretés réelles. Le majeur sous curatelle devra demander l'assistance de son curateur pour se faire (v. C. civ., art. 447). En présence d'un majeur sous tutelle, la sûreté réelle sera consentie par le tuteur avec autorisation du conseil de famille (v. C. civ., art. 457-1).

<sup>1524</sup> En effet, les articles 408-1, 445, 468 et 509 sont consacrés à la capacité en matière de fiducie dans un but de protection des parties.

ce soit le principe de spécialité légal ou statutaire. En revanche, l'exclusion de la gravité de l'acte aboutit à l'existence d'un régime juridique bien plus souple que celui applicable en matière de sûretés pour autrui. L'antinomie soulignée par M. Hovasse<sup>1525</sup> ne se constate guère face à une sûreté consentie pour garantir sa propre dette, fondée sur un intérêt patrimonial direct. Ces contrats sont consentis couramment par les sociétés et participent à accomplir leur raison d'être. La conclusion de ce type de sûretés a donc la faveur du législateur et du juge. Le respect de l'objet social par la conclusion de la sûreté reste cependant requis : tout acte doit entrer dans le programme de la société. En présence d'une société à responsabilité limitée, le dépassement de l'objet social emporte l'inopposabilité de la sûreté qu'en cas de connaissance par le tiers. Par faveur à l'égard de ces sûretés, l'article 1844-2 du Code civil énonce qu'« *il peut être consenti hypothèque ou toute autre sûreté réelle sur les biens de la société en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de l'hypothèque ou de la sûreté doit l'être par acte authentique* »<sup>1526</sup>. Le contrôle de la sûreté pour soi à l'égard de l'intérêt social des sociétés à responsabilité illimitée n'a pas lieu d'être non plus. La caractérisation d'un intérêt patrimonial direct poursuivi par le constituant doit emporter une présomption irréfragable de conformité à l'intérêt social. La société consent la sûreté en considération du crédit, du contrat garanti dont la contrepartie intégrera directement son patrimoine. L'analyse se confirme en outre par la jurisprudence applicable en matière de sûretés pour autrui consenties par des sociétés à responsabilité illimitée : la conformité à l'intérêt social résulte de l'existence d'une contrepartie indirecte à la garantie. Par analogie, la sûreté comportant une contrepartie patrimoniale directe respecte *de facto* l'intérêt social. Ce sera le cas pour l'ensemble des sûretés pour soi. Pour le cas des sociétés à responsabilité limitée, dans l'hypothèse où la loi Pacte aurait un impact sur la jurisprudence actuelle<sup>1527</sup>, l'argument précité aurait vocation à s'appliquer aussi.

---

<sup>1525</sup> J. HONORAT, « Société et cautionnement », *Defrénois*, 1982, art. 32970, p. 1590, spéc., n° 25.

<sup>1526</sup> E. NETTER, « Garanties consenties par une société », *EJS*, 2019 : l'auteur explique la *ratio legis* de l'article 1844-2 du Code civil. « *Il existe, d'abord, une règle d'origine légale propre aux sociétés garantes. Il s'agit de l'article 1844-2 du Code civil, relatif aux hypothèques. Rappelons, afin qu'il soit bien compris, que les hypothèques conventionnelles doivent être consenties par acte notarié, ce qui emporte que le mandat donné à autrui de constituer hypothèque doit lui aussi revêtir, en principe, une forme authentique (C. civ., art. 2416). Dès lors, « pour que la société, personne morale, donne mandat à ses représentants légaux de constituer l'hypothèque, il faudrait logiquement que les statuts soient notariés ou que la délibération spéciale soit notariée* ». Voilà qui serait inutilement contraignant ».

<sup>1527</sup> Sur l'impact de la loi PACTE en matière de sûretés consenties par les sociétés à responsabilité limitée, v. *supra*, n° 116.

**513. Exclusion des dispositions spéciales aux sociétés à responsabilité limitée –**

La bénédiction pour les sûretés pour soi se voit aussi dans le cas des dispositions applicables aux sociétés de capitaux. Très logiquement, elles sortent du champ des conventions interdites dans les SA et les SARL<sup>1528</sup> dès lors que leur structure les empêche d'avoir pour objet de garantir la dette de leurs représentants. Aussi, la Cour de cassation refuse d'exiger une autorisation du conseil d'administration ou du directoire pour les sûretés qui ont pour objet de garantir la dette propre à la société<sup>1529</sup>. Le critère d'exclusion des dispositions de l'article L. 225-35 du Code de commerce résulte bien de l'existence d'un intérêt patrimonial direct. L'analyse se confirme à la lecture d'une décision rendue le 15 janvier 2013 par laquelle la chambre commerciale décide que la délégation, ayant pour objet non pas d'éteindre la dette du délégant envers le délégataire mais pour effet d'éteindre la dette du délégué envers le délégant, n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 225-35 puisque le délégué n'a pas payé la dette d'un tiers<sup>1530</sup>.

**B. Approche positive du contenu**

**514. Changement de paradigme : l'efficacité des sûretés –** Lors de la formation, le souci d'assurer l'efficacité économique des sûretés réelles marque l'existence de principes et plus généralement de règles qui, ensemble, travaillent à une mise en œuvre efficace de la sûreté. A l'inverse des sûretés pour autrui, nous constaterons que le régime juridique est entièrement guidé par le vœu de renforcer la sécurité juridique du contrat et non la protection du constituant. Les sûretés pour soi forcent à un changement de paradigme. La rigueur se mue en un droit plus souple. L'efficacité économique des sûretés réelles<sup>1531</sup> postule de s'éloigner d'un droit rigide tout en assurant l'efficacité de la sûreté, dans un souci de préservation du crédit. Une certaine liberté contractuelle apparaît alors qui se rencontre lors du choix de la sûreté et aussi par la faculté des parties de pouvoir moduler certains aspects du régime, notamment en choisissant de consentir une sûreté avec ou sans dépossession, publiée ou clandestine, etc. Au regard de l'apparente diversité, l'établissement d'un régime primaire

---

<sup>1528</sup> V. *supra*, n° 136.

<sup>1529</sup> Cass. com., 11 févr. 1986, n° 84-13.959, *Bull. civ. IV*, n° 14, *rev. sociétés* 1986.243, n. J.J. DAIGRE; Cass. com., 12 juill. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 123.

<sup>1530</sup> Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-28.173.

<sup>1531</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », art. préc.

contenant un socle de règles communes aux sûretés pour soi relèverait-il de l'utopie<sup>1532</sup> ? La diversité qui règne en la matière n'empêche pas d'identifier des dispositions communes à l'ensemble des sûretés pour soi et qui ne se retrouveront pas dans le régime primaire applicable aux sûretés pour autrui. Des règles communes transcendent ainsi le caractère hétérogène des sûretés pour soi.

**515. Plan** – Il s'avère en effet que les sûretés pour soi présentent à l'unanimité un caractère accessoire dont il résulte des effets communs sur la sûreté (1), tandis que la volonté des parties est encadrée à la fois par des formalismes de spécification et d'opposabilité répondant à une finalité de sécurité juridique (2).

### 1. Caractère accessoire et ses effets

**516. Appréciation du caractère accessoire par le prisme de l'intérêt patrimonial direct** – Le caractère accessoire s'explique au regard de la volonté du constituant qui est d'affecter un bien en contemplation du crédit qui lui sera accordé. L'intérêt patrimonial direct poursuivi établit ainsi un rapport, plus ou moins souple, entre la sûreté et la créance garantie. Le fait que le constituant se soit engagé pour obtenir immédiatement la contrepartie de la créance garantie implique que la sûreté sera toujours accessoire à celle-ci, peu important sa spécificité. En cela, la cause de la sûreté pour soi se détache du caractère accessoire pour venir constituer sa source. Le rapport entre la créance garantie et la sûreté ne doit pas justifier pour autant une exigence de proportionnalité. C'est ainsi que le caractère accessoire doit être élevé en principe commun à l'ensemble des sûretés pour soi. La prohibition des sûretés indépendantes, flottantes et générales doit en ce sens être confirmée<sup>1533</sup>. Le droit français se démarque ainsi du droit anglais. En effet, la *floating charge* en droit anglais<sup>1534</sup> qui permet d'engager l'ensemble des biens présents et futurs du débiteur à la garantie d'une dette jusqu'à la cristallisation de la sûreté à l'échéance de la dette

---

<sup>1532</sup> Certains auteurs ont par ailleurs fait émerger l'existence d'un droit commun applicable à l'ensemble des sûretés réelles, v. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*

<sup>1533</sup> Les sûretés réelles indépendantes ne sont pas admises en droit français.

<sup>1534</sup> La *floating charge* est une sûreté sans dépossession prenant sa source dans l'*Equity*. Elle s'oppose ainsi aux deux autres catégories de sûretés anglaises qui résultent de la *Common Law* : le *mortgage*, sûreté emportant transfert de propriété et le *pledge*, sûreté avec dépossession. A l'inverse d'un privilège général, elle naît du contrat. V. sur la notion de *floating charge* : Y. BLANDIN, *Sûreté et bien circulant, Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2016 ; P. CROCCO, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* 2001, n° 92 ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les apports de la pratique anglaise au droit des sûretés », *Dr. et patr.* 2003, n° 113 ; A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, « La réforme du droit anglais des sûretés », *RLDC* 2014, n° 120.

garantie, en cas de saisie effectuée par un autre créancier ou en cas de difficulté du débiteur. La sûreté anglaise « *projetterait une ombre maléfique sur tous les biens présents et futurs du constituant* »<sup>1535</sup>. Elle se distingue du privilège général de droit français en ce qu'elle naît du contrat. Un auteur a proposé de reconnaître une *floating charge* à la française<sup>1536</sup>. L'admission en droit français d'une sûreté flottante heurterait pourtant de plein fouet le principe de spécialité des sûretés réelles, lequel a une fonction primordiale qui est celle de préserver la nature et la raison d'être de la sûreté. En effet, la sûreté est là pour renforcer le droit de gage général, ce qui s'opère nécessairement par son caractère spécial, et non pour constituer un double emploi du droit de gage général. En outre, il convient de se prémunir contre une résurrection de la confusion entre droit de gage général et sûreté réelle.

**517. Portée du caractère accessoire** - Relève-t-il d'une accessoriété renforcée tel que présente le cautionnement ou s'agit-il d'une connexion classique entre les deux rapports ? La nullité du contrat garanti emporte-t-elle l'anéantissement de la sûreté qui vient la garantir ? Ce sont autant de questions que pose la qualification du caractère accessoire. L'accessoriété implique en effet que l'élément accessoire soit placé sous la dépendance du rapport principal<sup>1537</sup>. Considérer le caractère accessoire comme étant renforcé serait alors admettre que celui-ci poursuive un ordre public de protection<sup>1538</sup>. Or il a été démontré qu'une telle finalité n'a pas lieu d'être en l'occurrence en raison de l'absence de risque au titre de la sûreté. L'opposabilité des exceptions telle qu'elle existe pour le cautionnement n'a ainsi pas vocation à s'appliquer pour le cas des sûretés réelles, en dehors des hypothèses limitativement énumérées par la loi. En revanche, en raison du lien particulier entre le contrat garanti et la

---

<sup>1535</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 639.

<sup>1536</sup> C. DAUCHEZ, thèse préc., n°167 et 182 et s. : « *Le principe de spécialité n'a, cependant, vocation à s'appliquer qu'autant que la sûreté réelle porte atteinte à l'autonomie patrimoniale du constituant, soit qu'elle nuise à l'obtention de concours bancaires postérieurs, soit qu'elle entrave la circulation de ses biens. Or, la floating charge de droit anglais combine l'existence de la sûreté réelle et l'absence d'atteinte à l'autonomie patrimoniale tant que la sûreté réelle n'est pas cristallisée. Aussi, il serait possible d'offrir en droit français la possibilité aux parties, en relation d'affaires, de concéder une sûreté réelle générale, sous réserve de quelques adaptations. Evidemment, une telle sûreté est d'une efficacité bien moindre* »

<sup>1537</sup> G. GOUBEAUX, thèse préc., n° 18 : l'auteur explique le rapport de dépendance entre le principal et l'accessoire puisque ce dernier élément ne se conçoit qu'en complément du principal. Il « *est une chose qui s'ajoute à une autre, et, comme on ne peut ignorer la formule qui relie les deux mots, il est clair que c'est au principal que l'accessoire se joint ainsi. L'expression ne fait pas naître l'infériorité, mais celle de complémentarité, ou du moins, car il faut être prudent, celle de superposition ou d'addition. L'image se précise déjà. D'autant plus que le terme évoque une perspective dynamique. Alors que le mot « principal » n'indique aucun mouvement, l'accessoire est ce qui « s'approche ». C'est lui qui vient s'ajouter au principal. L'opposition entre les deux mots est assez nette. Le principal apparaît comme le point ferme sur lequel se fixe l'accessoire, ce qui correspond d'ailleurs à l'idée d'antériorité chronologique du principal. On voit d'abord une chose immuable, le principal ; puis apparaît une chose nouvelle qui vient s'ajouter à la première : l'accessoire* ».

<sup>1538</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 232 et s.

sûreté<sup>1539</sup>, l'existence de celle-ci suppose de reposer sur une obligation garantie qui soit valable. Partant, « *le consentement au contrat principal influence la validité de la sûreté, ce qui est normal car celle-ci est l'accessoire de celui-là* »<sup>1540</sup>. L'obligation résultant du caractère accessoire se comprend aisément : la sûreté n'a plus de raison d'être faute de contrat à garantir. C'est ainsi que la disparition de l'obligation principale doit entraîner nécessairement celle de la sûreté<sup>1541</sup>, nonobstant le caractère relatif de la nullité affectant le contrat principal<sup>1542</sup>. Le principe de spécialité s'explique donc par une conception plus stricte du caractère accessoire qui veut que l'affectation d'un ou plusieurs biens, présents ou futurs, se réalisent en considération d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Finalement, le principe de spécialité vient concrétiser le caractère accessoire de sorte que nous pouvons affirmer qu'il en constitue un de ses effets<sup>1543</sup>.

**518. Encadrement des sûretés pour soi par le principe de spécialité** – Le rapport entre la sûreté et la créance garantie, bien qu'il ne soit pas fondamentalement figé<sup>1544</sup>, entraîne pour effet que celle-ci sera nécessairement délimitée. C'est ainsi que le principe de spécialité entre en jeu pour encadrer la sûreté en exigeant de la définir quant aux créances garanties mais aussi quant à son assiette<sup>1545</sup>. Nous avons déjà évoqué plus avant que ce principe n'est désormais plus absolu. Son atténuation s'est révélée par la faculté de garantir des créances futures dès lors qu'elles sont déterminables, de grever des biens futurs voire des universalités,

---

<sup>1539</sup> V. *supra*, n° 223 et s. : le rapport nécessaire entre la créance et la sûreté naît de la cause du contrat.

<sup>1540</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n°285 et s. : En effet, « *dans la mesure où la sûreté doit garantir une obligation valable, la nullité du contrat principal pour vice du consentement implique normalement la nullité consécutive du contrat de sûreté. (...) La conséquence la plus apparente du principe est qu'en cas de vice du consentement affectant le contrat principal, la nullité de la sûreté en découle sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'un tel vice affecte le contrat constitutif de sûreté lui-même. D'ailleurs, les parties aux contrats sont ici les mêmes, et, si les contrats sont contenus dans le même acte (ex : prêt notarié avec constitution d'hypothèque), il est concrètement difficile de distinguer le vice touchant l'un ou l'autre* » .

<sup>1541</sup> Néanmoins, le principe est assorti d'un tempérament notable : en dépit de la nullité prononcée à l'égard du contrat principal, la sûreté réelle pourra subsister afin de garantir les restitutions réciproques. La solution est à rapprocher de celle existant en droit du cautionnement.

<sup>1542</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 287 : « *La nullité du contrat prive la sûreté de cause, car la sûreté n'a plus aucune fonction de garantie à remplir. La nullité peut bien être relative quant au contrat principal, elle produit quant à la sûreté un effet absolu, et la disparition de la sûreté pourra donc être invoquée par l'une ou l'autre des deux parties. Le caractère relatif concerne l'ouverture de la nullité du contrat principal (personne pouvant la demander, prescription, etc.). Mais une fois la nullité prononcée, il faut en tirer toutes les conséquences : quod nullum est, nullum producit effectum* ».

<sup>1543</sup> Le caractère se manifestera tant lors de la naissance de la sûreté, de son existence que lors de sa réalisation.

<sup>1544</sup> Parfois la sûreté réelle va effectivement se détacher du sort de la créance garantie. V. *supra*, n° 157.

<sup>1545</sup> V. *supra*, n° 373.



mais aussi par l'avènement des sûretés rechargeables<sup>1546</sup>. La faculté de grever des biens futurs ou de garantir des créances futures est selon nous un trait commun qui doit être conforté dans un souci de renforcement du droit du crédit et de son attractivité<sup>1547</sup>. Pourtant les tempéraments apportés au principe de spécialité ne sont pas pour autant des signaux de son extinction. Ils viennent le renforcer par la reconnaissance de son adaptabilité<sup>1548</sup>. Les contours du principe de spécialité s'adaptent ainsi au gré des besoins des parties. Malgré sa souplesse, le principe de spécialité demeure une exigence en droit français. Il reflète un effet incontournable du caractère accessoire des sûretés pour soi de sorte qu'il a vocation à régir l'ensemble de la catégorie. La prohibition des sûretés indépendantes, flottantes, générales se comprend à la lumière du principe de spécialité qui puise sa force dans le caractère accessoire de la sûreté.

## 2. Formalisme de sécurité juridique

**519. Plan** – La volonté des parties est aussi soumise à un formalisme. Le formalisme que nous retrouvons en la matière poursuit une des trois finalités identifiées par Jacques Flour<sup>1549</sup>. Ce n'est cette fois-ci pas la protection du constituant mais la sécurité juridique du contrat qui est au cœur de l'exigence (a). Le formalisme est en ce sens un préalable à la publicité de la sûreté afin de la rendre opposable, qu'il s'agisse d'une sûreté avec ou sans dépossession. Bien que la règle soit commune à quasiment l'ensemble des sûretés réelles de nos jours, il demeure des sûretés clandestines dont nous croyons qu'elles devraient être soumises au principe général (b).

---

<sup>1546</sup> Nous croyons en effet que la faculté de rechargement des sûretés réelles ne constitue pas une entorse au principe de spécialité et ne contrevient pas à leur nature. Elle devrait être étendue en matière de sûretés portant sur des meubles corporels ou incorporels allant dans le sens de l'efficience économique des sûretés.

<sup>1547</sup> Une exception vient pourtant tempérer en apparence la faculté de grever des biens futurs. En matière hypothécaire, les cas sont en effet limitativement prévus. Or l'énoncé des hypothèses dans lesquelles il est permis de grever un bien futur est formulé de manière si extensive et large que finalement nous pouvons nous demander si le principe n'est pas plutôt l'admission d'une hypothèque sur biens futurs, sauf exception ! V. en ce sens, L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.* n° 666.

<sup>1548</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés réelles », art. préc.

<sup>1549</sup> J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », art. préc.

a. *Exigence et finalité du formalisme*

520. **Un formalisme de sécurité juridique** – Encadrer la volonté du constituant dans un mode d'expression constitue manifestement une exigence commune à l'ensemble des sûretés. L'écrit est omniprésent. A première vue, nous dirons que cela s'entend au regard même de la finalité des sûretés : rassurer la confiance du créancier passe nécessairement par l'établissement d'un écrit, déjà pour des questions de preuve<sup>1550</sup>. Or nous avons pu observer que le formalisme établi pour les sûretés pour autrui se fonde sur une finalité de protection. Le professeur Philippe Dupichot a établi que le formalisme des sûretés réelles poursuivait une finalité différente ; celle d'assurer la sécurité juridique du contrat<sup>1551</sup>. Le vibrant argumentaire de l'auteur emporte la conviction par la mise en lumière d'une *summa divisio* qui nous éclaire. En effet, au regard des sept finalités dénombrées, il apparaît un clivage entre un formalisme de protection et un formalisme de sécurité juridique. Le formalisme de sécurité juridique comprend le formalisme cambiaire afin de faire circuler une valeur, le formalisme indirect à titre de preuve ou d'opposabilité, la sécurité juridique par la spécification et la certification de la date<sup>1552</sup>. Nous pouvons observer que la distinction proposée par l'auteur correspond à celle que nous suggérons, en ce que les sûretés pour autrui doivent se soumettre à un formalisme de protection, tandis que les sûretés pour soi répondent à un formalisme de sécurité juridique. Nous nous plaçons directement dans la pensée de l'auteur qui a su renverser l'idée selon laquelle le formalisme en droit des sûretés réelles avait pour finalité la protection du constituant en raison de la gravité de l'acte. Par une analyse sans faille fondée sur trois arguments, M. Dupichot opère le changement de paradigme que nous adoptons ici. L'absence d'endettement au titre de la sûreté réelle, la raréfaction du dessaisissement effectif et l'absence de diminution de la valeur du bien grevé attestent du renversement du formalisme de protection au profit d'un formalisme de sécurité juridique<sup>1553</sup>. En effet, l'exigence d'un écrit n'est pas établie dans un but de préserver le consentement du constituant<sup>1554</sup> mais permet de préciser les contours de la garantie par sa fonction de spécification, et d'assurer son opposabilité par un formalisme de publication.

---

<sup>1550</sup> En effet, l'écrit a pour vertu de rendre indélébile la parole donnée afin d'en assurer son respect.

<sup>1551</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 564 et s.

<sup>1552</sup> PH DUPICHOT, thèse préc., *ibid.*

<sup>1553</sup> PH DUPICHOT, n° 575 : à l'appui de son argumentaire, l'auteur soulève que la qualification des hypothèques ne respectant pas le formalisme prescrit en promesse d'hypothèque sous seing privé prouve que le formalisme n'est pas à titre de protection du constituant.

<sup>1554</sup> PH DUPICHOT, n° 583 et s. : le devoir de conseil du notaire lors de la constitution d'une hypothèque n'est pas tant pour protéger le constituant mais plutôt pour assurer l'efficacité de l'acte.

**521. Le formalisme de spécification** – L'établissement d'un écrit sert la sécurité juridique en décrivant les contours de la sûreté consentie, notamment quant à son assiette et à la créance garantie. Le formalisme apparaît ainsi comme étant le bras armé du principe de spécialité. Chacun s'accorde à considérer que l'écrit permet de fixer les contours de la sûreté. La faculté d'enregistrement de l'écrit accorde une force supplémentaire à la spécification en conférant une certification de la date et éviter tout risque que la sûreté soit antidatée. Le clivage entre les sûretés avec ou sans dépossession importe peu en l'occurrence. Si la fonction de spécification est certes remplie par la dépossession du bien grevé, il reste nécessaire d'établir une date certaine, ce qui ne peut se réaliser que par l'écrit<sup>1555</sup>. L'effet de la possession se manifeste très logiquement pour l'exigence du formalisme à titre d'opposabilité.

**522. Formalisme d'opposabilité** – « *L'écrit est un passage obligé pour l'accomplissement de la publicité qui est un rouage essentiel à la protection des tiers...* »<sup>1556</sup>. Deux régimes distincts s'offrent ainsi aux parties : soit la sûreté est avec dépossession de sorte que la possession suffit à elle seule à conférer l'opposabilité *erga omnes* de la sûreté<sup>1557</sup> ; soit l'absence de dépossession implique l'inscription de la sûreté sur un registre spécialement prévu à cet effet pour montrer son existence aux yeux de tous<sup>1558</sup>. Les droits réels, plus particulièrement les sûretés réelles sont vulnérables à défaut d'être opposables<sup>1559</sup>. Partant,

---

<sup>1555</sup> Conférer une date à la sûreté est impérative puisqu'elle est attributive de rang.

<sup>1556</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 278 : l'auteur poursuit en soulevant que « *la publicité est la deuxième étape obligatoire du parcours formaliste auquel est soumis le titulaire de la sûreté* ».

<sup>1557</sup> La fiducie-sûreté avec dépossession pourrait apparaître comme étant une exception puisque son régime juridique impose une publicité sur un registre. Or la publication de la fiducie n'a pas pour effet d'assurer son opposabilité (les tiers n'ayant pas accès au registre) mais se justifie par des raisons fiscales afin que le Trésor puisse avoir connaissance des transferts fiduciaires.

<sup>1558</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 279 : « *Jugée inutile quand le créancier entre en possession du bien grevé, le dessaisissement du débiteur étant réputé informer suffisamment – quoique de manière rudimentaire – le public, la formalité publicitaire revêt une importance capitale lorsque le constituant maintient son emprise sur le bien. La publicité donne alors à la sûreté un « corps sensible ». Elle l'incarne aux yeux des tiers. Les grecs l'avaient parfaitement compris, qui subordonnaient la prise d'hypothèque à l'apposition obligatoire d'une stèle devant le fonds grevé, que l'on a depuis remplacé par une formalité moins voyante, l'inscription sur registre, consultable uniquement par les tiers intéressés* ».

<sup>1559</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 280 : à la suite d'une étude comparative entre la publicité des droits réels et celle des sûretés réelles, l'auteur conclut que le domaine d'application de la publication en matière de sûretés réelles est plus large, notamment pour deux raisons. D'abord, les sûretés réelles, sans dépossession, n'assurent pas l'extériorité du droit nécessaire pour assurer son opposabilité. Ensuite, les situations de conflits se retrouvent nécessairement dans les sûretés réelles. M. Gijbers explique en ce sens que contrairement aux droits réels principaux, « *c'est en effet sans malice ni méchanceté que les sûretés réelles vont au combat avec les tiers. La survenance du conflit ne suppose, en la matière, aucune entreprise malhonnête ni fautive de la part du débiteur, qui conserve le droit d'aliéner le bien après l'avoir hypothéqué et le droit de contracter de nouvelles dettes auprès de nouveaux créanciers. Contrairement aux droits réels qui n'entrent en « collision » que dans des situations pathologiques et statistiquement rares, le conflit avec autrui est inscrit « dans les gènes » des sûretés*

faute de dépossession du bien, la sûreté pour soi doit faire l'objet d'un formalisme de publication en vue de résoudre les conflits avec d'autres créanciers. Le régime primaire doit comprendre un principe général de formalisme de sécurité juridique assurant la spécification tant de l'assiette que de la date mais aussi un formalisme d'opposabilité qui se matérialise soit par une dépossession réelle ou juridique.

*b. Formalisme de sécurité juridique : un principe général*

**523. Un principe général** – Nous proposons de porter un principe général de formalisme de spécification au sein du régime primaire, quel que soit la particularité de la sûreté ou la nature du bien grevé. La spécification des parties, des créances garanties, des biens grevés ainsi que de la faculté de rechargement en constituerait son contenu. Seule la nature immobilière du bien grevé postulerait un formalisme renforcé par l'exigence de l'authenticité de l'acte. S'agissant d'une condition de validité, la sanction doit rester la nullité de la sûreté<sup>1560</sup>.

**524. Un principe général susceptible de degré : l'effet de la publicité foncière** – *De lege lata*, établir un écrit est une exigence quasi omniprésente afin de banaliser les contours de la sûreté<sup>1561</sup>. En effet, tant les sûretés conventionnelles que légales, immobilières, mobilières, corporelles ou incorporelles, exclusives ou préférentielles comportent une telle obligation<sup>1562</sup>. Néanmoins, la nature du bien grevé ou le choix de la sûreté fait peser un formalisme plus ou moins renforcé, soit par sa forme, soit par son contenu. En présence de sûretés conventionnelles portant sur des meubles, corporels ou incorporels, le formalisme est atténué puisque l'obligation de l'écrit est certes à titre de validité du contrat mais sans pour autant exiger l'authenticité contrairement aux sûretés portant sur des immeubles. En effet, tant l'hypothèque conventionnelle que le gage immobilier sont des sûretés qui requièrent une formation passée devant notaire. L'exigence ne s'explique pas tant par un souci de protection

---

*réelles, en dehors de tout acte frauduleux ou illégal de la part du débiteur* ». Il en conclut ainsi que la publication en matière de sûretés réelles est « constitutive » et non « confortative » tel que c'est le cas pour la publication des droits réels principaux.

<sup>1560</sup> PH. DUPICHOT, *ibid* : néanmoins l'acte pourra dégénérer en promesse de sûreté puisque la nullité n'est pas fondée sur un ordre public de protection.

<sup>1561</sup> Le respect du principe de spécialité se matérialise notamment par le formalisme de spécification. V. *supra* n° 260 et 521.

<sup>1562</sup> Une exception apparaît néanmoins concernant les sûretés financières. L'article L.211-38 du Code monétaire financier n'exige pas d'établir la sûreté par écrit. Néanmoins, tel que le souligne le professeur Charles Gijssbers, l'exception n'est qu'apparente dès lors que l'article vient immédiatement tempérer le principe en affirmant que l'identification des biens, droits, bénéficiaire de la sûreté doit se constater par écrit. V. CH. GIJSSBERS, thèse préc.

que par la volonté affirmée de conférer une sécurité maximale à la convention passée par le rôle de l'authentification par le notaire. La consécration récente<sup>1563</sup> de la publicité foncière s'explique au regard de son histoire. Tirillée entre deux conceptions doctrinales et politiques<sup>1564</sup>, la publicité foncière ne fut reconnue en droit française qu'en 1955<sup>1565</sup> et fit son entrée au sein du Code civil en 2011<sup>1566</sup>. Depuis, le droit français impose un système de publicité foncière dit réel<sup>1567</sup> et « confortatif » et non « constitutif » du droit<sup>1568</sup>. La sécurité du crédit foncier s'en trouve donc renforcée<sup>1569</sup>. Rassurer la confiance du créancier passe par l'opposabilité de son droit et la connaissance qu'il a de l'existence de droits concurrents sur le bien. Le rôle de la publicité foncière est ainsi fondamental. La Commission de réforme de la publicité foncière propose de « recentrer le système autour de sa fonction principale d'instrument de la sécurité juridique »<sup>1570</sup>. L'exigence d'authenticité se comprend à l'aune de la particularité de la publicité foncière. L'efficacité du système repose sur sa fiabilité. Les fonctions qui lui sont attribuées sont telles que le législateur ne pouvait permettre la possibilité d'inscrire des droits dont l'origine n'est pas certifiée par le sceau du notaire,

---

<sup>1563</sup> V. M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques Flour*, p. 218.

<sup>1564</sup> En effet, la reconnaissance d'un système de publicité foncière fut âprement débattue entre les partisans de la clandestinité et ceux de la transparence. La controverse débuta dans l'Ancien droit et lors de la codification de 1804. L'adoption de la publicité foncière avait vocation à mettre en lumière la réalité de la consistance des patrimoines fonciers. La pratique était en effet d'octroyer des crédits fonciers sur la base de la réputation de la personne. Son apparente richesse était le fondement du crédit réel. C'est ainsi que l'Édit *de Colbert* datant du 21 mars 1673 (v. L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 631) fut abrogé très rapidement après son adoption. Cet Édit avait pour objet d'instaurer un système d'enregistrement des hypothèques, ce qui amenait à découvrir la réalité de l'endettement d'une personne. Sous prétexte de vouloir protéger les grandes familles, le Parlement fut à l'origine de l'abrogation. Par cela, le Parlement permettait de dissimuler l'endettement de la noblesse. Lors de la codification, les partisans de la transparence, menée par Treilhard, perdirent leur bataille. Les transactions immobilières continuèrent de s'opérer clandestinement tandis que l'inscription des hypothèques fut reconnue sous réserve de très nombreuses exceptions.

<sup>1565</sup> Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière et n° 55-1350 du 14 octobre 1955 pour l'application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

<sup>1566</sup> L. n° 2011-231 du 28 mars 2011, C. civ. 710-1.

<sup>1567</sup> Avant la codification, le système était une publicité personnelle, en ce sens qu'elle était fondée sur l'identification de la personne et non pas sur l'immeuble. Cela était notamment dû à une mauvaise connaissance des propriétés et des sols (v. « Pour une modernisation de la publicité foncière », rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, 12 nov. 2018, p. 14 et s.). Une telle publicité suscitait des difficultés pour obtenir les informations dès lors que l'identité du propriétaire n'était pas connue. Nous avons d'ailleurs pu constater que la publicité personnelle est de ce fait moins efficace que la réelle puisqu'elle ne fera pas naître une opposabilité absolue, notamment aux tiers qui ne sont pas des ayants cause à titre particulier.

<sup>1568</sup> Contrairement au système de publicité allemand qui fait naître le droit, la publicité foncière n'est pas source du droit inscrit mais de son opposabilité. Ce sont bien les actes authentiques qui sont inscrits, non le droit en lui-même. En droit allemand, le système est différent puisque l'existence du droit est subordonnée à son inscription.

<sup>1569</sup> V. en ce sens : G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 145 ; CH. MOULY, « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.Cl. Notarial*, fasc. 20.1984, n° 1 ; PH. THERY, *op. cit.*, n° 360.

<sup>1570</sup> « Pour une modernisation de la publicité foncière », rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, 12 nov. 2018, p. 62.

officier public, qui garantit sa réalité jusqu'à ce que soit prouvée l'existence d'un faux. La disparité dans le degré de l'exigence n'a pourtant pas pour effet de bouleverser le contenu du formalisme, qui est *in fine* identique à tout type de sûreté réelle : l'écrit doit préciser l'assiette de la sûreté et la créance garantie, la faculté de rechargement ainsi que la date. Il est imposé un formalisme plus strict pour la constitution d'une fiducie-sûreté : en sus de l'identification des parties, des créances garanties, et des biens concernés par le transfert fiduciaire, il est exigé de mentionner l'évaluation de la valeur du bien grevé <sup>1571</sup>.

**525. Un principe chassant les sûretés clandestines** – Les sûretés conventionnelles sont, sans exception, toutes concernées par le besoin d'opposabilité<sup>1572</sup>. Or les sûretés dites légales représentent, pour certaines d'entre elles, une exception<sup>1573</sup>. L'existence de sûretés clandestines s'explique par leur fondement légal : en raison de la qualité ou de la nature de l'opération, les tiers peuvent supposer de l'attribution du privilège corrélatif<sup>1574</sup>. En outre, il est avancé que l'exigence de publication serait une atteinte à l'atout de simplicité dans la formation ce qui pourrait mener à leur perte<sup>1575</sup>. Pourtant, ces deux arguments ne suffisent plus à justifier le caractère clandestin de certains privilèges. Bien qu'il soit juste de dire que nul n'est censé ignorer la loi, il apparaît peu évident de connaître l'existence de chaque privilège même pour les plus rompus à la matière<sup>1576</sup>. Il est vrai que la clandestinité est un

---

<sup>1571</sup> L'exigence est le reflet de la méfiance du législateur portée à l'égard de la fiducie sûreté, perçue comme étant une potentielle source d'une crise des subprimes à la française. La mention est selon nous inutile car le principe de spécialité suffit à délimiter la sûreté.

<sup>1572</sup> Toutefois, il apparaît que le nantissement de créances (v. C. civ., art. 2361) et les sûretés consenties en garantie d'obligations financières (v. CMF, art. L. 211-38-II) constituent en apparence des exceptions au principe de la publicité des sûretés conventionnelles. *De lege*, ce sont des sûretés qui sont opposables aux tiers dès la conclusion de l'acte. Or la clandestinité n'est pas irrémédiable puisque la notification a pour effet de jouer un rôle de publicité du droit du créancier sur le bien.

<sup>1573</sup> Nous pensons ainsi aux privilèges généraux, aux privilèges mobiliers (il existe néanmoins des exceptions importantes tel que le privilège du vendeur du fonds de commerce), au privilège du syndicat des copropriétaires (v. C. civ., art. 2374).

<sup>1574</sup> PH DUPICHOT, thèse préc., n° 540 et s. ; CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 281.

<sup>1575</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.*

<sup>1576</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de tenter d'énumérer tous les privilèges légaux existant, qu'ils soient généraux ou spéciaux, mobiliers ou immobiliers. L'approche de la matière est ardue. Outre le grand nombre de privilèges, nombreux sont désuets (v. notamment M. JULIENNE, « Privilèges mobiliers spéciaux – présentation des privilèges mobiliers spéciaux », *Rep. civ.*, Dalloz, 2019, art. 2). L'avant-projet de réforme de l'association Henri Capitant appelle ainsi à supprimer certains d'entre eux et surtout à transformer les privilèges spéciaux immobiliers à devenir des hypothèques légales : « *S'agissant des sûretés réelles immobilières, l'avant-projet suggère pour l'essentiel de parachever la réforme accomplie par l'ordonnance du 23 mars 2006. Les termes restrictifs de l'habilitation alors donnée au Gouvernement avaient, en effet, conduit à maintenir en l'état les privilèges immobiliers. Or certains d'entre eux (parmi les privilèges généraux et les privilèges spéciaux) sont manifestement tombés en désuétude : il est donc proposé de les supprimer. Et certains autres (les privilèges spéciaux immobiliers), dont le particularisme est de prendre rang avant la date de leur inscription, créent, au moins en théorie, une insécurité qui n'est pas tolérable : il est proposé de les transformer en de simples*

atout pour une constitution simple et rapide. Or cela ne doit pas pour autant être au péril de leur efficacité<sup>1577</sup> : la transparence est incontestablement gage d'une meilleure visibilité pour les créanciers<sup>1578</sup>. C'est ainsi que le formalisme d'opposabilité devrait être également élevé au rang de principe général ; son non-respect emporterait dès lors une inopposabilité. Pour qu'un tel principe puisse être réalisable, il faut cependant penser à l'amélioration du système de publicité par l'adoption d'un registre central pour les biens meubles, à l'image du registre de la publicité foncière existant pour les immeubles. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés s'inscrit dans ce mouvement de centralisation des registres de publicité en portant une « *Centralisation de l'inscription de diverses sûretés mobilières au registre de publicité du gage sans dépossession tenu au greffe du tribunal de commerce : warrant agricole, warrant pétrolier, gage des stocks, nantissement de parts de société civile, nantissement de matériel et outillage* »<sup>1579</sup>.

**526. Conclusion de paragraphe** – Lors de la formation de la sûreté pour soi, le souci est de lui conférer une existence, laquelle se manifeste par l'opposabilité à l'égard de tous. Un droit réel inopposable n'apporte guère d'utilité à son titulaire. Le droit réel n'existe que parce que son respect peut être opposé aux tiers. Cela se réalise ainsi par un formalisme de spécification et d'opposabilité.

## II. AU COURS DE L'EXISTENCE DES SÛRETÉS POUR SOI

**527. Effet de la possession** – Puisque la sûreté porte sur un bien, la détermination de la titularité ainsi que de la portée des pouvoirs est essentielle. En cours d'existence, il n'est effectivement pas d'obligation particulière pesant sur les parties, excepté la conservation ainsi que la gestion du bien. En effet, l'efficacité de la sûreté commande une préservation de son

---

*hypothèques légales prenant rang à la date de leur inscription (à deux exceptions près, qu'imposeraient, dit-on des considérations d'opportunité). Il est à noter que cette disparition des privilèges spéciaux immobiliers, devenus de simples hypothèques légales, permet une grande clarification du plan du sous-titre consacré aux sûretés immobilières ».*

<sup>1577</sup> L'efficacité de la sûreté est effectivement assurée par son opposabilité.

<sup>1578</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.* : M. Gijsbers regrette l'absence de publicité de certaines sûretés ou privilèges. En effet, « *quelle que soit la valeur propre de ces justifications, il n'en reste pas moins que la clandestinité jure avec le mécanisme même des sûretés réelles et menace grandement la sécurité juridique des tiers contre lesquels l'institution est tout entière orientée. Aussi la proposition a souvent été faite, en doctrine, d'étendre le domaine de la publicité, en particulier à propos des privilèges mobiliers et des privilèges généraux, et plus récemment à propos du nantissement de créances...* ».

<sup>1579</sup> L'absence de registre unique est une difficulté à laquelle s'est attelée la Commission Grimaldi dans le cadre de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés.

assiette. C'est ainsi que la possession influe forcément sur le régime juridique, ce qui amène à une ventilation des règles selon ce critère.

**528. Plan** – La sauvegarde de l'assiette de la sûreté passe par une obligation de conservation du bien à la charge de son possesseur (A), ce qui ne paralyse pas pour autant une faculté de gestion (B).

#### **A. La conservation du bien**

**529. Préservation de la valeur du bien grevé : la charge du possesseur** – Le fait que la sûreté ne puisse pas être une cause de diminution de la valeur de son assiette s'explique en raison de l'obligation faite au possesseur d'en prendre bon soin. En effet, il est établi que celui qui a la chose entre ses mains doit l'entretenir, la conserver. Par un effet miroir, la ventilation de l'application de l'obligation de conservation se réalise en fonction de la possession du bien. Seul le possesseur est débiteur d'une telle obligation. L'obligation de restituer à la charge du créancier en possession justifie l'obligation de conservation puisqu'il ne s'agit pas d'un contrat translatif de propriété. Or comment analyser une telle obligation dans le cadre de propriété-sûreté avec dépossession ? M. Gijbbers se fonde notamment sur l'existence de charges pesant sur le débiteur en possession pour pointer du doigt l'inexistence d'un véritable transfert de propriété dans le cas de la propriété-garantie<sup>1580</sup>. Dans le cas d'un gage sans dépossession, la violation de l'obligation est sanctionnée par la déchéance du terme ou par l'obligation de compléter l'assiette de la sûreté<sup>1581</sup>. A l'inverse, le créancier en possession devient responsable à son tour de l'entretien de la chose à peine cette fois-ci de déchéance de sa sûreté ou de réparation du bien aux termes de l'article 2344 alinéa 1 du Code civil. La possession du bien implique sa conservation et ce peu important le type de sûreté ou de bien grevé. Le cas des propriétés-sûretés ne constitue pas, selon nous, une exception. En effet, leur régime juridique ne diffère pas en ce point : celui qui sera en possession du bien devra pareillement en prendre bon soin. Affirmer que l'obligation de conservation se fonde sur l'obligation de restitution ne suffit pas à comprendre sa raison d'être. Certes, le fait que la restitution doive s'opérer à l'issue du contrat implique un devoir de conservation du bien. La règle est similaire pour chaque contrat non translatif de propriété. Nous pensons ainsi au

---

<sup>1580</sup> CH. GIJBSBERS, thèse préc., n° 331 et s.

<sup>1581</sup> C. civ., art. 2344 al.2.



commodat<sup>1582</sup>. Si la comparaison est éclairante, elle se confronte néanmoins à une limite tenant au fait que l'obligation de restitution sera en l'occurrence toujours conditionnelle. Ainsi, l'obligation de restituer ne se conçoit que dans le cas d'une sûreté avec dépossession : dans ce cas elle est soumise à la condition suspensive de non-défaillance du constituant. A l'inverse, l'obligation de restitution dans l'hypothèse d'une sûreté sans dépossession n'a guère de sens dès lors que son possesseur est le propriétaire de la chose. Son droit est consolidé par la satisfaction de l'obligation garantie. L'absence d'obligation de restitution n'est pas pour autant synonyme d'absence d'obligation de conservation. Conserver le bien se fait dans une perspective de bon sens d'abord, et de garantie ensuite car en cas de défaillance, la propriété du bien sera transmise au créancier. Ainsi devons-nous plutôt qualifier l'obligation en une obligation de transférer le bien, que ce soit en raison de sa restitution au débiteur ou de son transfert de propriété au créancier. La condition de la défaillance ou de l'absence de défaillance détermine l'exigibilité du transfert du bien, de sorte que l'obligation de conservation qui existe dans la perspective d'un retour entre les mains du créancier ou du débiteur, selon la nature de la sûreté, trouve sa cause dans une considération plus vaste : celle d'assurer la persistance de la valeur de l'assiette dans un souci d'efficacité de la sûreté. Le créancier consent au contrat primitif en considération de l'assiette offerte en gage, tandis que le constituant se rassure en pouvant compter sur le maintien de la valeur de son bien. L'obligation de conservation constitue donc une mesure ayant pour effet de renforcer la sécurité juridique des sûretés réelles, se détachant du caractère non translatif de la sûreté. En ce sens, elle doit être élevée au rang de principe commun à l'ensemble des sûretés pour soi.

**530. Une nécessaire prise en charge du risque par le possesseur** – Il est naturel que le risque de la chose incombe à celui qui dispose d'un pouvoir de droit à son égard. La propriété est source de responsabilité. C'est ainsi qu'en droit de la responsabilité civile, le gardien de la chose est présumé être le propriétaire<sup>1583</sup>. Le principe se retrouve en droit des sûretés réelles, à l'exception d'une hypothèse qui relève plutôt de l'anomalie que de l'exception. En effet, le risque de destruction – involontaire – du bien pèse sur le débiteur qui est propriétaire, que l'on se place dans le cas d'une sûreté avec ou sans dépossession. Lorsque le créancier a la possession de la chose, il pourra reporter son droit sur l'indemnité

---

<sup>1582</sup> A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., p. 319 et s.

<sup>1583</sup> Le principe en droit de la responsabilité civile est en effet que le propriétaire soit tenu pour responsable des accidents causés par la chose. Il est le plus souvent considéré comme étant son gardien.

d'assurance en cas de destruction non fautive du bien<sup>1584</sup>. En revanche, en application de ce principe, il apparaît que le créancier bénéficiant d'une propriété-sûreté est celui qui devra supporter les risques. La Cour de cassation l'a confirmé dans l'arrêt *Mécarex* en considérant que les risques de la chose demeurent sur le vendeur réservataire de propriété puisque la clause a eu pour effet de suspendre le transfert de propriété<sup>1585</sup>. La solution révèle une anomalie. Tel que le note M. Gijbers dans ses travaux, la solution « conduit à traiter le vendeur de façon moins favorable que s'il n'avait pas stipulé de sûreté. Quant à l'acheteur, on lui aura permis de profiter gratuitement de la chose jusqu'à sa destruction, quitte à racheter un bien semblable avec un prix que la providence le dispense de payer »<sup>1586</sup>. Le combat par les praticiens de la jurisprudence *Mécarex* est la preuve ultime que la solution est en inadéquation totale avec les besoins de la pratique. En effet, la clause « anti-*Mécarex* » est devenue de style. Le fait que le transfert de propriété soit finalisé à des fins de garantie empêche l'application pure et simple de la propriété classique<sup>1587</sup>.

## B. La gestion du bien grevé

531. **Un pouvoir de gestion aux mains du constituant** – Le fait de conserver le bien n'entraîne pas une paralysie totale de l'exercice des droits sur celui-ci. L'obligation de conservation implique même un certain devoir de gestion *a minima*<sup>1588</sup>, dans l'intérêt de préserver sa valeur. Le principe commun aux sûretés réelles est de laisser le constituant être maître de la gestion de son bien et ce même en présence d'une sûreté avec dépossession, sauf nature particulière du bien grevé tel que les choses fongibles ou consommables ! La sûreté ne rend pas le bien indisponible<sup>1589</sup>. Le régime juridique du gage sur stock permet ainsi une libre disposition des biens composant l'ensemble. La sûreté porte non pas sur les biens pris dans leur individualité mais sur l'universalité, l'ensemble affecté à la garantie. Partant, l'article

---

<sup>1584</sup> P. CROCQ, « Gage », *Rep. Civ.*, Dalloz, 2017. La solution vaut en outre en cas d'entiercement. En effet, la responsabilité du tiers convenu ne sera engagée qu'en cas de faute dans la conservation du bien.

<sup>1585</sup> Cass. com., 20 nov. 1979 ; *Bull. civ.* IV, n° 300 ; *JCP G.* 1981.II.19615, n. J. GHESTIN.

<sup>1586</sup> CH. GIJBERS, thèse préc, n° 329.

<sup>1587</sup> De même, les charges fiscales doivent peser sur le véritable propriétaire. V. en ce sens CH. GIJBERS, thèse préc, n° 334.

<sup>1588</sup> Ainsi, dans le prolongement de l'exécution de l'obligation de conservation, le créancier, qui possède *corpore alieno*, pourra procéder à des améliorations et impenses qui lui seront remboursées si celles-ci étaient utiles. Il s'agit en l'occurrence d'une application particulière d'un principe bien connu en de droit des biens.

<sup>1589</sup> L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose de consacrer la libre disponibilité du bien au rang des principes directeurs applicables à l'ensemble des sûretés réelles dans un nouvel article 2325 du Code civil.

2336 du Code civil prévoit que l'écrit constitutif précise « *la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* » afin que la restitution puisse s'opérer par équivalent en permettant aux biens de circuler. En présence de choses fongibles, l'article 2341 du Code civil impose dans le cas d'un gage avec dépossession une obligation à la charge du créancier de les tenir séparés de ses propres biens, à défaut de convention contraire. Dans ce cas, le créancier est réputé devenir propriétaire des biens mais la restitution se réalisera par équivalence. Il est discutable de fonder la solution sur un droit de propriété transféré au créancier. En effet, il détient les biens en raison de leur affectation à la garantie de la dette. Certains affirment qu'il aurait été opportun de lui reconnaître l'abusus. Il faut admettre que le créancier dispose de la faculté d'en disposer en raison de leur nature particulière. Or *de lege*, une telle faculté est subordonnée à la rédaction d'une clause dite de substitution ou d'arrosage<sup>1590</sup>. Nous pensons qu'il serait plus efficient de postuler une faculté de disposition des ensembles ou des choses fongibles, consommables à charge de les restituer en équivalent, sauf convention contraire, tel que le soumet l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant<sup>1591</sup>. La prérogative se retrouve également dans le cas de certaines sûretés incorporelles. Ainsi, le nantissement de compte-titres dispose d'un régime juridique alliant la technique de l'entiercement – le compte étant détenu par un tiers<sup>1592</sup> – et de l'inscription en compte. Le tiers détenteur du compte dispose seul de la faculté de disposer des titres composant le compte sur ordre du constituant ou du créancier. A la lecture de l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier<sup>1593</sup>, la sûreté porte ici sur le compte considéré comme étant une universalité et non sur les titres *ut singuli*<sup>1594</sup>. Finalement, lorsque la sûreté porte sur une universalité et non pas sur des biens individualisés, il devrait être reconnu une faculté du

---

<sup>1590</sup> Cass. com. 26 mai 2010, n° 09-65.812, *RD bancaire et financier* 2010 n° 4, n. D. LEGEAIS.

<sup>1591</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017 : l'article 2342 du Code civil énonce que lorsque le gage, avec ou sans dépossession, a pour objet des choses fongibles, le constituant peut, sauf convention contraire, les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes.

<sup>1592</sup> H. DE VAUPLANE et S. MOUY, « Gage sur titres : une réforme innovante », *Banque* 1996 p. 54 ; D. LEGEAIS, « Gage de compte d'instruments financiers », *RD bancaire et financier*, 1997 p. 225 et s. ; D.-R. MARTIN, « Du gage d'actifs scripturaux », *D.* 1996, p. 263.

<sup>1593</sup> C.M.F., art. L. 211-20 : « (...) *Les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent en garantie de la créance initiale du créancier nanti, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du nantissement. Les titres financiers et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrits au crédit du compte nanti, en garantie de la créance initiale du créancier nanti, sont soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale (...)* ».

<sup>1594</sup> La question se pose de savoir si le nantissement de titres financiers inscrits dans une *blockchain* porte sur une universalité ou sur les titres déterminés dans l'acte constitutif. Il faudrait en effet procéder à une application par analogie des termes de l'article L. 211-20 du Code monétaire financier en adaptant à la nature particulière de la *blockchain*. En effet, le nantissement devrait pouvoir porter sur tous les titres prévus au jour de l'acte constitutif, de leurs fruits et produits ainsi que les titres venant postérieurement.

possesseur d'en disposer à charge de les restituer par équivalent. En dehors de ces cas particuliers, les actes d'administration, voire de disposition, ne peuvent être effectués que par le constituant.

**532. Sort des fruits et produits** – En présence d'un bien frugifère, le sort des fruits et produits doit constituer un atout pour l'efficience économique de la sûreté en reconnaissant un pouvoir de gestion au créancier qui serait en possession du bien. Partant, il devrait lui être conféré la prérogative de percevoir les fruits à charge de les imputer sur les intérêts de la créance garantie puis sur le capital<sup>1595</sup>. La sûreté se met ainsi au service du remboursement du crédit, lequel aura d'ailleurs souvent servi à l'acquisition du bien qui en est grevé, préservant tant les intérêts du constituant que du créancier, et aboutissant à un équilibre parfait. La technique juridique de l'antichrèse-bail<sup>1596</sup> constitue incontestablement l'une des sûretés les plus utiles en restituant au constituant la jouissance du bien par l'effet d'un contrat de bail tandis que les loyers sont affectés au paiement de la créance garantie. Le remboursement du crédit s'opère ainsi par l'effet d'une alliance entre une sûreté immobilière et un contrat de bail. L'antichrèse-bail constitue un exemple remarquable d'efficacité de notre droit des

---

<sup>1595</sup> Il n'est pas envisageable de permettre au créancier d'acquérir définitivement les fruits ou les produits du bien sans les imputer de la créance garantie puisque les sûretés réelles ne peuvent pas être la source d'un enrichissement du créancier. V. P. CROCO, « Nantissement », *Rep. Civ.*, Dalloz, (mise à jour, 2018) : « *On peut penser que le principe d'imputation énoncé par l'article 2364 alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil n'est pas une règle d'ordre public et qu'il laisse place à la liberté contractuelle s'agissant des intérêts, mais il reste à savoir dans quelle mesure celle-ci peut s'exercer. Ainsi, s'il est admis depuis longtemps que les parties puissent valablement convenir d'une compensation forfaitaire des fruits de la créance nantie et des intérêts de la créance garantie (V. déjà en ce sens, DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, liv. III, tit. I, sect. IV, V, 2<sup>e</sup> éd., 1696), il est en revanche douteux que les parties puissent exclure toute imputation des intérêts de la créance nantie en prévoyant que ceux-ci seront définitivement acquis aux créanciers, car ceci heurterait le principe, consacré dans l'article 2366 du code civil suivant lequel la mise en œuvre d'une sûreté ne peut jamais permettre au créancier d'obtenir plus que ce que l'exécution normale de l'obligation garantie lui aurait procuré, sauf à considérer une telle clause comme une clause augmentant le quantum de la créance garantie, en conférant au créancier un supplément de rémunération, ce qui suppose alors que ce supplément de rémunération ait la même nature que les intérêts de la dette garantie et qu'il soit traité comme tel (L. AYNES, Le nouveau droit du gage, Dr. et patr. Juill.-août 2007, p.48, spéc., p.52) ».*

<sup>1596</sup> L'antichrèse-bail est le fruit d'une œuvre prétorienne (V. Cass. Cass 3e civ., 18 déc. 2002, n° 01-12.143 : *Bull. civ.* III. n° 261) qui a été consacrée lors de la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 à l'article 2390 du Code civil. Sur l'histoire de l'antichrèse : V. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *op. cit.*, p. 123 et s. : « *L'antichrèse, que la législation romaine a empruntée à la Grèce, était une convention en vertu de laquelle le créancier acquérait le droit de percevoir pour son compte les fruits d'une chose mobilière ou immobilière dont il était mis en possession par son débiteur, en compensation des intérêts que ce dernier était dispensé de servir. C'est en quelque sorte un échange de jouissance. La perception des fruits remplace dans le patrimoine du créancier les intérêts que le débiteur eût dû, sans cela, lui servir. C'est une contre jouissance, comme l'indique le nom même de cette sûreté (...). L'antichrèse conserva dans notre ancienne jurisprudence les caractères qu'elle avait à Rome, mais elle y subit le contrecoup de la prohibition du prêt à intérêt empruntée par la loi civile au droit canonique (...). A l'époque de la rédaction du code la situation était profondément modifiée. Un décret des 13 octobre – 3 novembre 1789 avait autorisé le prêt à intérêt et aboli la prohibition du droit canonique et de notre ancienne jurisprudence. L'interdiction de l'antichrèse n'avait plus lieu d'être et elle avait disparu avec sa cause. (...) ».*

sûretés. En effet, que demander de plus qu'une sûreté permettant le remboursement de la créance garantie tout en assurant la jouissance du bien au constituant, dont le financement de l'acquisition a le plus souvent été favorisé par la sûreté<sup>1597</sup>.

**533. Le cas des propriétés-sûretés** – En raison de la transposition du principe de gestion du constituant pour les propriétés-sûretés, certains auteurs ont pu soulever la difficulté à reconnaître la qualité de propriétaire au créancier qui se retrouve démuné de ses prérogatives<sup>1598</sup>.

**534. Existence d'un pouvoir de gestion au créancier : la clause de réutilisation** – Le pouvoir de gestion peut être transféré au créancier se trouvant en possession en raison de la nature particulière des biens grevés. Nous retrouvons deux conditions pour que le transfert puisse se réaliser. D'abord, il résulte nécessairement d'un accord exprès entre les parties : une clause de réutilisation, dite *clause de re-use* doit être comprise dans le contrat de sûreté. En raison de l'existence de l'obligation de restitution, bien que conditionnelle, la restitution doit tout de même se réaliser en termes de biens ou de quantités équivalentes. La nature particulière des biens grevés peut avoir un impact sur le partage des pouvoirs entre le créancier et le constituant. Ainsi, en présence de biens fongibles, il pourra être conventionnellement prévu que le créancier gagiste en possession dispose du pouvoir de gestion dans les conditions de l'article 2342 du Code civil, à savoir un accord exprès des parties et l'obligation de restituer l'assiette du gage par « *la même quantité de choses équivalentes* ». La solution est heureuse en raison du caractère fongible des biens. Pour autant, le gage ne se convertit pas en une propriété-sûreté du fait de l'encadrement du pouvoir de gestion : celui-ci est affecté par la garantie de la dette de sorte que pèsera une obligation de restitution en équivalent<sup>1599</sup>. Par ailleurs, lorsque la sûreté porte sur des titres, il convient d'assouplir le régime juridique en raison de la nature des biens. C'est ainsi que l'article L.211-38 du Code monétaire et financier prévoit que « *l'acte prévoyant la constitution des sûretés mentionnées au I peut définir les conditions dans lesquelles le bénéficiaire de ces sûretés peut utiliser ou aliéner les biens ou droits en cause, à charge pour lui de restituer au*

---

<sup>1597</sup> PH. DUPICHOT, « L'antichrèse », *RD. bancaire et financier*, n°3, mai 2006, doss. 13 : « *Ce dernier exercera alors la possession pour le compte du bailleur conformément à l'article 2228, in fine. Et faudrait-il s'émouvoir que le débiteur « paie » pour avoir le droit d'être « chez lui » ou que le créancier ait ici la part trop belle ? Sans doute pas : l'acquéreur n'aura bien souvent accédé à la propriété qu'à raison précisément du financement garanti par l'antichrèse-bail...* ».

<sup>1598</sup> CH. GISJBERS, thèse préc., n° 324 et s.

<sup>1599</sup> F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995 p. 307.

*constituant des biens ou droits équivalents (...)* ». La clause de re-use est ainsi consacrée en droit français. Partant, l'obligation de conservation pèse à la charge du possesseur, que ce soit le créancier ou le constituant. Il est admis que la possession *corpore alieno* entraîne, à elle-seule, une obligation d'entretien du bien. Le renforcement de l'obligation se caractérise par l'obligation de restitution conditionnelle mais surtout au regard de l'objet même de la sûreté qui est d'offrir une garantie en affectant un bien dont la valeur, au jour de la constitution, est le facteur auquel s'est référé le créancier pour accorder le crédit.

**535. Conclusion de paragraphe** – L'interconnexion entre les sûretés réelles et le droit des biens se constate dans l'identification de règles communes. Au cours de la vie de la sûreté, les obligations de gestion et de conservation du bien assurent une efficacité de la sûreté. Elles seront le plus souvent liées à la possession du bien et doivent être considérées comme étant des règles communes à l'ensemble des sûretés. Le possesseur doit prendre bon soin du bien. Le constituant demeure le gestionnaire, sauf exception.

**536. Conclusion de la Section II** – Tant au stade de sa formation que de son existence, la sûreté pour soi, qu'elle soit avec ou sans dépossession, fondée sur un droit préférentiel ou exclusif sera guidée par des principes communs. Malgré leur grande diversité, cette famille de sûretés présente des dispositions unificatrices qui sont, toutes, justifiées par un objectif de sécurité juridique afin de renforcer la confiance des créanciers. Le régime juridique se départit ainsi de l'impératif de protection pour se consacrer tout entier à un impératif d'efficacité de la sûreté, pour servir *in fine* l'intérêt propre au constituant. Elles partagent une nature commune qui les oblige à être fondées sur un droit de créance préexistant, source du caractère accessoire. Le rapport entre la créance garantie et la sûreté se réalise par l'affectation d'un bien à leur service. L'accessorieté des sûretés pour soi se défend avant tout par un principe de spécialité, certes atténué, mais emportant une prohibition des sûretés flottantes ou générales. Au cours de l'existence, nous percevons l'influence du droit des biens afin d'assurer la préservation de l'assiette de la sûreté sans paralyser pour autant un pouvoir de gestion appartenant au constituant, sauf en cas de sûretés portant sur une universalité ou d'aménagements conventionnels.

**537. Conclusion du Chapitre II** – Deux socles de règles communes s'établissent dont leurs finalités sont diamétralement opposées confirmant l'influence de la distinction sur le régime des sûretés applicable avant leur réalisation. Le régime primaire des sûretés pour

autrui est guidé par un impératif de protection du garant face à un risque de surendettement excessif tandis que le régime primaire applicable aux sûretés pour soi est imprégné d'une volonté d'assurer l'efficacité économique. C'est ainsi que naturellement lors de la naissance et de l'existence des sûretés, les règles communes ainsi définies ne se rencontreront pas dans la famille de sûreté opposée.

**538. Conclusion du Titre I** – Au cours des premières étapes de la vie de la sûreté, le régime juridique est sous influence de l'intérêt du constituant. La mise en lumière de la distinction entre l'intérêt du constituant d'une sûreté pour soi et d'un garant pour autrui se manifeste nettement tant au stade de la formation que lors de l'existence de la sûreté. Deux régimes primaires représentés par un socle de règles communes se révèlent ainsi, l'un au service de l'efficacité tant économique que juridique, l'autre imprégné d'un impératif de protection face à un risque de surendettement supplémentaire. Le constat se réalisera aussi lors de l'exécution de la sûreté (Titre II).





## TITRE II

# RÉALISATION DE LA SÛRETÉ

539. **Vers un rapprochement des régimes primaires lors de l'exécution de la sûreté ?** – Avant tout, la fonction essentielle des garanties est de satisfaire le créancier en cas de défaillance dans l'exécution du contrat garanti, que le débiteur soit le constituant ou un tiers. La satisfaction du créancier constitue la condition *sine qua non* pour assurer une stabilité du crédit. *A priori*, lors de l'exécution de la sûreté, le seul intérêt à contenter est celui du créancier. Alors, dans les sûretés pour soi, l'analyse de leur régime juridique doit continuer de s'effectuer selon le prisme de l'efficacité juridique et de l'efficacité économique afin de déterminer, éventuellement, des règles communes au stade final de la sûreté. Néanmoins, pouvons-nous constater un changement de paradigme au sein de la catégorie des sûretés pour autrui par l'abandon de l'impératif de protection du garant au profit de la préservation de l'efficacité de la garantie ? Ce n'est pas parce que la sûreté pour autrui tend à la satisfaction du créancier que cet objectif doit surpasser celui de la protection du garant face au risque de surendettement, d'autant que le danger se concrétise lors de l'appel en paiement.

540. **En cas de procédure collective** – Si l'observation vaut pleinement en droit commun des sûretés, celle-ci doit être nuancée lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. En droit des entreprises en difficulté, les finalités sont effectivement différentes de celles poursuivies en droit civil. Pour autant, nous pourrions observer que le droit des entreprises en difficulté réceptionne pleinement la distinction de sorte que celle-ci peut être élevée au rang de *summa divisio*.

541. **Plan** – La diffusion de la distinction des sûretés pour soi et pour autrui perdure lors de la réalisation des sûretés (Chapitre I). Le constat s'opère également en cas d'ouverture

d'une procédure collective bien que les sûretés répondent à une finalité différente (Chapitre II).

## Chapitre I

# L'IDENTIFICATION DES RÈGLES COMMUNES LORS DE LA REALISATION

542. **Des impératifs distincts en phase de réalisation** – Les dangers rencontrés lors de la mise en œuvre de la sûreté sont de deux ordres. S'agissant des sûretés pour autrui, le risque de surendettement excessif est en phase de réalisation, tandis que le danger encouru par le créancier d'une sûreté pour soi est la paralysie de son droit en raison de la concurrence ou d'une disparition de l'assiette de la sûreté. À la lecture des décisions rendues en la matière, la distinction se révèle naturellement. Les problématiques traitées par la jurisprudence manifestent l'opposition d'intérêts.

543. **Plan** – Finalement, nous retrouvons les deux identiques subdivisions : le régime primaire dans le cas des sûretés pour autrui s'établira aussi selon un impératif de protection du garant (Section I), tandis que celui des sûretés pour soi comportera des principes tendant à assurer la sécurité juridique (Section II).



## SECTION I – LA RÉALISATION DES SÛRETÉS POUR AUTRUI

544. **Le double visage des sûretés pour autrui** – À première vue, l'opération de qualification des règles communes apparaît délicate au regard de la diversité des modes de réalisation. L'obligation de règlement ayant vocation à réaliser la sûreté va en ce sens mettre en musique la particularité de chacune. Mais la phase d'exécution ne se limite pas à la façon dont elle s'exécute. Pour que celle-ci puisse se réaliser, il convient de déterminer le fait générateur. En effet, les sûretés pour autrui sont susceptibles de s'exécuter soit en raison de la réalisation de leur objet soit de leur extinction. Dans tous les cas, il s'agit de mettre fin à l'obligation de garantie afin que l'obligation de règlement puisse prendre le flambeau.

545. **Plan** – Partant, il convient de différencier le sort de la sûreté pour autrui selon qu'elle prend fin en raison de sa réalisation (I) ou de son extinction (II). Dans tous les cas, l'exécution de la sûreté appelle de conférer au garant des recours dès lors que le propre de l'obligation de garantie est de couvrir le risque de non-paiement par le débiteur principal et non de prendre en charge la dette de manière définitive (III).

### I. LA SOURCE DE L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE GARANTIE

546. **La mise en œuvre de l'obligation de garantie** – L'extinction de l'obligation de garantie rend l'obligation de règlement exécutable. Ce mouvement, passant de l'extinction à l'exigibilité de l'obligation de règlement, s'observe au sein de sûretés garantissant des dettes futures. La créance née dans le cadre de l'obligation de garantie sera exigible tandis que les autres nées postérieurement seront exclues de la couverture. L'obligation de règlement est en effet affectée à la réalisation de la sûreté pour les dettes qui seront nées dans le cadre de la couverture du risque. En présence de dettes présentes, ce séquençement ne se retrouve pas par définition ; mais ce sera la spécificité dans la réalisation de la sûreté qui sera mise en exergue.

547. **Plan** – Par hypothèse, l'obligation de règlement reflète l'originalité de chaque sûreté. Or avant d'aborder le particularisme dans la réalisation, il convient de déterminer les

cas dans lesquels l'obligation de garantie s'éteint pour ne laisser s'exécuter que l'obligation de règlement. Il est des causes d'extinction interne (A) et externe (B) à la sûreté.

## A. Causes d'extinction internes

548. **Plan** – Les causes d'extinction internes font référence aux événements qui sont afférents au contrat de sûreté en lui-même, soit en raison de la survenance du risque considérée, ce qui revient à caractériser la réalisation de l'objet de l'obligation de garantie (1), soit en raison de causes propres au contrat de sûreté en lui-même (2).

### 1. Réalisation de l'objet

549. **Les sûretés accessoires** – En raison du caractère accessoire, le fait générateur réside dans la défaillance du débiteur principal dans l'exécution de son obligation. Il convient toutefois de distinguer selon que la sûreté est à durée déterminée ou indéterminée. En effet, puisque l'obligation de garantie constitue un cadre au sein duquel pourra se réaliser l'obligation de règlement en cas de créances exigibles, celle-ci peut être soit à durée déterminée ou indéterminée. Elle se déroule nécessairement dans le temps, même en présence d'une sûreté garantissant des dettes présentes. Dans les deux cas, « *lorsque l' « obligation » de couverture prend fin, la caution n'est pas libérée : elle garantit le paiement des dettes nées pendant la période de couverture* »<sup>1600</sup>. Par conséquent, l'arrivée du terme de l'obligation de garantie ou la résiliation unilatérale en cas de durée indéterminée entraîne l'exigibilité de l'obligation de règlement. Alors, si le débiteur principal a été défaillant pour les dettes nées dans le cadre de l'obligation de garantie, le garant devra honorer son engagement. En présence de dettes présentes, l'intérêt est moindre puisque les dettes garanties sont d'ores et déjà connues.

550. **Les sûretés indépendantes** – La force des sûretés indépendantes est de permettre un appel de la garantie sans avoir à prouver la défaillance du débiteur principal. Le seul doute sur l'inexécution du rapport de base autorise de mettre en œuvre la sûreté. Toutefois, l'article 2321 du Code civil prévoit que la garantie peut être appelée « *à première demande* » ou selon « *des modalités convenues* ». Tel que le décrit le Doyen Philippe Simler,

---

<sup>1600</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 241 : en comparant l'obligation de la caution de dettes futures de celle qui garantit des dettes présentes, les auteurs constatent que l'obligation de la dernière « *est identique à celle qui résulte d'un cautionnement de dette présente : une obligation de règlement* ».

« cette rigueur est susceptible de degrés »<sup>1601</sup>. Ainsi, trois types de garanties autonomes émergent de la pratique : la garantie documentaire<sup>1602</sup>, la garantie à première demande justifiée<sup>1603</sup> et la garantie à première demande. Malgré les diverses modalités d'appel de la garantie qui sont plus ou moins rigoureuses, l'essentiel est de constater que le donneur d'ordre ne peut opposer les exceptions inhérentes au contrat garanti sauf en cas de fraude ou d'appel abusif. La solution vaut en outre pour la délégation imparfaite lorsqu'elle est consentie avec une inopposabilité des exceptions. *In fine*, le fait générateur est l'appel en paiement selon les modalités convenues dans la lettre de garantie. L'appel en paiement du bénéficiaire de la sûreté a pour effet de rendre exigible l'obligation de règlement.

**551. Les sûretés indemnitaires** – Derrière la défaillance du débiteur principal, il appartient de démontrer, dans le cadre de ces sûretés, l'inexécution de l'obligation prise par l'émetteur de la lettre. Dans le cas d'une lettre d'intention, il faudra déterminer si la défaillance du débiteur est le résultat d'une inexécution de l'obligation prise par le confortant selon la distinction établie par M. Philippe Dupichot<sup>1604</sup>. Le raisonnement est identique pour la mise en œuvre d'une promesse de porte-fort d'exécution. En effet, la défaillance du débiteur principal caractérise l'inexécution du fait promis du garant, qui est l'exécution de l'obligation garantie, ce qui d'ailleurs apporte des doutes quant à l'autonomie de cette sûreté<sup>1605</sup>.

## 2. Contrat de sûreté

**552. Causes d'extinction résultant du contrat de sûreté** – Il est des causes d'extinction résultant du droit commun des contrats qui sont donc propres au contrat de

---

<sup>1601</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 341 ; PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 940.

<sup>1602</sup> PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 942 : « L'appel de la garantie peut cependant être subordonné à la présentation de certains documents. On parle alors de garantie documentaire. L'obligation de présenter lesdits documents, librement déterminés dans la lettre de garantie, est censée justifier de manière plus ou moins précise l'appel de la garantie et donc atténuer, dans une mesure variable suivant la nature des documents exigés, le risque d'une mise en œuvre intempestive, sans pour autant lui faire perdre son caractère autonome ».

<sup>1603</sup> PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 943 : le Doyen Philippe Simler constate que la garantie « constitue une formule intermédiaire entre les deux précédentes et qui jouit d'une relative faveur. Elle résulte de la traduction littérale de l'expression *justified request*, en usage dans la terminologie anglo-saxonne. (...) Le garant n'a pas à démontrer que son appel de la garantie est « justifié » par la défaillance du donneur d'ordre, ce qui serait une négation de l'autonomie. La formule signifie simplement que le bénéficiaire doit motiver son appel de la garantie, mais sans qu'une preuve de la réalité du motif invoqué soit requise. Il peut ainsi se contenter d'affirmer que le contrat n'est pas ou est mal exécuté, que les marchandises n'ont pas été livrées en temps utile ou sont de mauvaise qualité... Le garant ne peut exercer aucun contrôle des assertions du bénéficiaire, ni en contester la véracité ».

<sup>1604</sup> V. *supra*, n° 357.

<sup>1605</sup> V. *supra*, n° 359.

garantie en lui-même. Par exemple, la nullité ou encore la prescription du contrat de sûreté auront pour effet d'éteindre à la fois l'obligation de garantie et l'obligation de règlement. L'arrivée du terme expressément convenu dans le contrat entraîne en outre l'extinction de l'obligation de garantie pour ne laisser vivre que l'obligation de règlement pour les dettes nées pendant la phase de couverture. Finalement, il appartient de se référer au droit commun afin de déterminer ces causes d'extinction.

## B. Causes d'extinction externes

553. **La théorie du terme implicite : l'identification de la dette** – L'obligation de couverture définie par Mouly permet d'identifier les dettes qui seront garanties par la caution<sup>1606</sup>. Son extinction révèle la consistance de l'obligation de règlement. Si dans le cas de sûretés garantissant des dettes présentes l'intérêt est moindre puisque celles-ci sont nées au jour de la conclusion de la sûreté, il en va tout à fait autrement dans le cas de garantie de dettes futures où l'extinction de l'obligation de couverture, telle que l'a démontré Mouly, détermine les créances qui seront *in fine* garanties<sup>1607</sup>. C'est ainsi qu'est née la théorie du terme implicite, qui constitue une cause d'extinction en raison d'un événement extérieur au contrat de sûreté. Au regard de la structure tripartite des sûretés pour autrui, il convient de définir les événements pouvant constituer un terme implicite. Le terme implicite aura un effet circonscrit aux sûretés garantissant des dettes futures : le changement de créancier ou de débiteur serait sans effet sur l'obligation d'une caution de dettes présentes<sup>1608</sup>. Il est vrai que dans l'hypothèse d'une sûreté garantissant une dette présente, celle-ci étant déjà née au jour de la conclusion du contrat, donc connue bien que non exigible, la fin de l'obligation de couverture n'aura pas d'effet sur l'identification de la dette.

554. **Plan** – Afin de pouvoir qualifier les causes communes d'extinction aux sûretés pour autrui (2), il appartient d'établir un critère permettant de définir les cas dans lesquels l'obligation de garantie prend fin (1).

---

<sup>1606</sup> CH. MOULY, thèse préc., n° 324 et s.

<sup>1607</sup> CH. MOULY, thèse préc., *ibid.*

<sup>1608</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 274 : « Dans un cautionnement de dette présente – c'est-à-dire née au moment de l'engagement de la caution ou au cours de la période de couverture – la personnalité du créancier ou celle du débiteur n'ont pas d'incidence sur l'étendue de la dette de la caution. Au contraire, dans le cautionnement de dettes futures, l'obligation cautionnée tant qu'elle n'est pas née est incertaine, dans son existence et son étendue ».



## 1. Critère de distinction : atteinte aux éléments essentiels de l'obligation

555. **Un critère de distinction** – Il convient d'établir un critère permettant de déterminer si l'obligation est affectée par l'événement de telle sorte qu'elle ne pourrait lui survivre. Ce critère doit être commun à l'ensemble des sûretés pour autrui garantissant des dettes futures. Ce n'est en effet pas la spécificité dans le mode de réalisation qui doit dicter le point de savoir si l'obligation de garantie peut survivre à l'événement. Il résulte de la lecture des arrêts que l'extinction de l'engagement du garant se réalise lorsque l'événement a eu pour effet de l'affecter profondément dans sa substance.

Frappée au cœur, dans « ses éléments essentiels », « l'obligation de couverture » succomberait alors pour ne laisser vivre que l'obligation de règlement. Il appartient dès lors de préciser ce que recouvre la notion si bien identifiée par le professeur Laurent Aynès dans le cas de transmission d'un cautionnement de dettes de loyers justifiée par la cession de l'immeuble loué<sup>1609</sup>. L'enjeu est fondamental. La fin de l'obligation de garantie éteindra de fait la couverture du risque, de sorte que seules les dettes antérieures seront l'objet de l'obligation de règlement.

556. **Principe de transmissibilité des sûretés pour autrui versus caractère *intuitu personae*** – L'atteinte à l'obligation de garantie se constate essentiellement lors de la circulation du contrat de sûreté emportant avec elle un changement soit de débiteur, soit de garant ou de créancier. La circulation de la sûreté peut s'opérer dans le cadre d'une transmission à titre universel – décès, fusion, absorption, scission –, ou d'une transmission à titre particulier – cession de contrat, cession de créance, subrogation ou encore par l'effet d'une novation –. La circulation de la sûreté personnelle interroge tant les auteurs que les

---

<sup>1609</sup> L. AYNÈS, « La transmission de plein droit du cautionnement », *D.* 2005, p. 277 : le professeur Laurent Aynès souligne ainsi au sujet de la transmission d'un cautionnement des dettes de loyers en cas de cession de l'immeuble loué que « *c'est ici qu'en Assemblée plénière, la Cour de cassation prend le contre-pied de sa Chambre commerciale. Celle-ci avait estimé qu'une telle transmission conduirait à étendre le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté, contrairement à l'article 2015 du code civil. C'est ce même texte que vise l'arrêt rapporté pour décider le contraire. A juste titre. Sans doute la considération du créancier n'est-elle pas indifférente à la caution. Mais elle n'a pas d'influence sur les éléments essentiels de son engagement, cause et objet. Qu'elle réside dans le crédit consenti par le bailleur au locataire ou le service rendu à celui-ci, la cause demeure, inchangée. Quant à l'objet de l'obligation de la caution, il est toujours le même : la substitution au locataire, dans les dettes issues du bail. S'il en est autrement, que la caution le dise lorsqu'elle s'engage, et que le créancier l'accepte : une « stipulation contraire » est en effet toujours possible, par laquelle la caution déclarerait réserver sa garantie à tel créancier déterminé* ».

juges ; les réponses n'allant pas de soi<sup>1610</sup>. En effet, nous pouvons constater que ces sûretés sont imprégnées d'un certain *intuitu personae*<sup>1611</sup>. En raison du caractère dangereux de l'opération du point de vue du garant et de la nécessité de rassurer la confiance du créancier, la considération des personnes apparaît comme essentielle. La personne du créancier a une incidence en ce que ce dernier peut être plus ou moins exigeant, tandis que la qualité de la personne du débiteur est toute aussi importante car il s'agit bien de sa solvabilité qui déterminera l'issue de l'opération (y compris dans l'hypothèse d'une garantie autonome<sup>1612</sup>). Enfin, la personne du garant est aussi fondamentale pour des raisons évidentes, notamment au regard de sa solvabilité : le crédit étant octroyé en considération de la solidité patrimoniale de ce dernier afin de rassurer le créancier. C'est ainsi que la préservation du caractère *intuitu personae* se confronte à la transmission active de la sûreté, qui participe d'un impératif de sécurité juridique. Ce n'est pourtant pas l'*intuitus personae* qui doit constituer le critère pour déterminer l'extinction de l'obligation de garantie. En cela, nous rejoignons l'opinion du Doyen Philippe Simler<sup>1613</sup>.

L'on oppose traditionnellement à l'argument le caractère translatif de la transmission, en particulier dans le cadre d'une transmission universelle du patrimoine, procédant ainsi à une distinction avec la transmission à titre particulier. L'article L. 236-3 du Code de commerce prévoit la transmission de l'entier patrimoine dans le cadre de restructuration<sup>1614</sup>. En cas de décès, la transmission du patrimoine s'opère, en principe, de manière universelle aux héritiers

---

<sup>1610</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 271 : « *Le cautionnement de dettes futures implique une étroite association de la caution au débiteur et au créancier. La caution s'engage en raison de sa position, qui lui permet d'influer sur les dettes futures, et de la confiance qu'elle accorde au créancier. Le créancier a pris en considération la personne de la caution, et sa position, plus que son patrimoine. Une modification de ces différents éléments devrait jouer à la manière d'un terme extinctif. Cependant, au respect de la volonté implicite de la caution, s'oppose la sécurité des transactions, impérative en matière de sûreté. L'inconvénient de toute recherche de volonté implicite est l'incertitude quant à ses résultats. Or, l'extinction du cautionnement doit survenir de manière indiscutable et certaine, à un moment précis, au su de tous, et notamment du créancier (...)* ».

<sup>1611</sup> V. en ce sens : D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'intuitus personae. Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD civ.* 2003, p. 3 ; *contra*. PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 65 : « *Le crédit reposant sur la confiance, on pourrait penser que l'intuitus personae tient une place importante en matière de cautionnement. Il n'en est rien. Mais, à nouveau, il faut distinguer* ».

<sup>1612</sup> La sûreté renoue en effet avec le sort du contrat garanti après le paiement effectué par le garant autonome ou en cas d'abus manifeste ou de fraude.

<sup>1613</sup> PH. SIMLER, *loc. cit.*

<sup>1614</sup> PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 923 : « *Il en est ainsi en cas de fusion, scission, ou absorption d'une société ayant souscrit une garantie autonome ou bénéficiant d'une telle garantie. La transmission active et passive du patrimoine à la société nouvelle ou à la société absorbante postule que la garantie y soit comprise, non point, cependant, à titre d'accessoire de la créance qui lui échoit, mais à titre de créance autonome figurant dans le patrimoine dévolu* ».

du *de cuius*<sup>1615</sup>. L'effet translatif se confronte à *l'intuitus personae*. L'équilibre est délicat à établir en raison de la divergence des intérêts en présence. La jurisprudence n'est pas figée et semble opérer selon une certaine casuistique. Lorsque la sûreté circule selon une transmission à titre particulier, alors le juge paraît s'attacher plutôt au caractère accessoire ou indépendant afin de déterminer si celle-ci est transmissible. La circulation de la créance garantie postulerait la transmission des sûretés qui lui sont accessoires contrairement aux sûretés autonomes.

En présence d'une transmission universelle du patrimoine, les décisions sont nuancées<sup>1616</sup>. L'absence de clarté convainc de chercher un autre critère qui puisse déterminer les hypothèses dans lesquelles le principe sera la transmission et vice et versa. Les critères de *l'intuitus personae*, de l'effet du transfert universel ou encore du caractère accessoire sont insuffisants en ce qu'ils ne permettent pas d'établir une solution applicable à l'ensemble et de respecter un équilibre entre les intérêts en présence. Le critère défini par le professeur Laurent Aynès<sup>1617</sup> apporte cette clarification tant recherchée.

**557. Les éléments essentiels de l'obligation de garantie : retour à la notion d'intérêt ?** – S'interroger sur les éléments essentiels d'une obligation revient à s'interroger sur ses fondations. Le professeur Laurent Aynès explique que lorsque la cause et l'objet de l'obligation se trouvent affectés par l'événement, alors l'obligation de la caution ne saurait être transmise<sup>1618</sup>. Nous rejoignons entièrement l'analyse. Si l'événement a eu pour effet de modifier l'objet de la sûreté, à savoir son étendue, la nature du risque garanti, il conviendra de douter sur sa transmission<sup>1619</sup>. Néanmoins, ce ne sera qu'en présence d'une disparition de la

---

<sup>1615</sup> L'article 786 alinéa 2 du Code civil prévoit néanmoins que dans le cadre d'une acceptation pure et simple de la succession « *l'héritier peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel* ».

<sup>1616</sup> En cas de décès de la caution, la Cour de cassation estime que l'obligation de couverture s'éteint de sorte que les héritiers sont tenus des dettes antérieures au décès ; tandis qu'en cas de fusion-absorption, les décisions ne sont pas unanimes.

<sup>1617</sup> L. AYNÈS, « La transmission de plein droit du cautionnement », art. préc. V. *supra*, n° 555.

<sup>1618</sup> L. AYNÈS, art. préc. : l'auteur explique en effet que deux critères permettent de déterminer l'incidence de l'événement sur l'obligation de la caution. D'abord, si l'événement a pour effet de mettre fin au contrat, alors la transmission serait acquise. Néanmoins, il subordonne la transmission de l'obligation à l'absence d'incidence sur ses éléments essentiels, à savoir la cause et l'objet.

<sup>1619</sup> Cass. com., 8 mars 1971, n° 70-10.044, *Bull. civ.* IV, n° 68 : En l'occurrence, la Cour de cassation considéra que le cautionnement avait vocation à s'appliquer en ce qu'il était rédigé en des termes généraux de sorte que son extinction n'était pas encourue du fait du changement d'activité. *A contrario*, si la rédaction du cautionnement eut été faite en des termes précis, alors le changement d'activité aurait eu pour effet de mettre un terme à l'obligation de la caution. V. en ce sens L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 276 : « *De même*

cause de l'obligation que celle-ci devra être considérée comme étant éteinte en raison de l'événement qui l'a affectée. La considération de l'objet ne constitue pas selon nous le critère déterminant pour définir les causes d'extinction qui seraient communes à l'ensemble des sûretés pour autrui. En présence d'une garantie autonome, nous comprenons bien que la modification de l'objet ne constitue pas un critère adapté en raison de l'autonomie de la sûreté, l'obligation étant déterminée non pas en considération du contrat de base mais de la lettre de garantie<sup>1620</sup>.

Partant, le critère déterminant se loge dans l'atteinte à la cause de la sûreté pour autrui étant entendue comme l'intérêt patrimonial indirect, ou *a minima*, l'intérêt altruiste du garant<sup>1621</sup>. En effet, la cause, étant commune à l'ensemble des sûretés pour autrui et en ce qu'elle constitue leur socle, sera un critère applicable à la catégorie. L'annihilation de l'intérêt du garant par l'événement fait ainsi obstacle à la transmission de la sûreté. S'il n'existe plus d'intérêt, *a minima* altruiste, l'obligation de garantie doit prendre fin, sauf volonté contraire.

## 2. Causes d'extinction propres à l'obligation de garantie

**558. Extinction de l'obligation de garantie par la disparition de l'intérêt au contrat** – Finalement, derrière l'*intuitus personae*, il convient de s'interroger sur la subsistance de l'intérêt que le garant porte à la sûreté. Le critère permet de déterminer les événements qui aboutissent sur l'extinction de l'obligation de garantie pour ne laisser subsister que l'obligation de règlement.

---

*le changement d'activité du débiteur, lorsqu'il est de nature à modifier le volume ou la nature du passif garanti, devrait jouer à la manière d'un terme extinctif de l'obligation de couverture ».*

<sup>1620</sup> Cela reflète d'ailleurs la distinction entre le cautionnement et la garantie autonome, v. en ce sens : A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1295: « *L'objet de l'obligation du garant est consubstantiel de l'autonomie de la garantie. Dans la mesure où la garantie autonome est dépourvue de caractère accessoire, on ne peut conclure (comme en matière de cautionnement) à l'unicité de la dette malgré la pluralité des liens d'obligation. Dès lors, si l'objet de l'obligation de la caution réside dans celui de l'obligation principale, celui du garant résulte des seuls termes de la lettre de garantie. Autrement dit, la dualité des liens d'obligation se double d'une dualité d'objet : le garant ne paie pas la dette d'autrui mais une dette qui lui est propre et qui est définie par les termes de la lettre de garantie. Deux conséquences peuvent être immédiatement tirées de cette pluralité des liens d'obligation. D'une part, la question de savoir si le garant se trouve tenu des accessoires – et notamment des intérêts – de l'obligation de base ne se pose pas. D'autre part, aucune solidarité ne pourra être stipulée entre garant autonome et donneur d'ordre (la solidarité supposant que plusieurs débiteurs soient tenus de la même dette) ».*

<sup>1621</sup> V. *supra*, n° 92 et s.

559. **Plan** – Il s'avère que l'altération des rapports personnels entre le débiteur principal et le garant n'affectent pas l'obligation de garantie (a). En effet, seule la disparition du rapport entre le débiteur principal et le garant peut entraîner la réalisation de la sûreté par voie d'extinction (b). Il en résulte que l'atteinte portée au rapport entre le garant et le créancier ne saurait avoir d'incidence (c). Toutefois, il règne en la matière un pouvoir des volontés sur les règles applicables, qui ne sont donc que supplétives.

a. *L'altération du rapport personnel entre le débiteur principal et le garant dépourvue d'effet*

560. **Rejet de la prise en compte des motifs** – Bien que la cause se caractérise dans ce rapport, l'altération de ce lien ne saurait mettre fin à l'obligation de garantie. En effet, les mobiles restent indifférents sauf à être entrés dans le champ contractuel par l'effet d'une essentialisation<sup>1622</sup>. *A minima*, nous pourrions estimer que l'intérêt altruiste demeure car ce dernier doit être apprécié de manière abstraite. En droit du cautionnement, la perte d'une qualité de la caution n'emporte ni nullité pour disparition de la cause ni extinction de la sûreté sur le fondement de la théorie des termes implicites sauf si les parties l'ont conventionnellement prévue.

Par un raisonnement *a pari*, ces décisions sont directement transposables à l'ensemble des sûretés pour autrui. Ainsi, la cessation des fonctions de dirigeant social du garant ne saurait emporter extinction de l'obligation de garantie<sup>1623</sup>. Par un arrêt du 3 juillet 2019, la Haute juridiction a affirmé que « *la seule cession de la participation de la société Imfined dans le capital de sa filiale n'a pas eu pour effet de rendre caduque la lettre d'intention* »<sup>1624</sup>. Il s'agissait en l'occurrence d'une lettre d'intention émise par une société mère ayant pour objet de soutenir sa filiale dans le cadre d'un contentieux qui l'opposait à un distributeur. Ce dernier fut condamné au paiement de la somme de 800 000 euros en première instance. L'exécution provisoire fut prononcée en considération de la lettre d'intention émise selon laquelle la société mère s'engageait « *à soutenir Boat Développement dans le cadre du*

---

<sup>1622</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 221 et s.

<sup>1623</sup> Cass. com., 8 nov. 1972, *époux Lempereur*, préc. ; Cass. com., 16 févr. 1977, *JCP G*, 79.II.19154, n. PH. SIMLER ; Cass. com., 3 nov. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 283, *Deffrénois* 89, art. 34482, n. L. AYNÈS ; Cass. com., 30 mai 1989, *Bouche*, *Bull. civ. IV*, n° 166 ; Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.454, *RLDC* févr. 2013, p. 33, obs. CH. GIJSBERS.

<sup>1624</sup> Cass. com., 3 juill. 2019, n° 17-27.820 ; *RTD civ.* 2019.858 n. H. BARBIER ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 36, p. 63, n. M. BOURASSIN.

*contentieux l'opposant à SPBI et ce même si, par extraordinaire, la cour d'appel de Paris devrait infirmer le jugement rendu par le tribunal de commerce (...) ».* Finalement, la société mère s'était engagée au titre d'une obligation satisfaisante de résultat. Le temps passa et elle céda sa participation dans le capital de sa filiale. Le souscripteur de la lettre fut néanmoins appelé au titre de la sûreté en raison de la défaillance de la filiale suite à la demande de remboursement de la somme en raison de l'infirmité du jugement de première instance. La chambre commerciale refusa alors de prononcer la caducité de la lettre d'intention en procédant à une application *a pari* de la solution désormais classique selon laquelle les motifs n'ont pas pour effet de mettre un terme à l'obligation du garant. L'altération des rapports entre le garant et le débiteur principal ne constitue donc pas une cause d'extinction de l'engagement, que ce soit sur le fondement de la cause ou de la théorie des termes implicites, sauf volonté contraire.

*b. L'extinction justifiée par la disparition du rapport entre le garant et le débiteur*

**561. Les causes communes d'extinction : changement en la personne du garant et du débiteur** – L'atteinte à l'*intuitus personae* heurte l'intérêt porté au contrat de sûreté en présence d'un changement en la personne du débiteur ou du garant. En principe, le garant s'est engagé en considération du débiteur afin que ce dernier puisse obtenir le crédit, que cette volonté soit guidée par l'altruisme ou l'espérance d'obtenir un avantage économique. Par hypothèse, lorsque le débiteur ou le garant n'est plus le même alors l'intérêt porté au contrat de sûreté disparaît, qu'il s'agisse d'un intérêt patrimonial indirect ou altruiste. La disparition du rapport qui scelle l'intérêt au contrat doit entraîner une extinction de l'obligation de garantie, de sorte que seules les dettes nées avant feront l'objet de l'obligation de règlement<sup>1625</sup>.

**562. La disparition de la caution** – En matière de cautionnement, la Haute juridiction décidait avant 1982, sur le fondement de l'article 2294 du Code civil, de la transmission du cautionnement, qu'il soit de dettes présentes ou futures, aux héritiers de la caution y compris pour les dettes nées postérieurement au décès<sup>1626</sup>. La solution était particulièrement sévère dans le cas de cautionnement *omnibus* ou de dettes futures puisque

---

<sup>1625</sup> Il est vrai que l'intérêt est fondamental en présence d'une sûreté garantissant des dettes futures, puisque cela permet de déterminer les dettes qui pourront être comprises dans le cadre de la garantie.

<sup>1626</sup> Cass. com., 14 nov. 1966 ; *Bull. civ.* IV, n° 427 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 déc. 1969 ; *Bull. civ.* I, n° 396 ; *RTD com.* 1970, p. 459, obs. M. CABRILLAC, RIVES-LANGES ; Cass. com., 14 nov. 1980 ; *Bull. civ.* IV, n° 371.

« les héritiers n'avaient souvent aucun moyen de connaître l'existence de tels engagements souscrits par leur auteur, ceux-ci n'ayant été formalisés qu'en un seul original, détenu par le créancier »<sup>1627</sup>. Inspirée par les travaux de Mouly, la Cour de cassation opéra un revirement le 29 juin 1982 en affirmant que les héritiers ne sont désormais plus tenus que des dettes nées antérieurement au décès de la caution et non pas des dettes postérieures<sup>1628</sup>. Le professeur Philippe Simler en conclut à juste titre que « le décès de la caution et, plus généralement, toute transmission universelle du patrimoine d'une caution doivent donc être considérés aujourd'hui comme des causes d'extinction de l'obligation de couverture »<sup>1629</sup>. Seule l'obligation de règlement survit pour les dettes antérieures, sauf à ce que celles-ci n'aient pas été déclarées à la succession, en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net, dans les quinze mois de la publicité de l'acceptation. L'ordre public est ici de protection en considérant que la solution participe d'une volonté de ne pas alourdir trop lourdement le passif successoral qui sera transmis aux héritiers en cas d'acceptation de la succession.

En présence d'une personne morale, la solution a vocation à s'appliquer de manière identique<sup>1630</sup>. La transmission universelle du patrimoine qui s'opère en cas de fusion, absorption ou scission de la société caution a pour effet de faire disparaître la personne morale, de sorte qu'elle entraîne l'extinction de l'obligation de couverture pour les sûretés garantissant des dettes futures. En effet, la personne morale nouvelle n'a plus à garantir les dettes postérieures d'une opération à laquelle elle n'a plus d'intérêt économique. L'inverse pourrait constituer une atteinte à son intérêt social. La disparition de la personne morale fonde la solution, ce qui a été expressément reconnu par la jurisprudence<sup>1631</sup>, à l'exception d'un arrêt en sens contraire mais qui semble plutôt fondé sur le fait qu'il s'agissait d'une société sous-caution et qu'il s'agissait de dettes antérieures à la fusion<sup>1632</sup>.

---

<sup>1627</sup> PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 824.

<sup>1628</sup> Cass. com., 29 juin 1982, *Bull. civ. IV*, n° 258 ; *D.* 1983.360, n. CH. MOULY ; *Defrénois* 1983, art. 33027, p. 393, obs. AUBERT ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juin 1986, *Bull. civ. I*, n° 147 ; Cass. com., 13 janv. 1987 ; *Bull. civ. IV*, n° 9 ; *JCP E* 1987.II.15054, n. M. BEHAR-TOUCHAIS.

<sup>1629</sup> PH. SIMLER, *ibid.* Ainsi seule l'obligation de règlement survit pour les dettes nées antérieurement, sauf à ce que celles-ci n'aient pas été déclarées à la succession dans les quinze mois suivant la publicité de l'acceptation à concurrence de l'actif net (C. civ., art. 792, al.2).

<sup>1630</sup> *Contra.* L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 272 : « le changement dans la personne de la caution est sans influence sur l'évolution de la dette garantie ». Or ce n'est pas tant l'objet de la garantie qui importe mais l'intérêt du garant à celle-ci.

<sup>1631</sup> Cass. com., 7 nov. 1966 ; *Bull. civ. IV*, n° 421 ; Cass. com., 19 févr. 2013 *Bull. civ. IV*, n° 25.

<sup>1632</sup> Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20.204, *Bull. civ. IV*, n° 1 ; *JCP G* 2014.236, n. J. HORVASSE ; *JCP E* 2014.1033, n. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2014.156, obs. P. CROCQ ; *JCP G* 2014.435, n. PH. SIMLER.

L'extinction de l'obligation de couverture en cas de disparition de la caution doit être étendue aux autres sûretés pour autrui garantissant des dettes futures<sup>1633</sup>. En effet, la solution n'est pas fondée sur le caractère accessoire de la sûreté. Néanmoins, elle sera par hypothèse inapplicable en présence d'une garantie autonome, puisque, le plus souvent, la sûreté porte sur une dette présente<sup>1634</sup>.

**563. La disparition du débiteur** – De même, la disparition de la personne du débiteur éteint l'obligation de couverture en droit du cautionnement, « *car la personne du débiteur principal (solvabilité, ponctualité, honnêteté...) est un élément de détermination de la dette de la caution* »<sup>1635</sup>. Partant, le rapport essentiel se trouve rompu, ce qui justifie l'extinction de l'obligation de garantie et, *in fine* son extension à l'ensemble des sûretés pour autrui garantissant des dettes futures.

**564. La liberté des parties** – Toutefois, la faculté de prévoir une transmission active par voie contractuelle se justifie entièrement. En cas de transmission du contrat garanti à l'ayant cause à titre universel du débiteur principal, il se conçoit parfaitement que le garant puisse continuer de porter le même intérêt. Imaginons le cas d'une absorption du débiteur principal, accompagnée naturellement d'une transmission de ses obligations dont le contrat garanti, lequel avait pour effet de faire bénéficier, indirectement, une contrepartie économique au garant. La transmission de ce contrat à la société absorbante peut avoir pour effet de maintenir l'intérêt économique porté par le garant, de sorte qu'il est primordial pour les parties de prévoir une telle transmission de la sûreté dans le contrat. Il est donc impératif de permettre aux parties de prévoir la transmission de la sûreté en cas de changement de débiteur.

---

<sup>1633</sup> V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, Bibl. André Tunc, t. 27, IRJS éditions, 2010, n° 404 : selon l'auteur, l'extinction de l'obligation de couverture ne doit intervenir que « *lorsque le changement d'une partie à l'opération de garantie est sans incidence sur le risque couvert. Il en va ainsi toutes les fois que la garantie couvre une dette présente qui, par définition, est connue. Sans doute, la modification pourra-t-elle avoir des répercussions en fait (un créancier plus exigeant...). Néanmoins, ces éléments, qui intéressent le comportement du créancier, ne changent rien à la situation juridique du garant ; ils n'influent pas sur la prévisibilité de la dette. C'est ce qui permet de justifier l'indifférence d'une modification des parties en présence d'un cautionnement de dette(s) présente(s), ou bien encore l'indifférence de la fusion du créancier sur l'hypothèque d'une dette présente. La solution inverse doit, en revanche, prévaloir lorsque c'est un garant de la dette d'autrui qui souscrit une sûreté réelle sur dette future* ».

<sup>1634</sup> V. en ce sens, PH. SIMLER, *op. cit.* n° 920 et s.

<sup>1635</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 276 : en droit du cautionnement, le changement de forme de la société débitrice ne doit pas avoir d'effet sur l'obligation de couverture, sauf si elle entraîne un alourdissement du passif. La solution est surtout liée au caractère accessoire du cautionnement.



Par une analyse *a pari*, il convient de considérer que le changement en la personne du garant emporte également extinction de l'obligation de garantie, sauf volonté contraire. Il est envisageable que les héritiers d'une telle obligation de garantie puissent poursuivre l'engagement en le choisissant.

Le fait que la stipulation contraire soit permise au cas de transmission ou d'intransmissibilité de la sûreté rend compte que les règles ne relèvent donc pas d'un ordre public de protection, ce qui dénote par rapport à l'ensemble des règles énoncées. L'exclusion de l'ordre public de protection a pour effet de libérer la volonté des parties qui pourront ainsi prévoir une transmission de la sûreté en cas de changement de garant ou de débiteur et à l'inverse l'extinction de la sûreté en cas de changement de créancier. Le cas du décès du garant personne physique constitue une exception<sup>1636</sup>, ce qui rejoint la classification interne aux sûretés pour autrui impliquant une plus grande protection des garants personnes physiques<sup>1637</sup>.

*c. La transmission en raison du changement de créancier*

**565. Le cas de transmission commun : changement en la personne du créancier**

– L'incidence du changement en la personne du créancier ne saurait affecter les éléments essentiels de l'obligation de garantie, spécialement l'intérêt du garant au contrat de sûreté. En effet, le garant s'engage non pas en considération du créancier mais du débiteur principal. Certes, le comportement du bénéficiaire de la sûreté aura nécessairement un effet sur l'éventuelle mise en œuvre de la garantie ; le créancier pouvant être plus ou moins tolérant à l'égard de son débiteur et attentif à conserver les droits dont pourraient bénéficier les garants dans le cadre de leur recours subrogatoire. Pour autant, l'incidence d'un changement de créancier n'a pas pour effet d'anéantir l'intérêt du garant à la sûreté, sauf volonté contraire. Là aussi, la clause contraire peut être prévue afin de prévoir l'intransmissibilité de la sûreté en cas de changement de créancier.

Dans le cas de la cession de l'immeuble loué, le changement de bailleur n'a eu aucune incidence ni sur l'objet de la dette garantie ni sur la cause de l'obligation, que celle-ci réside

---

<sup>1636</sup> En effet, la clause contraire est prohibée en ce qu'elle constitue un pacte sur succession future. Cass. com., 13 janv. 1987 ; *Bull. civ.* IV, n° 9 ; *D.* 1987.453, n. L. AYNÈS.

<sup>1637</sup> *V. supra*, n° 203.

en l'octroi du crédit ou dans le service rendu au débiteur principal, tel que l'a très justement relevé le professeur Laurent Aynès<sup>1638</sup>. À plus forte raison, nous ne percevons la raison pour laquelle le changement du bénéficiaire de la sûreté, par l'effet d'une transmission universelle du patrimoine, aurait pour effet de mettre fin à la sûreté<sup>1639</sup>. La position jurisprudentielle semble opter pour une extinction de l'obligation de garantie. En matière de cautionnement, la chambre commerciale a en effet décidé que le changement de créancier devait aboutir à une extinction de l'obligation de couverture<sup>1640</sup>. Or nous ne comprenons pas pourquoi la sûreté ne doit être maintenue que pour les obligations nées avant la transmission universelle du patrimoine. L'obligation de garantie étant une obligation, celle-ci doit en ce sens être transmise dans le cadre de l'opération de restructuration d'autant plus que ses éléments essentiels n'ont aucunement été atteints par le changement de bénéficiaire. Par conséquent, la transmission de l'obligation de garantie doit être érigée en principe sous réserve d'une volonté contraire. En présence d'une sûreté accessoire, le principe ne poserait pas de difficulté. Néanmoins, la question se pose de savoir si l'autonomie de la garantie à première demande fait obstacle à une telle solution.

**566. Le cas de la garantie indépendante : une sûreté nécessairement intransmissible ?** – L'autonomie des garanties indépendantes pose la question de leur caractère transmissible. La rupture réalisée au jour de la formation de la sûreté avec le contrat de base emporte-t-elle *de facto* une intransmissibilité, que l'on pourrait qualifier de naturelle voire de consubstantielle à ce type de sûretés ?

Ce n'était pas le parti pris par la Cour de cassation. En 2004, elle décida que l'autonomie de la garantie financière des courtiers n'avait pas pour effet de faire obstacle à sa transmission en cas de changement de bénéficiaire en raison d'une cession de créance ou d'une

---

<sup>1638</sup> L. AYNÈS, « La transmission de plein droit du cautionnement », art. préc.

<sup>1639</sup> A.-S. BARTHEZ, « Fusion – scission – sort du cautionnement – sort de la garantie autonome », *RDC* 2017, n° 114, p. 278 : Mme. Barthez soulève ainsi qu'« *on voit mal en quoi – sauf hypothèse particulière – la société créancière serait nécessairement la cause déterminante de l'engagement* ».

<sup>1640</sup> Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-12.896 : l'arrêt avait semblé constituer un revirement alors que sa solution se justifiait surtout parce que le cautionnement était de dettes présentes. *Adde*, Cass. com. 20 avr. 2017, n° 15-19.851 : la solution a été réaffirmée expressément dans cet arrêt récent où la chambre commerciale énonce : « *en cas d'absorption de la société créancière, la caution demeure, au titre de l'obligation de règlement, tenue de garantir les dettes nées antérieurement à la fusion, peu important qu'elles ne soient pas exigibles à cette date, et qu'il en est ainsi de la créance relative aux intérêts, pénalités et frais afférents à un prêt, qui prennent naissance le jour où ce prêt a été contracté ; qu'il en résulte que la recherche invoquée par le moyen était inopérante et que la cour d'appel n'était pas tenue d'y procéder* ».

subrogation<sup>1641</sup>. En 2006, elle affirma que l'apport partiel d'actif du bénéficiaire d'une garantie autonome n'aboutissait pas à l'extinction de cet engagement<sup>1642</sup>. Par la suite, la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 prit le contre-pied de ces décisions en consacrant à l'article 2321 du Code civil que « *sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* »<sup>1643</sup>. La solution se comprend au regard de la nature particulière de la sûreté : l'obligation du garant autonome ne peut suivre le sort de la créance garantie, seuls l'abus manifeste ou la fraude sont à mêmes de le faire en permettant au garant autonome de refuser le paiement de la somme prévue dans la lettre de garantie. Le lien entre la sûreté et le contrat de base est bel et bien rompu au jour de la formation de la garantie autonome. Par conséquent, « *l'engagement autonome de payer telle somme à première demande à tel bénéficiaire ne peut être invoqué par nul autre, serait-il le cessionnaire de la créance initialement garantie* »<sup>1644</sup>. C'est ainsi que la Cour de cassation, par un arrêt du 31 janvier 2017<sup>1645</sup>, a jugé qu'en cas de scission du bénéficiaire, la garantie autonome ne se transmettait pas, par exception au principe de transmission universelle du patrimoine en cas de fusion ou de scission tel que consacré à l'article L.236-3 du Code de commerce. Finalement, le caractère autonome constituerait un obstacle à sa transmissibilité puisque le rapport avec le contrat qui a circulé est rompu. Ainsi, l'autonomie de l'objet de telles sûretés aurait-elle pour effet d'exclure leur caractère transmissible ?

Les auteurs sont extrêmement partagés sur ce point. En faveur de la transmissibilité, certains vont considérer que le rapport entre le créancier et le garant autonome n'est pas marqué par l'*intuitus personae* de sorte que le changement de créancier ne devrait pas avoir d'incidence<sup>1646</sup>, tandis que d'autres vont estimer que l'autonomie d'objet de la garantie ne

---

<sup>1641</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 oct. 2004, n° 02-18.897, *D.* 2005. 692, n. S. CABRILLAC ; *D.* 2005. 2078, obs. P. CROCQ ; *RTD civ.* 2005.398, obs. J. MESTRE, B. FAGES.

<sup>1642</sup> Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-18.836, *JCP* 2007. I. 158, n° 14, obs. PH. SIMLER.

<sup>1643</sup> A. LECOURT, « Transmission universelle du patrimoine et garanties : faut-il revenir sur l'influence de l'intuitu personae ? », *RTD com.* 2017, p. 633 : « *L'article 2321, alinéa 4, du code civil implique simplement que le garant ne peut s'exonérer de sa garantie en excipant d'un événement quelconque affectant l'obligation garantie, le rapport de base en somme. En revanche, il ne s'oppose pas à la transmission de la garantie autonome. Pour preuve, il réserve la convention contraire des parties* ».

<sup>1644</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 299.

<sup>1645</sup> Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158, n° 15-19.174 ; *AJ Contrat* 2017. 190, obs. N. BORGA ; *RLDC* 2017, p. 22, n. M. BERAU, B. FOURNIER ; *Banque et droit*, 2017, n° 172, p. 81, obs. N. RONTCHEVSKY ; *JCP* 2017. 310, n. PH. SIMLER.

<sup>1646</sup> V. notamment : A. LECOURT, art. préc.

devrait pas empêcher sa transmission sauf décision contraire<sup>1647</sup>. Le professeur Pierre Crocq considère à l'inverse que la solution est justifiée au regard de la gravité de l'engagement et ne constitue pas en outre une décision antiéconomique dès lors que la clause contraire est permise<sup>1648</sup>. Selon nous, ni le caractère *intuitu personae*, ni le caractère autonome de la garantie ne pourraient faire obstacle à la consécration de sa transmissibilité en cas de changement de bénéficiaire tout en préservant la clause contraire.

**567. Les apparents obstacles – Le caractère autonome d'abord.** Il est excessif de considérer que l'autonomie de l'objet a pour effet d'anéantir tout lien avec le contrat garanti. Cette sûreté n'est en effet pas un acte abstrait, ce qui se démontre à la lecture de son régime juridique. L'indépendance se manifeste lors de l'appel en paiement par l'inopposabilité des exceptions. Ce n'est donc que dans un second temps que le lien va se renouer avec l'obligation principale, voire concomitamment en cas d'abus manifeste ou de fraude. Partant, l'indépendance est profondément attachée à la seule obligation de règlement. Elle n'a pour effet de dicter que l'exécution de la sûreté<sup>1649</sup>. Elle ne fait pas disparaître le fait que la garantie

---

<sup>1647</sup> H. BARBIER, « Responsabilité pénale ou garantie autonome, des obligations échappant à la transmission universelle de patrimoine », *RTD Civ.* 2017, p. 399 ; R. LIBCHABER, « Retour sur l'autonomie prétendue de la garantie à première demande », *RDC* 2017 n° 114, p. 253.

<sup>1648</sup> P. CROcq, « Le principe d'intransmissibilité de la garantie autonome s'applique également en cas de scission de la société bénéficiaire », *RTD civ.* 2017, p. 451 : le Professeur Crocq relève néanmoins que le caractère général de la solution est critiquable : « *Dira-t-on que la solution est trop générale ? La critique serait, cette fois, nettement plus pertinente, car la prise en compte de l'intuitus personae en tant que fondement de l'intransmissibilité est liée au degré de sévérité de l'engagement du garant et l'on pourrait reprocher ici au législateur d'avoir régi de la même manière toutes les garanties autonomes dans l'article 2321, alinéa 4, du code civil et de ne pas avoir effectué de distinction entre ces garanties selon qu'elles sont à première demande pure et simple, à première demande « documentaire » ou à première demande justifiée (V. à ce propos la critique développée par H. Westendorf qui se réfère à l'art. 3 :107 des principes européens des sûretés personnelles lequel réserve l'intransmissibilité à la seule garantie à première demande pure et simple : H. Westendorf, *Le transfert des sûretés*, préf. P. Crocq et A. Priim, coll. « Doctorat et notariat », t. 54, Defrénois, 2015, n° 662 ; adde M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, coll. « Bibl. de droit privé », t. 544, LGDJ, 2013, n° 537 ; U. Drobnig, *Principles of European Law - Personal Security*, Sellier, Bruylant et Stampfli, 2007, p. 42 et 365 et s.) ».*

<sup>1649</sup> R. LIBCHABER, art. préc. n° 114, p. 253 : le professeur Rémy Libchaber soulève que la paralysie de la garantie autonome, par son caractère intransmissible dans le cas d'une transmission universelle du patrimoine, résulte d'une malfaçon dans sa conception. Il souligne plus précisément que la malfaçon réside dans l'appréciation systématique de l'autonomie de la sûreté. A l'origine, le caractère autonome de ces garanties avait pour effet d'imposer une inopposabilité des exceptions lors de l'appel en paiement sauf fraude ou abus manifeste. Au fil du temps, l'autonomie de la sûreté s'est renforcée. Il explique ainsi très justement : « *Au départ, l'autonomie n'était conçue que comme une application particulière de l'inopposabilité des exceptions. En cas de demande de paiement du créancier, le débiteur de la garantie devait payer sans rien pouvoir opposer, la garantie étant ipso facto détachée de l'obligation garantie au sens où aucun moyen de défense ne pouvait être admis. Le garant devait commencer par payer, avant d'agir en revendication si son paiement avait été dépourvu de justification. Mais le terme d'autonomie fut progressivement entendu dans une signification plus forte, en opposition systématique à l'idée d'accessoire : exactement comme s'il ne pouvait y avoir aucun lien entre l'obligation garantie et sa sûreté. D'où la nécessité de prévoir le montant de la garantie par une somme donnée, fixée à l'avance, dénuée de toute référence à l'obligation principale. D'où l'impossibilité de soumettre l'exigence de la garantie à une défaillance établie du débiteur. D'où la rupture de la relation d'accessoire, en*

a été émise en considération du contrat garanti, de sorte que le garant poursuit un intérêt qui lui est propre<sup>1650</sup>. L'indépendance constitue une modalité de réalisation de la sûreté, qui ne doit porter d'incidence sur la détermination de l'extinction du contrat de garantie en lui-même<sup>1651</sup>. La nature indépendante ne dicte ainsi que le mode d'exécution et non le fondement de l'obligation de garantie. Par conséquent, le principe du caractère transmissible sauf clause contraire doit aussi être appliqué dans le cas d'une garantie autonome.

*L'intuitu personae ensuite.* Nous considérons que derrière l'*intuitu personae* se trouve sa cause, donc l'intérêt du garant porté au contrat de sa sûreté. Or force est de constater que l'intérêt ne se situe certainement pas dans le rapport entre le garant et le bénéficiaire mais dans celui qui le lie avec le donneur d'ordre. En effet, le garant autonome ne s'engage pas en considération de la personne du bénéficiaire mais en raison de ses relations, souvent d'affaires, avec le donneur d'ordre, voire en contemplation de la rémunération versée par ce dernier. Par conséquent, le caractère transmissible en cas de changement de bénéficiaire doit avoir vocation à s'appliquer aussi en matière de garantie autonome.

*La structure de la garantie autonome enfin.* Au-delà de ces interrogations, l'intransmissibilité de la garantie autonome interroge au regard de sa particularité. Celle-ci est nécessairement une sûreté garantissant une dette présente, celle qui est précisée dans la lettre de garantie. Le garant autonome s'engage à verser une somme d'argent. Le montant est connu, en principe, dès la conclusion de la garantie. La solution de la Cour de cassation a pour effet de décharger le garant de son obligation, non pas pour les dettes postérieures à la scission mais de la dette

---

*cas de transmission de la créance. Il reste que ce régime, lié à une conception systématique de la notion d'autonomie, ne pouvait qu'aboutir à une impasse. Car une sûreté ne peut jamais être autonome, dans une acception tant soit peu fondamentale : par sa nature même, elle se réfère à l'obligation dont elle est censée assurer le paiement. Au mieux, elle est susceptible de ne pas suivre le régime de l'obligation garantie — dont elle demeure néanmoins l'accessoire ». Il démontre ainsi qu' « il en est d'ailleurs une preuve peu contestable : quand la garantie est appelée et qu'elle est suivie d'un règlement, c'est bien la dette du débiteur qui se trouve payée. Quel tribunal admettrait d'étendre l'idée d'autonomie au point de considérer que, le garant n'ayant rien payé d'autre que sa propre dette, le créancier pourrait encore demander son paiement au débiteur non libéré ? Entre les deux notions de garantie et d'autonomie, il faut choisir celle que l'on décide de faire prévaloir. Toutes les fois que l'on entreprend de dresser une muraille de Chine entre l'obligation et la sûreté qui la garantit, on s'efforce de réaliser une autonomie qui abîme la notion même de sûreté ». Il propose alors : « Seule la voie inverse est praticable : en admettant que la garantie autonome est d'abord et avant tout une sûreté garantissant une créance, on reconnaît qu'elle ne peut plus être autonome qu'au seul sens où, quoiqu'accessoire à cette créance, elle doit être payée en cas d'appel, sans discussion possible. L'inopposabilité des exceptions est ainsi la seule vraie caractéristique de cette variante du cautionnement, qu'est la garantie dite « autonome ».*

<sup>1650</sup> L'intérêt du garant sera le plus souvent économique en considération de ses relations d'affaires avec le donneur d'ordre, notamment au regard de la rémunération.

<sup>1651</sup> H. BARBIER, art. préc. *RTD civ.* 2017, p. 399 : l'auteur estime que « l'autonomie n'est en rien liée à la question de la transmission » de la garantie autonome.

en elle-même. La solution atteste l'existence de l'obligation de couverture dans la garantie autonome qui s'éteint par l'effet de la scission. Or en principe, elle devrait laisser subsister l'obligation de règlement dont le contenu est dicté par les termes de la lettre de garantie, à savoir le versement d'une somme déterminée.

**568. Conclusion de paragraphe** – L'exigibilité de l'obligation de règlement résulte de l'extinction de l'obligation de garantie, que celle-ci se réalise du fait de la survenance du risque couvert ou par une cause d'extinction externe au contrat de sûreté, à savoir lorsqu'il y a la rupture du rapport existant entre le garant et le débiteur principal, sauf volonté contraire.

## II. LES EFFETS DE L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE GARANTIE

**569. L'étape de réalisation par l'exécution de l'obligation de garantie** – L'extinction de l'obligation de garantie implique l'exigibilité de l'obligation de règlement. La finalité de la sûreté se met en œuvre. S'il est vrai que l'intérêt du créancier a vocation à être satisfait lors de cette étape, pour autant la nature d'engagement pour autrui impose une mesure de protection consubstantielle aux sûretés pour autrui : le recours du garant à l'encontre du débiteur principal, peu important le mode de réalisation.

**570. Plan** – En effet, l'exécution de la sûreté peut être aussi bien indépendante qu'accessoire, il reste qu'il s'agit d'un paiement pour autrui (A). Par conséquent, l'octroi d'un recours constitue forcément une règle commune à l'ensemble (B).

### A. La mise en œuvre de l'obligation de règlement

**571. L'obligation de règlement, symbole du choix des parties** – Jusqu'ici, nous avons pu aborder une définition *in abstracto* de l'obligation de règlement. Elle consiste à mettre en œuvre l'obligation de garantie et porte donc en elle l'originalité de la sûreté. Aussi, c'est en elle que nous pouvons percevoir, dans une certaine mesure, une liberté contractuelle des parties. Certes, les sûretés pour autrui sont fortement « institutionnalisées » tel que le constate M. Dupichot au sein de ses travaux <sup>1652</sup>, il reste que leur diversité offre aux parties un

---

<sup>1652</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc. n° 260 et s. : M. Dupichot explique que l'encadrement des volontés dans le cas du cautionnement, plus particulièrement du cautionnement consenti par une personne physique, se manifeste également pour les autres sûretés personnelles : « (...) le pouvoir des volontés individuelles se révèle à

large choix dans la façon dont elles souhaitent réaliser la garantie du risque couvert. Il est vrai que le juge veille à la bonne qualification de la sûreté afin d'éviter le contournement du régime protecteur du cautionnement, notamment en présence de garant personne physique. Or si le régime primaire de protection est adopté, assurant ainsi des mesures de protection *a minima* pour l'ensemble des sûretés consenties pour garantir la dette d'un tiers, ce risque de contournement n'existerait plus par hypothèse, de sorte que la liberté des parties dans le choix du mode de réalisation pourrait s'émanciper.

**572. Plan** – La mise en œuvre de la sûreté s'opère soit de manière accessoire ou indépendante à l'égard du contrat garanti (1) et se réalise en principe par un paiement (2).

### **1. Par une exécution accessoire ou indépendante**

**573. Une obligation de règlement aux couleurs de la particularité de la sûreté** – L'*ADN* de la sûreté colore l'obligation de règlement. Le paiement dû est moulé selon le particularisme de la sûreté : le paiement se fera soit par une obligation de payer une somme d'argent, soit par la cession d'un bien grevé.

**574. La réalisation accessoire et non forcément subsidiaire** – De prime abord, nous pourrions considérer que la subsidiarité est inhérente à l'accessorieté : le principal doit être mis en œuvre avant l'accessoire ! Or il s'avère que l'essence des sûretés accessoires n'est pas d'être subsidiaire à l'égard du rapport principal. La dépendance n'appelle pas le respect de la hiérarchie. En droit du cautionnement, deux règles permettent d'assurer le principe de subsidiarité : le bénéfice de discussion et de division. L'exception de discussion<sup>1653</sup> « *permet à la caution de n'être poursuivie qu'une fois l'insolvabilité du débiteur principal établie* »<sup>1654</sup>.

---

*l'analyse nettement plus limitée que la nature de droit personnel de la sûreté personnelle ne le laisserait penser à première vue* ».

<sup>1653</sup> L'origine du bénéfice de discussion remonte à des temps très anciens. V. sur ce point : R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n° 408 : « *Suivant le droit qui étoit en usage avant la nouvelle 4 de Justinien, le créancier pouvoit exiger des cautions le paiement de ce qui lui étoit dû avant que de s'adresser au débiteur principal : Jure nostro, dit Antonin Caracalla en la loi 5, Cod. De fidej. est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur. Les empereurs Dioclétien et Maximien décident la même chose en la loi 19, Cod. De tit. Justinien, de nov., cap. 1, a accordé aux fidéjusseurs l'exception qu'on appelle de discussion ou exception d'ordre, c'est-à-dire, l'exception par laquelle ils peuvent renvoyer le créancier qui leur demande le paiement de sa dette, à discuter auparavant les biens du débiteur principal. Ce droit de la nouvelle est suivi parmi nous ; mais non pas à l'égard de toutes les cautions, ni dans tous les cas* ». Pothier soulignait d'ores et déjà le fait qu'il ne relevait pas de la nature du cautionnement et n'était donc pas un principe absolu.

<sup>1654</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 786.

Ainsi, s'impose une obligation de respecter une certaine hiérarchie<sup>1655</sup> : le créancier peut être contraint d'aller « discuter » les biens de son débiteur si ce dernier n'est pas insolvable. Les poursuites sont donc dirigées en premier lieu vers le débiteur principal et ce n'est qu'en cas de défaillance que la caution pourra être appelée en paiement. A défaut, la caution peut opposer, aux termes de l'article 2299 du Code civil, sous forme d'exception le bénéfice de discussion<sup>1656</sup>. Or le bénéfice de discussion n'étant pas de l'essence du cautionnement<sup>1657</sup>, il ne saurait l'être fort logiquement des sûretés accessoires en général. En effet, la dépendance n'implique pas la subsidiarité. C'est ainsi que le bénéfice de discussion et de division ne s'appliquent que dans des hypothèses particulières, par faveur pour la caution. L'observation vaut pour le bénéfice de division<sup>1658</sup> lequel permet au cofidélusé d'imposer au créancier de diviser ses recours entre tous ne résulte pas non plus du caractère accessoire.

**575. Une entière soumission au rapport principal** – La réalisation de la sûreté accessoire est nécessairement soumise au plafond dicté par la créance garantie. La conséquence résulte directement de la définition du caractère accessoire, selon laquelle le rapport est directement placé sous la dépendance du rapport principal. « Être placé sous » implique ce rapport de soumission de l'élément accessoire. Partant, la sûreté ne peut jamais être réalisée au-delà de l'étendue de l'obligation garantie. Le rapport de dépendance entre la sûreté et la créance implique nécessairement que son exécution soit encadrée et définie selon le carcan dicté par l'obligation principale. Là est le marqueur du cautionnement ou encore du

---

<sup>1655</sup> Il s'agit d'une obligation hiérarchique et non de suivre une certaine chronologie. V. en ce sens A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 787: en se fondant sur les dispositions de l'article 2299 du Code civil, les auteurs en déduisent que « *ceci posé, que le cautionnement soit simple, et que la caution soit titulaire du bénéfice de discussion, n'empêche pas que le créancier puisse, à son choix, actionner le débiteur ou la caution* ». Ce n'est qu'en présence d'un débiteur par définition solvable que la caution pourra opposer le bénéfice de discussion.

<sup>1656</sup> En soulevant l'exception de discussion, la caution doit en outre préciser les biens saisissables du débiteur et avancer les frais de la saisie. V. sur ce point : A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 795 et s.

<sup>1657</sup> V. en ce sens notamment : A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 791, et s.

<sup>1658</sup> Le bénéfice de division a été consacré par l'Empereur Adrien : R.-J. POTHIER, *Traité de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 416 : « *Lorsque plusieurs personnes se rendent cautions d'un débiteur principal pour la même dette, elles sont censées s'obliger chacune à toute la dette : si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Instit. Tit. De fidej. §4. En cela, plusieurs fidéjusseurs sont différents de plusieurs débiteurs principaux, lesquels ne sont censés s'obliger chacun que pour leur part, à ce qu'ils promettent conjointement, si la solidité n'est point exprimée. La raison de la différence est, qu'il est de la nature du cautionnement, de s'obliger à tout ce que doit le débiteur principal ; et par conséquent chacun de ceux qui le cautionnement est censé contracter cet engagement, à moins qu'il ne déclare expressément qu'il ne s'oblige que pour partie : c'est la raison qu'en rapport Vinnius, select. Quaest. Lib. 11, ch. 40. L'empereur Adrien a apporté une modification à cette solidité, par l'exception de division qu'il a accordée aux fidéjusseurs : le fidéjusseur à qui le créancier demande toute la dette, obtient, par cette exception, que le créancier soit tenu de diviser et partager sa demande entre lui et ses cofidélusés, lorsqu'ils sont solvables, et qu'en conséquence il soit reçu à payer au créancier sa portion, sauf au créancier à se pourvoir pour le surplus contre les autres. Ce droit a été adopté dans notre pratique française* ».



cautionnement réel. Les deux types de cautionnement répondent en effet à la même règle de l'accessoire renforcé. La limitation conventionnelle du droit de gage général en contrepartie d'un droit préférentiel sur le bien affecté n'engendre absolument aucune incidence sur la façon dont va se réaliser la sûreté réelle pour autrui. L'exécution de l'obligation de garantie, par la voie de l'obligation de règlement, est d'abord subordonnée à la condition de la défaillance du débiteur principal. De plus, en cas de cautionnement simple, le créancier doit être soumis aux bénéfices de discussion et de division. Nul argument ne permet en effet de refuser au constituant d'une sûreté réelle pour autrui la faveur accordée à la caution personnelle. Aussi, le cautionnement réel doit être soumis à un double plafond dans son étendue. Il ne peut par définition dépasser l'étendue de l'engagement garanti en raison de son caractère accessoire et la valeur du bien. En effet, dans l'hypothèse où l'engagement serait illimité, il sera pour autant nécessairement limité à la valeur du bien grevé.

**576. Le cas particulier de la lettre d'intention** – La lettre d'intention est placée dans un rapport accessoire, bien que certains auteurs le contestent<sup>1659</sup>. La lettre d'intention est-elle soumise à l'étendue de la dette garantie ? Le principe de réparation intégrale du préjudice implique la faculté de condamner le confortant à un montant supérieur à la valeur de la créance du débiteur principal<sup>1660</sup>.

En outre, ce n'est qu'en cas de défaillance du débiteur que le manquement à l'obligation émise par le confortant est recherché. Le mécanisme de la responsabilité suppose l'établissement d'un rapport de principal à accessoire qui se révèle par la notion de lien de causalité. Il faudra nécessairement se plonger dans le contrat garanti afin de déterminer la réalisation ou non de la lettre d'intention. En outre, dans le cas d'une obligation satisfaisante de résultat, le confortant sera *in fine* condamné au paiement de la dette principale. La

---

<sup>1659</sup> V. en ce sens : C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 336 ; G. PIETTE, « Lettre d'intention », *RDC*, 2015 ; *contra*. X. BARRE, *La lettre d'intention*, *Economica*, 1995, n° 153 ; CH. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Defrénois, 2009, n° 363.

<sup>1660</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1419 : « l'étendue de l'engagement de la caution est, en tout état de cause, limitée par celle de l'obligation principale ; Il y a là une limite à l'engagement de la caution inhérente au caractère accessoire de son engagement. Il n'existe évidemment rien de tel en matière de lettre d'intention. D'une part, éviter la défaillance du débiteur peut se révéler extrêmement coûteux pour l'auteur de la lettre. Il peut ainsi être conduit à consentir des avances au débiteur, à procéder à des restructurations de la filiale débitrice, à accorder des remises de dettes au débiteur, à accorder des avances en compte courant à la société débitrice, à souscrire à une augmentation de capital... D'autre part, en cas de défaillance du débiteur, l'engagement de son auteur a pour seule limite la réparation intégrale du préjudice subi par le créancier. Or le versement de dommages-intérêts équivalents à ce qui était dû au créancier ne suffit pas toujours à réparer son entier préjudice. En définitive, le coût de l'exécution de la lettre d'intention et de la réparation du préjudice subi par le créancier sera sans doute supérieur à ce qu'aurait été tenue de verser une caution ».

distinction avec le cautionnement réside dans l'exclusion du caractère renforcé de l'accessoire. Il n'y pas d'interconnexion étroite de tous les instants<sup>1661</sup>.

En effet, l'obligation de règlement est certes subordonnée à la condition de la défaillance du débiteur principal mais la particularité de la lettre d'intention se niche dans l'objet de son engagement : la promesse de faire ou de ne pas faire afin que le débiteur ne se retrouve pas en difficulté. Le rapport se brise ici avec le comportement du débiteur. Ce n'est pas un contrat en particulier qui est l'objet de son obligation mais l'exécution d'un comportement dont le degré d'exigence pourra varier. S'engager pour son propre fait : là se situe la différence, certes ténue, avec le porte-fort d'exécution par lequel le promettant s'engage à garantir le fait d'un tiers.

Mais alors pourquoi lui refuser un caractère accessoire ? Cette figure contractuelle est en effet encore moins indépendante que la lettre d'intention ? L'engagement se fait exclusivement en considération de l'obligation principale dont sa défaillance aboutira à la mise en œuvre du porte-fort d'exécution. L'engagement est accessoire. La reconnaissance du caractère autonome du porte-fort d'exécution ne se conçoit guère au regard de sa structure et de son mécanisme.

**577. La réalisation indépendante du rapport de base** – À l'inverse, lorsque le choix des parties se porte sur une sûreté indépendante du contrat principal, alors la situation du garant sera bien plus rigoureuse donc dangereuse qu'en présence d'une sûreté accessoire. La règle de l'inopposabilité des exceptions emportera l'exclusion du principe de subsidiarité : nul besoin de caractériser la défaillance du débiteur principal dès lors que l'on doit refuser une quelconque référence à son engagement. L'appel en paiement ne sera pas tant subordonné par la défaillance du donneur d'ordre mais plutôt par les conditions prévues au sein de la lettre de garantie. La chambre commerciale précise en ce sens dans la décision du 20 décembre 1982 que l'obligation du garant est régie « *par les seules dispositions de la lettre* »<sup>1662</sup>. Partant, le montant, la durée, l'objet, les modalités de mise en œuvre sont à prévoir au sein de la garantie autonome. Par conséquent, « *l'engagement n'est pas plus ou moins accessoire : il demeure autonome ; mais dans ses modalités d'exécution, il est plus ou moins*

---

<sup>1661</sup> V. *supra*, n° 428.

<sup>1662</sup> Cass. com., 20 déc. 1982, arrêt préc.

*automatique* »<sup>1663</sup>. La mise en œuvre de la sûreté peut être soit « à première demande », soit « à demande documentaire », soit selon des conditions prévues tout en prenant soin de ne pas réinstaurer un caractère accessoire avec l'obligation de base à peine de requalification en un cautionnement<sup>1664</sup>. Le *quantum* de l'engagement du garant autonome est ainsi déconnecté de celui de l'engagement fondamental ; ce dernier ne constituant pas une donnée de référence afin de fixer le montant de la garantie<sup>1665</sup>. L'obligation de règlement s'exécute donc selon les termes de la lettre de garantie, tant au regard des modalités d'appel que du montant de l'engagement. L'engagement n'étant pas accessoire, le garant ne peut pas opposer les exceptions inhérentes à la dette, sauf en cas de fraude ou d'abus manifeste<sup>1666</sup>. La force de la sûreté suscite un regard méfiant lorsque celle-ci sort de son domaine de prédilection. Bien que la garantie autonome consentie par une personne physique ne soit pas proscrite, en dehors le cas du droit de la consommation<sup>1667</sup>, le juge adopte généralement un regard attentif afin de contrôler si la sûreté ne vient pas contourner le droit protecteur du cautionnement. Pour éviter ce risque, il est important d'étendre les dispositions protectrices à l'ensemble des garants personnes physiques<sup>1668</sup> ; cela n'empêchant pas pour autant que la sûreté soit indépendante dans la mise en œuvre de l'obligation de règlement.

**578. La délégation : un principe d'indépendance** – La délégation constitue l'une des garanties les plus passionnantes. Lorsqu'elle a un effet de sûreté, en ce sens que le délégué n'était pas tenu, du moins pas entièrement, à la dette, l'alinéa 2 de l'article 1336 du Code civil affirme que « *le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire* ». La solution n'est pas nouvelle. En raison du caractère nouveau de l'engagement

---

<sup>1663</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 338.

<sup>1664</sup> En ce sens, il faut que le choix des parties soit exprès en mettant en avant le caractère indépendant à l'égard du contrat principal. Ainsi, l'opération de qualification est fondamentale afin de distinguer la garantie autonome du cautionnement.

<sup>1665</sup> Le mécanisme de la garantie autonome s'explique au regard de ses origines. Historiquement, cette sûreté était un gage-espèces. Le garant déposait une somme d'argent en garantie d'une obligation. Le gage-espèces fut par la suite convertie en garantie autonome en raison de la contrainte que représentait le dépôt d'une somme d'argent, souvent importante dans le cadre de relations d'affaires internationales. Immobiliser une importante somme d'argent était une solution antiéconomique. C'est ainsi que la pratique a fait évoluer le mécanisme en adoptant la garantie autonome, laquelle ne nécessite aucun *déposit*. Mais il fallait conférer à la sûreté la même vigueur que son prédécesseur. L'inopposabilité des exceptions a permis d'assurer cette même force. V. PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 315 ; L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 330 ; PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 858 ; PH. THERY, *op. cit.*, n° 100.

<sup>1666</sup> En cas d'appel de la garantie de manière frauduleuse ou manifestement abusive, le donneur d'ordre pourra s'opposer au paiement.

<sup>1667</sup> V. *supra*, n° 447.

<sup>1668</sup> V. *supra*, n° 203.

créé entre le délégué et le délégataire, l'inopposabilité des exceptions est une solution logique. Par un arrêt du 24 janvier 1872, la Cour de cassation avait affirmé « *qu'un créancier ayant, de bonne foi et du consentement de son débiteur, accepté aux lieux et place de celui-ci, qu'il a libéré, une autre personne capable de s'obliger et qui s'est engagée envers lui sans aucune condition, a désormais action contre le nouveau débiteur ainsi substitué au premier, qu'elle que fut la nature des rapports juridiques qui eussent existé entre l'ancien et le nouveau débiteur ; que celui-ci ne pourrait donc s'affranchir de son engagement envers le créancier sous le seul prétexte que, par erreur, il se serait cru obligé lui-même envers le délégant, ou que son obligation envers celui-ci aurait été reconnue et déclarée nulle par une décision passée en force de chose jugée* »<sup>1669</sup>. En raison de la création d'un nouveau rapport autonome, la règle de l'inopposabilité des exceptions se place naturellement dans le mécanisme juridique de la délégation. Les exceptions sont celles issues de la dette du délégataire ou du délégant<sup>1670</sup> et non celles qui seraient inhérentes au contrat de délégation en lui-même<sup>1671</sup>.

**579. L'indépendance de la délégation-sûreté, une règle supplétive** – Désormais, le principe de l'inopposabilité des exceptions est expressément affirmé par l'article 1336 alinéa 2 du Code civil tout en prévoyant que la règle puisse être aménagée de manière

---

<sup>1669</sup> Cass. 24 janv. 1872, DP 1873. 1. 75 ; S. 1872. 1. 31 ; CAPITANT, TERRÉ et LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11<sup>e</sup> éd., 2000, Dalloz, n° 239.

<sup>1670</sup> Avant la réforme du droit des contrats, il y avait une divergence entre la chambre commerciale et la première chambre civile relative à l'inopposabilité des exceptions nées du rapport entre le délégant et le délégataire. La première chambre civile estimait que ces exceptions étaient opposables sauf convention contraire (V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 mars 1992, n° 90-15.707, *Bull. civ. I*, n° 84 ; *RTD civ.* 1992. 765, obs. J. MESTRE ; *D.* 1992. 481, n. L. AYNES), tandis que la chambre commerciale tranchait la difficulté en un sens contraire (Cass. com., 25 févr. 1992, n° 90-12.863, *JCP* 1992. II. 21922, n. M. BILLIAU). Or depuis la réforme, l'article 1336 alinéa 2 du Code civil prévoit la règle de l'inopposabilité des exceptions peu important qu'elles soient nées dans le rapport délégant-délégataire ou délégué-délégant tout en réaffirmant qu'il s'agit d'une règle supplétive.

<sup>1671</sup> M. BILLIAU, « Délégation », *Rép. Civ.*, Dalloz, sept. 2017 : « *En effet, puisque le délégué prend un engagement direct et nouveau, celui-ci ne puise pas sa force dans les obligations antérieures existantes entre les parties, même s'il a pour finalité leur extinction par un paiement. Indépendamment de sa valeur supplétive de la volonté des parties, la portée de ce principe doit être précisée. En effet, il concerne uniquement les moyens de défense rattachées aux obligations antérieures, à l'exception de ceux tirés du contrat d'où est issue la délégation. Ayant une source contractuelle, la mesure de l'engagement du délégué est fonction des stipulations sur lesquelles les trois parties se sont accordées. Il en résulte que ne constitue pas une exception inopposable au délégataire, le moyen pris de ce que l'engagement du délégué ne saurait excéder ce qui a été convenu, même s'il est à ce titre fait référence aux obligations antérieures. La chambre commerciale de la Cour de cassation l'avait décidé dans un arrêt du 11 avril 2012 dont elle n'a cependant pas jugé opportune la publication au Bulletin officiel (Com. 11 avr. 2012, n° 11-13.068, *LPA* 2012, n° 193, p. 10, note Andreu). La chambre commerciale précise ainsi que la « méthode de détermination de la dette du délégué envers le délégant », qui constitue la mesure de l'engagement du délégué envers le délégataire, ne constitue pas une exception dont les parties avaient stipulé l'inopposabilité au délégataire. Il n'y a ici rien de bien original à la vérité puisque le contrat de délégation est la mesure de la dette nouvelle du délégué (GHESTIN, BILLIAU et LOISEAU, *op. cit.*, n° 916). En principe, il n'y a pas lieu de distinguer selon que la délégation est simple ou novatoire ».*

conventionnelle. Aussi, en cas de collusion frauduleuse caractérisée entre le délégant et le délégataire, le délégué pourra opposer l'exception<sup>1672</sup>.

## 2. Par un paiement

**580. Une obligation en argent ou en nature** – En dehors du cas du cautionnement réel, l'obligation de règlement fait peser une classique obligation de payer en argent<sup>1673</sup> dont le contenu est dicté par les modalités d'exécution. Toutefois, l'exécution de l'obligation de règlement est-elle nécessairement circonscrite à une obligation monétaire ? La question s'est posée à l'égard d'un cautionnement venant garantir une obligation de faire ou de donner, ce qui est parfaitement admis<sup>1674</sup>. Voici le cas d'un cautionnement personnel ayant pour objet la garantie d'une obligation de réaliser une construction. Aucune somme d'argent est à ce titre garantie par le cautionnement mais seulement une obligation de faire. Aux termes de l'article 2288 du Code civil, il est précisé que « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* »<sup>1675</sup>. Quel obstacle y aurait-il à considérer que la caution serait obligée à faire ce qui n'a pas été fait par le débiteur principal ? La doctrine autorisée se positionne en faveur de l'admission d'un cautionnement garantissant des obligations de faire, de ne pas faire ou de donner<sup>1676</sup>. Néanmoins, le corollaire n'a pourtant pas été reconnu, à savoir imposer à la caution d'exécuter en nature l'obligation principale. La doctrine majoritaire considère en effet

---

<sup>1672</sup> Cass. com., 22 avr. 1997, n° 95-17.664, *Bull. civ.* IV, n° 98, arrêt préc.

<sup>1673</sup> En effet, la lettre d'intention s'exécute par l'allocation d'une somme au titre de la réparation du préjudice subi. La faute sera l'inexécution de l'obligation de faire – comportementale ou satisfactoire selon leur degré, de moyen ou de résultat –. Le préjudice sera la défaillance du débiteur principal en raison de l'inexécution de l'obligation de faire prise par le confortant. La garantie autonome, peu important ses modalités d'appel, se mettra toujours en œuvre par une obligation de payer une somme d'argent dont le quantum est précisé au sein de la lettre de garantie.

<sup>1674</sup> Il est traditionnellement considéré que le cautionnement peut garantir toutes sortes d'obligations. La remarque a vocation à s'appliquer à l'égard de toutes sûretés accessoires. Concernant le cautionnement, v. notamment : A.- S BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 396 et s. ; PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 277 ; *Rep. Civ.* Dalloz publié sous la dir. de E. VERGE et G. RIPERT, t. 1, 1951, V° « Cautionnement », n° 23.

<sup>1675</sup> PH. DUPICHOT, *ibid.* : M. Dupichot rappelle l'ancienne rédaction de l'article 2011 qui énonçait que « *celui qui se rend caution d'une obligation, s'oblige envers le créancier à lui payer, à défaut du débiteur, ce que celui-ci doit* ». Le texte a été modifié pour sortir de la catégorie de l'unique obligation monétaire. « *Précisément, cette modification de rédaction avait tendu à remplacer le terme de « payer », à consonance trop « monétaire », par celui de « satisfaire », plus général (...). L'intention des rédacteurs de cette disposition a été, sans nul doute, de préciser qu'une caution pouvait accomplir toute espèce d'obligation, qu'elle soit de donner, de faire ou de ne pas faire, si le débiteur n'y satisfait pas* ».

<sup>1676</sup> V. pour un panel seulement : J. DEVEZE, A. COURET et G. HIRIGOYEN, *op. cit.*, n° 3312 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 110 ; M. CABRILLAC et CH. MOULY, *op. cit.*, n° 96 et 225 ; G. RIPERT et G. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil d'après le traité Planiol*, t. 2, *Obligations, Contrats, Sûretés réelles*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1952, n° 1921 ; R.-J. POTHIER, *op. cit.* n° 396 : « *On peut rendre caution pour quelque obligation que ce soit* ».

que l'exécution doit se réaliser par équivalent en argent<sup>1677</sup>, ce qui permettrait de distinguer le cautionnement du porte-fort d'exécution, lequel pourrait se réaliser en nature. À l'inverse, M. Dupichot s'oppose complètement à l'analyse majoritaire en considérant qu'il n'existe aucun obstacle à admettre une exécution en nature, ce qui est d'ailleurs en parfait accord avec la modification de l'ancien article 2011 du Code civil<sup>1678</sup>.

Au-delà de l'argument purement textuel, la structure même du cautionnement, fondée sur un caractère accessoire et renforcé qui plus est, implique par elle-même que la dette de la caution corresponde entièrement aux caractéristiques de l'obligation garantie<sup>1679</sup>, de sorte que « *l'analyse proposée par la doctrine dominante d'une satisfaction par équivalent qui serait le principe ne vaut en réalité que lorsque les parties auront conventionnellement exclu l'exécution en nature par la caution ou bien en présence d'une disposition légale excluant pareille exécution* »<sup>1680</sup>. L'analyse proposée par le professeur Philippe Dupichot nous paraît en totale conformité avec les dispositions légales mais également la nature du cautionnement qui est d'exécuter en lieu et place du débiteur principal. C'est ainsi que le porte-fort d'exécution perd son autonomie par rapport au cautionnement. Finalement, ce sont toutes les sûretés accessoires qui peuvent être exécutées en nature si telle est l'obligation du débiteur principal.

**581. Une exécution par le droit des sûretés réelles** – Le cas de la sûreté réelle pour autrui apporte une spécificité puisque l'obligation de règlement s'exécute par le truchement d'une sûreté réelle sur le bien grevé. La difficulté est alors de concevoir une obligation personnelle s'exécutant par le prisme d'un droit réel. L'obligation revêt ainsi la nature d'obligation réelle de règlement selon le professeur Jean-Jacques Ansault qui sera ainsi

---

<sup>1677</sup> V. notamment : PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 43 et 336.

<sup>1678</sup> PH. DUPICHOT, n° 278 : l'auteur explique ainsi qu'« *un tel argument n'est pas recevable : il méconnaît directement une notion de cautionnement que le législateur a souhaité particulièrement large. Lorsque la dette principale est une obligation de faire, la dette de la caution consiste fort simplement à accomplir cette obligation de faire si le débiteur ne le fait pas lui-même* ».

<sup>1679</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., *ibid.* : l'admission d'une exécution en nature ne heurte pas l'analyse dualiste de l'obligation puisque « *la dette de la caution comporte à l'instar de toute obligation civile un debitum et un obligatio propres de sorte que la caution pourra être contrainte à l'exécution forcée dans les mêmes conditions que le débiteur principal. Ainsi, si le débiteur ne s'exécute pas, la caution devra s'exécuter en nature car elle s'est engagée, sauf convention contraire, à satisfaire à l'obligation même du débiteur : c'est le schéma idéal, la sûreté remplissant parfaitement son office pour le créancier* ».

<sup>1680</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 279.

soumise au droit des sûretés réelles <sup>1681</sup>. Or sans passer par le prisme de l'obligation réelle, nous pouvons concevoir une obligation personnelle, telle que l'obligation de règlement, se manifestant par un droit réel.

## B. Le bénéfice du recours

**582. Admission d'un principe général de recours après paiement des garants pour autrui** – Par nature, les sûretés pour autrui impliquent l'existence d'un recours du garant à l'encontre du débiteur. La volonté du garant est de ne pas être tenu définitivement à la dette, sauf en cas de libéralités. Le recours doit être accordé à l'ensemble de la catégorie. La législation est de nos jours lacunaire puisque seul le cautionnement bénéficie d'un fondement textuel consacrant les recours avant et après paiement. Le silence de la loi ne doit pas pour autant emporter de doute quant à la consécration de la règle en principe général.

**583. Le droit du cautionnement, un modèle** – Le droit du cautionnement représente incontestablement un modèle. Néanmoins, certaines dispositions se comprennent au regard de la nature accessoire, de sorte qu'elles ne sauraient être comprises comme étant communes à l'ensemble des sûretés <sup>1682</sup>. Il en est ainsi du recours avant paiement qui contreviendrait au caractère autonome de certaines sûretés. Il n'est guère adapté d'octroyer au garant autonome un recours avant paiement alors que son engagement est justement détaché du rapport de base jusqu'à l'appel en paiement <sup>1683</sup>. Il doit être reconnu le bénéfice d'un recours après paiement au profit des garants pour autrui, personne physique ou morale, puisque le paiement est réalisé pour autrui <sup>1684</sup>. Si l'existence d'un recours personnel est

---

<sup>1681</sup> J.-J. ANSAULT, thèse préc., n° 294 et s. : M. Ansault analyse ainsi l'obligation de règlement dans le cadre du cautionnement réelle comme étant une obligation réelle de règlement. Il en résulte une application du droit des sûretés réelles lors de sa mise en œuvre. Ainsi, le droit du créancier pourra s'exercer uniquement sur le bien grevé. Il explique ainsi que « *dans le cadre d'une double défaillance, celle du débiteur principal, suivie de celle de la caution réelle, le bénéficiaire dispose d'une action qui s'exercera sur une portion limitée du patrimoine de la caution réelle. En effet, le droit positif écarte de l'appréhension du créancier les biens qui ne lui ont pas été affectés par le contrat* ». Il rapproche ainsi la situation d'un obligé réel qui ne peut être « *poursuivi que sur un bien particulier au titre de cette obligation* ».

<sup>1682</sup> V. *supra*, n° 425.

<sup>1683</sup> G. MÉGRET, *Les recours du garant, Contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, préf. Ph. Stoffel-Munck, PUAM, 2011, n° 306 et s. : après une analyse juridique du recours avant paiement, l'auteur en conclut qu'il ne conviendrait pas « *d'étendre le champ du recours avant paiement à d'autres formes de garanties* ». Il considère que le caractère autonome de la garantie à première demande ne ferait pourtant pas obstacle à la reconnaissance d'un recours avant paiement puisque « *le recours avant paiement suppose une action du garant contre le débiteur et ne prend pas la forme d'une exception au paiement opposée au bénéficiaire de la garantie* ». Or il estime que ce recours se justifie surtout au regard du « *lien entre la défaillance du débiteur et le paiement* », de sorte qu'il est inhérent au cautionnement.

<sup>1684</sup> V. *supra*, n° 582.

généralement admise, sa nature subrogatoire interroge et tend à diviser la doctrine sur sa reconnaissance.

**584. Plan** – La reconnaissance d'un recours personnel fondé sur le rapport entre le garant et le débiteur doit être admise (1) ainsi qu'un recours de nature subrogatoire (2). La déchéance doit être encourue en cas de négligence du garant (3).

## 1. Fondé sur le rapport personnel

**585. Reconnaissance d'un recours personnel fondé sur le rapport entre garant et débiteur** – L'admission d'un recours personnel au profit de celui qui a payé pour autrui ne fait guère de doute. En effet, la sûreté pour autrui fait naître une « *obligation implicite d'indemnisation* »<sup>1685</sup> à la charge du débiteur garanti. Nul ne conteste la généralisation du recours personnel à l'ensemble des sûretés pour autrui, dès lors que le garant s'expose à un paiement pour autrui. Les auteurs s'accordent ainsi à reconnaître le bénéfice d'un recours après paiement personnel à l'ensemble des garants pour autrui<sup>1686</sup>. Or il existe une particularité à souligner relative au fait générateur du recours. En effet, le recours personnel de la caution – personnelle ou réelle –, du garant autonome se réalise en raison de l'exécution de la garantie tandis que le recours personnel dans le cas des sûretés indemnitaires se justifie en raison de l'inexécution de l'obligation du garant<sup>1687</sup>. La différence ne doit avoir aucune incidence sur la reconnaissance du recours, puisque « *si le propre de la garantie personnelle est d'offrir au créancier un second droit de gage général sur le patrimoine d'un tiers, il n'est pour autant jamais question de faire supporter la charge définitive de la dette à ce tiers* »<sup>1688</sup>. Le fondement du recours qui permet d'obtenir remboursement de la somme versée ainsi que les frais et l'indemnisation d'un préjudice est largement discuté par les auteurs. Traditionnellement, il est considéré que ce recours repose sur l'idée d'un mandat tacite lorsque le cautionnement résulte d'un accord implicite entre la caution et le débiteur principal<sup>1689</sup>, tandis qu'en l'absence d'un tel accord il résulterait alors d'une gestion

---

<sup>1685</sup> J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 272.

<sup>1686</sup> P. ANCEL, *Les sûretés personnelles accessoires en droit français et comparé*, thèse préc., n° 229 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.* n° 50 et s.

<sup>1687</sup> A.S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1467 et s.

<sup>1688</sup> A.S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1370.

<sup>1689</sup> R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n° 430 : l'analyse revient à Pothier qui considère que « *cette action est l'action mandati contraria, si c'est au sçu et au gré du principal débiteur qu'elle l'a cautionnée : car ce consentement du débiteur principal renferme un contrat tacite de mandat, suivant cette règle de droit ; Semper*



d'affaires<sup>1690</sup>. Malgré la pertinence de ces analyses<sup>1691</sup>, nous croyons que le recours personnel résulte davantage de la nature de la sûreté pour autrui<sup>1692</sup> et l'équité. En effet, la cause même du contrat fait naître une créance d'indemnisation dans le patrimoine du garant en raison de la garantie qu'il a apportée au débiteur principal<sup>1693</sup>. L'exclusion de la qualification de libéralités implique nécessairement l'existence d'un recours personnel.

## 2. Fondé sur la subrogation personnelle

**586. Admission du recours subrogatoire** – L'admission d'un principe général de recours subrogatoire au profit de l'ensemble des garants pour autrui pose des difficultés au regard de la définition de la subrogation légale, laquelle implique *stricto sensu* que le *solvens* soit tenu pour d'autres afin de pouvoir être subrogé dans ses droits et actions. Si la définition de la subrogation légale correspond parfaitement à la situation de la caution – personnelle ou réelle – qui est effectivement tenue pour le débiteur principal, cela n'est pas le cas pour d'autres sûretés pour autrui. Il en est ainsi du souscripteur d'une lettre d'intention<sup>1694</sup>. Néanmoins, grâce à l'appréciation extensive de la notion par la Cour de cassation, il apparaît que le recours subrogatoire peut être appliqué à l'ensemble des sûretés pour autrui. Selon elle, « *celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation légale s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun ceux sur qui doit peser la charge définitive de la dette* »<sup>1695</sup>. Sur ce fondement, aucun obstacle ne s'érige à l'encontre de l'admission d'un recours subrogatoire pour les garants. D'ailleurs, la

---

*qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur ; 1.60, ff. de R. J. Si la caution s'est obligée pour le débiteur principal sans sa connaissance, elle ne peut pas avoir contre lui l'action mandati ; mais elle a contre lui l'action contraria negotiorum gestorum, qui a le même effet ».*

<sup>1690</sup> PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 13.

<sup>1691</sup> *Contra* – J. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 272 : « *Ces qualifications sont inadéquates, car la gestion d'affaires et le mandat tacite sont des mécanismes de représentation, alors que la caution ne représente nullement le débiteur principal en souscrivant son engagement. Elles sont superflues. Dans le cas où la caution agit de sa propre initiative, l'utilité de son intervention pour le débiteur, dont elle favorise le crédit, justifie suffisamment le recours personnel. Et si c'est à la demande du débiteur que la caution intervient, il suffit de constater que celui-ci ne peut manquer de savoir qu'elle n'acceptera de s'engager qu'à la condition d'être indemnisée de ses débours éventuels. Le débiteur contracte donc nécessairement une obligation, au moins implicite, d'indemnisation* ».

<sup>1692</sup> V. sur ce sujet, J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, LGDJ, Bibl. droit privé, 2012.

<sup>1693</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 153.

<sup>1694</sup> A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1377 et s.

<sup>1695</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 fév. 1984, *Bull. civ. I*, n° 131 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 fév. 1988, *Bull. civ. I*, n° 50.

chambre commerciale a pu l'admettre dans le cas d'une garantie autonome par un arrêt du 24 juin 2008<sup>1696</sup>.

**587. Discussion sur la généralisation du bénéfice de subrogation** – Afin de préserver l'efficacité du recours subrogatoire, l'article 2314 du Code civil prévoit que le créancier sera déchu lorsque, par son fait, il aura fait perdre à la caution le bénéfice d'avantages spécifiques dont elle aurait bénéficié dans le cadre de son recours subrogatoire. La déchéance du droit d'agir sera prononcée à hauteur de la valeur du droit perdu. Traditionnellement, le domaine d'application *rationae personae* de l'article 2314 du Code civil concerne le cautionnement personnel puisque le bénéfice de subrogation appartient aux personnes qui ont procédé à un paiement pour autrui sans être pour autant tenu définitivement à la dette. Partant, la Cour de cassation a pu considérer que le codébiteur solidaire, bien qu'il dispose d'un recours subrogatoire, ne pourra se prévaloir du bénéfice de subrogation dès lors qu'une partie de la dette doit peser définitivement sur lui<sup>1697</sup>. *Quid* de l'application aux garants pour autrui ? *De lege lata*, une telle solution n'est toujours pas consacrée. La doctrine est particulièrement divisée sur la question de savoir si la responsabilité du bénéficiaire de la sûreté pourrait être engagée pour avoir été négligent dans la conservation des droits et actions, avantages, qui auraient dû être transmis au garant dans le cadre de son recours subrogatoire.

**588. Les sûretés accessoires** – En présence de sûretés accessoires, le bénéfice de subrogation s'admet bien aisément. Le garant a payé la dette d'autrui alors qu'il n'est pas tenu à la dette. De plus, le caractère accessoire renforce l'idée selon laquelle le bénéfice de subrogation doit être admis en pareille hypothèse en raison de l'interconnexion étroite entre le rapport de base et le contrat de sûreté accessoire. Or la troisième chambre civile, par un arrêt du 12 avril 2018, a refusé d'étendre le domaine d'application du bénéfice de subrogation au cas de la caution réelle en considérant que « *la sûreté réelle consentie par M. X pour garantir la dette de la société SGC, laquelle n'impliquait aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui, n'était pas un cautionnement, de sorte que l'article 2314 du code civil n'était pas applicable* »<sup>1698</sup>, revenant ainsi sur de nombreuses décisions qui avaient pourtant

---

<sup>1696</sup> Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-15.774.

<sup>1697</sup> Cass. Req. 12 mai 1835 : le codébiteur solidaire assumera définitivement au moins une partie de la dette, or le bénéfice de subrogation est réservé aux personnes qui n'entendent pas assumer définitivement la dette.

<sup>1698</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, n° 17-17.542 ; *rev. proc. coll.* 2018.114 et *Deffrénois* 2018.140, p.28, n. CH. GIJSBERS ; *JCP G*, 2016.218, n. J.-D. PELLIER ; *R.D. bancaire et financier*, 2018.64, n. D. LEGEAIS ; *JCP G*

ouvert le domaine au cautionnement réel<sup>1699</sup>. La Haute juridiction se place dans la droite ligne de l'arrêt du 2 décembre 2005<sup>1700</sup>. L'exclusion du bénéfice de subrogation à la caution réelle n'a guère de sens. En effet, le constituant se place en dans la même situation qu'une caution personnelle à la différence que le droit de gage général du créancier est limité à un seul bien. Il s'engage donc pour autrui sans être tenu définitivement à la dette, de sorte que d'une part le recours subrogatoire doit lui être ouvert et d'autre part l'efficacité de ce dernier doit être préservée. Or le seul moyen de protection du recours subrogatoire résulte de l'admission d'un principe de responsabilité du créancier pour avoir fait perdre au garant le bénéfice d'avantages spécifiques qui auraient dû lui revenir dans le cadre du recours.

**589. Les sûretés indépendantes** – En revanche, le caractère autonome de la sûreté empêcherait-il une telle reconnaissance ? Le professeur Pierre Crocq souligne en effet que « *le bénéfice de subrogation devrait, en effet, être reconnu à tous ceux qui ont accepté de garantir la dette d'autrui (peu important que cela soit personnellement ou réellement) sans renoncer à l'opposabilité des exceptions (tel le garant autonome) et sans accepter d'assumer définitivement tout ou partie de cette dette garantie (tel le codébiteur solidaire)* »<sup>1701</sup>. Nous ne rejoignons pas l'analyse au regard de la conception que nous portons des sûretés indépendantes. L'inopposabilité des exceptions, ayant pour effet d'opérer une rupture avec le rapport de base, n'a vocation à régir la sûreté que jusqu'à sa réalisation, de sorte que dans un second temps la garantie autonome renoue avec le contrat garanti. À ce stade de la garantie autonome, lorsque le garant exerce son recours à l'égard du donneur d'ordre, l'inopposabilité des exceptions n'a plus lieu d'être. C'est ainsi que dans le cadre de son recours, le donneur d'ordre pourra se retourner contre le bénéficiaire dans l'hypothèse où l'appel de la garantie serait illégitime, ou encore soulever à l'égard du garant sa propre faute<sup>1702</sup>. Partant, rien n'empêche que le garant puisse se prévaloir de la faute du créancier dans la conservation de

---

2018.670, n. A. AYNES ; *Gaz. Pal.* 2018.324, p. 35, n. CH. ALBIGES ; *Gaz. Pal.* 2018.321.18, n. S. PIEDELIEVRE ; *Gaz. Pal.* 2018.324.71, n. M. BOURASSIN.

<sup>1699</sup> Cass. Req. 27 avr. 1942, S. 1942. I. 114 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 nov. 1954, *Bull. civ.* I, n° 331 ; Cass. com., 17 mars 1992, n° 90-13.819, *Bull. civ.* IV, n° 115 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mai 2002, n° 99-13.085, *Bull. civ.* I, n° 133 ; *D.* 2002. 2403, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *ibid.* 3336, obs. L. AYNES .

<sup>1700</sup> Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, *Bull. mixte*, n° 7 ; *D.* 2006.729, concl. J. SAINTE-ROSE ; *D.* 2006.61, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2006.733, n. L. AYNES ; *D.* 2006. 2855, obs. P. CROcq ; *RTD civ.* 2006. 357, obs. B. VAREILLE ; *RTD. civ.*, 2006. 594, obs. P. CROcq ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. LEGEAIS ; BICC n° 632, 15 janv. 2006, p. 44, rapp. Foulquié et avis J. Sainte-Rose ; *Deffrénois* 2006, art. 38469, n° 56, p. 1600, obs. G. CHAMPENOIS ; *Banque et droit*, n° 105, janv.-févr. 2006, p. 55, obs. F. JACOB ; CCC 2006, n° 61, obs. L. LEVENEUR ; *JCP* 2005. II. 10183, n. PH. SIMLER .

<sup>1701</sup> P. CROcq, « Cautionnement réel et refus du bénéfice de subrogation », *RTD civ.*, 2018 p. 461.

<sup>1702</sup> La faute résulte de l'exécution de la garantie alors que l'appel en paiement était soit frauduleux soit manifestement abusif.

ses avantages spécifiques dans le cadre de son recours subrogatoire à l'égard du donneur d'ordre afin d'être remboursé des sommes versées. Il s'agit en effet de renouer avec le rapport de base une fois la mise en œuvre de la sûreté, de sorte que l'inopposabilité des exceptions ne fait plus obstacle à la règle. Par analogie, il n'existe pas non plus d'obstacle à reconnaître le bénéfice de subrogation dans le cadre de sûretés indemnitaires.

### **3. Subordonné à un comportement diligent**

**590. Effet de la négligence du garant sur le recours** – La négligence de la caution dans l'exécution de son obligation de garantie entraîne une déchéance de ses recours à l'égard du débiteur principal dès lors que la faute de la caution a causé un préjudice à ce dernier. Deux hypothèses sont visées par le Code civil : d'une part lorsque la caution a payé, sans informer le débiteur principal, alors que celui-ci disposait de moyens suffisants pour éteindre la dette et d'autre part, lorsque la caution a payé, sans informer le débiteur principal, alors que ce dernier a payé aussi la dette auprès de son créancier. La règle constitue selon nous un corollaire dans l'admission des recours puisqu'elle se fonde indéniablement sur le principe essentiel de bonne exécution des prérogatives contractuelles.

**591. Conclusion de paragraphe** – C'est ainsi que deux règles sont communes à l'ensemble des sûretés pour autrui lorsque l'obligation de règlement est exigible : les garants devront honorer leur engagement en exécutant leur obligation soit en monnaie, en nature ou par la voie des sûretés réelles et pourront se retourner contre le débiteur principal sur le fondement soit d'un recours personnel ou subrogatoire né de la créance d'indemnisation résultant du contrat.

**592. Conclusion de la Section I** – Deux causes entraînent la réalisation de la sûreté pour autrui : la survenance du risque ou l'extinction de l'obligation de garantie. La réalisation provoque l'exécution de l'obligation de règlement, laquelle a pour effet de concrétiser la finalité de la sûreté par le paiement du créancier. Le constituant d'une sûreté pour autrui n'ayant pas vocation à prendre en charge définitivement le poids de la dette, la reconnaissance de recours – personnel et subrogatoire – est consubstantielle à la nature de ces garanties sauf en cas de renonciation expresse du garant. L'exercice de ces recours est subordonné à l'adoption d'un comportement diligent du constituant et du créancier. La négligence du garant entraînera une déchéance de ses recours, tandis que la faute du créancier dans la conservation

des droits du constituant pourra lui être opposée par la voie du bénéfice de subrogation. A l'inverse, lors de la réalisation de la sûreté pour soi, ce sera son efficacité qui sera préservée (Section II).



## SECTION II – LA RÉALISATION DES SÛRETÉS POUR SOI

**593. Un droit bercé par une envie d'exclusivité** – La logique qui gouverne le droit des sûretés pour soi se différencie de celle rencontrée en droit des sûretés pour autrui. Par l'exclusion d'un rapport tripartite, la difficulté ne se rencontre guère quant à la détermination du moment où la sûreté peut être appelée. Le rapport scellé entre la créance garantie et la sûreté réelle dicte les cas d'extinction<sup>1703</sup> ou encore le moment de la mise en œuvre de la sûreté. L'opposabilité du droit réel accessoire est la mesure de l'efficacité de la sûreté. L'enjeu au stade de l'exécution se focalise sur le rapport externe, à savoir avec les tiers. C'est ainsi que la recherche d'exclusivité est devenue le critère de choix d'une sûreté réelle, notamment au regard du sort attribué aux créanciers titulaires de sûretés non exclusives en cas d'ouverture d'une procédure collective. Cela explique le succès des modes de réalisation fondés sur la propriété.

**594. Liberté du créancier sur le mode de réalisation** – En principe, le créancier dispose d'une liberté de choix dans le mode de réalisation de sa sûreté. Il ne saurait lui être reproché de l'avoir mise en œuvre en exerçant son droit de préférence sur le prix de cession au lieu d'avoir sollicité une attribution en propriété. *De lege lata*, il est imposé un devoir sur les épaules du créancier de choisir le mode de réalisation le plus efficient lorsqu'il bénéficie également d'un cautionnement. A défaut, la caution pourrait lui opposer le bénéfice de subrogation. Nous croyons que l'immixtion dans le choix du mode de réalisation n'est ni fondée ni opportune. Dès lors que le droit offre un panel dans le mode de réalisation, nous ne percevons guère le fondement juridique à une interdiction de réaliser par l'exercice du droit de préférence. Ce serait au contraire rendre lettre morte cette faculté dans le cas où le créancier bénéficierait d'une sûreté pour autrui. La loyauté contractuelle ne pourrait non plus justifier un tel devoir puisque ces modes de réalisation sont permis par le législateur et sont de

---

<sup>1703</sup> La nature accessoire des sûretés réelles implique qu'elles vont suivre le sort du contrat garanti. Elles seront donc mises en œuvre en principe en cas de défaillance à l'échéance de la créance garantie. Aussi, elles connaîtront le même sort que la créance lorsque celle-ci s'éteint par exemple en raison d'un délai de prescription écoulé. Il existe néanmoins des cas où la sûreté survivra. Ces hypothèses ne constituent pas tellement des exceptions mais plutôt des tempéraments puisqu'elles visent finalement des cas où le cœur de la créance garantie subsiste. Pour une étude complète des causes d'extinction de la sûreté : v. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 351 et s.

plus consubstantiels à la nature de ces sûretés préférentielles. Il n'est pas non plus opportun de limiter la liberté du créancier dans le choix de réalisation de la sûreté. En effet, l'efficacité économique qui marque le droit des sûretés réelles résulte aussi, voire surtout, de la liberté de choix des parties qui se manifeste en outre lors de l'exécution.

**595. Plan** – Avant de se concentrer sur une réalisation efficace de la sûreté (II), il est essentiel de préserver une telle mise en œuvre (II). La circulation de la créance garantie mais aussi du bien grevé peuvent constituer des obstacles à une exécution efficace de la sûreté.

## I. LA PRÉSERVATION DE LA FINALITÉ DE LA SÛRETÉ POUR SOI

**596. Préservation des droits du créancier en vue de la finalité de la sûreté pour soi** – Rassurer le créancier afin qu'il consente au crédit est sans nul doute la finalité de la sûreté pour soi. Il faut donc que la sûreté soit digne de confiance. Or faisant naître un droit réel accessoire, l'efficacité se confronte nécessairement aux droits des tiers soit sur le bien, soit sur la créance garantie. Le risque de conflit avec les tiers est exacerbé en cas de circulation du bien grevé. En effet, puisque la sûreté n'entraîne pas l'indisponibilité du bien<sup>1704</sup>, la conséquence directe est la survenance de conflit à l'égard d'un tiers acquéreur ou d'un ayant-cause disposant de droit sur l'assiette de la sûreté. A cet égard, le droit de suite et la purge représentent des remparts protégeant l'efficacité de la sûreté et devraient être reconnus à chacune d'entre elles dès lors qu'elles bénéficient d'une publicité. Le risque advient aussi en cas de circulation de la créance garantie, laquelle pourrait marquer l'extinction de la sûreté. Or le caractère accessoire des sûretés pour soi permettra d'assurer une mise en œuvre dans cette hypothèse.

**597. Plan** – Afin de préserver la finalité, il convient de protéger le droit né de la sûreté en cas de circulation de la créance garantie (A) ou du bien grevé (B).

---

<sup>1704</sup> La libre disposition du bien participe de l'efficacité des sûretés réelles puisqu'elle permet de préserver sa valeur d'échange. V. *supra* n° 331.



## A. En cas de circulation de la créance garantie

598. *Accessorium sequitur principale* – « La sûreté, affectée au service de la créance, la suit dans ses déplacements : en cas de transmission entre vifs ou à cause de morts, la créance passe au nouveau titulaire, avec tous ses accessoires »<sup>1705</sup>. La sûreté étant entièrement vouée à la garantie de la créance<sup>1706</sup>. La transmission sera alors de principe en cas de circulation de la créance garantie<sup>1707</sup>. Là se manifeste une distinction avec la transmission des sûretés pour autrui qui n'implique pas une circulation de principe avec la créance garantie<sup>1708</sup>.

599. **Une circulation de la sûreté nonobstant la cause de transmission de la créance garantie** – D'un point de vue fonctionnel et juridique, l'intérêt direct du constituant se traduit par un rapport d'accessoire avec la créance garantie. La sûreté réelle n'a de sens que si elle est placée sous la dépendance du contrat principal. Elle suivra ainsi nécessairement le sort du rapport de base. Finalement, l'intérêt direct patrimonial, à savoir l'obtention du crédit, explique le caractère accessoire et *in fine* la transmission de principe de la sûreté en cas de circulation de la créance garantie. Les sûretés pour autrui se démarquent ainsi un peu plus des sûretés pour autrui en l'absence de transmissibilité de principe en cas de circulation de la créance garantie. Le principe se retrouve peu important que la transmission soit pour cause de mort ou entre vifs.

600. **Les personnes physiques** – Pour cause de mort, la sûreté se transmettra aux héritiers tant du créancier que du débiteur<sup>1709</sup>. Le principe doit cependant être nuancé. Le caractère *intuitu personae* de certains contrats emporte leur extinction en cas de décès du débiteur entraînant celle de la sûreté par voie d'accessoire<sup>1710</sup>. Il est vrai que ces contrats ont

---

<sup>1705</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 365.

<sup>1706</sup> M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », in *Mélanges en l'honneur de Weill*, p. 107 et s.

<sup>1707</sup> Il existe néanmoins des hypothèses dans lesquelles la sûreté pour soi survivra à l'extinction de la créance garantie. V. *supra*, n° 157.

<sup>1708</sup> En effet, la circulation de la sûreté pour autrui ne se justifie pas sur le fondement de l'accessoire mais sur la cause du contrat de garantie. Si la transmission de la créance garantie a eu pour effet de faire disparaître l'intérêt poursuivi par le garant, alors celle-ci ne se réalisera qu'en présence d'une clause en ce sens.

<sup>1709</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, préf. G. Champenois, Economica, 1988 : le contrat se transmet aux héritiers tant du débiteur que du créancier.

<sup>1710</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 376 : « Ce principe qui joue pleinement pour les sûretés légales, ne devrait s'appliquer que de façon atténuée pour les sûretés conventionnelles. En effet, le décès d'un des contractants peut mettre un terme au contrat lorsque celui-ci avait été conclu *intuitu personae*. Si les

vocation à s'éteindre en cas de décès, mais cela ne constitue pas une exception au caractère accessoire des sûretés pour soi. Justement, la solution se justifie par le caractère accessoire : la sûreté ne saurait survivre à la créance<sup>1711</sup>.

En outre, en cas de mobilisation de la créance, par hypothèse entre vifs, les sûretés suivront en principe<sup>1712</sup>. Dans le cas de la cession de créance, l'article 1321 alinéa 2 du Code civil réaffirme la transmission de plein droit des sûretés<sup>1713</sup>. La solution vaut en outre pour la cession Dailly puisqu'il est prévu que les créances professionnelles, figurant au sein du bordereau, seront transmises avec les sûretés venant les grever<sup>1714</sup>. Lorsque la cession de créance est forcée en raison d'une saisie-attribution, l'article 43 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 1991 précise qu'une telle saisie a pour effet d'attribuer la créance au créancier saisissant ainsi que l'ensemble de ses accessoires. Le paiement a en outre pour effet de faire circuler la créance garantie ainsi que ses accessoires par la voie de la subrogation personnelle, que celle-ci soit légale ou conventionnelle. En effet, celui qui a procédé au paiement pour autrui va pouvoir être subrogé dans les droits et actions du subrogeant<sup>1715</sup>.

---

*obligations contractuelles étaient garanties par des sûretés elles-mêmes conventionnelles, celles-ci prennent fin par voie d'accessoire mais bien entendu seulement pour l'avenir : le contrat n'est pas rétroactivement anéanti, et les dettes antérieures demeurent couvertes. Néanmoins, on peut penser que l'intuitu personae tend à marquer un certain recul à l'époque contemporaine. Dans les situations où cet intuitu personae n'est pas manifeste et doit être recherché à travers une analyse de la commune intention des parties, il serait souhaitable que la fourniture d'une sûreté réelle énergique sur un bien de valeur importante fasse plutôt présumer l'absence d'intuitu personae que son existence : la considération de la personne du débiteur ne passe-t-elle pas à l'arrière-plan si le créancier est sûr d'être payé parce qu'il a une hypothèque de premier rang sur un immeuble qui suffira à le désintéresser ? Certes, il faut se garder de toute généralisation : la solvabilité n'est pas nécessairement la seule qualité du débiteur que le créancier a en vue. Cependant il peut arriver que le contrat n'ait pas été conclu intuitu personae, mais en considération de la sûreté elle-même, et en quelque sorte intuitu rei, la fourniture d'une sûreté réelle sur un bien de valeur apparaissant comme une condition substantielle du contrat principal lui-même. C'est alors l'assiette de la sûreté qui est essentielle, que le bien soit poursuivi entre les mains du débiteur ou de ses héritiers » ; V. en outre M. BOURASSIN, « La transmission à cause de mort des sûretés », *JCP N* 2017.1144 ; « Sûretés et successions : quelles interactions ? », *JCP N* 2013, n°17.1143.*

<sup>1711</sup> Sauf dans le cas d'une sûreté rechargeable, v. *supra*, n° 155.

<sup>1712</sup> La novation n'entraîne pas la transmission des accessoires de la créance en raison de l'effet extinctif qu'elle produit sur la créance. Il faudra expressément prévoir la réserve des sûretés. V. C. civ., art. 1329.

<sup>1713</sup> V. A.-X. BRIATTE, « Circulation des créances, transfert des sûretés réelles, et pratique notariale », *RD bancaire et financier*, 2014, n°1, p. 21. Sur la circulation des créances dans le cadre de financements internationaux : v. E. FISZELSON, « La transmission des sûretés françaises consenties dans le cadre de crédits syndiqués de droit étranger », *RD bancaire et financier*, 2011, n° 4.

<sup>1714</sup> L. 24 janv. 1984, art. 4, al. 4.

<sup>1715</sup> Une particularité existe en matière hypothécaire dès lors que l'article 2424 du Code civil impose de porter en marge de l'inscription hypothécaire la subrogation intervenue. Néanmoins, le rang du créancier subrogé hypothécaire prend date au jour de la réalisation de la subrogation et non de l'inscription. V. en ce sens, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 juill. 1987, *Bull. civ.* III, n° 145. V. sur le transfert des créances hypothécaires : A.-X. BRIATTE, art. préc. : « Toutefois, deux tempéraments sont à relever, qui ont vocation à simplifier les rapports entre deux établissements de crédit. D'une part dans l'hypothèse de la transmission d'une créance hypothécaire ou privilégiée par copie exécutoire, cette transmission se fait « à date », les mentions du titre étant restreintes, il n'est pas exigé que l'endossement soit constaté par un notaire. Par ailleurs, le preneur peut rester anonyme lorsque l'acte constitutif a désigné un notaire ou un établissement de crédit comme bénéficiaire des paiements.

**601. Les personnes morales** – Les restructurations de sociétés entraînent une transmission des obligations contractuelles. En effet, que la société subisse une fusion ou une scission, les contrats sont automatiquement transmis au cours de cette procédure de restructuration. Partant, dans le cas d'une fusion ou scission entre la société créancière ou débitrice avec une société tierce, les contrats seront transmis par l'effet de la transmission universelle du patrimoine. En raison du caractère accessoire des sûretés, les sûretés pour soi accompagneront la cession des contrats garantis. Néanmoins, dans le cas d'une fusion entre la société créancière et la société débitrice, le contrat s'éteindra en raison de la confusion opérée entre la personne du créancier et du débiteur.

## **B. En cas de circulation du bien grevé**

**602. La préservation des droits du créancier par le droit de suite** – « *La sûreté ne donnerait qu'une sécurité bien médiocre si elle n'assurait à son titulaire qu'une prééminence sur les autres créanciers du débiteur, sans le protéger dans le même temps contre les ayants cause de ce dernier* »<sup>1716</sup>. L'auteur en conclut qu'une telle défaillance dans la protection du créancier aboutirait à la disparition de la sûreté en cas de circulation du bien grevé<sup>1717</sup>. Le droit de suite, corollaire du principe de libre disposition des biens grevés<sup>1718</sup>, porte une garantie quant à l'efficacité de la réalisation de la sûreté. Baudry-Lacantinerie

---

*Également, les établissements de crédit peuvent organiser entre eux des transmissions de créances hypothécaires ou privilégiées par la remise d'effets de commerce. Enfin, la technique du transfert par « mise à disposition », régie par les articles L. 313-36 et suivants du Code monétaire et financier leur est également ouverte ».*

<sup>1716</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 135.

<sup>1717</sup> *Ibidem*.

<sup>1718</sup> L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant propose en ce sens d'ériger le principe de libre disponibilité du bien grevé par une sûreté réelle au rang des principes directeurs. En effet, tel que le souligne la Commission Grimaldi l'efficacité du droit du créancier titulaire d'une sûreté réelle ne se réalise pas par une indisponibilité du bien tel qu'en matière de saisie. La saisie a pour effet de rendre indisponible le bien faisant l'objet de la procédure d'exécution forcée. V. en ce sens : CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 140 et s. : M. Gijsbers soulève la distinction entre l'efficacité de la sûreté et celle du droit de gage général. Lorsque le créancier est chirographaire, la possibilité dont il dispose pour ne pas subir l'appauvrissement patrimonial de son débiteur est l'exercice du droit de saisie. La logique est alors de « restreindre la liberté du débiteur de disposer de ses biens » par l'effet de l'indisponibilité. A l'inverse, « le droit de suite, qui seul nous mobilise ici, n'est pas animé par une telle philosophie. Il ne repose pas sur une restriction des pouvoirs du débiteur (en l'occurrence celui d'aliéner) mais plutôt sur une extension des pouvoirs du créancier (son droit de poursuite). Son but n'est pas de geler les biens grevés dans le patrimoine de leur propriétaire mais de les laisser librement circuler, tout en garantissant à son bénéficiaire qu'il pourra les appréhender à l'échéance entre les mains du tiers acquéreur (...). Dans tous les cas, le créancier pourra, si le débiteur est défaillant, saisir entre les mains de son ayant cause le bien qui lui a été transmis si celui-ci ne préfère lui régler directement le montant de l'obligation garantie ».

décrivait le droit de suite comme étant « un auxiliaire du droit de préférence »<sup>1719</sup> En effet, le créancier doit pouvoir opposer l'existence de sa sûreté sur le bien peu important que le détenteur ou le nouveau propriétaire ne soit pas tenu à la dette. Partant, le droit de suite octroie une prérogative essentielle au créancier d'opposer son droit à l'égard du tiers acquéreur alors qu'il n'est pas tenu à la dette<sup>1720</sup>. La nature juridique du droit de suite fut objet à discussion. Traditionnellement, cette faculté exorbitante de droit commun était justifiée en tant qu'attribut d'un droit réel. En effet, les auteurs estimaient que tant le droit de préférence que le droit de suite étaient d'abord signe de l'existence d'un droit réel mais en outre la condition *sine qua non* de la qualification<sup>1721</sup>. Par voie de conséquence, les sûretés ne disposant pas de droit de suite ne seraient donc éligibles à la qualification de droit réel<sup>1722</sup>.

**603. Le droit de suite, un effet du formalisme de publicité** – Il apparaît que le droit de suite ne manifeste dans l'ombre de l'opposabilité des sûretés qui ont fait l'objet d'une inscription sur un registre de publicité. Originellement, la faculté de suivre le bien « *en quelques mains qu'il passe* »<sup>1723</sup> se retrouvait essentiellement en matière de sûretés sans dépossession immobilières bénéficiant d'un système de publicité abouti<sup>1724</sup>. L'existence du droit de suite n'a en effet de sens que dans le cadre de sûretés dont le bien est demeuré en la possession du constituant. La faculté de disposer du bien entraîne le risque de disparition. C'est ainsi que ce danger ne se retrouve pas en présence de sûretés avec dépossession<sup>1725</sup>. Nous constatons alors que le droit de suite vient renforcer l'opposabilité de la sûreté pour soi en l'absence de dépossession. Les sûretés sans dépossession voient leur opposabilité être assurée par une dépossession fictive réalisée par la voie de l'accomplissement d'une formalité de publicité. L'inscription des sûretés sur un registre a pour effet de leur conférer une opposabilité dans une certaine mesure. Si en matière immobilière il est vrai que le formalisme

---

<sup>1719</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE, P. DE LOYNES, *op. cit.*, t. 2, p. 4.

<sup>1720</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 689 ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 126.

<sup>1721</sup> TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, réf.*, t. III, n° 84 ; BAUDRY-LACANTINERIE, DE-LOYNES, *op. cit.*, n° 48 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, thèse préc. n° 48.

<sup>1722</sup> J. FLOUR, *Cours de droit civil, op. cit.*, p. 39.

<sup>1723</sup> C. civ. art. 2461 (en matière immobilière).

<sup>1724</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 468 : « *Les soins que le Code civil a pris pour réglementer la saisie immobilière entre les mains d'un tiers détenteur témoignent en revanche de la volonté du législateur de doter la sûreté réelle immobilière d'un droit de suite beaucoup plus complet que celui qui assortit éventuellement la sûreté réelle mobilière. Nous l'avons dit, en matière mobilière, le droit de suite ne pourra pratiquement s'exercer que contre un tiers détenteur précaire : le tiers acquéreur sera protégé, la plupart du temps tout au moins, par sa bonne foi* ».

<sup>1725</sup> V. *infra*, n° 683 : l'exigence de dépossession du bien grevé de la sûreté réelle permet en effet de sécuriser les droits du créancier en excluant le risque de disparition de l'assiette de la sûreté.

de publicité est plus abouti, les sûretés réelles mobilières sans dépossession ne sont pour autant orpheline de tout système d'inscription assurant leur opposabilité. *Inter partes*, le contrat de sûreté fera foi par l'effet de la force obligatoire des contrats. Néanmoins, dans les rapports *extra partes*, la publicité assure à la sûreté de prendre place dans l'environnement juridique peu important que la sûreté vienne grever un meuble ou un immeuble. La nature du bien ne provoque aucune incidence. Seul l'accomplissement du formalisme de publicité permet l'opposabilité. C'est ainsi que va naître le droit de suite, bras armé de l'opposabilité de la sûreté sans dépossession. A défaut d'inscription sur un registre de publicité, le droit de suite ne saurait être opposé à un tiers détenteur non tenu à la dette en lui exigeant le délaissement ou le paiement de l'obligation garantie. Le droit de suite, perçu comme attribut de l'inscription de la sûreté, se vérifie au regard des sûretés pourvues de cette faculté exorbitante de droit commun. Ainsi, en matière immobilière, l'article 2461 du Code civil affirme que « *les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions* ». Le constat se renouvellera en présence de sûretés sans dépossession inscrites<sup>1726</sup>. La question se cristallise en présence de sûretés mobilières corporelles, dont il est soulevé que la nature des biens fait obstacle à un plein exercice du droit de suite en raison de l'article 2276 du Code civil<sup>1727</sup>. Il est vrai que « *le droit de suite ne pourra pratiquement s'exercer que contre un tiers détenteur précaire : le tiers acquéreur sera protégé, la plupart du temps tout au moins, par sa bonne foi* »<sup>1728</sup>. Or le législateur est venu affirmer l'effet de la publicité en permettant au créancier gagiste sans dépossession d'opposer sa sûreté à un tiers acquéreur ayant pour effet de paralyser *ipso facto* l'article 2276 du Code civil : l'ayant-cause à titre particulier de bonne foi se verra contraint de respecter le gage sans dépossession qui a bien été inscrit. L'article 2337 alinéa 3 du Code civil prévoit en ce sens que « *lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276* ». Nous retrouvons les traces de l'existence d'un droit de suite ayant pris naissance dans l'inscription régulière de la sûreté, de sorte que le caractère mobilier des biens grevés importe peu en raison de la paralysie de l'article 2276 du Code civil. Si le législateur tait la qualification de droit de suite, nous ne saurions pour autant être trompé par l'absence de dénomination de ce mécanisme mis en œuvre afin de préserver la faculté pour le

---

<sup>1726</sup> Sur le nantissement de fonds de commerce, v. C. com., art. L143-12. Sur le nantissement d'œuvres audiovisuelles, v. C. prop. intell., art. L.111-1.

<sup>1727</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 465 et s. ; CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 136.

<sup>1728</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *ibid.*

créancier sans possession de réaliser sa sûreté, et ce même face à un ayant-cause à titre particulier non tenu à la dette. Tant le fonctionnement que la finalité sont identiques. Nous voyons donc l'effet de la publicité qui permet au créancier d'opposer sa sûreté au tiers non tenu à la dette par l'exercice du droit de suite. Néanmoins, il est vrai que la force de ce droit de suite doit immédiatement être tempérée en présence d'un bien meuble corporel. L'atténuation de son efficacité, en ce qu'il ne permet pas d'opposer la sûreté à un sous-acquéreur, s'explique par le système de publicité mis en place. En effet, la publicité est dite personnelle de sorte que son aura ne pourra avoir d'effet que sur les ayant-cause à titre particulier qui auront pu consulter le registre. La différence se creuse alors face à la publicité foncière, système de publicité le plus abouti et efficient en droit français<sup>1729</sup>.

**604. Effet du droit de suite** – C'est ainsi que des tiers détenteurs ou acquéreurs du bien grevé se retrouveront face au choix entre le délaissement de la propriété du bien ou le paiement de l'obligation garantie<sup>1730</sup>. Il est prévu en matière immobilière la procédure de purge<sup>1731</sup> afin d'éviter de placer le tiers acquéreur dans une situation encore plus grave que celle d'une caution réelle<sup>1732</sup>. L'exercice du droit de suite permet d'assurer l'opposabilité de la sûreté à l'égard d'un tiers acquéreur mais en outre face à un créancier attributaire. En effet, l'attribution en propriété par un créancier de second rang n'a pas pour effet de paralyser le droit de suite du créancier de premier rang<sup>1733</sup>.

**605. Conclusion de paragraphe** – Le caractère accessoire des sûretés pour soi implique que leur sort soit scellé à celui de la créance garantie. La force de la sûreté s'en retrouve grandie puisque la sûreté sera préservée en cas de circulation de la créance garantie, sauf exceptions. Aussi, en cas de circulation du bien grevé, le droit de suite assure l'opposabilité concrète aux tiers. Néanmoins ce droit de suite est le corollaire de la publicité

---

<sup>1729</sup> V. *supra*, n° 534.

<sup>1730</sup> Suite à l'exercice du droit de suite, l'affectation du bien au paiement de la créance garantie reprend de sa vigueur, imposant au tiers de délaisser la propriété du bien – étant tenu *propter rem* – ou de payer l'obligation garantie afin de retrouver un bien libre de toute charge. Par l'effet de la subrogation personnelle, le paiement aura pour effet de subroger le tiers acquéreur dans les droits et actions du créancier de premier rang de sorte qu'il se verra protégé face aux vellétés d'autres créanciers de rang inférieur.

<sup>1731</sup> Sur la procédure de purge, v. PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 759.

<sup>1732</sup> La gravité de la situation du tiers acquéreur devant honorer la dette du débiteur se caractérise par son absence d'intérêt à garantir la dette d'un tiers, alors que la caution réelle se sera engagée soit en considération d'une contrepartie patrimoniale indirecte soit de manière altruiste.

<sup>1733</sup> V. *infra*, n° 625.

de la sûreté, ce qui implique que son degré de rayonnement est tributaire de la nature de la publicité effectuée.

## II. LA RECHERCHE DE L'EXCLUSIVITÉ

606. **La ruée vers l'or : les modes de réalisation exclusifs** – Une réalisation efficace implique à la fois l'exclusion du concours des autres créanciers et une mise en œuvre rapide et simple de la sûreté. Il s'est avéré que le mode de réalisation traditionnel, à savoir la vente forcée du bien, ne répond pas nécessairement à ces impératifs. En effet, la traditionnelle prohibition de la clause de voie parée<sup>1734</sup> empêche une réalisation simple et rapide, tandis que l'exercice d'un droit de préférence sur le prix de cession implique nécessairement le respect des droits des créanciers antérieurs. C'est ainsi que s'explique l'attrait pour les modes de réalisation exclusifs de la sûreté réelle. Il s'avère que la propriété et la possession sont deux moyens susceptibles de répondre à ce besoin.

607. **Plan** – Finalement, le droit de propriété est employé à servir les intérêts du créancier titulaire de sûreté (A) tout comme la possession (B).

### A. La propriété mise au service de la sûreté pour soi

608. **Le droit de propriété comme mode de réalisation** – La propriété du bien grevé constitue en tant que tel un mode de réalisation des sûretés réelles. D'abord, dans le cas des propriétés-sûretés, le créancier étant d'ores et déjà titulaire de la propriété, alors la défaillance du débiteur-constituant entraîne une consolidation du droit de propriété sur le bien de sorte que « *l'opération peut paraître neutre* »<sup>1735</sup>. Ensuite, en dehors des propriétés-sûretés, la faculté du créancier de devenir propriétaire des biens grevés est de *lege lata* autorisée soit par voie conventionnelle soit par voie judiciaire. Pour autant, l'attribution de la propriété

---

<sup>1734</sup> V. CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 256 et s. : Mme Séjean-Chazal retrace l'histoire de la prohibition de la clause de voie parée. Elle était effectivement admise en droit romain « *puisque le jus distrahendi avait précisément permis de donner à la sûreté son caractère véritablement satisfaisant* » (citant P. BESNARD, De la clause de voie parée, thèse Paris, Arthur Rousseau, 1907, p.12 et s.). Sous l'Ancien Droit, l'auteur observe que la vente du bien grevé en dehors du contrôle du juge était une pratique courante. Puis lors de la codification, la clause de voie parée fut expressément interdite dans un domaine d'application restreint, celui du gage, de sorte que se posait la question concernant les autres sûretés réelles. Mais « *sous l'impulsion du notariat, nombreux étaient les contractants qui avaient recours à l'expédient de la voie parée* ». Toutefois, c'est par une loi du 2 juin 1841 que la clause de voie parée fut expressément interdite à l'article 742 du Code de procédure civile. L'auteur constate que « *la consécration de son interdiction s'est faite comme « à la suite d'un véritable malentendu » ».*

<sup>1735</sup> CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 101.

n'emporte pas l'exclusivité sur le bien. En effet, selon un courant doctrinal, l'attribution en propriété n'a pas pour conséquence de chasser la logique de rang qui est préservée par un attribut essentiel des sûretés réelles : le droit de suite<sup>1736</sup>. L'attribution du bien en paiement, qu'elle se réalise conventionnellement ou par la voie judiciaire, a été présentée comme étant une prérogative plaçant le créancier hors de la situation de concours. Celui-ci deviendrait propriétaire du bien sur le fondement de sa créance à charge de reverser l'excédent au constituant ou de le consigner pour les autres créanciers. Initialement considérée comme étant un mode de réalisation de la sûreté relatif aux biens de faible valeur afin d'éviter la procédure de vente aux enchères, l'attribution du bien en paiement ne fut pas analysée comme étant un moyen d'échapper à la loi du concours<sup>1737</sup>. Puis, face au sacrifice des droits des créanciers titulaires de sûretés réelles, l'intérêt de mettre en œuvre l'attribution du bien fut redécouvert selon une autre logique, celle d'échapper à la loi du classement des créanciers<sup>1738</sup>. La Cour de cassation participa à renforcer l'attrait de ce mode de réalisation en considérant que sa réalisation doit être considérée comme étant indépendante du rang des créanciers<sup>1739</sup> faisant ainsi obstacle à la suprématie du privilège du Trésor public<sup>1740</sup>. De là, émergea l'idée que ce mode de réalisation particulier de la sûreté préférentielle avait pour effet d'accorder au créancier l'exclusivité en échappant au concours<sup>1741</sup>.

---

<sup>1736</sup> V. *infra*, n° 596 et s.

<sup>1737</sup> En ce sens : CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 297; M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Etudes offertes à P. Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, n° 7, p. 711.

<sup>1738</sup> En ce sens : D. PRADY, *L'appropriation du gage par le créancier gagiste*, thèse Paris, 1960, p. 182-183; CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 297 : « Parce qu'elle évite de faire apparaître le prix du bien, et donc de le distribuer suivant la hiérarchie légale des préférences ».

<sup>1739</sup> Cass. com., 12 fév. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 58.

<sup>1740</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 297 : « La résistance farouche de « Bercy », qui donna consigne à ses services de faire opposition systématique à toute décision faisant droit à l'attribution judiciaire au mépris de son privilège, n'y changea strictement rien. La solution fut constamment réitérée, et même étendue au profit de bénéficiaires de gage sans dépossession (...) ».

<sup>1741</sup> V. en ce sens : L. BOUGEROL, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ? », *RD bancaire et financier*, 2014, n° 5 : « Il existe une catégorie de sûretés qui ne confèrent aucun droit de préférence et ne reposent que sur l'exclusivité ; ce sont des sûretés purement exclusives (par exemple, les propriétés-garanties). Mais, à l'opposé, les sûretés reposant uniquement sur la technique du droit de préférence se font de plus en plus rares, la plupart des sûretés traditionnelles conférant désormais un droit à l'exclusivité. En effet, depuis la réforme des sûretés de 2006, le pacte commissaire et l'attribution judiciaire ont été généralisés et sont admis dans toutes les sûretés traditionnelles conventionnelles : gage, nantissement, hypothèque, antichrèse. Une réponse ministérielle du 30 avril 2013 a même indiqué que « le titulaire d'un privilège immobilier spécial [avait] vocation à se prévaloir de l'attribution judiciaire ». On peut cependant douter que la Cour de cassation fasse une telle interprétation de l'article 2458 du Code civil qui renvoie au seul créancier hypothécaire. Sous cette réserve, le transfert de propriété, résultant soit d'une attribution judiciaire soit d'un pacte commissaire, est devenu, en droit commun, un mode de réalisation des sûretés reposant traditionnellement sur la technique du droit de préférence. Cependant, dans ces hypothèses, le créancier ne bénéficie pas simultanément d'un droit exclusif et d'un droit de préférence, puisque pendant sa phase conservatoire, antérieure à toute réalisation, la sûreté ne lui confère qu'un droit de préférence. Ce n'est



609. **Plan** – La propriété est employée à assurer l’efficacité économique des sûretés pour soi. Son caractère exclusif serait à même d’asseoir une position forte du créancier face aux tiers. C’est pourquoi la réforme du droit des sûretés a généralisé la faculté pour le créancier titulaire d’une sûreté réelle de se faire attribuer la pleine propriété du bien grevé (1). Celle-ci peut intervenir sur le fondement d’une procédure judiciaire, par voie conventionnelle ou dans le cadre de la réalisation d’une propriété-sûreté. Peu important le mode de réalisation, l’attribution en propriété sera soumise à des règles communes (2).

## 1. Attribution de la propriété du bien grevé

610. **Plan** – La sûreté pour soi peut se réaliser en attribuant la propriété du bien grevé soit sous le contrôle du juge (a) soit par l’effet du contrat (b).

### a. Par voie judiciaire

611. **Consécration générale de l’attribution judiciaire** – Avant la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006, la faculté de solliciter l’attribution de la propriété du bien grevé par voie judiciaire était cantonnée au gage à l’ancien article 2078 du Code civil. La question se posait de son extension à l’ensemble des sûretés réelles. Ainsi, les professeurs Mestre, Putman et Billiau considéraient que si l’attribution en propriété devait constituer un prolongement du droit de préférence, plus précisément « *comme un mode indirect de réalisation du droit de préférence (...), il serait parfaitement concevable de faire de l’attribution judiciaire un mode de réalisation général de toutes les sûretés réelles* »<sup>1742</sup>. L’ancienne limitation au gage se comprenait par la traditionnelle « discrimination » envers les biens meubles par rapport à l’immeuble sacré. En effet, il était à l’époque difficilement

---

*qu’au stade de la réalisation de sa sûreté qu’il peut choisir, soit de réaliser son droit de préférence préexistant, soit de faire naître à son profit un droit exclusif, en l’occurrence un droit de propriété. Dès lors, la propriété, étant le résultat de la réalisation de la sûreté, ne joue pas en elle-même un rôle de garantie »*

<sup>1742</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 499 : malgré le caractère attractif de la qualification de l’attribution judiciaire en un prolongement du droit de préférence, les auteurs virent en l’attribution judiciaire un mode de remplacement du droit de faire vendre le bien et «  *finalement, un succédané du droit de préférence lui-même, dans la mesure où cette attribution aboutit malgré tout à perturber la hiérarchie des créanciers, donc à un résultat qui est fort différent de celui auquel conduirait l’exercice du droit de préférence sur le prix de vente du gage (...). A nos yeux, la faculté d’attribution judiciaire du gage se combine avec le privilège du gagiste sur un même objet plutôt qu’elle n’en découle. Sans doute, en cas de pluralité de gagistes sur un même objet, faut-il les départager, et l’on peut alors effectivement préconiser de le faire selon l’ordre de leurs privilèges. Il n’en demeure pas moins, pensons-nous, que la logique qui gouverne l’attribution judiciaire n’est pas de mettre en œuvre le droit de préférence, mais d’échapper aux conséquences de celui-ci en évitant le conflit avec les autres créanciers du débiteur ».*

admissible de permettre une attribution en propriété d'un immeuble sans passer par les procédures civiles d'exécution. La consécration par la réforme des sûretés, quasi générale<sup>1743</sup>, de la faculté d'attribuer la propriété du bien judiciairement, interroge alors sur sa nature<sup>1744</sup>. Celle qui était à l'origine un mode de réalisation « résiduel » est devenue par la suite l'un des modes de réalisation de la sûreté réelle traditionnelle, dépassant le seul champ des biens meubles<sup>1745</sup> pour devenir une alternative à la réalisation classique des sûretés immobilières<sup>1746</sup>. Partant, en cas de défaillance du débiteur principal, le créancier disposera de la faculté de demander l'attribution judiciaire devant le juge, lequel sera obligé de lui concéder. En matière mobilière, l'attribution judiciaire est une prérogative attachée à tous les gages mais aussi aux nantissements<sup>1747</sup>. Par conséquent, le créancier qui n'aurait pas été satisfait de sa créance dispose de la possibilité de saisir le tribunal afin de demander l'attribution du bien grevé en propriété à titre de paiement de sa créance<sup>1748</sup>. L'attribution judiciaire « *est avantageuse pour le créancier gagiste, car elle lui permet de réaliser son gage en cas de « faillite » du constituant, sans courir le risque d'être primé par d'autres créanciers privilégiés ou superprivilégiés* »<sup>1749</sup>.

---

<sup>1743</sup> Il reste certaines sûretés ou privilèges qui demeurent en dehors du champ d'application de l'attribution judiciaire. Ainsi, le nantissement de fonds de commerce est depuis une loi du 17 mars 1909 interdit d'être réalisé par la voie de l'attribution judiciaire. L'article L.142-1 du Code de commerce prévoit que « *le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence* ». La nature particulière du bien mis en gage explique la prohibition. Les auteurs s'accordent néanmoins à considérer que cette conception valait certes à l'époque de l'adoption de la loi de 1909 mais moins aujourd'hui. V. en ce sens : CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc. n° 94 ; L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 514.

<sup>1744</sup> Le mécanisme de l'attribution en propriété, quel que soit son mode de réalisation, porte une nature dont la qualification a suscité une discordance entre les auteurs.

<sup>1745</sup> Le régime juridique du nantissement de créances prévoit à son article 2365 du Code civil l'attribution judiciaire de la créance nantie en cas de défaillance du débiteur constituant, tandis que le renvoi opéré par l'article 2355 du Code civil au régime du gage de droit commun pour les autres nantissements confirme que l'attribution judiciaire constitue un mode de réalisation commun à l'ensemble des sûretés portant sur des biens meubles incorporels.

<sup>1746</sup> C. civ., art. 2458 : l'attribution judiciaire est consacrée en matière hypothécaire. C. civ., art. 2388 : l'article opère un renvoi au régime juridique du gage immobilier, de sorte que l'attribution judiciaire est aussi un mode de réalisation de la sûreté.

<sup>1747</sup> La faculté d'attribution judiciaire bénéficie en outre aux créanciers titulaires de nantissement puisque le régime juridique du gage s'applique au nantissement, sauf disposition contraire. V. C. civ., art. 2355, al.3.

<sup>1748</sup> C. civ., art. 2347 : le juge pourra nommer un expert afin d'évaluer la valeur du bien. Si la valeur du bien est supérieure au montant de la créance garantie, alors le créancier a l'obligation de verser la soulte au constituant ou consignée au profit des autres créanciers gagistes.

<sup>1749</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 514.

b. *Par voie conventionnelle*

**612. Une attribution implicite ou explicite** – La grande innovation de la réforme du droit des sûretés intervenue le 23 mars 2006 a consisté à revenir sur la traditionnelle prohibition du pacte comissoire en permettant ainsi aux parties de prévoir que le créancier deviendra propriétaire du bien en cas d'inexécution de son débiteur. Dans ce cas, le mode de réalisation est expressément prévu (i). De *lege lata*, il existe une autre hypothèse selon laquelle le créancier deviendra propriétaire des biens grevés en cas de défaillance du constituant. Le propre des propriétés-sûretés est en effet de « consolider » le droit de propriété du créancier sur les biens. La faculté de devenir propriétaire s'explique traditionnellement par la nature de la sûreté. Néanmoins, le mécanisme d'attribution dans le cadre de propriétés-sûretés s'apparente fortement au fonctionnement du pacte comissoire (ii).

i. Le pacte comissoire

**613. Une attribution en propriété conventionnelle et automatique** – Classiquement, le pacte comissoire était par principe prohibé<sup>1750</sup> afin de défendre contre une réalisation insidieusement usuraire de la sûreté. La traditionnelle prohibition du pacte comissoire était justifiée en effet au regard du risque d'enrichissement du créancier sur le fondement de la sûreté par l'acquisition d'un droit de propriété sur un bien dont la valeur excède le montant de la créance garantie<sup>1751</sup>. Les craintes étaient en effet de conférer un pouvoir au créancier d'imposer à son débiteur « *cette attribution au constituant à un moment où celui-ci était sous l'empire d'un besoin d'argent, moyennant une estimation inférieure (voire très inférieure) à la valeur de la chose, ce qui rendrait discrètement usuraire l'opération* »<sup>1752</sup>. La réforme du droit des sûretés de 2006 a renversé cette prohibition de principe pour venir consacrer la faculté de convenir d'un pacte comissoire pour ne reléguer

---

<sup>1750</sup> C. civ. anc. art. 2078 ; C. com., anc. art. L. 521-3 al. 4. *Adde*, v. G. WIEDERKEHR, « Pacte comissoire et sûretés conventionnelles », in *Etudes offertes à Jauffret*, LGDJ, 1974, 662-674. L'ancienne interdiction du pacte comissoire s'expliquait par la crainte que l'opération soit usuraire en ce que le débiteur se sente obligé de consentir, étant dans une situation de faiblesse, à une attribution conventionnelle du bien selon une valeur nettement inférieure à la valeur réelle de la chose.

<sup>1751</sup> V. R.-J. POTHIER, par M. Bugnet, *Traité du nantissement*, 2<sup>e</sup> éd., t.5, 1861, n° 19 : Pothier soulignait en ce sens qu'il n'y avait guère d'obstacle à admettre un pacte comissoire permettant l'acquisition de la propriété du bien gagé de manière conventionnelle, dès lors que l'excédent entre la valeur du bien évalué « *par personnes dont les parties conviendraient* » serait restituée de sorte que « *ce pacte ne renferme aucune injustice* ».

<sup>1752</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 515.

l'interdiction qu'à titre d'exceptions<sup>1753</sup>. L'admission du pacte comissoire en droit français des sûretés réelles est venue rétablir une cohérence entre les textes de loi et leur application par les juges<sup>1754</sup>. Ainsi, face à la défaillance de son débiteur, le créancier gagiste<sup>1755</sup>, hypothécaire<sup>1756</sup> ou encore nanti<sup>1757</sup> pourra devenir attributaire de la propriété du bien grevé automatiquement grâce au pacte comissoire conventionnellement prévu dans le contrat de sûreté. Le mécanisme repose ainsi entièrement sur la volonté des parties. Le transfert de propriété se déploiera de manière automatique, en cas de défaillance du débiteur, ce qui suppose que la créance soit exigible. Néanmoins, dans l'hypothèse de sûretés sans dépossession, l'attribution en propriété nécessitera une opération de restitution du bien au créancier<sup>1758</sup>.

## ii. Les propriétés-sûretés

**614. Une apparente consolidation du droit de propriété du créancier** – La particularité des propriétés-sûretés consiste en une rétention ou un transfert de la propriété des biens grevés, au jour de la conclusion de la sûreté, entre les mains du créancier. La réalisation interviendrait alors par l'effet d'une consolidation du droit de propriété du créancier sur le bien en lui permettant de recouvrer la libre disponibilité des biens. La réalisation par voie de

---

<sup>1753</sup> Les sûretés consenties antérieurement qui ne respecteraient pas l'ancienne prohibition du pacte comissoire sont donc annulables, sauf si le constituant y renonce. Cass. com., 5 oct. 2004, *Bull. civ. I*, n° 176.

<sup>1754</sup> La réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 fait en effet suite à une application peu rigoureuse du principe d'interdiction du pacte comissoire. L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *ibid.* : « *Pendant longtemps, la prohibition du pacte comissoire a été sévèrement comprise. Par exemple, il y avait pacte comissoire prohibé, même si l'attribution devait se faire selon un prix fixé par experts, alors que n'existait pas la raison d'être de la prohibition. Au contraire, la jurisprudence contemporaine cantonnait étroitement la prohibition ; le pacte comissoire passant pour constituer parfois une bonne sûreté, étrangère à l'esprit d'usure, d'autant plus que se développent des garanties par fiducie, où la prohibition du pacte n'a aucun sens. Les tribunaux n'appliquaient la prohibition ni à l'hypothèque, ni au pacte conclu après la constitution du gage, ni à l'option d'achat en garantie du remboursement de prêt ; ils l'écartaient, non en droit mais en pratique, lorsqu'il s'agissait de nantissement de créances. En outre, les tribunaux estimaient que la prohibition n'avait pas lieu de s'appliquer aux gages portant en eux-mêmes leur valeur (somme d'argent), ce qui avait été également affirmé par la directive européenne du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière conclus entre des établissements financiers. Cependant, si la prohibition reculait en fait, elle n'avait pas disparu ; les tribunaux l'appliquaient notamment au nantissement de valeurs mobilières. Depuis la réforme du 2 juillet 1996, une telle clause avait perdu de son intérêt à l'égard des titres financiers, en raison de la simplification de leur mode de réalisation, lorsqu'ils sont cotés ou facilement évalués, et surtout de la reconnaissance au profit du créancier nanti d'un droit de rétention* ».

<sup>1755</sup> C. civ. art. 2348.

<sup>1756</sup> C. civ. art. 2489.

<sup>1757</sup> C. civ., art. 2365 .

<sup>1758</sup> Partant, l'opération ne saurait être neutre dans le cas d'une propriété-sûreté sans dépossession. V. *supra*, n° 608.

consolidation du droit de propriété constituerait alors une opération neutre<sup>1759</sup>. La consolidation du droit de propriété du créancier a été interprétée à la lumière des obligations, plus particulièrement de la théorie de la condition<sup>1760</sup>. Pourtant, ces analyses portées en vue de comprendre le passage d'une propriété-sûreté à une propriété pleine et entière ne s'avèrent guère suffisantes. La réalisation des propriétés-sûretés, interprétée à l'aune de la condition, implique de subordonner l'obligation de transférer à nouveau la propriété des biens grevés au constituant à son exécution de la créance garantie. Partant, en cas d'inexécution, la condition suspensive serait réputée déchu, anéantissant ainsi l'obligation de retransférer la propriété des biens<sup>1761</sup>. Si l'idée est séduisante, elle comporte néanmoins certaines failles. Le professeur Pierre Crocq s'interroge dans le cas de la réserve de propriété sur l'identification de l'obligation qui est suspendue<sup>1762</sup>. Or la condition ne peut viser qu'un élément extérieur au contrat. La théorie de la condition ne permet ni d'expliquer le maintien du contrat de vente dans le cas d'une clause de réserve de propriété<sup>1763</sup> ni l'étape transitoire entre la constitution et la réalisation d'une fiducie-sûreté. Certains auteurs doutent ainsi de l'existence d'une consolidation du droit de propriété par l'effet de la réalisation de la sûreté. Tel que le note M.

---

<sup>1759</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., *loc. cit.* : une opération matérielle est toutefois requise en présence de propriétés-sûretés sans dépossession afin que le bien soit remis entre les mains du créancier. Une fois encore, la distinction entre les sûretés avec ou sans dépossession se révèle en la matière.

<sup>1760</sup> La théorie de la compensation fut également adoptée pour expliquer la réalisation de la propriété-sûreté. Néanmoins, ses insuffisances justifient son rejet. V. sur le sujet : CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 107.

<sup>1761</sup> L'analyse du transfert de propriété par la théorie de la condition a été employée afin d'expliquer le mécanisme de la clause de réserve de propriété. V. en ce sens : F. DANOS, thèse préc. n° 4 et 41 ; F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *op. cit.*, n° 242 ; A. GHOZI, « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986, p. 317 ; J.-M. TRIGEAUD, « Réserve de propriété et transfert de propriété », *JCP Cl.* 1982, 13744, n° 14. Dans un second temps, l'analyse a été étendue à l'ensemble des transferts fiduciaires : v. en ce sens : F. DANOS, thèse préc., n° 43 : « *le propriétaire fiduciaire pouvant être considéré comme un véritable propriétaire dans la mesure où – à la différence des autres cas de fiducie – il dispose d'une vocation à la pleine jouissance de la chose qui lui a été cédée, sans limitation de durée, cette vocation à la jouissance de la chose étant, cependant, sous condition résolutoire du paiement de la créance garantie à l'échéance, tandis que, a contrario, l'engagement de re-transfert du fiduciaire au profit du constituant, qui caractérise la fiducie, est conclu sous la condition suspensive du paiement de la créance garantie. La fiducie-sûreté s'appuie, en ce sens, sur les modalités du transfert de propriété d'une chose plus que sur une nature particulière du droit de propriété, à l'instar des mécanismes étudiés précédemment (clause de réserve de propriété ou vente à réméré)* ». Adde, L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garantie de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2012, n° 329.

<sup>1762</sup> P. CROCQ, thèse préc., n° 134 et 136 : l'auteur explique ainsi au sujet de la clause de réserve de propriété que « *la réserve de propriété ne peut être la condition que d'une des obligations de la vente et non de la vente toute entière* » (...). « *Il apparaît donc que la théorie qui fait de la clause de réserve de propriété une condition suppose la possibilité de l'existence d'une obligation de donner, puisque la condition est une modalité affectant l'existence ou l'exigibilité d'une obligation, mais qu'en même temps admettre l'existence de cette obligation fait perdre toute utilité au recours à la notion de condition* ».

<sup>1763</sup> P. CROCQ, thèse préc., n° 137 et s. : « *il ne semble pas que l'on puisse affecter d'une modalité, terme ou condition, l'existence d'un effet essentiel, ou d'une obligation fondamentale, né d'un contrat sans dénaturer celui-ci* ». CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 104 ; CL.-A. MICHEL, thèse préc., n° 426 ; CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 107 ; J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981.1.

Gijsbers, « loin d'aboutir à une simple « consolidation » de la propriété préexistante du créancier sur le bien, la défaillance du débiteur opère au contraire une véritable rupture dans le patrimoine du créancier »<sup>1764</sup> L'idée naît alors d'écarter la qualification de la réalisation des propriétés-sûretés en une opération neutre de consolidation pour y déceler l'existence d'un pacte comissoire implicite<sup>1765</sup>. L'identité de régime juridique entre le pacte comissoire et la réalisation de la propriété-sûreté est frappante<sup>1766</sup>. En effet, ce n'est qu'au jour de la défaillance du débiteur que le créancier va devenir pleinement propriétaire du bien en recouvrant tous les attributs de la propriété. La libre disposition du bien ne s'opère qu'à la suite de la défaillance du débiteur et de la remise du bien en l'absence de possession<sup>1767</sup>. La parenté entre le pacte comissoire et la réalisation de la propriété-sûreté se comprend au regard de la finalité qui leur est à chacun attribuée. Tous deux réalisent une attribution de la propriété, conventionnelle, à des fins de garantie. L'irréductible originalité se loge dans la nature de la sûreté qui marque de son sceau le mode de réalisation. Le rapprochement justifie ainsi une identité de nature.

## 2. Identité de nature

**615. Encadrement de l'attribution en propriété** – Voici que la propriété du bien est ainsi attribuée en paiement au créancier par la réalisation soit d'un pacte comissoire prévu expressément entre les parties, soit d'une propriété-sûreté, soit par voie judiciaire. A la lecture de leur régime juridique, il apparaît que les principales règles leur sont communes : la nécessaire protection face au risque d'usure (b) et le respect du rang des créanciers par l'attributaire (c). Le régime commun convainc d'identifier la nature juridique de l'attribution en propriété à des fins de garantie (a).

---

<sup>1764</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 108 : M. Gijsbers démontre l'effet acquisitif attaché à la défaillance du débiteur principal. Il remarque ainsi que le créancier acquiert à cet instant un véritable droit de propriété en lieu et place de sa propriété-sûreté. Le fait que l'attribution de la propriété produise un effet libératoire prouve qu'il ne s'agissait pas de la réelle propriété qui était transférée.

<sup>1765</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 110 ; CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 109 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la clause de réserve de propriété), art. préc., p. 179 et s. ; R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », art. préc., n° 15, p. 321.

<sup>1766</sup> CH. GIJSBERS, *ibid.*

<sup>1767</sup> En ce sens, les auteurs soulignent que la restitution matérielle du bien dans le cadre des sûretés sans dépossession ne saurait s'analyser comme le résultat d'une action réelle en revendication. V. notamment : CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 106 : en effet, la reconnaissance judiciaire de la propriété ne se conçoit que dans des hypothèses de conflits entre plusieurs propriétaires, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. L'auteur en conclut donc qu'il s'agit d'une qualification impropre.

- a. *Qualification de l'attribution en propriété : une voie d'exécution aboutissant à une dation en paiement forcée*

**616. L'attribution en propriété, un mode de réalisation orphelin de nature juridique** – Le constat d'une finalité commune de ce mode alternatif de réalisation ainsi que l'encadrement par des règles identiques postulent une nature juridique commune. En l'occurrence, l'identification de règles communes aux modes d'attribution en propriété semble précéder la qualification de sa nature juridique.

**617. Deux traits communs : la prérogative placée entre les mains du créancier et l'effet extinctif de l'attribution** – En droit des sûretés, les différents modes d'attribution en propriété présentent plusieurs éléments essentiels communs. D'abord, l'on s'aperçoit à la lecture de son régime juridique que ce mode de réalisation s'exerce à l'initiative du créancier et non du débiteur<sup>1768</sup>. En effet, le transfert de propriété est de plein droit dès lors que la créance est devenue certaine, liquide et exigible. En outre, est attaché au transfert de propriété un effet extinctif, à concurrence de la valeur du bien, peu important le mode de réalisation par attribution judiciaire ou conventionnelle, y compris dans le cadre des propriétés-sûretés. L'effet extinctif est une conséquence immédiate de la finalité poursuivie par l'attribution en propriété, à savoir la satisfaction du créancier par son paiement. Ainsi, deux caractères se retrouvent tant dans le cas d'une attribution judiciaire, d'un pacte comissoire ou d'une propriété-sûreté : une réalisation à l'initiative du créancier et de plein droit d'une part et un effet extinctif à hauteur de la valeur du bien grevé. Nous relevons cependant que l'exigence d'un accord *ab initio* entre le créancier et son constituant quant à l'attribution en propriété ne se retrouve pas dans le cadre de l'attribution judiciaire. En effet, le consentement du débiteur existera uniquement dans le cas d'un pacte comissoire ou d'une propriété-sûreté : le constituant consent nécessairement à une réalisation par attribution en propriété. Cette condition est consubstantielle à la nature des propriétés-sûretés, tandis que le pacte comissoire doit être expressément prévu par les parties au contrat de sûreté. Il ne sera requis lors d'une attribution en propriété par voie judiciaire. Cela suppose-t-il que le consentement soit remplacé par l'intervention du juge ?<sup>1769</sup> Ou le consentement du constituant serait-il

---

<sup>1768</sup> Cela est aussi le cas dans l'attribution judiciaire. En effet, le rôle du juge est purement passif. Le prononcé du transfert de propriété est de plein droit dès lors que les conditions sont dûment remplies.

<sup>1769</sup> La doctrine majoritaire estime que l'absence de consentement du débiteur à l'attribution judiciaire ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance d'une dation en paiement. Certains assurent que le consentement du constituant est tacite dès lors que le choix des parties s'est porté sur une sûreté dont le régime juridique

présupposé acquis par le fait qu'il ait consenti à une sûreté dont le régime juridique comprend cette faculté d'attribution judiciaire ?<sup>1770</sup> L'absence de consentement exprès rejoint finalement le fait que ce mode de réalisation alternatif constitue surtout un pouvoir placé entre les mains du créancier. L'attribution en propriété n'est pas pensée comme étant une procédure à l'initiative du *solvens*.

**618. Des propositions de qualification incertaines** – Le fait que ce mode de réalisation soit placé entre les mains du créancier et en son intérêt a posé une difficulté quant à sa qualification. Traditionnellement, l'attribution en propriété dans le droit des sûretés réelles est considérée comme étant une illustration particulière de la dation en paiement<sup>1771</sup>. Cette « *modalité exceptionnelle de paiement* »<sup>1772</sup> permet au créancier de percevoir « *une satisfaction différente de celle que l'obligation avait pour objet* »<sup>1773</sup>. Le créancier va donc recevoir autre chose que l'objet de l'obligation initiale. Classiquement, il s'agit d'une obligation en argent qui sera finalement exécutée par le transfert de propriété d'un bien<sup>1774</sup>. La figure contractuelle appliquée à la réalisation des sûretés réelles semble correspondre en tout point : tant les éléments matériel qu'intentionnel se retrouvent en effet dans le cas d'une attribution en propriété d'un bien grevé de sûreté réelle<sup>1775</sup>. Néanmoins, le bât blesse face à l'absence de consentement du constituant et à la caractérisation d'une procédure uniquement entre les mains du créancier. En effet, la dation en paiement est considérée comme étant un mode exceptionnel de paiement purement conventionnel et nécessitant le consentement du

---

comporte la faculté de réaliser la sûreté selon la voie de l'attribution judiciaire. Le professeur Philippe Dupichot soulève dans ses travaux que le rôle du juge dans la procédure d'attribution judiciaire permet de passer outre la nécessité d'obtenir le consentement du constituant. Plus généralement, il est relevé que finalement la dation en paiement ne suppose pas dans ses éléments essentiels l'exigence du consentement du débiteur. A l'appui de leur démonstration, ils soulignent l'existence de datations en paiement forcée en droit patrimonial de la famille de sorte que l'attribution judiciaire serait recevable à une telle qualification malgré le pouvoir de contrainte du créancier : V. en ce sens, PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 749 : l'intervention du juge a « *un double objectif* » dont celui de « *passer outre le consentement du constituant* ». V. en outre : G. MARTY, P. RAYNAUD, PH. JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1987, n° 98 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 642.

<sup>1770</sup> V. en ce sens : F. BICHERON, *La dation en paiement*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2006, n° 387.

<sup>1771</sup> F. BICHERON, thèse préc. ; D. HIEZ, « La nature juridique de la dation en paiement », *RTD civ.* 2004 p. 99.

<sup>1772</sup> Association Henri Capitant, dir. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

<sup>1773</sup> PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.* n° 1179.

<sup>1774</sup> H.J.L. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 889 : les auteurs estiment que la dation en paiement ne doit se concevoir qu'en présence d'une exécution d'une obligation monétaire par le transfert de propriété d'un bien conformément à son origine romaine et son étymologie.

<sup>1775</sup> CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 117 : en effet, le professeur Claire Séjean-Chazal souligne à raison que l'élément matériel se caractérise par le transfert de propriété du bien grevé par la sûreté tandis que l'élément intentionnel se révèle à la lumière de la volonté des parties de produire un effet extinctif de l'obligation, bien sûr, à concurrence de la valeur du bien grevé.



débiteur, en ce qu'elle ne saurait être imposée au *solvens* et serait conçue comme étant une pure faculté placée entre ses mains<sup>1776</sup>. Nous cernons immédiatement la difficulté que poserait une telle qualification. Le créancier peut en effet contraindre le constituant à lui transférer la propriété du bien dans le cas d'une attribution judiciaire. L'attribution judiciaire fait fi du consentement du constituant, tandis que dans le pacte comissoire le consentement se réalise *ab initio*<sup>1777</sup>. Face à ces difficultés, résultant en particulier du caractère forcé de l'attribution en propriété conventionnelle ou judiciaire, une autre qualification émergea en doctrine quittant cette fois le terrain contractuel<sup>1778</sup> pour une analyse à l'aune des voies d'exécution. En effet, dès la reconnaissance de l'attribution judiciaire en guise de réalisation de la sûreté, il fut soulevé l'idée que cela aboutissait *in fine* à une voie d'exécution originale, sans vente forcée...<sup>1779</sup> Le professeur Claire Séjean-Chazal démontre alors avec brio que le droit des voies d'exécution est plus large que celui des procédures civiles d'exécution, de sorte que l'absence de vente forcée ne compromettrait pas une telle qualification. L'auteur met en avant le critère décisif qui réside dans le caractère forcé, le pouvoir de contrainte émanant du créancier<sup>1780</sup>. Finalement, l'attribution en propriété semble opérer une voie d'exécution originale en ce qu'au lieu d'aboutir à une cession forcée, le créancier deviendra directement propriétaire, en vue d'éteindre à due concurrence l'obligation inexécutée. La matérialisation de la voie d'exécution ne se réaliserait donc pas par une vente forcée mais selon une dation en paiement forcée.

*b. Protection face au risque*

**619. Plan** – A priori, l'attribution en propriété apparaît comme un mode de réalisation de la sûreté plus dangereux. Cela justifie que des cas d'exclusion (i) mais en outre une protection accrue face au risque de réalisation usuraire (ii).

---

<sup>1776</sup> V. en ce sens : C. civ. art. 1342-4 al.2.

<sup>1777</sup> V. CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 124 et s.

<sup>1778</sup> L'analyse contractuelle présente des faiblesses qui aboutissent à une distorsion des figures juridiques afin qu'elles puissent correspondre à l'attribution en propriété des biens grevés de sûretés pour soi. Ainsi, la qualification en obligation disjonctive à objet complexe, qu'il s'agisse d'obligation alternative ou facultative, ne parvient pas non plus à expliquer le régime juridique de l'attribution en propriété. V. en ce sens C. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 121.

<sup>1779</sup> CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., *ibid.* ; CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 219.

<sup>1780</sup> CL. SEJEAN-CHAZAL, *ibid.*

i. Cas d'exclusion communs

**620. Exclusion en raison du statut du bien : le cas de la résidence principale –**

L'attribution en propriété peut parfois connaître certaines restrictions légales en raison de la qualité de certains biens<sup>1781</sup>. C'est l'hypothèse de la résidence principale du constituant. Ce bien fait l'objet d'un statut particulier en droit civil et aussi en matière fiscale. Le droit des sûretés réelles ne fait exception à ce constat. En effet, si la résidence principale peut parfaitement être grevée, la mise en œuvre de la sûreté sera nécessairement encadrée par le droit des procédures civiles d'exécution en organisant sa vente forcée, prohibant toute réalisation selon une attribution en propriété conventionnelle et judiciaire. La protection de la dignité constituant<sup>1782</sup>, propriétaire de la résidence principale, passe ainsi par le respect des procédures civiles d'exécution. Une doctrine autorisée a critiqué l'exclusion de la résidence principale en estimant que celle-ci n'était pas justifiée. En ce sens, M. Hoonaker s'interroge sur cette prohibition : « *a-t-on sacrifié la sauvegarde des intérêts économiques du débiteur à une protection en trompe l'œil du logement de la famille ?* »<sup>1783</sup> L'encadrement de la procédure d'attribution en propriété, sa permission dans le cadre des propriétés-sûretés portant sur la résidence principale, fait douter de la pertinence d'une interdiction de principe.

**621. Exclusion en raison de la qualité de consommateur du constituant *in bonis***<sup>1784</sup> – L'attribution conventionnelle est exclue du champ du droit de la consommation<sup>1785</sup>. La protection du consommateur, cheval de bataille du législateur ces

---

<sup>1781</sup> Un premier filtre s'opère lors de la constitution de la sûreté pour soi dès lors que celle-ci ne peut grever que des biens qui sont dans le commerce.

<sup>1782</sup> Sur le lien entre la protection de la résidence principale et la dignité du constituant, v. Cl. SEJEAN-CHAZAL, *thèse préc.*, n° 98 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELIER, *op. cit.*, n° 1086.

<sup>1783</sup> PH. HOONAKKER, « La civilisation de l'exécution forcée », in *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Actes du Ve colloque organisé par la revue Droit et procédures, *EJT*, coll. Droit et procédures, 2007, spéc., n° 119, p. 80 : l'auteur se pose la question de l'opportunité de protéger le logement de la famille en interdisant l'attribution judiciaire ou le pacte commissaire alors que selon lui, la procédure de saisie immobilière, bien qu'elle puisse accorder du temps au débiteur saisi, n'apporte pas une protection supplémentaire. Or dans le cas de l'attribution en propriété, l'auteur relève que la procédure de restitution de l'excédent apporte la préservation suffisante.

<sup>1784</sup> Nous constaterons bientôt que l'attribution en propriété du bien en cas d'ouverture d'une procédure collective peut être paralysée. V. *infra*, n° 689.

<sup>1785</sup> Le pacte commissaire était également prohibé dans le cas du gage sur stock prévu aux termes de l'article L.527-8 du Code de commerce. L'interdiction avait été prévue par la Chancellerie, sans coordination avec la réforme du droit des sûretés qui pourtant avait admis la faculté de consentir un gage sur stock sur le fondement du Code civil permettant ainsi une attribution conventionnelle du bien. Une telle restriction ne se comprenait guère en présence de professionnels. Même si certains auteurs ont pu tenter de justifier une telle limitation du pacte commissaire en considérant que la nature des biens fondait l'interdiction. En effet, le stock constitue pour la plupart des commerçants l'actif principal de sorte que leur maintien au sein de leur patrimoine professionnel est souvent une condition essentielle pour le maintien de leur activité, la prohibition ne se justifiait

dernières décennies, ne fait pas exception en droit des sûretés. « Protéger un consommateur, c'est un schéma naturel du droit positif, presque une tautologie, que personne n'aurait osé remettre en question »<sup>1786</sup>. Pourtant, le bannissement du pacte comissoire ne touche pas l'attribution judiciaire. L'intervention du juge justifierait une meilleure protection du consommateur, ce dont nous doutons fortement puisque son rôle se cantonne au simple constat de l'attribution. Ce n'est pas tant l'intervention du juge qui assure une attribution en propriété équitable mais les garde-fous mis en place en vue de lutter contre un enrichissement du créancier sur le fondement de la sûreté.

ii. Face au risque d'une réalisation usuraire

**622. Exclusion du risque d'usure en droit des sûretés réelles** – A l'inverse de la traditionnelle réalisation forcée du bien grevé, l'attribution de la propriété du bien faisait craindre un enrichissement du créancier. Ainsi, s'expliquait notamment l'ancienne prohibition du pacte comissoire ou l'actuelle interdiction de la clause de voie parée. Cette peur n'a de nos jours plus de raison d'être. L'exigence de faire évaluer le bien par un expert ou de procéder à son évaluation sur le fondement d'un marché coté constitue *de lege lata* une condition commune à l'ensemble des modes d'attribution en propriété du bien empêchant une réalisation usuraire de la sûreté. Le surplus entre le montant de la créance garantie et la valeur du bien attribué est en effet soit restitué au constituant soit consigné au profit des autres créanciers. C'est ainsi que le législateur a posé un garde-fou efficace<sup>1787</sup> afin de préserver les intérêts à la fois du constituant et des autres créanciers.

**623. L'évaluation objective de la valeur du bien grevé dont la valeur n'est pas connue** – D'abord, le bien devra faire l'objet d'une évaluation objective de sa valeur quel que soit le mode d'attribution en propriété. L'exigence se retrouvera aussi bien en présence d'une attribution judiciaire que conventionnelle, y compris dans le cas des propriétés-sûretés. La détermination de la valeur du bien grevé ne saurait être laissée entre les mains du créancier qui pourrait être tenté par une appréciation à la baisse. Dans le cas de l'attribution judiciaire, la valeur du bien grevé sera évaluée par expert. Le principe est clairement établi en matière hypothécaire par l'article 2460 du Code civil imposant que soit procédé à une désignation de

---

guère et constituait une solution antiéconomique... V. en ce sens M. Bourassin, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013 p. 1363 ; CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 99.

<sup>1786</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., *ibid.*

<sup>1787</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », art. préc.

l'expert soit à l'amiable soit par le juge<sup>1788</sup>. A l'inverse, l'exigence d'une évaluation par expert n'est pas prévue par les textes en matière de gage. Les auteurs considéraient traditionnellement que l'obligation n'avait lieu d'être qu'en présence d'une hypothèque<sup>1789</sup>. Nous croyons que l'obligation de procéder à une expertise doit être étendue à l'ensemble des sûretés réelles, sauf en présence d'une cotation officielle du bien grevé. En effet, le risque d'enrichissement du créancier explique l'exigence d'une détermination de la valeur du bien grevé. Le danger existant lors de l'attribution en propriété, nonobstant l'assiette de la sûreté, il est dès lors justifié de procéder à une telle expertise du bien par un expert désigné à l'amiable ou par voie judiciaire. Le principe doit être étendu sauf à réserver le cas du bien dont la valeur serait d'ores et déjà déterminée selon une cotation officielle. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'association Henri Capitant propose ainsi d'étendre l'évaluation par expert à l'ensemble des modes d'attribution en propriété, en réservant le cas de la cotation officielle du bien sur un marché<sup>1790</sup>. Dans le cas du pacte comissoire, l'exigence de l'évaluation objective du bien est imposée strictement en raison d'un risque accru puisque l'attribution en propriété va s'opérer sans le contrôle du juge. Le caractère d'ordre public est très nettement affirmé puisque l'article 2348 du Code civil énonce que la clause contraire est réputée non écrite. L'impérativité de la règle est certes énoncée dans le cas du gage mais « *il faut considérer qu'à plus forte raison, le caractère d'ordre public de l'expertise a vocation à s'appliquer aux pactes comissoires* »<sup>1791</sup>. En présence d'une attribution en propriété par la réalisation d'une propriété-sûreté, l'établissement de la valeur objective du bien se retrouvera également. L'obligation sera cependant renforcée dans certains cas. Dans l'hypothèse d'une fiducie-sûreté, le législateur n'avait pas prévu une telle obligation, ce qui était très étonnant par rapport au strict régime juridique appliqué au pacte comissoire<sup>1792</sup>. Par l'ordonnance du

---

<sup>1788</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 82 : « *Même si l'article n'interdit pas expressément les clauses contraires, l'intervention d'un expert doit être entendue comme étant obligatoire dès lors que le transfert de propriété a vocation à impliquer un bien immobilier* ».

<sup>1789</sup> Là encore se démontrait la classique distinction entre les biens meubles et les biens immeubles donnant sa pleine vigueur à l'adage « *res mobilis res vilis* ». Or l'argument ne tenant plus de nos jours en raison de la valeur importante de certains biens meubles, la limitation du domaine d'application à la sûreté immobilière ne se justifiait guère.

<sup>1790</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, juin 2017: la Commission propose ainsi d'étendre la procédure d'évaluation par expert à l'attribution judiciaire à l'article 2348-1.

<sup>1791</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 84.

<sup>1792</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *op. cit.*, n° 788 : « *Le refus de l'édition d'un régime spécifique à la fiducie-sûreté avait conduit la loi du 19 février 2007 à ne pas réglementer les effets en cas de défaillance du débiteur de la créance garantie, ce qui était doublement étonnant. On pouvait s'étonner, tout d'abord de ce que le gouvernement et le législateur, d'ordinaire si précautionneux lorsqu'il s'agit d'admettre le pacte comissoire, n'aient pas pris garde au fait que la loi du 19 février 2007 semblait laisser au créancier la possibilité de s'approprier définitivement le bien donné en garantie sans que soit exigée la moindre expertise de la valeur du*

30 janvier 2009<sup>1793</sup>, le vide juridique fut comblé par l'édition d'une obligation de détermination de la valeur du bien placé dans le patrimoine d'affectation soit par un expert désigné à l'amiable ou par voie judiciaire sauf si le bien porte en lui-même, en matière mobilière, d'une valeur objective : soit en raison d'une cotation sur un marché réglementé selon le Code monétaire et financier, soit car il s'agit d'une somme d'argent. La clause contraire est réputée non écrite. Figure néanmoins une exception au principe d'évaluation de la valeur du bien au jour de la réalisation de la sûreté lorsque le bien porte en lui-même sa valeur soit car il s'agit d'une créance soit parce que sa valeur est déterminée selon un marché réglementé. Cela explique la raison pour laquelle le régime juridique du nantissement de créances ne comporte pas une obligation de déterminer la valeur des créances nanties au jour de leur transfert en cas de défaillance du débiteur principal. Il serait en effet inutile d'alourdir la procédure d'attribution en propriété par une évaluation des créances ou de biens dont la valeur est d'ores et déjà connue<sup>1794</sup>. Partant, les sûretés sur créances, monnaie scripturales, titres<sup>1795</sup> ne devront pas comporter une telle exigence dès lors qu'elles portent par définition une valeur en ce qu'elles seront exigibles, certaines et liquides pour pouvoir être réalisées<sup>1796</sup>.

**624. La restitution ou consignation de la soulte** – Fort logiquement, l'obligation d'évaluation de la valeur est nécessairement être accompagnée d'une obligation de restituer la différence avec la valeur de la créance garantie. L'obligation de restitution de l'excédent se

---

*bien, ni qu'il soit fait obligation au créancier de restituer au fiduciaire une soulte égale à la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette restant due. (...) ».*

<sup>1793</sup> J.-J. ANSAULT, « La fiducie-sûreté ressuscitée », *journal des sociétés*, mai 2009, n° 65 ; A. AYNÈS, « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC* mars 2009, p. 18 et s. ; N. BORGA, « Regard sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 déc. 2008 », *RD bancaire et financier*, 2009, p. 9 et s. ; P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.* 2009, p. 75 et s. ; P. CROCQ, « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ? », *D.* 2009, p. 716 ; PH. DUPICHOT, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janv. 2009 », *JCP G* 2009.I.132 ; PH. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007 n°11 p.5 et s. ; M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p.670 ; adde « La fiducie dans tous ses états », *Journée nationale de l'Ass. H. Capitant*, t. XV, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2011 ; « La fiducie, un nouvel instrument performant de gestion et de garantie », *RLDC* mai 2009, p. 63 et s.

<sup>1794</sup> V. sur le sujet : D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, Economica, 1986, n° 159.

<sup>1795</sup> V. Avant-projet de réforme du droit des sûretés, *Assoc. H. Capitant*, juin 2017, C. civ., art. 2366-1 et s. ; V. L. BOUGEROL, « Le nantissement de monnaie scripturale », in *La réforme des sûretés*, Institut Varenne, 2019, p. 211 ; CH. JUILLET, « Le nantissement de monnaie scripturale dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RLDC* mars 2018, n° 157.

<sup>1796</sup> En effet, le régime juridique du nantissement de créances ne saurait permettre un quelconque enrichissement du créancier sur le fondement de la sûreté. Lorsque la créance nantie n'est pas arrivée à échéance, en ce qu'elle est ni liquide ni exigible, alors le créancier nanti ne pourra devenir propriétaire qu'au jour où celle-ci sera devenue disponible. En effet, ce ne sera qu'au jour de l'arrivée à échéance que le créancier pourra exercer son droit afin de devenir propriétaire de la créance nantie : elle sera placée sur un compte spécialement habilité en l'attente de l'échéance de la créance garantie. En cas de défaillance du débiteur principal, le créancier nanti se fera attribuer la créance nantie seulement à hauteur de la valeur de sa propre créance.

retrouve au sein de chaque procédure d'attribution en propriété du bien grevé<sup>1797</sup>. Les obligations siamoises forgent ainsi le principe selon lequel le créancier ne peut s'enrichir sur le fondement de la sûreté, ce que tend à l'élever en principe directeur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés porté par l'Association Henri Capitant<sup>1798</sup>. Le créancier attributaire restitue ainsi l'excédent au débiteur principal ou le consigne au profit des autres créanciers. La règle est générale et se retrouve tant en matière d'attribution judiciaire ou conventionnelle ou dans le cadre des propriétés-sûretés. Par conséquent, le risque d'usure est exclu face à une attribution en propriété, que celle-ci se réalise sous le contrôle du juge ou non.

*c. Respect du rang des créanciers par l'attributaire*

**625. L'attribution en propriété, source d'exclusivité ?** – Ces modes de réalisation de la sûreté, bien qu'ils aient pour effet de renforcer le droit de préférence, ne sauraient constituer la source de l'exclusivité. Le professeur Charles Gijbers considère en ce sens que « *l'attribution de la propriété n'évince pas systématiquement l'idée de classement légal* »<sup>1799</sup>. Selon lui, l'exercice de l'attribution judiciaire ou du pacte commissaire ne saurait faire obstacle au droit de suite de créanciers de meilleur rang disposant de droit sur le bien<sup>1800</sup>. Il est vrai que l'attribution du bien en paiement ne paralyse pas le pouvoir des créanciers de meilleur rang titulaires de sûreté réelle sur le bien qui pourront venir réclamer le bien entre les mains de l'attributaire. L'attribution n'est pas un mécanisme de purge des sûretés. La logique du respect du rang des créanciers a donc pleinement vocation à s'appliquer. L'efficacité du droit de suite des autres créanciers, de meilleurs rangs, exclut à elle seule l'exclusivité. Ensuite, l'auteur explique que « *l'attribution de la propriété est impuissante à remettre en cause la hiérarchie des créanciers lorsque des actes de poursuite ont déjà été exercés sur le*

---

<sup>1797</sup> C. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 86 : Mme. Séjean-Chazal explique que l'obligation de restituer l'excédent au débiteur ou de le consigner au profit des autres créanciers, consacrée par l'ordonnance du 23 mars 2006, ne constitue pas une innovation. Elle rappelle en ce sens que l'interdiction du pacte commissaire se comprenait lorsque l'attribution du bien était intégrale sans restitution de l'excédent. En citant Pothier, l'auteur met en exergue le fait que l'interdiction du pacte commissaire fut une « *erreur de l'Histoire* », dès lors que celle-ci se comprenait uniquement au regard de la prohibition de l'attribution intégrale en droit romain et dans l'Ancien-droit.

<sup>1798</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, Assoc. H. Capitant, 2017 : le principe directeur est ainsi consacré à l'article 2286-3, selon lequel « *la sûreté ne peut procurer au créancier aucun enrichissement* ».

<sup>1799</sup> CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 299.

<sup>1800</sup> CH. GIJSBERS, *ibid.*

*bien grevé* »<sup>1801</sup>, se justifiant par « *la nature de voie d'exécution de l'attribution de la propriété qui, certes peut procurer un paiement exclusif si le créancier est le premier à poursuivre le débiteur (loi de la course), mais retrouve une stricte neutralité dès lors qu'une situation de concours s'est d'ores et déjà nouée sur le bien (loi du concours)* »<sup>1802</sup>. Nous devons comprendre que l'attribution en propriété est fondée sur le respect de la loi du concours. Lorsque le bien est grevé de sûretés successives, l'attribution judiciaire ou le pacte comissoire ne permet pas de passer outre le respect du rang des créanciers qui est déjà établi. Le droit de suite inhérent aux sûretés réelles n'est pas neutralisé par l'exercice d'une telle prérogative. Les créanciers bénéficiant d'un meilleur rang disposeront de la faculté d'exercer leurs droits à l'encontre du créancier attributaire. L'idée a aussi été démontrée avec vigueur par Mme Claire Séjean-Chazal dans ses travaux de doctorat<sup>1803</sup>. L'auteur y démontre avec brio que le fait d'attribuer en propriété le bien n'a pas pour conséquence de faire obstacle au droit des créanciers antérieurs dès lors que la faculté d'attribution en propriété n'entraîne pas la paralysie du droit de suite de ces créanciers. La logique de l'antériorité du droit demeure alors. L'exclusivité ne constitue donc pas un effet de l'attribution en propriété. En effet, l'attributaire de second rang devra respecter la primauté des créanciers antérieurs dès lors que ces derniers disposent d'un droit de suite leur permettant d'agir à l'encontre du propriétaire peu important que celui-ci soit ou non tenu à la dette. Partant, il n'est de raison justifiant la paralysie du pacte comissoire en cas d'ouverture d'une procédure collective dès lors qu'il n'a ni pour effet d'exclure le classement des créanciers, ni de permettre une réalisation usuraire de la sûreté. L'exclusivité ne saurait donc résulter de l'appropriation du bien, mais uniquement de la possession réelle qui a vocation à passer outre le respect du rang des créanciers, en opposant le droit de rétention. Faute de droit de rétention effectif, la sûreté réelle traditionnelle ne saurait conférer une situation inexpugnable au créancier.

## **B. La possession et le droit de rétention au service de l'exclusivité**

**626. La position inexpugnable du créancier possesseur** – La situation inexpugnable du créancier est selon nous un effet de la possession réelle du bien source d'une opposabilité *erga omnes*. L'effet de la possession est de conférer au créancier un pouvoir de blocage, indivisible, qui incitera les tiers à le désintéresser afin de récupérer le bien, y compris

---

<sup>1801</sup> CH. GIJSBERS, *ibid.*

<sup>1802</sup> CH. GIJSBERS, *ibid.*

<sup>1803</sup> Cl. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 353 et s.

les organes de la procédure collective. Le droit de rétention effectif, en ce qu'il constitue un attribut de la sûreté avec dépossession, assure *de facto* l'exclusivité. Elle seule, la sûreté pour soi est dépourvue de tout mode de réalisation exclusif<sup>1804</sup> sauf lorsqu'elle fait bénéficier de la puissance de la possession réelle nous obligeant ainsi à reconnaître la situation de fait qui en résulte. Possesseur et rétenteur, le créancier force au désintéressement total de sa créance sans avoir à respecter la primauté des autres créanciers. En effet, celui qui veut récupérer son bien honorera sa créance auprès du rétenteur. La logique est dans cette hypothèse différente de la réalisation classique d'une sûreté réelle, même par voie d'attribution en propriété, puisqu'en l'occurrence le paiement du créancier sera volontaire en dehors de toute réalisation de la sûreté en elle-même. Finalement, les modes de réalisation de la sûreté, à savoir l'attribution en propriété ou la vente forcée, sont consubstantiels à la logique de classement des créanciers : l'antériorité du droit prime peu important la nature de la sûreté et son mode de réalisation. Seule l'existence d'une sûreté avec dépossession pourra placer le créancier en dehors du classement en lui permettant d'une part d'opposer à tous son droit sur le bien et d'autre part en le confortant dans une situation de fait et inexpugnable.

**627. Les failles apparentes du droit de rétention face aux droits antérieurs et publiés** – Il est vrai que sur le plan théorique le droit de rétention, bien qu'il soit effectif, doit céder face à un droit existant sur le bien qui lui est antérieur. Le créancier gagiste avec dépossession s'incline en principe face à un créancier gagiste sans dépossession qui aurait publié antérieurement sa sûreté<sup>1805</sup>. La solution est également applicable en matière immobilière dans le cas de l'opposabilité des droits de créanciers hypothécaires antérieurs à celui de l'antichrésiste. En effet, un arrêt très ancien de la cour d'appel de Paris décida que l'antichrésiste devait supporter l'antériorité des droits des créanciers hypothécaires antérieurs<sup>1806</sup>. A la lecture de ces décisions, il apparaît que le droit de rétention est replacé dans une logique de classement des créanciers selon leur rang. La publicité des droits des créanciers antérieurs a donc pour effet de neutraliser l'efficacité d'un droit de rétention effectif. L'énoncé de la solution appelle deux remarques. D'abord, le droit de rétention fictif s'avère être un artifice peu utile pour affirmer l'opposabilité des droits antérieurs.

---

<sup>1804</sup> V. *supra*, n° 625 : l'attribution en propriété n'est en effet pas un mode de réalisation exclusif des droits des autres créanciers sur le bien en raison de l'existence du droit de suite. Le droit de suite ne se trouvant pas paralysé par une attribution en propriété, il en résulte que le créancier ne saurait bénéficier d'une exclusivité sur ce fondement, bien que sa situation soit meilleure que par l'exercice de son simple droit de préférence sur le prix de vente du bien.

<sup>1805</sup> C. civ. art. 2340 al. 2.

<sup>1806</sup> Cour d'appel de Paris, 12 janv. 1895, DP, 1896, 2, p. 57



L'opposabilité et la neutralisation du droit de rétention matériel postérieur se réalisent uniquement par l'effet de la publicité. Ensuite, la solution prononcée est manifestement en décalage avec la réalité des faits. En théorie, il est vrai que l'opposabilité du droit de rétention matériel est paralysée par les droits des créanciers antérieurs ayant inscrit leur sûreté. Pour autant, nous doutons de son application hors contexte judiciaire. En effet, le créancier rétenteur ayant la mainmise sur le bien ne renoncera pas à son pouvoir de blocage en raison de l'existence de droits de créanciers antérieurs<sup>1807</sup>. Ce ne sera en effet que devant le juge que la primauté des sûretés antérieures sera affirmée malgré le droit de rétention matériel en laissant place, de nouveau, à la logique de classement des créanciers selon leur rang.

**628. Conclusion de paragraphe** – Le créancier cherche à atteindre une situation inexpugnable. C'est ainsi que le droit de propriété ainsi que la possession sont placés au service de l'efficacité de la sûreté. L'attribution en propriété du bien, que celle-ci résulte du contrat ou de l'intervention du juge, assure une position forte au créancier. Or le droit de suite n'étant pas neutralisé par une attribution en propriété, le rang des créanciers doit être respecté. La possession place le créancier dans une position d'exclusivité par la reconnaissance d'un droit de rétention effectif qui ne pliera qu'en cas de disposition prévue en ce sens.

**629. Conclusion de la Section II** – Lors de la réalisation de la sûreté pour soi, le souci est de préserver son efficacité pour que le créancier puisse exercer le droit qu'il dispose sur le bien. Des obstacles peuvent pourtant se dresser face à lui : la circulation du bien ou de la créance garantie, des conflits avec d'autres créanciers ou un tiers acquéreur... C'est ainsi que le droit met en œuvre des instruments juridiques afin de préserver la raison d'être de la sûreté pour soi : l'accessorité, la propriété, la possession, le droit de suite et la purge.

**630. Conclusion du Chapitre I** – L'existence d'une opposition entre le régime des sûretés pour soi et pour autrui lors de leur réalisation nous convainc à considérer la distinction

---

<sup>1807</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 860 : « *Il n'est pas même certain qu'il faille restreindre l'opposabilité du droit de rétention de l'antichrésiste aux seuls créanciers inscrits postérieurement : si cette solution a été suggérée sur la base d'un ancien arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 janv. 1895, DP, 1896, 2, p. 57 (V. not. PH. THERY, n°322 ; S. PIEDELIEVRE, « Remarques sur le rôle perturbateur du droit de rétention dans le droit des sûretés immobilières », Dr et patrimoine 2000, n°81, p. 42 et s), la solution contraire paraît procéder de l'arrêt ayant décidé que l'opposabilité du droit de rétention sur un immeuble n'est pas subordonnée à la publicité foncière (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 déc. 1998, Bull. civ. III, n°153 ; RTD Civ. 1999, p.440, obs. P. CROCQ ; JCP éd. G, 1999, I, 158, n°8, obs. PH. DELEBECQUE ; Petites affiches, 14 juill. 1999, n°139, p. 17, note D. ARLIE) ; en pratique, on n'imagine d'ailleurs guère un rétenteur mettre un terme volontairement à sa capacité de nuisance au seul motif que des inscriptions hypothécaires auraient été prises antérieurement.*

comme la *summa divisio* fondamentale des sûretés. Les impératifs sauvegardés sont en effet distincts. Le garant pour autrui continue d'être préservé face à un risque de surendettement qui se réalise par l'exécution de l'obligation de règlement, laquelle révélera une différence de degré dans la gravité de l'engagement. À l'inverse, en présence de sûretés pour soi, le droit tend à protéger l'intérêt du créancier en renforçant l'efficacité de sa sûreté face aux risques rencontrés lors de son exécution. Nous verrons que la dichotomie se retrouve, sous un autre angle, en cas d'ouverture d'une procédure collective (Chapitre II).

## Chapitre II

# LA RÉCEPTION DE LA *SUMMA DIVISIO* EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

**631. Le droit des entreprises en difficulté et des sûretés, une histoire passionnelle** – Si le droit des sûretés et des entreprises en difficulté sont souvent présentés comme portant des intérêts contraires, ils forment malgré cela un duo inséparable. Les cours enseignés aux étudiants en témoignent : la portée des sûretés ne se révèle qu'en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et les procédures collectives obligent à l'étude des sûretés en ce qu'elles ont pour finalité l'apurement du passif du débiteur. La rencontre entre les deux branches du droit du crédit n'est pas si lointaine. « *L'âge d'or* »<sup>1808</sup> des sûretés était fondé sur une certaine ignorance entre les deux branches du droit du crédit. Tant les sûretés réelles que personnelles remplissaient leur office<sup>1809</sup> en ce qu'elles n'étaient pas aspirées par le futur effet réel de la procédure<sup>1810</sup>. Avant la loi du 13 juillet 1967, les difficultés du débiteur étaient traitées selon une procédure de faillite, entièrement guidée par le souci d'apurer le passif du débiteur afin de désintéresser les créanciers. Ce n'est que par

---

<sup>1808</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives entre passé, présent et avenir », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ 2019, n° 5 et s. p. 211 et s.

<sup>1809</sup> Les sûretés personnelles, en ce qu'elles grevaient un patrimoine tiers au débiteur placé en procédure collective, n'en étaient donc pas affectées. Jusqu'en 1967, les sûretés réelles ne se trouvaient pas soumises à l'exigence d'égalité entre les créanciers. Leur finalité était donc respectée à l'époque. V. en ce sens : CH. GIJSBERS, thèse préc., n° 208 et s. : « *Tant que la procédure collective était ordonnée à la satisfaction des créanciers plus qu'au sauvetage du débiteur, les sûretés réelles ne s'en trouvaient guère affectées. La discipline collective n'avait, en effet, d'autre but que d'assurer l'effectivité de l'égalité des créanciers. N'étant pas astreint à ce principe, le titulaire de sûreté pouvait, sans dommage pour quiconque, réaliser sa sûreté hors procédure afin de recevoir immédiatement un paiement qu'il aurait de toute façon obtenu à terme* » ; PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives entre passé, présent et avenir », in *Mél. Laurent Aynès, ibid.* : « *Le créancier titulaire d'une sûreté réelle était « doublement » préféré, privilégié, en ce sens qu'il bénéficiait d'un traitement de faveur, tant préférentiel que procédural* ».

<sup>1810</sup> M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, LGDJ, Bibl. dr. de l'entreprise, 2002.

cette loi que l'impératif de sauver l'entreprise fut intégré dans les finalités de la procédure collective marquant ainsi un changement de paradigme : le droit des faillites se mua en droit des entreprises en difficultés<sup>1811</sup>. Or la « *fin de l'âge d'or* »<sup>1812</sup> des créanciers titulaires de sûretés ne se réalisa pas dans un même temps. Pour ceux qui bénéficiaient de sûretés personnelles, leur soumission à la procédure au profit de la sauvegarde des entreprises ne s'opéra que plus tard, par les lois du 10 juin 1994 et du 26 juillet 2005<sup>1813</sup>. Pour les titulaires de sûretés réelles, le glas fut sonné bien plus tôt par la loi du 13 juillet 1967<sup>1814</sup>. Elle les obligea en effet à produire leurs créances auprès des organes de la procédure collective, ce qui entraîna par voie de conséquence la suspension des poursuites individuelles<sup>1815</sup>. La loi de 1967 annonce ainsi la fin « *du printemps des sûretés réelles* »<sup>1816</sup> par une lente soumission des créanciers titulaires de sûretés réelles allant jusqu'à leur sacrifice<sup>1817</sup>. Depuis la fameuse loi de 1967, les créanciers titulaires de sûretés réelles ne revirent plus jamais l'époque glorieuse où ils pouvaient réaliser leur garantie en dehors de la procédure collective. Au contraire, les lois postérieures poursuivirent leur œuvre en les soumettant d'une part à l'effet réel de la procédure et en leur faisant subir le poids de créanciers privilégiés. C'est ainsi que l'apurement du passif par le paiement des créanciers, du moins privilégiés, laissa la place à d'autres moyens de régler le passif « *en le rabaissant, en le réduisant, en l'effaçant* »<sup>1818</sup>. La finalité première de la procédure collective n'était plus le paiement des créanciers mais la

---

<sup>1811</sup> V. sur l'évolution : CH. GIJSBERS, thèse préc., *ibid.* ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 4 et n° 25 et s. ; J. PAILLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *Etudes offertes à Roger Houin*, p. 109 ; C. SAINT-ALARY HOUIN, « La modernisation du droit des faillites. Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *La modernisation du droit des affaires*, Litec 2007, p. 77 et s. ; PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives entre passé, présent et avenir », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, *ibid.*

<sup>1812</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives entre passé, présent et avenir », *op. cit.*, n° 6, p. 212.

<sup>1813</sup> V. pour une analyse de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises : F.-X. LUCAS, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », *Bull. Joly*, p. 1181 et s.

<sup>1814</sup> L. n° 67-653 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

<sup>1815</sup> Cass. ass. plén. 13 févr. 1976 ; *Bull. ass. plén.* n° 3 ; *JCP* 1977.II.18518, n. C. GAVALDA : ce fut en effet la Cour de cassation qui en déduisit que « *tant que leurs créances n'ont pas été admises, les créanciers bénéficiant d'une sûreté spéciale ne peuvent exercer le droit de poursuite individuelle qui leur est reconnu par l'article 35* ».

<sup>1816</sup> Expression empruntée à M. CABRILLAC et PH. PETEL, in « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles ? », *LPA*, 2014, n° 110.

<sup>1817</sup> M. GRIMALDI, « Problèmes actuels des sûretés réelles. – Rapport français », in *Les garanties de financement*, Trav. Ass. H. Capitant, t.47, LGDJ, 1998, p. 155 et s., n° 16 ; cité par PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives entre passé, présent et avenir », *op. cit.*, *ibid.*

<sup>1818</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives entre passé, présent et avenir », *op. cit.*

sauvegarde du débiteur, vu comme étant une entreprise<sup>1819</sup>. Le constat n'est donc guère brillant. Leur soumission a fait naître un droit spécial des sûretés consacré à l'article 2287 du Code civil selon lequel « *les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers* ». Plus qu'une emprise du droit des faillites, une instrumentalisation du droit des sûretés est mise au service de la finalité poursuivie par les procédures d'insolvabilité, pour favoriser notamment le rebond du débiteur en difficultés.

**632. Une réception implicite de la *summa divisio* des sûretés pour soi et pour autrui** – Le constat d'un certain chaos régnant en cas d'ouverture d'une procédure collective est malheureusement toujours d'actualité<sup>1820</sup>. Tel que l'observe M. Clément Favre-Rochex, « *à analyser les liens intimes unissant les sûretés aux procédures collectives, l'on est bien en peine de mettre en évidence des principes directeurs de nature à expliquer une telle segmentation des régimes* »<sup>1821</sup>. Malgré cela, l'auteur a édifié des pistes sérieuses en vue d'articuler, enfin, les sûretés et les procédures collectives tout en gardant à l'esprit l'établissement d'un équilibre entre les intérêts en présence. L'enjeu est essentiel, surtout dans un contexte économique tendu et touchant à la fois au droit du crédit des entreprises et à l'intérêt de les sauver.

Le droit des procédures collectives est incontestablement un critère de choix des sûretés en ce qu'il participe à mesurer leur efficacité<sup>1822</sup>. Le sort attribué aux sûretés en présence d'une

---

<sup>1819</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 4 : « *Progressivement, l'entreprise devint en effet l'épicentre des procédures collectives. Alors que la notion émergeait parmi d'éminentes contributions doctrinales, le constat s'imposa que l'entreprise existait indépendamment du débiteur défaillant. (...) Dès lors, seule la capacité de redressement de l'entreprise devrait être déterminante de la solution adéquate de la procédure collective, « les escrocs et les imbéciles » méritant quant à eux d'être éliminés de la vie des affaires* ».

<sup>1820</sup> PH. DUPICHOT, thèse préc., n° 6 : « *A la faveur de ce glissement, le droit français des sûretés est actuellement agité de mouvements divers et confine au chaos. Qui voudrait en prendre connaissance serait bien en peine de le faire à la seule lecture des articles 2011 et suivants du Code civil tant la jurisprudence, la doctrine et l'évolution des branches du droit avec lesquelles les sûretés entretiennent des affinités forcées – le droit des procédures collectives en tête – en ont transformé le contenu les deux siècles passés. En outre, le droit des sûretés évolue très vite sous la pression de créanciers qui se livrent à une course pour n'être pas sacrifiés sur l'autel du redressement judiciaire : il en résulte directement une multiplication de garanties nouvelles dont les critères de qualification et les relations avec les sûretés nommées sont sources d'incertitude* » ;

<sup>1821</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 7 : M. Favre-Rochex soulève la conséquence immédiate de la mauvaise articulation entre les deux droits : la fuite des acteurs vers d'autres droits.

<sup>1822</sup> P. CROCQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, p. 1306 ; F. PEROCHON, « Le choix de garanties efficaces », *BJE* sept. 2012, n° 5, p. 321.

procédure amiable de traitement des difficultés ou judiciaire influera nécessairement sur la décision du créancier. Nous n'aurons pas la prétention de proposer une nouvelle articulation entre le droit des sûretés et des procédures d'insolvabilité, tel que cela a été brillamment fait par M. Favre-Rochex, mais de déterminer dans quelle mesure la réception de la *summa divisio* des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui permet une meilleure lecture des sûretés dans le cadre de ce droit spécial. Nous croyons en effet que deux lignes directrices émergent du droit positif afin de comprendre le sort des sûretés en cas d'ouverture d'une procédure collective : si la sûreté est pour soi ou pour autrui d'une part et si le débiteur a des chances d'être sauvé ou non d'autre part. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté représente l'ultime épreuve de la *summa divisio* que nous soumettons.

### 633. Émergence d'un clivage en fonction des chances de survie de l'entreprise –

Le professeur Philippe Dupichot explique que « *lorsque les chances de sauvetage sont compromises, soit au premier chef au cas de liquidation, l'efficience de la sûreté doit être totalement préservée ; à l'inverse, lorsque le sauvetage est possible, les garanties réelles exclusives (rétention fictive, fiducie sans dépossession) peuvent être affectées, comme si le « jeu du sauvetage valait alors la chandelle* »... »<sup>1823</sup>. L'analyse de l'auteur apporte un éclairage essentiel.

Au-delà de la réception de la *summa divisio* des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui, il apparaît effectivement que leur sort sera distinct selon que le débiteur dispose d'une chance d'être sauvé ou que celle-ci soit obérée. Ce clivage emporte un effet sur la fonction des garanties<sup>1824</sup>. Appliquant une « *médecine des entreprises* »<sup>1825</sup>, le législateur a pris soin de

---

<sup>1823</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*, n° 18, p. 224

<sup>1824</sup> Ce clivage pose la question de l'opportunité du maintien de la distinction classique entre procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation. Le critère de la cessation des paiements est remis en cause (la procédure de conciliation peut être ouverte alors que l'état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours) face à un critère plus économique, celui des chances de sauvetage.

<sup>1825</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés personnelles », art. préc. : « *Assises sur le patrimoine d'un tiers contre lequel le créancier dispose d'un droit de poursuite distinct et autonome, les sûretés personnelles ont longtemps été indifférentes à la survenance de la procédure collective du débiteur. La finalité de garantie postule la rigueur de l'exécution au moment précis où la sûreté personnelle doit remplir son office. Pourtant, depuis une quinzaine d'années, le législateur a progressivement attiré cautions, coobligés et garants dans le périmètre des procédures collectives, attendant parfois à leur efficience... Un droit des sûretés « spécial » aux procédures collectives s'édifie par couches successives : l'ancienne faillite a progressivement cédé la place à une « médecine d'entreprises » (citant J. FOYER, *De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises*, Études P. Azard, Cujas, 1980, p. 55 et s) dont il importe de soigner les maux après une patiente observation du « malade »... Or les traitements dispensés par le législateur des procédures collectives s'articulent parfois difficilement avec les fondements du droit des sûretés en même temps qu'ils affectent directement la mesure de l'efficacité d'exécution des sûretés personnelles* ».

paralyser les sûretés, en principe, lorsque le débiteur a des chances de rebondir tandis qu'elles reprendront leur fonctionnement normal en l'absence d'une telle chance de survie.

**634. La place du redressement judiciaire** – L'opposition ainsi proposée implique d'identifier les procédures de sauvetage. En pratique, la procédure de redressement judiciaire apparaît plutôt comme l'antichambre de la liquidation. Selon l'analyse de France Stratégie datant de février 2020, seul 27% des procédures de redressement aboutissent sur un plan de restructuration, contre 62% pour la sauvegarde judiciaire<sup>1826</sup>. Le constat est accablant. Le rapport souligne encore que malgré l'efficacité de cette procédure, seul 6% des procédures ouvertes relèvent de la sauvegarde judiciaire entre 2008 et 2018, nécessitant selon les auteurs du rapport « *une meilleure information et une différenciation plus nette de la sauvegarde par rapport au redressement judiciaire* »<sup>1827</sup>. Nombre de règles sont en effet communes. Le piège se révèle ainsi. Les entreprises restent attirées par des procédures préventives mais confidentielles, délaissant *de facto* la sauvegarde. L'incitation à solliciter une procédure de sauvegarde se noie avec les dispositions protectrices qui bénéficient également au débiteur et aux garants personnels dans le redressement judiciaire. Ainsi, les entreprises sollicitent une procédure judiciaire trop tardivement, lorsqu'elles sont d'ores et déjà en état de cessation des paiements... À l'aune du droit des sûretés, notamment pour autrui, une piste serait de permettre la poursuite des garants personnels dès le stade du redressement judiciaire, afin de renforcer l'attrait pour la procédure de sauvegarde judiciaire et de permettre un apurement du passif avant la liquidation.

**635. Les réformes à venir : l'espoir d'un « grand soir » des procédures collectives**<sup>1828</sup> – A la veille d'une réforme espérée de grande ampleur, l'articulation des sûretés avec les procédures collectives est plus que jamais un sujet d'actualité<sup>1829</sup>. La loi Pacte du 22 mai 2019<sup>1830</sup> pose la première pierre d'une refonte de la matière en son article 60,

---

<sup>1826</sup> « La note d'analyse – Entreprises en difficulté : quelle efficacité des procédures préventives ? », A. EPAULARD, C. ZAPHA, publication sous la responsabilité éditoriale du Commissaire général de France Stratégie, févr. 2020, n° 84 (source : [www.strategie.gouv.fr](http://www.strategie.gouv.fr)).

<sup>1827</sup> « La note d'analyse – Entreprises en difficulté : quelle efficacité des procédures préventives ? », A. EPAULARD, C. ZAPHA, *ibid.*

<sup>1828</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*

<sup>1829</sup> En démontre également la parution récente d'une thèse fort intéressante sur l'articulation entre les deux droits : C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, thèse préc.

<sup>1830</sup> Sur des commentaires de la loi Pacte et son incidence en droit des procédures collectives, V. notamment : TH. ANDRIEU, « Propos introductifs, note sous loi n°2019-486 du 22 mai 2019 », *BJE* 2019, n° 5, p. 50 et s. ; J. ALLAIS, M. HOUSSIN, « Loi Pacte : la réforme du droit des procédures collectives », *JCP E* 2019 n°

14<sup>o</sup><sup>1831</sup>. Le législateur appelle ainsi à aligner le sort des garants personnes physiques dans le cadre du redressement judiciaire en leur accordant les mêmes faveurs qu'en sauvegarde. Le rapprochement de ces deux procédures aboutirait à éclipser l'attrait de la sauvegarde judiciaire.

Les sûretés font aussi l'objet d'une réforme, dont les dispositions futures résultent très probablement de l'avant-projet de l'association Henri Capitant datant de juin 2017, au sein duquel il est proposé une meilleure articulation entre les deux droits, notamment afin de renforcer l'attractivité du droit français en maintenant la résistance de certaines sûretés face à l'ouverture d'une procédure collective<sup>1832</sup>.

La grande réforme du droit des entreprises en difficulté est surtout attendue par l'adaptation <sup>1833</sup> de la directive européenne dite « restructuration et insolvabilité » du Parlement et du Conseil européen datant du 20 juin 2019 <sup>1834</sup>. La directive prévoit

---

26, p. 30 et s. ; L. COTRET, « Loi Pacte : évolutions actuelles et à venir en matière de droit des entreprises en difficulté », *RLDA*, 2019, suppl., 151, p. 29 et s. ; J.-P. LEGROS, « Les retouches apportées par la loi PACTE au droit des procédures collectives », *JCP G* 2019 n° 29, p. 1434 et s. ; F.-X. LUCAS, « Loi Pacte et droit de la faillite », *Essentiel dr. des entreprises en difficulté*, 2018, n° 112, p. 1 ; F. MACORIG-VENIER, « Loi Pacte : débiteur « manche 1 », créanciers « manche 2 » ? ou l'équilibre enfin ? », *BJE* 2019, n° 117, p. 1 ; V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Le rebond du débiteur dans la loi Pacte », *BJE* 2019, n° 4, p. 50 et s. ; PH. ROUSSEL-GALLE, F. REILLE, « Droit des entreprises en difficulté », *Dr. et proc.* 2018, n° 7, p. 10 et s. ; T. MONTERAN, « Loi Pacte : ce n'est qu'un début, continuons le combat ! », *Gaz. Pal.* 2019, n° 355, p. 34 ; G. TEBOUL, « Entreprises en difficulté, quelles sont les conséquences de la loi PACTE ? », *LPA* 2019, n° 171, p. 7-9 ; *adde* Dossier « Loi Pacte et procédures collectives », in *rev. proc. coll.* 2019, n° 4, v. notamment : G. JAZOTTES, « Les créanciers : quelques retouches avant la réforme du droit des sûretés » ; PH. PETEL, « Loi Pacte et procédures collectives : dispositions concernant le débiteur », J. VALLANSAN, « La liquidation judiciaire et le rétablissement professionnel après la loi Pacte ».

<sup>1831</sup> L. n°2019-486 du 22 mai 2019, art. 60 14° : « 14° Simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du code de commerce, en particulier dans les différentes procédures collectives, notamment en adaptant les règles relatives aux sûretés au regard de la nullité de certains actes prévue au chapitre II du titre III du même livre VI, en améliorant la cohérence des règles applicables aux garants personnes physiques en cas de procédure collective et en prévoyant les conditions permettant d'inciter les personnes à consentir un nouvel apport de trésorerie au profit d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité ou bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal ».

<sup>1832</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives », *op. cit.*, n° 20 et s.

<sup>1833</sup> La loi Pacte prévoit ainsi de réformer le droit français des procédures collectives afin de le rendre compatible avec la directive. V. L. n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 196 : « I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi, dans des conditions favorisant la poursuite de l'activité, la sauvegarde de l'emploi, l'apurement du passif et le rebond des entrepreneurs honnêtes et permettant la réduction des coûts et des délais des procédures, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour rendre compatibles les dispositions des livres IV, VI et VIII du code de commerce avec le droit de l'Union européenne, (...) ».

<sup>1834</sup> Dir. (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dette. Sur une présentation de la directive : T. ANDRIEU, « La future transposition de la directive européenne sur l'insolvabilité », *rev. proc. coll.* 2019, n° 3 ; M. BOCHE-



l'instauration de procédures de restructuration préventives, à l'image des procédures de conciliation et de sauvegarde françaises. Les dispositions les plus spectaculaires sont le fruit d'influence de plusieurs droits : américain, anglais, allemand<sup>1835</sup>.

Ainsi va faire son entrée en France des classes de créanciers<sup>1836</sup>, du *cross-class cram-down*<sup>1837</sup>, du *best interest creditors test*<sup>1838</sup> et de l'*absolute priority rule*. Dans ce qui sera certainement le futur droit des procédures collectives, les créanciers seront répartis en classes, chacune représentant « une communauté d'intérêt suffisante », afin de voter le plan de restructuration à la majorité<sup>1839</sup>. Ainsi, après avoir effectué le *best interest creditors test*, le plan pourra être imposé par les majoritaires par l'effet du *cross class cram down*. Néanmoins,

---

ROBINET, « Directive restructuration et insolvabilité : quels changements en perspective ? », *Option droit et affaires*, 2019, n° 451, p. 8 et s. ; O. BUISINE, « De quelques propositions relatives à la transposition de la directive restructurations préventives et à la réforme du droit des sûretés », *rev. proc. coll.* 2019, n° 4, p. 8 et s. ; O. BUISINE, V. ROUSSEAU, « L'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance : commentaire du titre IV de la directive restructurations préventives », *rev. proc. coll.* 2020, n° 2, p. 23 et s. ; R. DAMMANN, M. BOCHE-ROBINET, « Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventives en Europe. Une chance à saisir pour la France », *D.* 2017, n° 22, p. 1264 ; R. DAMMANN, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.* 2018, p. 629 et « Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives », *D.* 2018, n° 40, p. 2195 et s. ; E. FABRIES-LECEA, M. LAROCHE, C. LISANTI ; TH. MASTRULLO ; D. ROBINE, « L'impact de la directive restructuration et insolvabilité sur les parties prenantes de l'entreprise en difficulté », *JCP E* 2020, n° 9, p. 27 et s. ; D. FASQUELLE, « L'heure de la maturité pour le droit européen de l'insolvabilité », *rev. pro. coll.*, 2019, n° 3, p. 61 et s. ; R. HANEL, « La directive sur les cadres de restructuration préventifs vue par les praticiens allemands », *rev. proc. coll.* 2019, n° 3, p. 83 ; E. INACIO, « Approche de droit européen de la convergence des statuts des praticiens de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne », *rev. proc. coll.* 2019, n° 3, p. 85 et s. ; F. LEGRAND, J.-M. PICOD, O. BUISINE, V. ROUSSEAU, « L'accroissement de l'efficacité des procédures de restructuration et d'insolvabilité par la directive du 20 juin 2019. Où se situe le droit français ? », *JCP E* 2020, n° 9, p. 36 et s. ; M. MENJUCQ, « Note sous directive », *JCP E* 2019, n° 39, p. 36 ; N. PICOD, « La directive restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour que rien ne change... », *rev. des affaires européennes* 2019, n° 3, p. 585 et s. ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité. Quel contenu pour quelle transposition en droit français ? », *JCP E* 2020, n° 9, p. 21 ; S. VERMEILLE, TH. JAUFFRET, « Enfin un droit de la restructuration efficace ! », *LPA* 2017, n° 171, p. 5 et s. ; S. VERMEILLE, V. ROTARU, « La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent, mais une opportunité unique pour la France. Plaidoyer pour une transposition conforme à l'analyse économique du droit », *RTDF*, 2019, n° 2, p. 3 et s.

<sup>1835</sup> Sur l'influence des droits étrangers, v. C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 329.

<sup>1836</sup> Sur les classes de créancier : M. BOCHE-ROBINET, « Feu les comités, vive les classes de créanciers », *Option droit et affaires* 2019 n° 456, p. 10 et s. ; R. DAMMANN, A. ALLE, « Directive « restructuration et insolvabilité » : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.* 2019, n° 37, p. 2047 ; PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*, n° 26, p. 234 ; P. EHRAT, « Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *rev. proc. coll.* 2019, n° 3, p. 76 ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 440 et s. ; C. THEVENOT, « Quelques observations sur l'avènement des classes de créanciers », *rev. proc. coll.* 2019, n° 4, p. 78 et s. ; J.-L. VALLENS, « Les classes de créanciers, approche de droit comparé », *rev. proc. coll.* 2019, n° 3, p. 74 et s., et « L'avènement des classes de créanciers, une révolution pour les sûretés réelles ? », *rev. pro. coll.* 2018, n° 4, p. 76 et s.

<sup>1837</sup> Sur le *cross-class cram-down*, V. notamment : TH. BONNEAU, « Le mécanisme dit du cross-class cram-down », *rev. proc. coll.* 2020, n° 2, p. 28 et s. ; PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*, *ibid.* ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., *ibid.*

<sup>1838</sup> Sur la présentation du *best interest creditors test*, v. C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 443 et s.

<sup>1839</sup> Les accords entre créanciers seront pris en considération.

la directive prévoit de consacrer la règle de *l'absolute priority rule* de sorte que le créancier ne saurait être primé par un créancier de rang inférieur. De nombreuses interrogations se posent à l'égard de ce que seront nos futures procédures de restructuration : le mécanisme constitue-t-il une obligation pour toutes les entreprises quel que soit leur taille ? Que vise la notion de « communauté d'intérêt suffisante » pour constituer une classe de créancier ? Comment déterminer la majorité pouvant imposer le plan ? Sur la constitution des classes de créancier, la directive impose d'ores et déjà de séparer les créanciers garantis des non garantis. La *summa divisio* proposée pourrait constituer une piste de répartition des créanciers selon les classes, ayant chacun des intérêts distincts : les créanciers garantis par des sûretés pour autrui pourraient être rassemblés en une classe de créancier, tandis que les titulaires de sûretés pour soi pourraient être différenciés selon le caractère exclusif de la sûreté (avec dépossession et transfert de propriété) et le caractère purement préférentiel impliquant une soumission au plan. Ces derniers seraient néanmoins préservés par l'application de *l'absolute priority rule* impliquant un strict respect du rang. Le professeur Philippe Dupichot décèle ainsi une conception renouvelée de la sûreté réelle par l'identification d'une préférence à la fois substantielle et procédurale<sup>1840</sup>.

**636. Plan** – À la lumière de ces propos introductifs, nous aborderons donc le sort en droit positif des garants pour autrui (Section I) puis celui des créanciers titulaires de sûretés pour soi (Section II).

---

<sup>1840</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*, n° 28 : l'auteur analyse la future réforme en ce qu'elle « pourrait être ensuite une (r)évolution de la notion même de sûreté réelle. Celle-ci ne se caractériserait plus seulement par l'identification d'un droit de préférence permettant de déroger à l'égalité des créanciers au profit de son titulaire ; elle dériverait également de son aptitude plus ou moins forte à échapper à la volonté majoritaire d'une autre classe que la sienne – et notamment à une application forcée interclasse, - donc à se soustraire partiellement ici – aux règles les plus préjudiciables pour un créancier secrétées par les procédures d'insolvabilité. La sûreté renfermerait alors certes une préférence de paiement – d'ordre substantiel – mais aussi une aptitude pour le créancier à rester maître de son destin, sans subir le vote majoritaire d'une classe « inférieure » ni voir sa volonté de consentir des remises ou délais par trop contrainte – soit une préférence d'ordre procédural ».

## SECTION I – SORT DES SÛRETÉS POUR AUTRUI

**637. L'influence contre-nature de l'ouverture d'une procédure collective sur les garants pour autrui** – Avant la loi du 10 juin 1994, et surtout la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les créanciers pouvaient compter sur les sûretés personnelles dont ils disposaient. Par ces deux lois, un alignement du sort des garants pour autrui fut scellé par le législateur, décidant que ceux-ci seraient placés sous la même protection que celle accordée au débiteur. La paralysie du droit de poursuite est établie afin de favoriser un traitement des difficultés le plus rapidement possible. L'idée part de la présomption selon laquelle le garant personnel est le plus souvent le dirigeant de l'entreprise (ou un proche), de sorte que lui accorder la même protection le conforterait à solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation, de sauvegarde. La possibilité de sauver l'entreprise justifie donc l'influence contre-nature de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La famille des sûretés pour autrui est dès lors consacrée en droit spécial des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 afin d'éviter un contournement de la protection assurée à la caution personne physique par la prise d'autres sûretés personnelles. Par l'expression désormais classique des « *personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* »<sup>1841</sup>, se confirme l'existence de la catégorie des sûretés pour autrui que nous portons. Le cautionnement réel est ainsi entièrement placé sous le giron des dispositions du Code de commerce nonobstant la prohibition proclamée par la Cour de cassation de considérer cette sûreté comme ayant un quelconque lien avec les sûretés personnelles. Le garant personne physique est protégé, peu important l'originalité de la sûreté consentie, lorsque le débiteur peut être sauvé.

**638. Plan** – Ainsi, le sort des garants pour autrui sera distinct selon que l'entreprise peut être sauvée (I) ou non (II).

---

<sup>1841</sup> C. com., art. L. 611-10-2 ; L. 622-26 ; L. 622-28 ; L. 626-11 ; L. 631-14 ; L. 631-20 ; L. 643-11.

## I. LA PARALYSIE AU PROFIT DU SAUVETAGE

639. **Fondement de l’alignement du sort des garants pour autrui** – S’il est vrai que les sûretés portant sur un patrimoine tiers devraient révéler leur force face à la procédure collective, le législateur est venu greffer ce principe d’une sérieuse exception lorsque le débiteur présente des chances de survie. Dans le cadre des procédures de conciliation ou de sauvegarde judiciaire, les garants pour autrui vont pouvoir bénéficier des avantages dus au débiteur. « *Les garants, personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » reçoivent la bénédiction d’un traitement identique afin d’inciter les dirigeants de l’entreprise en difficultés à solliciter le plus rapidement possible l’ouverture d’une procédure de traitement des difficultés – contractuelle ou judiciaire –, donc soit une conciliation soit une procédure de sauvegarde judiciaire.

640. **Plan** – C’est ainsi que le législateur a décidé de paralyser les sûretés pour autrui en faisant fi de leur particularité afin d’inciter à l’ouverture de la procédure de conciliation ou de sauvegarde judiciaire (A) en mettant au service de la cause le caractère accessoire (B).

### A. La célérité dans l’ouverture de la procédure comme finalité

641. **Alignement du sort des garants pour autrui fondé sur une finalité commune** – L’idée est désormais bien connue. Le législateur a souhaité inciter les dirigeants à solliciter le plus tôt possible l’ouverture d’une procédure de traitement des difficultés avant que l’entreprise ne soit dans un état irrémédiablement compromis<sup>1842</sup>. La volonté de plébisciter la conciliation ou la procédure de sauvegarde judiciaire se comprend ainsi. Pour ce faire, il était impératif de rassurer les dirigeants des entreprises en accentuant les avantages des procédures de conciliation ou de sauvegarde judiciaire. Ayant pris conscience de l’enjeu, le législateur instrumentalisa les sûretés en affirmant que les garants pourraient se prévaloir des avantages octroyés au débiteur. Initialement, ce bénéfice ne valait que pour le cautionnement en raison de son caractère accessoire. L’absence de neutralité<sup>1843</sup> entre les

---

<sup>1842</sup> V. en ce sens : rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008.

<sup>1843</sup> D. LEGAIS, « L’appréhension du droit des sûretés par l’ordonnance du 18 décembre 2008 », *LPA*, févr. 2011, n° 30, p. 27 : « (...) *En soumettant toutes les sûretés, y compris celles ayant pour but premier d’éviter le concours, à des règles identiques, l’ordonnance consacre un principe de neutralité. C’est un facteur*

sûretés avait pour conséquence d'inciter les créanciers à choisir leur sûreté en considération de leur sort en procédures collectives, et ainsi à contourner le droit du cautionnement en optant pour des sûretés qui n'étaient alors pas visées par les dispositions commerciales. Ce risque de contournement emportait avec lui un coup d'arrêt à l'objectif poursuivi : les créanciers étant séduits par des sûretés non accessoires pour éviter d'être contraints par la procédure collective<sup>1844</sup>. Partant, l'ordonnance du 18 décembre 2008 est venue, légitimement, consacrer l'alignement du sort des garants pour autrui dans le cas de la conciliation et de la procédure de sauvegarde judiciaire. A l'aune d'une nouvelle réforme du droit des faillites impulsée par la loi Pacte<sup>1845</sup>, certains auteurs s'interrogent sur la légitimité d'une telle faveur au profit des garants pour autrui. Or « *ces textes ont du sens* »<sup>1846</sup>, en ce qu'ils ont le mérite de favoriser des procédures au sein desquelles le débiteur aura plus de chance de se redresser.

La solution démontre une identité de situation juridique entre chaque garant pour autrui. Plus précisément, le droit des procédures collectives fonde l'alignement des sûretés pour autrui selon une approche finaliste : celle de favoriser une ouverture rapide d'une procédure de sauvetage en rassurant le garant qui est le plus souvent le dirigeant social (ou ses proches) de l'entreprise. Il s'agit bien du rapport unissant le débiteur au garant qui est alors pris en considération par le législateur. Ce rapport se lit à l'aune de l'intérêt au contrat.

#### **642. Au profit des procédures de conciliation et de la sauvegarde judiciaire –**

Le régime de faveur accordé est limité à deux procédures, l'une contractuelle, l'autre

---

*de progrès pour les sûretés dans la mesure où jusqu'alors le choix d'une garantie était véritablement parasité par les incidences du droit des procédures collectives. (...) Le spécialiste du droit des sûretés est un peu comme celui du droit des sociétés. Il rêve d'un monde idéal où le choix d'une sûreté dépend uniquement des caractères essentiels de sa sûreté. Or à l'image du droit des sociétés longtemps parasité par le droit fiscal, le droit des sûretés a longtemps été perturbé par le droit des procédures collectives. C'est ce dernier droit qui commandait les choix qui expliquait les réformes incessantes. Il fallait toujours imaginer de nouvelles sûretés dotées d'efficacité en cas de survenance d'une procédure collective. Le droit des procédures collectives favorisait une vraie stratégie de contournement. Il est vrai que le choix d'une sûreté n'était pas neutre. Il fallait mieux choisir une sûreté avec droit de rétention ou conférant la propriété plutôt que l'hypothèque classique. Le parasitage n'était pas propre aux sûretés réelles. Longtemps, la garantie autonome est apparue comme une technique permettant d'éluider les règles du cautionnement. L'article 2287 du Code civil était lu avec tristesse dans la mesure où il indiquait la soumission du droit des sûretés au droit des procédures collectives. Le rêve d'une neutralité du droit des procédures collectives paraissait lointain ».*

<sup>1844</sup> V. sur ce constat : C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 125 et s. : « *En bornant de la sorte le champ d'application de la protection des garants personnes physiques, l'efficacité des mesures édictées en leur faveur risquait par conséquent d'être sapée, nombre de stratégies de contournement restant offertes au créancier pour s'affranchir de la suspension des poursuites et des mesures accordées au garant dans les procédures de conciliation et de sauvegarde sous la seule réserve du risque de requalification des engagements souscrits en cautionnement ou en garantie autonome* ».

<sup>1845</sup> L. n° 2019-486 du 22 mai 2019.

<sup>1846</sup> O. GOUT, « *Quelle réforme pour les sûretés dans la loi PACTE ?* », *AJ Contrat* 2019, p. 264.

judiciaire, dont le sens est d'apporter un traitement préventif plutôt que curatif. Les procédures de conciliation et de sauvegarde judiciaire ont pour trait commun de permettre une chance de sauver l'entreprise. En effet, les difficultés du débiteur seront prises à un stade où celles-ci ne sauraient, en principe, le mener à une impossibilité de les surmonter. Dans un souci de favoriser le rebond du débiteur, ces procédures mettent en place des mesures assurant un nouveau souffle à ce dernier.

**643. La procédure de conciliation** – En ce sens, l'ancienne procédure de règlement amiable, désormais procédure de conciliation depuis la loi du 26 juillet 2005, permet au débiteur d'établir un accord, dit concordat, avec ses principaux créanciers, avec l'aide d'un conciliateur nommé<sup>1847</sup>, afin de mettre un terme à ses difficultés financières. Le cadre est purement contractuel. Le concordat aura pour objet de restructurer les dettes voire de confectionner un « *prepack cession* » afin de préparer une éventuelle cession partielle ou totale de l'entreprise. L'intérêt de la conciliation est ainsi de créer une entente entre les principaux créanciers afin d'octroyer un moment de répit au débiteur afin qu'il puisse retrouver une situation financière pérenne. Cela implique qu'il ne soit pas dans un stade trop avancé dans ses difficultés financières. Partant, l'ouverture d'une procédure de conciliation ne se conçoit à l'égard d'un débiteur qui ne serait pas en état de cessation des paiements, du moins pas depuis plus de 45 jours<sup>1848</sup>. Ces conditions d'ouverture se comprennent à la lumière de la finalité de la conciliation ; celle-ci étant avant tout pensée comme une procédure préventive dans le traitement des difficultés et non curative telle que dans le cadre d'un redressement judiciaire<sup>1849</sup>. Afin d'accorder au débiteur un second souffle, le législateur prévoit que les créanciers puissent accorder des délais et remises dans le cadre de leur accord

---

<sup>1847</sup> Le caractère purement contractuel de la procédure de conciliation est tempéré par l'intervention du conciliateur nommé par le tribunal, intégrant ainsi un cadre légal à la préparation du concordat amiable. L'intervention du conciliateur s'explique par une certaine méfiance à l'égard du débiteur qui serait d'ores et déjà en état de cessation des paiements, notamment afin d'éviter le risque de fraude. V. en ce sens : F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 92.

<sup>1848</sup> C. com. art. L. 611-4 : l'ouverture d'une procédure de conciliation est subordonnée à trois conditions cumulatives. Le débiteur doit présenter des difficultés juridique, financière, économique qui sont avérées ou prévisibles. Ensuite, l'état de cessation des paiements ne doit pas être durable. Un débiteur qui serait en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours ne saurait solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation. Enfin, le débiteur ne doit pas avoir bénéficié d'une conciliation dans les trois mois précédents.

<sup>1849</sup> En ce sens, l'article L. 611-7 du Code de commerce présente la mission du conciliateur afin de favoriser la continuité de l'entreprise ou de préparer un *prepack cession*. En effet, en principe le but poursuivi dans une conciliation est le réaménagement de la dette ou la cession de l'entreprise afin d'assurer sa continuité. Elle aboutira rarement sur une procédure de liquidation judiciaire amiable.

<sup>1850</sup> qui bénéficieront alors aux garants pour autrui<sup>1851</sup>. Par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le bénéfice du concordat aux garants a été consacré<sup>1852</sup>.

**644. La procédure de sauvegarde judiciaire** – La même logique se retrouve dans le cadre de la procédure de sauvegarde judiciaire créée par la loi du 26 juillet 2005<sup>1853</sup> dont la finalité est « destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »<sup>1854</sup>, et partagée « avec le redressement judiciaire, mais elle se distingue clairement par son caractère anticipé et volontaire, et par la grande maîtrise de la procédure laissée au débiteur, en l'absence, faut-il le rappeler, de cessation des paiements »<sup>1855</sup>. La réorganisation de l'entreprise et l'aménagement du passif, par l'élaboration d'un plan de sauvegarde, assureront les meilleures chances de sauvetage à l'entreprise. Dans cette perspective, une période d'observation va s'ouvrir afin de laisser respirer l'entreprise en difficulté. Dans le cadre de la

---

<sup>1850</sup> Sur le contenu de l'accord, v. P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., n° 150 : « On peut imaginer que l'accord prévoie, outre l'octroi de délais et remises de dettes, l'entrée d'un des créanciers dans le capital social par conversion de ses créances ou encore par souscription en numéraire à une augmentation de capital. L'essentiel est, en effet, d'assurer à l'entreprise un financement nouveau, adapté à ses possibilités de développement ».

<sup>1851</sup> L'opposabilité des mesures de la procédure de conciliation a notamment été expliquée par la volonté d'éviter le recours après paiement de la caution, *in fine* des garants personnels, dont l'exercice aurait mis à mal l'objectif poursuivi par cette procédure préventive. V. en ce sens : CL.-A. MICHEL, thèse préc., n° 83 ; N. RONTCHEVSKY, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit*, 2006, n° 10. Or il s'avère que c'est plutôt la volonté d'inciter les dirigeants sociaux qui a justifié l'adoption de cette mesure. V. C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc. n° 117 ; M. Favre-Rochex rejette l'argument en considérant qu'il ne vaut guère puisque le garant personnel devenant à son tour créancier du débiteur aurait été soumis aux dispositions de la procédure de conciliation. *Adde*, v. F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 189 : « Afin de favoriser la conciliation et d'inciter notamment les dirigeants de personnes morales, très souvent cautions de celles-ci, à rechercher un accord avec leurs créanciers, le bénéfice des dispositions de l'accord, constaté ou homologué, a été étendu par l'ordonnance du 18 décembre 2008 aux « personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » (art. L.611-10-2), ce qui sous-entend que l'accord octroie une faveur quant à l'obligation garantie, concrètement, une remise ou un délai de paiement dont jouira aussi le garant » ; I. ROHART-MESSAGER, « L'amélioration de la prévention », *Gaz. Pal.* 2009.

<sup>1852</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 190 : « L'ordonnance de 2008 a le mérite de viser toutes les formes de garanties réelles, y compris la fiducie-sûreté. Les sûretés personnelles visées s'entendent d'abord de celles mentionnées par l'article 2287-1 du Code civil, cautionnement, simple ou solidaire, le texte ne distinguant pas, garantie autonome et lettre d'intention. Afin d'éviter la ruée des créanciers sur les garanties non officielles, il faut certainement y ajouter la délégation imparfaite, en vertu de laquelle le délégué promet de fournir une prestation à un délégataire lorsqu'elle remplace un cautionnement ou une garantie autonome et ne libère pas le délégant, et d'autres, sans doute. Enfin, la faveur légale n'est pas réservée aux personnes physiques comme elle l'est dans les autres hypothèses du Livre VI, et les garants personnes morales en bénéficient également, solution pleinement justifiée par le droit commun et le caractère contractuel de l'accord ».

<sup>1853</sup> Avant la loi du 26 juillet 2005 n° 2005-845 dite de sauvegarde des entreprises, il était nécessaire de caractériser un état de cessation des paiements afin de solliciter l'ouverture d'une procédure judiciaire de traitement des difficultés. La grande innovation de la loi a été la consécration d'une procédure judiciaire de sauvegarde traitant des difficultés financières d'un débiteur ne se trouvant pas en état de cessation des paiements.

<sup>1854</sup> C. com., art. L. 620-1.

<sup>1855</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 553.

période d'observation, « l'effet réel » défini par le professeur Sénéchal aboutit à protéger « *le gage commun des poursuites individuelles provenant de créanciers impayés* »<sup>1856</sup>. Dans cet esprit de faveur au profit des procédures de sauvetage, le législateur a aussi fait bénéficier aux garants pour autrui des avantages de la sauvegarde judiciaire pendant la période d'observation mais aussi au cours de l'exécution du plan, à l'exception des garants personnes morales, puisqu'une telle mesure ne saurait se justifier à l'égard de la finalité poursuivie.

## **B. L'accessorieté des sûretés pour autrui comme instrument**

**645. Le rapport d'accessoire mis au service de la finalité poursuivie** – Afin d'inciter les dirigeants à solliciter l'ouverture d'une procédure dès les premières difficultés rencontrées, le législateur est venu accorder des avantages qui ne se retrouvent pas en tant que tel en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Pour que les garanties consenties par les dirigeants ou leurs proches ne soient pas des freins à l'ouverture rapide d'une conciliation ou d'une sauvegarde, le législateur fait bénéficier aux garants pour autrui des mesures protectrices par la voie de l'accessorieté. C'est ainsi que les particularités de chaque sûreté pour autrui reculent face à la finalité poursuivie par le droit des procédures collectives sauf pour le cas des garants personnes morales dans le cadre de la procédure de sauvegarde judiciaire (1) afin de leur faire bénéficier des avantages consentis au débiteur en difficultés (2).

### **1. Un lien scellé entre le sort du débiteur principal et du garant**

**646. *Accessorium sequitur principale*** – Le bénéfice des dispositions protectrices à l'ensemble des garants pour autrui tant du concordat amiable résultant de la conciliation que celles acquises au cours de la période d'observation ou du plan de sauvegarde se réalise par la technique de l'accessoire<sup>1857</sup>. Il est vrai que les sûretés indépendantes ne devraient en principe pas pouvoir bénéficier des avantages issus de la procédure en raison de la règle de l'inopposabilité des exceptions qui dirige leur régime juridique<sup>1858</sup>. Le particularisme des

---

<sup>1856</sup> M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure*, thèse préc., n° 439.

<sup>1857</sup> E. BROCARD, « Les procédures d'insolvabilité et les contrats de sûretés personnelles », *LPA* 2006, n° 235.

<sup>1858</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », art. préc., n° 26 : M. Dupichot constate que l'opposabilité des délais et remises dans le cadre de la procédure de conciliation se réalise « *au mépris de la finalité de garantie ; le caractère non accessoire de la garantie autonome est ouvertement*



garanties est « *neutralisé* »<sup>1859</sup>. Le constat nous conforte dans l'idée que ces spécificités neutralisées ne représentent pas la nature de la garantie. En effet, le législateur s'attache à leur essence, qui est celle de garantir la dette du débiteur en difficulté en présumant qu'il s'agit le plus souvent du dirigeant social ou un de ses proches, en faisant fi de la particularité dans leur mise en œuvre, à savoir de l'obligation de règlement. Leur nature n'est donc pas remise en cause par l'alignement observé en droit des procédures collectives, lequel révèle plutôt leur identité. Il n'y a donc rien de choquant dans leur soumission à un régime unitaire. Ce ne sera que lors de leur réalisation que leur spécificité devra être nécessairement respectée. La législation commerciale nous confirme l'existence de ce lien essentiel unissant le débiteur principal au garant personnel. C'est effectivement sur ce lien que la règle actuelle est fondée, en souhaitant préserver le garant dirigeant social (ou ses proches). Un rapport existe ainsi dans le cadre de l'obligation de garantie entre la sûreté et l'obligation principale, soit à des fins de protection du garant, soit à des fins de préservation des droits du débiteur principal, attestant du fait que le fondement de la sûreté résulte du rapport entre le garant et le débiteur principal<sup>1860</sup>.

## 2. Typologie des mesures opposables aux garants pour autrui

647. **Plan** – Les garants pour autrui pourront alors bénéficier des mesures accordées tant dans le cadre du commodat (a) que dans le cadre de la procédure de sauvegarde judiciaire (b).

### a. *En procédure de conciliation*

648. **Bénéfice des mesures accordées dans le concordat : opposabilité des délais de grâce et remises de dette** – L'intérêt de la procédure de conciliation est de permettre la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur qui présente des difficultés voire est en état

---

*méconnu ici puisque le garant autonome peut curieusement exciper de la réduction de la dette du débiteur ou de son rééchelonnement. L'efficacité de la garantie autonome est sur ce point sévèrement méconnue ».*

<sup>1859</sup> CL.-A. MICHEL, thèse préc., n° 312 et s.

<sup>1860</sup> Ce rapport existant entre l'obligation de garantie et le sort du débiteur principal doit être reconnu en droit commun tout au long de la vie de la sûreté afin de faire bénéficier aux garants des mesures de protection nécessaires pour lutter contre le risque de surendettement. Finalement, elles présentent une nature unique, celle de sûretés pour autrui, fondées sur une même cause, dont les particularités se révéleront dans le cadre de l'exécution de l'obligation de règlement.

de cessation des paiements avec ses principaux créanciers<sup>1861</sup>. Il est également prévu que le débiteur puisse préparer la cession partielle ou totale de l'entreprise<sup>1862</sup> avec l'aide du conciliateur par l'élaboration d'un « prepack cession ». Dans le cadre de cet accord, les créanciers vont pouvoir accorder des remises de dette ou des délais au débiteur afin qu'il puisse rééchelonner ses dettes en vue de poursuivre l'activité. L'article L. 611-7 alinéa 3 du Code de commerce prévoit en ce sens que les créanciers publics disposent de la faculté de consentir des délais de paiement, des remises de dette ou de sûretés<sup>1863</sup>. Les garants pour autrui pourront ainsi se prévaloir des délais et remises accordés dans l'accord que celui-ci soit simplement constaté ou homologué, peu important le caractère autonome de la garantie qui devient (miraculeusement) accessoire<sup>1864</sup>.

*b. En procédure de sauvegarde judiciaire*

**649. Opposabilité des mesures ordonnées dans le cadre de la période d'observation et du plan de sauvegarde** – Au chevet de l'entreprise, le législateur a consacré, par la loi du 26 juillet 2005, la procédure de sauvegarde judiciaire. Cette procédure permet de traiter les difficultés de l'entreprise sans pour autant instaurer un cadre strict et attentatoire aux pouvoirs des dirigeants. Le débiteur ayant été réactif en sollicitant une procédure de sauvegarde judiciaire sera récompensé par le traitement de ses difficultés, lui assurant un laps de temps afin de pouvoir remettre son activité à flot. Ainsi une période d'observation s'ouvrira à la suite du jugement d'ouverture, laquelle permettra d'observer, comme son nom l'indique, l'entreprise afin de rechercher des solutions pour construire un plan de sauvegarde qui mettra fin à la période d'observation<sup>1865</sup>. Par l'ouverture de la période

---

<sup>1861</sup> La faculté de négocier un accord avec les seuls créanciers financiers est consacrée depuis la loi 2010 dans le cadre de la sauvegarde financière accélérée ou la sauvegarde accélérée. V. C. com., art. L. 628-1.

<sup>1862</sup> La procédure de conciliation permet de préparer le plan de cession qui sera mis en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure. V. sur le prepack cession : M.-H. MONSERIE-BON, « Le prepack cession FRAM : expériences et enseignements », *BJE* 2016 p. 69 ; G. TEBOUL, « Le prepack cession : quoi de neuf ? », *Rev. proc. coll.* n° 6, p. 17.

<sup>1863</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *op. cit.*, n° 147.

<sup>1864</sup> C. com., art. L. 611-10-2 al.1 : « *Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des mesures accordées au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L.611-7 ainsi que des dispositions de l'accord constaté ou homologué* ».

<sup>1865</sup> En principe, la période d'observation se déroule sur 6 mois prorogable une fois. Une durée supplémentaire de 6 mois peut être accordée sur demande exclusive du ministère public (C. com., art. L. 621-3, L. 631-7, R. 621-9). A noter que dans le cas d'une procédure de sauvegarde judiciaire concernant une activité agricole, il sera possible d'allonger la durée en considération des usages. En pratique, il s'avère que la durée des périodes d'observation est bien plus longue qu'une durée de 6 mois.

d'observation, les créanciers vont être soumis à la loi de la masse par « *l'effet réel de la procédure collective* » qui entraîne une « *saisie universelle de la procédure afin de protéger le gage commun des poursuites individuelles des créanciers impayés* »<sup>1866</sup>. Les garants personnels bénéficient de cet effet réel, en ce qu'ils pourront se prévaloir de l'interdiction des poursuites individuelles<sup>1867</sup>, de l'arrêt du cours des intérêts<sup>1868</sup> ainsi que des dispositions du plan<sup>1869</sup>. Une doctrine autorisée soulève « l'effet pervers » du bénéfice aux garants personnels des mesures édictées dans le plan, puisque le fait que la procédure soit attractive pour le débiteur et ses dirigeants peut susciter un manque de générosité de la part des créanciers au cours des négociations relatives à l'élaboration du plan<sup>1870</sup>. L'argument est vrai mais doit cependant être tempéré puisqu'il est aussi dans l'intérêt des créanciers soumis à la procédure de consentir un temps de répit au débiteur...

**650. Une protection limitée aux garants personnes physiques** – Les dispositions prévues au cours de la période d'observation et dans le plan de sauvegarde ne seront opposables qu'aux garants personnes physiques en considération de l'objectif poursuivi qui est d'inciter les dirigeants de l'entreprise en difficulté à ouvrir le plus tôt possible une procédure de sauvegarde. L'exclusion des garants personnes morales du bénéfice des dispositions au cours de la période d'observation rejoint la sous-distinction proposée en droit

---

<sup>1866</sup> M. SENECHAL, thèse préc., *loc. cit.*

<sup>1867</sup> C. com., art. L. 622-28 al.2 : « *Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligés ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans* ».

<sup>1868</sup> C. com., art. L. 622-28 al.2 : « *Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus* ».

<sup>1869</sup> C. com., art. L. 626-11 : « *A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir* ».

<sup>1870</sup> V. en ce sens : N. BORGA, thèse préc., n° 162 et s. ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 143 : « *Le bénéfice accessoire des mesures accordées au débiteur principal est potentiellement générateur d'effets pervers, puisque le créancier pourrait n'être finalement guère incité à consentir des délais et remises au débiteur principal dont il s'agit pourtant d'assurer le rétablissement, dès lors que de telles mesures pourront être accessoirement invoquées par les garants (...)* ». L'auteur souligne que le risque est particulièrement marqué dans la procédure de conciliation car « *aucune mesure affectant les obligations du débiteur principal ne peut être imposée aux créanciers, sauf l'octroi de délais de grâce, à la différence des procédures de nature judiciaire, où la résistance des créanciers peut être combattue par les délais de paiement imposés par le tribunal ou par des mesures imposées par la majorité des membres d'un comité de créanciers. A cet égard, la négation de la nature des sûretés pour autrui consenties tant par des garants personnes physiques que des garants personnes morales dans la procédure de conciliation est donc largement remédiable, en reposant exclusivement sur la volonté de leur bénéficiaire* » ; F.-X. LUCAS, « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », *RLDA* 2005, n° 80 ; R. RONTCHEVESKY, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit*, 2006, n° 15, p. 17.

commun et plus largement le clivage observé entre les garants personnes physiques et morales. Elle correspond parfaitement au souci de protéger les garants personnes physiques de la gravité que représente leur engagement afin de leur éviter, dans un premier temps, à supporter le poids de la dette tandis que leur recours serait d'une part suspendu et d'autre part bien illusoire... Néanmoins, la solution se comprend moins dans le cas des sûretés pour autrui accessoires, dès lors que le garant devrait être autorisé à opposer les exceptions inhérentes à la dette, qu'il soit une personne physique ou morale. L'alourdissement de l'engagement apparaît comme étant une solution excessive qui se justifie peu.

**651. Conclusion de paragraphe** – Le dépassement de la particularité des sûretés personnelles par le législateur dans le cadre des procédures d'insolvabilité est un marqueur important de ce que nous avons pu expliquer. Il nous invite à reconsidérer la nature des sûretés personnelles en les regardant comme étant des engagements pour autrui. Plus particulièrement, il nous force à se pencher sur le rapport unissant le débiteur principal à son garant, personne physique, car il s'agit bien de ce rapport qui justifie l'alignement auquel procèdent les dispositions commerciales. En considération de ce lien, le garant personne physique doit être placé sous la même protection que le débiteur afin d'inciter ce dernier à solliciter le plus tôt possible l'ouverture d'une procédure collective. La fin justifie ainsi les moyens, à savoir de dépasser les caractéristiques propres à chaque sûreté en leur imposant un caractère accessoire.

## II. L'EFFICACITÉ RETROUVÉE EN CAS DE CHANCE OBERÉE DE SAUVETAGE

**652. Réconciliation progressive avec la finalité des sûretés pour autrui** – Lorsque le débiteur est un état de cessation des paiements en ce que son actif disponible n'est plus en mesure de répondre à son passif exigible<sup>1871</sup>, le besoin d'instrumentaliser le droit des

---

<sup>1871</sup> C. com., art. L. 631-1 : « Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements ». V. notamment sur la notion : G. BERTHELOT, « La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E* 2008.2232 ; D. GIBIRILA, « La notion de cessation des paiements, critère de distinction entre la société *in bonis* et l'entreprise en difficulté », *LPA* 2018, n° 135, p. 5 ; J.-M. DESPAQUIS, « La cessation des paiements est-elle une notion stable ? », *LPA*, 2012, n° 207, p. 7 ; F.-X. LUCAS, « Notion de cessation des paiements », *RD bancaire et financier*, 2003 p. 230 ; V. MARTINEAU-BOURGNAUD, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002 p. 245 ; B. SAINTOURENS, « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *rev. proc. coll.* 2016, n° 1, doss. 6 ; G. TEBOUL, « La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace », *rev. proc. coll.* 2015, n° 2, ét. 6 ; D. TRICOT, « La cessation des paiements : une notion stable », *Gaz. Pal.* 2005, n° 120, p. 13 ; J. VALLANSAN, « Que

sûretés afin de favoriser les chances de sauvetage du débiteur n'est plus. La finalité de sauvetage glisse vers la nécessité d'apurer le passif du débiteur. En effet, la paralysie des sûretés pour autrui dans le cadre de la procédure de conciliation ou de sauvegarde judiciaire poursuivait une finalité de célérité dans l'ouverture d'une procédure de sauvetage qui est honorable. La neutralisation ne peut donc plus se faire en cas d'ouverture d'une procédure de redressement et à plus forte raison de liquidation judiciaire. Ainsi, nous pourrions assister à une libération progressive de ces sûretés, qui sera totale en cas de liquidation judiciaire.

**653. Plan** – En cas de chance obérée de sauvetage, l'alignement du sort des sûretés pour autrui se poursuit en se fondant cette-fois sur la rupture du lien d'accessoire entre garant et débiteur (A) et permettant un total renouement avec la finalité de ces sûretés par leur réalisation – tardive – par la reprise des poursuites individuelles en liquidation judiciaire (B).

#### **A. La rupture du caractère accessoire**

**654. Paralysie du caractère accessoire** – Alors que la règle de *l'accessorium sequitur principale* régnait en procédure de conciliation ou de sauvegarde judiciaire, la rupture entre le sort de l'obligation garantie et les sûretés pour autrui est actée que ce soit en redressement ou en liquidation judiciaire. En effet, le garant ne pourra plus se prévaloir des délais et remises accordés au cours de la période d'observation ou dans le plan de redressement<sup>1872</sup>, de l'inopposabilité des créances non déclarées ou encore de l'arrêt du cours des intérêts<sup>1873</sup>. De l'accessoire, nous passons à l'indépendance<sup>1874</sup>. L'inopposabilité se justifierait comme étant la création d'une exception purement personnelle<sup>1875</sup>. Au regard de l'acception stricte de la notion, l'inopposabilité de ces mesures ne saurait se définir comme tel : toutes les exceptions personnelles au débiteur doivent pouvoir être opposées dans le cas

---

reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance), *rev. proc. coll.* 2012, n° 3, doss. 13 ; J.-L. VALLENS, « De la cessation des paiements à l'insolvabilité », *JCP G*, 2008 n° 23 p. 148.

<sup>1872</sup> C. com., art. L. 631-20, art. 55 al.1 loi du 25 janvier 1985 : « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

<sup>1873</sup> C. com., art. L. 631-14 II : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ».

<sup>1874</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés personnelles », *op. cit.*, n° 27 : « ici, le mouvement s'inverse et c'est le cautionnement personnel ou même « réel » qui revêt un caractère non accessoire qui en garantit l'efficacité pour le créancier... ».

<sup>1875</sup> V. en ce sens : J.-D. PELLIER, « La poursuite de la construction d'un régime des sûretés pour autrui », *D.* 2014 p. 1054.

d'une sûreté dont le caractère accessoire est renforcé<sup>1876</sup>. Nous croyons qu'il s'agit plutôt d'une disposition dérogatoire inscrite dans le droit spécial, qui démontre bien que la nature des sûretés personnelles ne réside pas dans leur mode de réalisation.

Dès le redressement judiciaire, la finalité des sûretés doit en effet être ravivée. L'impératif justifie de passer outre le caractère accessoire du cautionnement ou de la sûreté réelle pour autrui. L'alignement du sort des garants est selon nous fondé. L'instrumentalisation facilite ainsi l'apurement du passif. Toutefois, une telle solution nous conforte dans la nécessité d'accorder une protection maximale du garant personne physique lorsque le débiteur est *in bonis*, notamment par les devoirs d'information, afin qu'il puisse anticiper la défaillance du débiteur.

## B. La fin de la paralysie

**655. Redressement judiciaire : créanciers, patience !** – Les créanciers ne recouvrent pas immédiatement leur droit de poursuite. Bien que la substance de la dette ne soit plus atteinte par les dispositions du plan ou l'arrêt du cours des intérêts, ils continuent de subir le temps – long – de la procédure d'insolvabilité par la neutralisation de leur pouvoir de contrainte. En effet, « *la distinction entre garant personne physique ou personne morale conserve toutefois une utilité temporaire éventuelle parce que les garants personnes physiques peuvent bénéficier d'une prolongation de l'interdiction des poursuites au-delà de la période d'observation, dans la limite de deux ans (art. L.622-28 alinéa 2, applicable par renvoi de l'article L.631-14)* »<sup>1877</sup>. La solution se justifie-t-elle alors que les chances de sauvetage sont obérées ? Il est critiquable de ne pas permettre aux créanciers de recouvrer leur droit de poursuite à l'égard de leurs garants. La règle ne permet pas de différencier suffisamment la procédure de sauvegarde du redressement judiciaire alors qu'il est prouvé qu'elle est bien plus efficace dans le traitement des difficultés. En outre, au regard de la finalité de la procédure de redressement qui est davantage de restructurer l'entreprise et

---

<sup>1876</sup> PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, « Droit des sûretés », *JCP N* 1993 p. 2743 : « Est tout aussi contestable l'argument justifiant l'inopposabilité par la caution du plan de redressement par la qualification d'exception purement personnelle au débiteur (Douai, 8e Ch., 25 mai 1992 : *Juris-Data*, n. 046973). Cet argument est de plus en plus souvent utilisé, en doctrine comme en jurisprudence, dans les circonstances les plus diverses. Or, en raison du caractère accessoire du cautionnement, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur, y compris celles qui lui sont personnelles, telles, par exemple, qu'un vice de consentement ou une compensation (qualifiée à tort d'exception inhérente à la dette pour justifier son opposabilité par la caution : *Cass. com.* 19 janvier 1993 : *JCP* 93, éd. G, IV, 700 ; *D.* 1993, inf. rap. 51) ».

<sup>1877</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1143.

d'apurer son passif, il est critiquable de ne pas permettre aux créanciers de mettre en œuvre leurs sûretés. Or il est vrai qu'au regard de la nécessaire protection des garants personnes physiques, la solution est heureuse car dans l'hypothèse d'une mise en œuvre de la sûreté ils ne pourraient pas exercer leur recours à l'égard du débiteur<sup>1878</sup>. N'étant que de simples créanciers chirographaires, ils finiront très probablement par supporter définitivement le poids de la dette : n'est-ce pas le sort qui les attend très certainement face à un débiteur insolvable ?

**656. Liquidation judiciaire : les sûretés pour autrui sont libres !** – Lorsque le diagnostic ne laisse plus entrevoir de chance de survie, le droit des procédures collectives tend alors complètement à l'apurement du passif de l'entreprise en laissant revivre, notamment, les sûretés pour autrui. En effet, à l'achèvement d'un plan de sauvegarde ou de redressement sans conversion<sup>1879</sup> ou lors de la clôture d'une procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif<sup>1880</sup>, l'article L. 643-11 II porte une exception à l'interdiction des poursuites individuelles suite à la clôture en affirmant que « *les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent poursuivre le débiteur s'ils ont payé à la place de celui-ci* »<sup>1881</sup>. La règle est en conformité avec la nature de la sûreté : le poids de la dette ne doit pas peser définitivement sur le garant, du moins en théorie. Le recours est certes préservé mais très certainement illusoire face à un débiteur insolvable... L'inopposabilité de l'interdiction des poursuites individuelles du débiteur à l'égard des garants pour autrui s'explique là aussi en raison de la finalité tant des procédures collectives que du droit des sûretés. Il n'est guère envisageable, au regard de la sécurité du crédit, de prononcer l'inefficacité des sûretés pour autrui en cas de liquidation judiciaire. Le crédit des entreprises s'en trouverait fortement impacté. Cela explique l'extrême nécessité d'accorder un régime protecteur à l'ensemble des garants personnes physiques<sup>1882</sup>.

---

<sup>1878</sup> Un tempérament à la suspension des poursuites pourrait être ménagé au profit du garant pour autrui ayant payé le créancier, tel que cela est le cas en cas de liquidation judiciaire. V. *infra*, n° 656.

<sup>1879</sup> C. com., art. L. 631-20-1 : « *Par dérogation aux dispositions du troisième alinéa de l'article L.626-27, lorsque la cessation des paiements du débiteur est constatée au cours de l'exécution du plan, le tribunal qui a arrêté ce dernier décide, après avis du ministère public, sa résolution et ouvre une procédure de liquidation judiciaire. Avant de statuer, le tribunal examine si la situation du débiteur répond aux conditions posées aux articles L.645-1 et L.645-2 et ouvre, le cas échéant, avec son accord, une procédure de rétablissement professionnel* ».

<sup>1880</sup> C. com., art. L. 643-11 II : « *Les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent poursuivre le débiteur s'ils ont payé à la place de celui-ci* ».

<sup>1881</sup> La version actuelle de l'article L. 643-11 II résulte de l'ordonnance du 12 mars 2014, laquelle a procédé à un élargissement quant au domaine d'application *rationae personae* puisqu'avant la solution était limitée aux seules cautions et coobligés.

<sup>1882</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 576 : nous rejoignons ainsi l'analyse de M. Favre-Rochex lorsqu'il constate que « *l'assimilation pragmatique des sûretés personnelles à laquelle a procédé le livre VI du*

**657. Conclusion de paragraphe** – La force des sûretés pour autrui se mesure à cet égard. Il est vrai que le créancier sera contraint de patienter le temps de la procédure mais en cas de faillite irrémédiable, alors même que la loi l’empêche d’agir à l’encontre du débiteur, il disposera d’une action à l’encontre du garant pour autrui. En ce sens, leur force se révèle. Il est vrai que le créancier devra supporter les effets du gel du passif tout au long de la procédure. La faculté de réaliser la garantie, dont il dispose à l’égard d’un patrimoine tiers, constitue un réel avantage par rapport aux autres créanciers, y compris ceux qui sont titulaires de sûretés réelles. Le printemps des sûretés réelles étant derrière nous, le fait de pouvoir agir contre un patrimoine étant *in bonis* et non soumis à la règle du classement des créanciers s’avère être une réelle chance, d’autant plus que pour lutter contre le risque d’insolvabilité du garant, il est permis de solliciter des mesures conservatoires au cours de la procédure. Certes, le risque d’insolvabilité ne sera jamais écarté, mais la chance d’être totalement désintéressé est plus importante que dans le cas de sûretés réelles.

**658. Conclusion de la Section I** – L’alignement des sûretés pour autrui en droit des procédures collectives est particulièrement révélateur de la légitimité de la *summa divisio* que nous proposons. Or nous constaterons que pour le cas des sûretés pour soi, une telle instrumentalisation existe mais pour protéger d’autres intérêts. En l’occurrence, si le droit des sûretés pour autrui est « manipulé » par le droit des entreprises en difficulté, c’est en raison de l’existence nécessaire d’un rapport entre le garant et le débiteur. Le plus souvent, les dirigeants ou les proches auront consenti une sûreté en garantie de la dette de l’entreprise qui se trouvera, plus tard, en difficulté. Partant, le fait de paralyser l’effet de ces sûretés permettra une ouverture plus rapide d’une conciliation ou d’une procédure de sauvegarde judiciaire. L’instrument choisi sera d’affirmer le caractère accessoire des sûretés pour autrui dans ces deux procédures, nonobstant les particularités de chacune. La finalité est donc de favoriser la célérité en instaurant un rapport d’accessoire à principal entre la situation du garant et de l’entreprise en difficulté. Mais une fois que les chances réelles de sauvetage ne sont plus, la logique vient s’inverser pour aboutir à une rupture, plus ou moins flagrante, du lien unissant

---

*Code de commerce apparaît formellement séduisante, lorsque la finalité d’un tel alignement est de prévenir l’affranchissement des protections initialement reconnues aux seules cautions. Or indépendamment d’une procédure collective ouverte au bénéfice du débiteur principal, le danger que représente la souscription d’une garantie pour autrui, singulièrement par des personnes physiques, justifie que toute mesure accordée à la caution soit a fortiori appliquée à des sûretés tenues pour plus rigoureuses. Les mesures de protection, spécialement prévues par le droit de la consommation, sont d’ailleurs assurément hautement plus efficaces que la neutralisation de l’exécution à laquelle procèdent les procédures de conciliation et de sauvegarde, puisqu’elles permettent pour une large part de lutter contre l’endettement des garants ».*



le débiteur principal et son garant. C'est ainsi que dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, le garant pour autrui ne saura se prévaloir des délais et remises ou encore de l'arrêt du cours des intérêts, même si la sûreté est en principe accessoire. Enfin, ce ne sera qu'au jour où le débiteur est considéré comme ne pouvant se relever de ses difficultés que les sûretés pourront se réaliser à l'égard des garants. Les sûretés pour soi seront certes instrumentalisées mais dans un tout autre objectif (Section II).



## SECTION II – SORT DES SÛRETÉS POUR SOI

659. **Une apparente confusion** – Lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les lignes directrices des sûretés réelles apparaissent, au premier abord, diffuses voire même confuses. Entre les sûretés dites exclusives qui sont neutralisées tandis que certaines préférentielles apportent une meilleure stabilité, il est effectivement difficile d'y voir clair. En raison de l'adversité des finalités poursuivies, l'équilibre s'avère là aussi délicat. D'une part, les créanciers méritants doivent bénéficier d'un traitement différencié afin d'inciter au financement des entreprises et ce même en présence de difficultés. Le privilège sera la technique de garantie utilisée afin de les récompenser du risque pris et de les rassurer. Le privilège de *new money* en est une excellente illustration. D'autre part, l'actif du débiteur en difficulté doit être préservé afin de renforcer ses chances de survie. C'est ainsi que la neutralisation de certaines sûretés se justifiera à l'aune de cet objectif. Une sous-distinction émerge alors : les sûretés grevant les biens utiles à l'activité verront leur efficacité diminuée dans les procédures de sauvetage. Or il apparaît que les sûretés sans dépossession portent le plus souvent sur des biens nécessaires à l'activité. En effet, l'intérêt de la dépossession est bien de permettre au constituant de continuer à utiliser ses biens. Il est donc fondé de les neutraliser le temps de laisser au constituant la faculté de remédier à ses difficultés en poursuivant son activité. Ici se révèle d'autant plus la meilleure résistance des sûretés avec dépossession par rapport aux sûretés sans dépossession. La possession du bien entre les mains du créancier lui offrira un pouvoir de blocage tel qu'il a connu en présence d'un débiteur *in bonis*. L'opposabilité sera *erga omnes*, y compris à l'égard des organes de la procédure collective. Selon une approche finaliste, il apparaît que ces sûretés grevent, sauf exception, des biens peu utiles à la poursuite de l'exploitation, de sorte que leur efficacité ne compromet pas les chances de sauvetage du débiteur. L'équilibre se réalise alors... Partant, le principe postule une opposabilité de la sûreté avec dépossession face aux organes de la procédure collective. Mais en cas de reprise nécessaire du bien pour la poursuite de l'exploitation, il est prévu une procédure de retrait contre paiement, moyen assurant le bon équilibre entre le respect de la sûreté et le souci de protéger l'activité du débiteur. Nous proposons de généraliser cette procédure de retrait contre paiement à l'ensemble des sûretés avec dépossession, que celles-ci grevent des biens corporels ou incorporels.

**660. Un critère téléologique combiné à un critère juridique : le sauvetage du débiteur et la possession du bien grevé** – La distinction entre l’existence d’une chance avérée ou obérée de sauvetage de l’entreprise a vocation à guider également le sort des créanciers titulaires de sûretés. L’instrumentalisation des sûretés se réalise ici dans un tout autre esprit. Cette fois, ce n’est pas pour favoriser une ouverture rapide de la procédure collective mais pour préserver l’actif du débiteur afin qu’il puisse rebondir, ce qui implique de neutraliser les sûretés qui grèvent directement les biens utiles à l’exploitation du débiteur. Or là aussi, il faut également opérer une sous-distinction : tous les biens ne sont pas nécessairement utiles pour la poursuite de l’exploitation. Le constat nous amène directement à la classification des sûretés pour soi que nous avons établie précédemment. En effet, la possession du bien grevé par le débiteur fait présumer son caractère utile pour la poursuite de l’activité. L’approche finaliste rejoint ainsi l’analyse juridique.

**661. Plan** – Le sort des sûretés pour soi sera distinct selon qu’il existe une chance avérée (I) ou obérée (II) de sauvetage.

## **I. L’INSTRUMENTALISATION AU PROFIT DU SAUVETAGE**

**662. Plan** – La préservation de l’actif du débiteur est indéniablement le maître mot lorsque ce dernier présente de sérieuses chances de s’en sortir. Aussi, le financement des entreprises en difficulté<sup>1883</sup> est essentiel pour leur permettre de rebondir et d’éviter la faillite. Le législateur a à cœur de préserver l’actif soit en favorisant le financement par la création de privilèges bénéficiant aux créanciers apporteurs d’argent frais (A), soit en maintenant au sein du patrimoine les biens grevés de sûretés par une paralysie temporaire (B).

### **A. Le financement du débiteur favorisé**

**663. Le besoin vital de financement** – La crise, que les entreprises à travers le monde entier sont en train de braver, prouve le besoin vital de financement en trésorerie<sup>1884</sup>. La guerre sanitaire de la Covid-19 n’est pas encore gagnée mais la mobilisation du droit du

---

<sup>1883</sup> V. sur le sujet : PH. DUPICHOT, « Le financement des entreprises en difficulté », *BJE* 2018, p. 394.

<sup>1884</sup> La crise de la Covid 19 est une pandémie qui frappa la France au début de l’année 2020 et nécessita de confiner la population française du 17 mars 2020 au 11 mai 2020. La crise sanitaire entraîna *de facto* une crise financière qui est comparée à celle de 1929. V. notamment : « Le coronavirus est un défi peut-être aussi grand que la crise de 1929 alerte le Medef », 20 mars 2020, source : capital.fr.

crédit a prouvé la solidité et la réactivité du système financier français et aussi européen. Le confinement a eu pour effet de stopper l'économie française, et plus largement mondiale, par l'arrêt de l'activité de plusieurs secteurs économiques majeurs, et ce pendant de longs mois. L'analyse selon les données à haute fréquence est à ce titre fort révélatrice : la consommation d'électricité a fait une chute de -27% à la fin du mois de mars 2020<sup>1885</sup>. La répercussion immédiate de la pandémie sur l'économie française fut violente avec une baisse du PIB de 13.8% au deuxième trimestre 2020<sup>1886</sup>. Il était vital de sauver les entreprises françaises par une mobilisation du droit du crédit. Tel que le note le professeur Dominique Legais, « à situation exceptionnelle, il faut une législation exceptionnelle de nature à inspirer la confiance. Or, qui mieux que l'État peut la susciter dans de telles circonstances ? »<sup>1887</sup> C'est ainsi que l'État, au chevet des entreprises françaises, prit une série de mesures dont certaines avaient déjà fait leurs preuves lors de la précédente crise financière de 2009. En effet, la médiation du crédit est un mécanisme bien connu permettant aux entreprises de solliciter l'octroi de crédit en dernier recours. Autre mesure exceptionnelle, par la loi du 23 mars 2020 les prêts garantis par l'État ont été consacrés<sup>1888</sup>. L'enveloppe prévue est de 300 milliards afin de répondre à un véritable besoin de financement en trésorerie des entreprises. Les banques sont donc incitées à octroyer plus facilement les crédits tout en conservant le pouvoir de refuser<sup>1889</sup>. La nature de la garantie octroyée n'est pas précisée dans la loi. Or elle s'apparente plutôt à une garantie justifiée – ou un mécanisme d'assurance-crédit – par laquelle le garant s'engage à verser une somme, en l'occurrence équivalente au montant du capital, intérêts et accessoires restants dus jusqu'à la déchéance du terme de la créance<sup>1890</sup>. Sans ces mesures exceptionnelles, de nombreuses entreprises n'auraient pas été en mesure de relancer leurs activités. La crise de la Covid-19 constitue ainsi une bien malheureuse illustration du

---

<sup>1885</sup> « France : la crise du Covid 2020 vue avec les données à haute fréquence », 29 juill. 2020, source : covid19-economie.banque-france.fr.

<sup>1886</sup> Point de conjoncture août 2020, source : covid19-economie.banque-france.fr.

<sup>1887</sup> D. LEGAIS, « Coronavirus. Conséquences de la crise de la Covid 19 », *RTD com.* 2020, p. 431.

<sup>1888</sup> En 2009, le prêt garanti l'était non pas par l'État mais par la BPI. Au regard de l'ampleur de la crise, c'est actuellement l'État qui apporte sa garantie.

<sup>1889</sup> Les banques conservent effectivement le droit de ne pas octroyer le crédit lorsque l'entreprise ne présente pas de solidité suffisante. Dans ce cas, elle pourra recourir à la médiation du crédit ou au fonds de solidarité. Néanmoins, au regard des statistiques délivrées par la Banque de France, il s'avère que les banques ont participé au sauvetage des entreprises puisque seulement 10% des dossiers ont été refusés.

<sup>1890</sup> L'étendue de la garantie varie selon la taille de l'entreprise. En présence de PME : 90% ; pour les entreprises dont le chiffre d'affaires se situe entre 1.5 milliards sans dépasser les 5 milliards et comptant au moins 5000 salariés : 80% ; pour les autres entreprises : 70%.

nécessaire financement en trésorerie pour permettre de surmonter les difficultés. Espérons que cette crise soit moteur de réformes efficaces<sup>1891</sup>...

**664. La bravoure des créanciers récompensée** – L'article L. 611-11 du Code de commerce<sup>1892</sup> consacre le privilège de *new money* dans le cadre d'un accord homologué à la suite d'une conciliation au bénéfice de créanciers ayant apporté de l'argent frais. Le Code de commerce vise le créancier qui a consenti un nouvel apport en trésorerie ou fournit un bien ou un service au débiteur<sup>1893</sup> dans le cadre de la procédure de conciliation ou de l'accord homologué. L'homologation confère ainsi au créancier apporteur d'argent frais le privilège<sup>1894</sup>. Le privilège général rassure le créancier par la reconnaissance du risque qu'il a pris en fournissant du crédit. En effet, le privilège de la conciliation assure une place intéressante aux créanciers puisqu'ils seront seulement primés par le superprivilège des créances salariales ainsi que par les frais de justice<sup>1895</sup>. Le professeur Françoise Pérochon regrette l'effet pervers du privilège qui pénalise la sauvegarde judiciaire ou le redressement judiciaire puisque les

---

<sup>1891</sup> V. en ce sens : G. TEBOUL, « Des propositions pour la sortie de crise du coronavirus : rien ne sera plus comme avant », *LPA* 2020, n° 154, p. 5.

<sup>1892</sup> C. com., art. L. 611-11 : « *En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital. Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation* ».

<sup>1893</sup> L'apport en trésorerie doit résulter d'un crédit nouveau consenti dans le cadre de la procédure de conciliation, et non un crédit bénéficiant d'un rééchelonnement.

<sup>1894</sup> *In fine*, le simple accord constaté ne permet pas de faire naître le privilège de *new money*, de sorte qu'en présence d'un financement du débiteur il est opportun voire nécessaire de faire homologuer l'accord en regard du privilège qui en naîtra. Certains auteurs critiquent la condition : V. B. LAURENT et O. ASSANT, « Bilan de l'efficacité du privilège de *new money* instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ? », *JCP G* 2008.I.157, n° 6 ; *contra*. C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 165 : « *Parfois décriée, cette condition de l'homologation représente néanmoins un indispensable facteur de sécurité juridique, tant pour les créanciers parties à l'accord que pour les tiers, en particulier grâce à la publicité du jugement d'homologation, laquelle permet que la naissance du privilège ne soit pas occulte – sans altérer totalement la confidentialité gouvernant la procédure, les termes de l'accord n'étant en revanche nullement exposés -, quoiqu'une telle publicité demeure perfectible car pour l'heure, seul le jugement est publié au greffe du tribunal et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, alors que davantage de transparence devrait conduire à une publicité du privilège lui-même au greffe du tribunal* ». Toutefois, l'auteur regrette « *qu'aucune sanction ne soit actuellement attachée au défaut d'indication, dans le jugement d'homologation, des montants garantis par le privilège, au risque d'en faire une exigence « purement platonique* » ».

<sup>1895</sup> Il existe une controverse doctrinale sur le point de savoir si les créances privilégiées au titre de l'article L. 611-11 du Code de commerce peuvent être réglées en dehors du plan à leur échéance. V. F.-X. LUCAS, F. PEROCHON, « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? Controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Pérochon », *BJE* 2012, n° 5, p. 341.

créanciers qui auraient été prêts à soutenir le débiteur en période d'observation risquent d'y renoncer « *en apprenant, grâce à la publicité (art. R.611-40), que la conciliation a donné lieu à un fort volume d'argent frais dont l'apporteur sera payé avant* »<sup>1896</sup>.

Les procédures judiciaires éprouvent elles aussi la technique du privilège afin de favoriser leur financement<sup>1897</sup>, y compris en cas de liquidation judiciaire<sup>1898</sup>. Avant la loi du 25 janvier 1985, les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture bénéficiaient d'un privilège les faisant passer avant les créanciers antérieurs. Or le système ne permettait pas de récompenser le créancier réellement méritant<sup>1899</sup>. Sur le fondement d'un critère finaliste, la loi du 26 juillet 2005 est venue réserver le privilège aux seuls créanciers postérieurs dont les créances ont été utiles au déroulement de la procédure<sup>1900</sup>. Le privilège des créanciers postérieurs est alors général, accordant un droit de préférence sur l'ensemble des biens du débiteur<sup>1901</sup>. Les créances seront donc réglées à échéance, faisant exception à l'interdiction des paiements et poursuites<sup>1902</sup>. Dans le classement, ils seront payés après les créanciers titulaires d'un privilège de *new money*. La faveur du paiement à l'échéance de la créance privilégiée par le privilège de *new money* est discutée.

---

<sup>1896</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 225 ; v. également P. LE CANNU et D. ROBINE, *op. cit.*, n° 683 : « *Cette primauté peut également se révéler de façon plus insidieuse. Le classement accordé au privilège de conciliation fait primer les crédits qui en bénéficient sur les crédits consentis pendant la période d'observation. Un trop lourd passif « de conciliation » privilégié peut donc obérer les chances de la sauvegarde ou du redressement* ».

<sup>1897</sup> C. com., art. L. 622-17 al.1 : « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période, sont payées à leur échéance* ».

<sup>1898</sup> C. com., art. L. 641-13 I : « *Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire :*

- *si elles sont nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L.641-10 ;*

- *si elles sont nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité ou en exécution d'un contrat en cours régulièrement décidé après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, s'il y a lieu, et après le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ;*

- *ou si elles sont nées des besoins de la vie courante du débiteur, personne physique* ».

<sup>1899</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 811 et s. : le système aboutissait à sacrifier le sort des créanciers antérieurs au profit des créanciers de la procédure sans distinction selon l'utilité de leurs créances. La Cour de cassation ainsi que la doctrine majoritaire appelaient à procéder à un ajustement en faveur des créanciers postérieurs méritants, ayant permis de financer la période d'observation.

<sup>1900</sup> V. sur les conditions d'application du privilège de la procédure : P. LE CANNU et D. ROBINE, *op. cit.*, n° 658 et s. ; F. PEROCHON, *ibid.* ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 167 et s.

<sup>1901</sup> C. com., art. L. 622-17, L. 641-13.

<sup>1902</sup> Il faut toutefois relever un tempérament à la possibilité pour le créancier méritant d'exercer des poursuites. En effet, lorsque les liquidités sont déposées à la Caisse des dépôts et consignations, celles-ci demeurent insaisissables puisque selon les termes de l'article L. 662-1 du Code de commerce, les oppositions ou mesures d'exécution sont irrecevables sur les sommes déposées sur leur compte.

**665. La faveur du paiement à l'échéance, un corollaire du privilège ?** – Le privilège de la procédure accorde à son titulaire deux faveurs : le droit d'être payé à l'échéance et le privilège dans le classement. En effet, par dérogation à l'interdiction des paiements, les créances postérieures privilégiées pourront être payées à leur échéance. Les créanciers échappent à l'effet réel de la procédure et ne sont donc pas soumis à la discipline collective. Or il faut toutefois relever un tempérament à la possibilité pour le créancier méritant d'exercer des poursuites. En effet, lorsque les liquidités sont déposées à la Caisse des dépôts et consignations, celles-ci demeurent insaisissables puisque selon les termes de l'article L. 662-1 du Code de commerce, les oppositions ou mesures d'exécution sont irrecevables sur les sommes déposées sur leur compte.

Si le droit positif est clairement établi pour le privilège des créances postérieures, dans le silence de la loi le doute subsiste quant au privilège de *new money*. Une controverse doctrinale est ainsi née sur le point de savoir si, *in fine*, le privilège emporte la faveur du paiement à l'échéance. Au regard de la définition stricte du privilège, celui-ci s'analyse comme étant une cause de préférence par rapport aux autres créanciers d'origine légale. Le privilège se conçoit ainsi selon une logique de classement des créanciers, par l'établissement d'un ordre au sein duquel le privilégié pourrait primer les autres, selon un ordre préétabli. Au regard de la définition *stricto sensu*, le privilège ne saurait accorder une autre faveur à défaut d'être prévue. A la lecture du Code de commerce, il n'est aucunement prévu que le privilège s'accompagne d'un droit de payer la créance à son échéance. Tel que le relève le professeur François-Xavier Lucas avant l'ordonnance de 2014, « *on voit ainsi que le privilège ne leur confère aucun avantage dans la procédure collective du moins tant que n'intervient pas une répartition leur permettant de faire valoir leur rang de créancier privilégié* »<sup>1903</sup>. Suite à l'ordonnance du 12 mai 2014, l'article L.626-20 I alinéa 3 du Code de commerce prévoit que les créanciers de la conciliation homologuée ne peuvent se voir imposer les délais et remises issues du plan de sauvegarde ou de redressement sans leur consentement. Certains auteurs en déduisent qu'à défaut d'acceptation, ces créanciers peuvent être payés à l'échéance<sup>1904</sup>. Néanmoins, selon M. Favre-Rochex, « *les dispositions commerciales ne s'appliquent qu'à propos du contenu du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui serait adopté, et*

---

<sup>1903</sup> F.-X. LUCAS, F. PEROCHON, « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? Controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Pérochon », art. préc.

<sup>1904</sup> V. en ce sens : P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, n° 131 ; F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 219 ; P.-M. LE CORRE, « Le privilège de conciliation », n° 144, p. 553.



*nullement à la période d'observation précédent l'arrêté du plan* »<sup>1905</sup>. Malgré la réforme, la controverse doctrinale persiste encore, en l'absence de texte clair sur la reconnaissance du paiement à l'échéance des créances antérieures privilégiées. Or une doctrine autorisée soulignait avant l'adoption de l'ordonnance de 2014 que la volonté du législateur était d'accorder le droit de payer à l'échéance afin de promouvoir traitement amiable des difficultés et pour conférer une réelle portée au privilège<sup>1906</sup>.

*De lege*, les créanciers de la conciliation ne peuvent bénéficier du droit d'être payé à l'échéance lors de la période d'observation. S'il est vrai que la volonté du législateur semble aller dans le sens de la reconnaissance d'une telle faveur, le pas n'est pas encore franchi pour autant.

## **B. La préservation de l'actif du débiteur**

**666. Une nécessaire préservation des biens utiles à la continuité de l'activité –** Lorsque le débiteur peut encore être sauvé, il est nécessaire de préserver ses actifs, en particulier ceux qui sont utiles à la poursuite de son activité. L'apport financier au débiteur ne suffit pas afin qu'il puisse traverser les difficultés rencontrées, encore faut-il en effet lui assurer que ses biens ne se dissipent pas au fil de la procédure par l'effet de la réalisation des sûretés réelles. Aussi, le bien grevé peut parfaitement être cédé dans le cadre de la période d'observation ou lors de l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Le rôle joué par la possession en pareille hypothèse permet de porter une certaine résistance face aux règles des procédures collectives.

**667. Plan –** Partant, les sûretés grevant les biens nécessaires à la continuité de l'activité se trouvent paralysées le temps de la procédure (1), tandis que les sûretés avec dépossession ou le droit de rétention effectif révèlent leur supériorité (2) en cas d'ouverture d'une procédure collective.

---

<sup>1905</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 187.

<sup>1906</sup> F.-X. LUCAS, F. PEROCHON, « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? Controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Pérochon », art. préc. ; P. CROCQ, « Les incidences de la réforme du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés », *RLDC* 2014, n° 120.

## 1. Paralysie des sûretés sans dépossession

668. **Principe de paralysie des sûretés réelles sans dépossession : le gage assorti d'un droit de rétention fictif** – Les créanciers titulaires de sûretés réelles vont être soumis aux règles de l'interdiction des paiements et de la suspension des poursuites individuelles. Réaliser la sûreté aboutirait à un paiement du créancier. En effet, en l'absence d'une telle paralysie, le patrimoine du débiteur s'amenuiserait au fil de la période d'observation ou de l'exécution du plan obérant ainsi toutes ses chances de sauvetage. La poursuite de l'activité du débiteur constitue alors le fil d'Ariane justifiant la paralysie des sûretés réelles. Or encore faut-il que ces sûretés portent sur des biens utiles à la continuité de l'activité. Souvenons-nous alors que l'abandon de l'exigence de dépossession des biens grevés de sûretés réelles eut été fondée avant tout par la volonté de permettre au constituant de conserver en sa possession les biens qui lui seraient utiles à son activité. Une présomption en résulte donc : les sûretés sans dépossession ont plus de chance de grever des biens utiles à l'exploitation que les sûretés avec dépossession. Cela va sous le sens. C'est ainsi que le clivage entre les sûretés avec ou sans dépossession observé en droit commun des sûretés se confirme ici. Pour parvenir à l'objectif poursuivi, le législateur est intervenu en neutralisant le droit de rétention fictif de droit commun et en interdisant de rompre le contrat de mise à disposition dans le cadre de la fiducie-sûreté sans dépossession.

En effet, le droit de rétention fictif consacré à l'article 2286 alinéa 4 du Code civil est frappé d'une inopposabilité à l'égard des organes de la procédure que ce soit au cours de la période d'observation ou dans le cadre de l'exécution du plan<sup>1907</sup>. Il en résulte notamment qu'en cas de cession du bien grevé, le créancier ne pourra solliciter le report du droit de rétention fictif sur le prix de vente, ni même la procédure du retrait contre paiement faute de pouvoir de blocage<sup>1908</sup>. Le domaine d'application de l'inopposabilité porte toutefois à discussion. Seul le

---

<sup>1907</sup> C. com., art. L. 622-7 I, al. 2 : « *De même, il emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L.626-1* » ; C. com. art. L.631-14 al. 1<sup>er</sup> (pour le redressement judiciaire). Le rapport de présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 fait état de la finalité de la paralysie du droit de rétention fictif en mettant en avant le souci de permettre la poursuite de l'activité, en permettant ainsi au débiteur « *de continuer à faire usage du bien gagé, ce qui apparaît de nature à favoriser le maintien de l'exploitation (...)* ».

<sup>1908</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 341 ; *contra* : F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 614 : l'auteur estime qu'il faudrait reconnaître au gagiste disposant d'un droit de rétention fictif la procédure de retrait contre paiement « *dans le cas où le débiteur entend disposer du bien au cours de la période d'observation* ».

droit de rétention fictif de droit commun est concerné par la disposition, de sorte que la solution ne vaudrait pas pour les gages spéciaux<sup>1909</sup>. Or en présence d'un droit de rétention fictif n'impliquant aucun pouvoir de blocage, nous pouvons en déduire que la prérogative ne sera de toute façon pas pourvue d'efficacité pour autant, le débiteur n'étant pas gêné et le créancier ne pouvant donc réaliser sa sûreté<sup>1910</sup>.

Néanmoins, en cas de cession isolée du bien, l'inopposabilité a pour effet de ne pouvoir empêcher le paiement sur la quote-part du prix. L'exclusivité attachée en principe au droit de rétention se trouve ainsi chassée<sup>1911</sup>. Il apparaît donc que les autres sûretés assorties d'un droit de rétention fictif pourraient faire obstacle à l'application de la règle de la quote-part sur le prix de cession, ce qui constitue manifestement une solution regrettable. Il conviendrait selon nous d'établir une identité de régime pour l'ensemble des sûretés assorties d'un droit de rétention fictif, selon la classification préétablie<sup>1912</sup> afin de porter une meilleure lecture du droit applicable<sup>1913</sup>.

**669. La neutralisation ponctuelle de la fiducie-sûreté sans dépossession** – La fiducie-sûreté sans dépossession fait l'objet d'une paralysie ponctuelle. Afin d'éviter le transfert des biens au profit du créancier bénéficiaire qui aurait eu pour effet de dilapider gravement le patrimoine du débiteur<sup>1914</sup>, il est prévu l'interdiction de mettre un terme à la

---

<sup>1909</sup> *Contra.* v. E. LE CORRE-BROLY, « La situation du porteur d'un warrant agricole », *JCP E* 2013 p. 1446.

<sup>1910</sup> V. en ce sens : F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 572 : le professeur Françoise Pérochon soulève que l'inopposabilité du droit de rétention fictif de l'article 2286 du Code civil est une disposition inutile puisque le débiteur ne sera jamais gêné par ce droit. Néanmoins, elle considère que l'utilité se retrouverait dans le cas d'une cession isolée du bien gagée en empêchant le report du droit de rétention sur le prix. *In fine*, il n'est pas utile de prévoir une paralysie généralisée des droits de rétention fictif dans les gages spéciaux puisque, par hypothèse, ils n'auront pour effet de vider le patrimoine du débiteur, n'emportant aucune gêne. Cela permet de rebondir sur l'utilité d'un tel droit de rétention fictif faute de pouvoir de blocage. *Adde*, A. AYNES, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G* 2009.I.119 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 1819 ; P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », art. préc. ; D. LEGEAIS, « Droit de rétention du créancier gagiste », *RD bancaire et financier* 2008 p.139 ; PH. DUPICHOT, art. préc., *LPA*, 2008, p. 63 ; P.-M. LE CORRE, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », *JCP E* 2009.1204, n° 24 ; A. AYNES, thèse préc., n° 372 ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., *loc. cit.*

<sup>1911</sup> F. PEROCHON, *loc. cit.* ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., *loc. cit.* ; P.-M. LE CORRE, art. préc.

<sup>1912</sup> V. *supra*, n° 269 et s.

<sup>1913</sup> V. en ce sens : C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., *ibid.*

<sup>1914</sup> La consécration de la fiducie-sûreté en droit français fit craindre que sa trop grande vigueur prenne le pas sur la finalité poursuivie par la procédure de sauvegarde. V. notamment : F.-X. LUCAS et M. SENECHAL, « Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », *D.* 2008 p. 29 : « on nous annonce une sûreté redoutable qui permettra à un créancier d'appréhender tous les actifs présents et futurs de son débiteur et de le laisser exsangue, incapable de financer toute poursuite d'activité et a fortiori tout plan de sauvegarde. D'autre part, on se paye de

convention de mise à disposition des biens empêchant leur retour dans le patrimoine du créancier<sup>1915</sup>. L'absence de dépossession fait présumer du caractère utile du bien pour la poursuite de l'exploitation, justifiant ainsi la paralysie de la fiducie-sûreté sans dépossession<sup>1916</sup>. Les sûretés dites exclusives sans dépossession, qu'elles se fondent sur un droit de rétention fictif ou un transfert fiduciaire, restent soumises à l'effet réel de la procédure par une paralysie circonstanciée de leurs effets. Faute de pouvoir opposer la pleine efficacité de leur sûreté, les créanciers se voient attribuer un sort bien funeste en cas de cession isolée du bien grevé. La quote-part du prix représentant les créances garanties sera déposée à la Caisse des dépôts et consignations dans l'attente d'une distribution lors de l'adoption du plan. Par exception, le juge commissaire pourra accorder un paiement provisionnel au créancier titulaire d'une sûreté sur ce bien équivalent à une partie du montant de la créance ou de sa totalité. Mais le créancier devra fournir une garantie bancaire en contrepartie. La logique est alors totalement renversée puisque c'est ici au créancier de montrer qu'il est digne de confiance...<sup>1917</sup>

**670. Exceptions : la clause de réserve de propriété et le crédit-bail** – Deux garanties semblent échapper au triste sort des créanciers titulaires de sûretés sans dépossession. En effet, le vendeur sous réserve de propriété peut tenter une action en revendication dans les trois mois à compter du jugement d'ouverture afin de récupérer son bien. A défaut de réponse dans le mois suivant l'expiration du premier délai, le créancier doit saisir le juge-commissaire à peine de forclusion<sup>1918</sup>. L'article L. 624-16 alinéa 4 du Code de

---

*mots en nous annonçant une réforme ambitieuse et en nous expliquant que la sauvegarde va voir son efficacité renforcée. La vérité est que si la fiducie connaît le succès et a l'efficacité qu'on lui prête, on peut se demander quel rôle pourrait encore jouer la procédure de sauvegarde ».*

<sup>1915</sup> C. com., art. L. 622-23-1 : « lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert ».

<sup>1916</sup> M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », art. préc. : « L'idée sous-jacente de l'exclusion de cette catégorie d'actifs est leur absence d'utilité pour la poursuite de l'activité. Cela étant, le législateur a préféré le critère objectif de l'existence d'une convention de mise à disposition ». *Adde*, v. M.-C. LASSERRE, « La paralysie de la fiducie-sûreté », *LPA* 2011, n° 30, p. 3 ; F.-X. LUCAS, « Fiducie-sûreté et procédure collective », in *Fiducie et restructuration*, Association française des fiduciaires, Actes de colloques, 25 sept. 2014, LGDJ, 2015, p. 48 ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 344.

<sup>1917</sup> En outre, l'article L. 622-8 alinéa 3 du Code de commerce prévoit que « le débiteur ou l'administrateur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. En l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution. Le recours contre cette ordonnance est porté devant la cour d'appel ».

<sup>1918</sup> C. com., art. L. 624-9, L. 624-10, R. 624-13.

commerce prévoit néanmoins que le juge commissaire dispose de la faculté de refuser la restitution du bien mais à charge d'en payer le prix au créancier réservataire. Les auteurs discutent la nature de l'action en revendication du créancier réservataire. Le contrat de crédit-bail fait bénéficier au créancier d'une situation plus confortable afin de favoriser le financement. L'article L. 622-7 II alinéa 2 du Code de commerce prévoit en effet que la levée de l'option d'achat du bien doit intervenir après avoir payé le créancier.

## 2. Efficacité des sûretés avec dépossession

671. **Plan** – En présence de sûretés avec dépossession, la survenance de l'ouverture d'une procédure collective ne heurte pas pleinement l'efficacité de la sûreté en neutralisant les droits du créancier sur le bien grevé. A l'inverse des sûretés sans dépossession, il existe un principe de résistance même en présence de chance de sauvetage du débiteur (1). Le constat doit néanmoins être nuancé en présence de biens incorporels (2).

### a. Principe de résistance

672. **Résistance des sûretés avec dépossession** – Les sûretés qui font figure d'exception « au jeu de massacre des créanciers » sont celles qui reposent sur la dépossession. Selon une approche finaliste, la possession du bien entre les mains du créancier présume de l'absence d'utilité de la chose pour la continuité de l'activité, de sorte qu'au regard de la finalité poursuivie par la procédure, il n'est guère opportun de paralyser son effet. D'un point de vue juridique, la possession procure un pouvoir de blocage au créancier en lui permettant de retenir le bien jusqu'à la satisfaction de sa créance. Le droit de rétention effectif, accessoire de la possession, emporte une situation inexpugnable qui sera opposable aux organes de la procédure collective. Partant, le créancier pourra conserver l'effet de sa sûreté et forcera au paiement en cas de demande de restitution. En effet, l'article L. 622-7 II alinéa 2 du Code de commerce reconnaît à leur profit la procédure du retrait contre paiement : en présence de la rétention – légitime – d'un bien qui s'avère utile à la poursuite de l'activité, le créancier rétenteur sera payé en contrepartie de la restitution du bien. La procédure vaut pour toutes les sûretés réelles impliquant un pouvoir de blocage par l'effet d'un droit de rétention non

fictif<sup>1919</sup>. La résistance du droit de rétention effectif est parfaitement fondée au regard des critères téléologique et juridique.

*b. Sort nuancé des sûretés sur biens incorporels*

**673. Sort incertain des sûretés sur argent** – Le bât blesse face aux biens incorporels : certaines sûretés démontrent leur force tandis que d'autres sont injustement confondues avec des sûretés dépourvues de dépossession, donc de pouvoir de blocage. En principe les sûretés incorporelles qui ont été notifiées font preuve d'une vive résistance face aux procédures d'insolvabilité. La cession Dailly ou encore le nantissement de créances le démontrent. Pourtant, la faveur accordée ne se retrouve pas toujours manquant de cohérence avec le mécanisme juridique de la sûreté. En principe, le pouvoir de blocage né d'une notification de la sûreté aboutit sur une dépossession qui est certes immatérielle en raison de la nature du bien mais qui demeure effective. La fictivité ne se constate qu'en l'absence de pouvoir de blocage. À titre d'illustration, nous analyserons un échantillon représentatif de sûretés sur biens incorporels afin de démontrer la vertu explicative de la classification proposée en droit des procédures collectives.

**674. La cession de créances professionnelles « Dailly »** –La cession « Dailly » résiste à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, y compris en présence de chance de sauvetage puisque le créancier dispose d'un droit de propriété sur les créances professionnelles<sup>1920</sup>.

**675. Le nantissement de créances** – Par l'ordonnance du 23 mars 2006, le régime du nantissement de créance s'est fortement rapproché de celui de la cession Dailly, de sorte que ce qui les sépare réside en la nature du droit conféré au créancier. La notification a pour effet de conférer au créancier un droit de rétention<sup>1921</sup>. L'affectation de la créance nantie caractérise l'existence d'un pouvoir de blocage sur celle-ci. L'ouverture d'une procédure collective ne devrait donc pas affecter le droit exclusif du créancier nanti.

---

<sup>1919</sup> V. *supra*, n° 688.

<sup>1920</sup> V. Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-15.562, n° 13-21.554 : la chambre commerciale a retenu la responsabilité de l'administrateur judiciaire pour avoir exigé le paiement du débiteur cédé alors que la cession avait été notifiée, ce qui a eu pour effet de faire naître un droit exclusif au paiement.

<sup>1921</sup> V. *supra*, n° 305 ; Cass. com., 26 mai 2010, arrêt préc.

Pourtant, deux arguments de taille vont à l'encontre de la liberté de réaliser le nantissement de créances : l'interdiction du pacte comissoire<sup>1922</sup> et l'interdiction de payer une créance antérieure<sup>1923</sup>. Le pouvoir de blocage assure au créancier, ne disposant pas de droit de propriété, une mainmise sur les biens incorporels de telle sorte qu'il échappera au sacrifice des créanciers en lui permettant de conserver l'assiette de la sûreté tout au long de la procédure. Le créancier nanti serait donc placé dans une position identique à celle d'un créancier gagiste en possession du bien : celui-ci ne peut réaliser sa sûreté mais dispose d'un droit exclusif sur le bien lui permettant de conserver l'assiette de sa sûreté. Ce n'est qu'en cas de cession isolée ou de demande de restitution, que le créancier pourra exceptionnellement réaliser sa sûreté. Par un raisonnement *a pari*, il doit être accordé au créancier nanti le pouvoir de conserver l'assiette de sa sûreté, par exemple en transférant les fonds sur un compte à la Caisse des dépôts et consignations<sup>1924</sup> sans pour autant lui reconnaître une libre réalisation de sa sûreté à défaut de dispositions spéciales en ce sens. Dans le cas où la créance nantie serait arrivée à terme, nous savons que sur le fondement du droit commun, le créancier peut conserver les sommes dans l'attente de l'échéance de la créance garantie sur un compte spécialement affecté à cet effet. Se rapprochant à ce stade du mécanisme du gage-espèces, il

---

<sup>1922</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, *op. cit.*, n° 994 : « Enfin, attendre l'échéance de la créance nantie. Si le créancier a notifié le nantissement au débiteur de la créance nantie, il est le seul à pouvoir en recevoir paiement (art. 2363, al.1<sup>er</sup>). Il n'est plus alors question d'un droit de préférence, mais d'une véritable exclusivité, qui rapproche sensiblement le nantissement de créance des mécanismes de propriété fiduciaire. Le paiement réalisé par le débiteur de la créance nantie s'impute sur la créance garantie (art. 2364, al.1<sup>er</sup>). Si les sommes ainsi payées sont d'un montant supérieur à celui de la créance garantie, le créancier doit la différence au constituant (art. 2366), car une sûreté, en raison de son caractère accessoire, ne doit procurer aucun enrichissement au créancier. Ce troisième mode de réalisation, qui peut sembler le plus simple, pourrait cependant être privé d'efficacité après l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal s'il venait à être assimilé à un pacte comissoire ». Adde, C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 235 : « Cette assimilation du droit au paiement direct à l'exécution d'un pacte comissoire pourrait en effet procéder du constat que, lorsqu'est exigible la créance garantie et que le bénéficiaire du nantissement reçoit paiement du débiteur de la créance nantie pour « affecter » les sommes au paiement de l'obligation, il ne fait finalement rien d'autre que de s'attribuer en paiement l'assiette de la sûreté, sans n'avoir plus besoin de conserver les fonds. L'on perçoit alors difficilement, d'un point de vue substantiel, la distinction entre l'attribution en paiement, interdite après le jugement d'ouverture de la procédure collective, et le droit au paiement, que la procédure collective ne paralyserait pas ». Adde, M. JULIENNE, *Le nantissement de créances*, préf. L. Aynès, Economica, 2012, n° 178 : « D'un point de vue formel, le paiement direct n'est pas un « pacte », c'est-à-dire une clause adjointe au nantissement, mais une prérogative légalement reconnue au créancier nanti. Et sur le fond, cette qualification ne convainc pas non plus, parce que le droit au paiement direct n'est pas une attribution de la créance en paiement. Celle-ci est réglementée, non à l'article 2363, mais 2365 du Code civil. N'étant, ni un droit de rétention, ni un pacte comissoire, le droit au paiement direct ne saurait être concerné par les limitations que connaissent ces figures en cas de procédure collective ».

<sup>1923</sup> C. com., art. L. 622-7 I ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., *ibid.* : l'auteur considère en effet que l'application de la règle interdisant le paiement des créances antérieures n'a pas vocation à seulement s'appliquer à l'égard des créances du débiteur mais également à l'égard des paiements effectués par un tiers, afin de ne pas diminuer le gage commun des créanciers. Au demeurant, il s'agirait en l'occurrence d'une distinction avec la cession Dailly puisque « le nantissement de créance n'étant pas translatif de propriété, la créance nantie demeure logée dans le patrimoine du débiteur en difficulté ».

<sup>1924</sup> C. com., art. L. 622-18 ; C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 235.

demeure une incertitude quant au point de savoir si le créancier peut mettre en œuvre la sûreté malgré l'ouverture d'une procédure collective. Certains auteurs y sont réfractaires en estimant que ce serait autorisé là une attribution en paiement alors que la réalisation du pacte comissoire est prohibée dès le prononcé du jugement d'ouverture<sup>1925</sup>. Pourtant, l'existence du droit de rétention, expressément reconnu par la Cour de cassation, implique *a minima* de permettre au créancier de conserver les sommes, voire de pouvoir réaliser la sûreté en dehors de la procédure collective puisque *in fine* les sommes lui sont de fait affectées<sup>1926</sup>.

**676. Nantissement de compte bancaire – De lege lata,** le nantissement de compte bancaire fait pourtant figure d'exception. Son régime juridique, entièrement calqué sur celui du nantissement de créance de droit commun<sup>1927</sup> aurait dû impliquer la reconnaissance d'un pouvoir de blocage grâce à la faculté de notifier la sûreté. Le professeur Henri Synvet en concluait à raison que « *la constitution du nantissement réserve au créancier nanti les soldes créditeurs à venir* »<sup>1928</sup>, de sorte que « *la créance représentée par le solde créditeur du compte au jour du jugement d'ouverture est en quelque sorte "gelée" au profit du créancier nanti "car" les écritures de débit postérieures à l'ouverture de la procédure [et qui ne participent pas de la régularisation des opérations en cours] ne viennent pas s'imputer sur la*

---

<sup>1925</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 237 : M. Favre-Rochex critique le courant doctrinal qui analyse la réalisation du nantissement par le mécanisme de l'imputation en considérant que « *l'on peut toutefois douter de l'originalité d'un tel mécanisme de réalisation du nantissement de créance, indépendant de tout mode classique de recouvrement forcé puisque le créancier s'appropriant définitivement les sommes conservées, c'est à l'évidence avec l'exécution d'un pacte comissoire que le dénouement du nantissement converge* ».

<sup>1926</sup> V. en ce sens : C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 239 ; M. JULIENNE, *Le nantissement de créances*, préf. L. Aynès, Economica, 2012, n° 220 : M. Julienne soulève l'inutilité d'une telle paralysie en expliquant que « *si la réalisation de la sûreté était ainsi paralysée, le nanti demeurerait tenu d'une obligation de conservation et de restitution, tandis que la dette du constituant continuerait de générer des intérêts. L'intérêt concret qu'il y aurait à interdire au créancier nanti d'imputer les sommes sur sa créance semble donc des plus réduits. (...). L'avant-projet tirait la conséquence logique de ce blocage : il est inutile de différer davantage le dénouement de la garantie puisque personne d'autre que le créancier ne peut tirer profit de ces actifs. (...). L'argument vaut pareillement dans l'hypothèse où le nanti détient lui-même les sommes. Différer la réalisation de la sûreté en cas de procédure collective du constituant ne présente aucun intérêt. Aussi serait-il raisonnable de considérer que le nanti peut réaliser la sûreté qu'il détient sur les sommes perçues même en cas de procédure collective – comme on l'admet pour le gage d'argent -* ».

<sup>1927</sup> En effet, le régime juridique du nantissement de compte bancaire est soumis au régime du nantissement de créances de droit commun. L'article 2360 du Code civil précise : « *Lorsque le nantissement porte sur un compte, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution.*

*Sous cette même réserve, au cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture* ».

<sup>1928</sup> H. SYNDET, « Le nantissement de compte », *Dr. et patr.*, 2007, n° 161, p. 62 s. Afin d'éviter aux établissements de crédit de notifier à eux-mêmes la sûreté, il est permis de faire participer le débiteur de la créance nantie (client de la même banque) à l'acte de nantissement réalisant une notification.



*position créditrice constatée lors du prononcé du jugement », et d'autre part, le refus de l'efficacité du pacte comissoire est ici inopérant puisque le créancier nanti « demande un paiement direct au teneur de compte ce qui est autre chose »<sup>1929</sup>. La résistance du nantissement de compte bancaire ne pouvait guère faire de doute<sup>1930</sup>. Contre toute attente, la chambre commerciale réfuta le raisonnement en refusant au créancier de séquestrer le solde du compte suite au jugement d'ouverture opérant ainsi une confusion entre la faculté de bloquer les sommes et la réalisation de la sûreté<sup>1931</sup>. Par une décision du 25 septembre 2019, la position fut réaffirmée en lui procurant l'extrême onction par la promesse d'une publication au Bulletin...<sup>1932</sup> : « Mais attendu qu'après avoir énoncé que les règles relatives aux procédures collectives sont d'ordre public, que selon l'article 2287 du code civil, les dispositions relatives aux sûretés ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en matière d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, et que l'article 2360 du même code concerne l'assiette de la garantie que pourra faire valoir le créancier dans le cadre de sa déclaration de créance, l'arrêt retient*

---

<sup>1929</sup> H. SYNDET, art. préc., p. 66 et 67. Sur l'assimilation à une réalisation par la voie d'un pacte comissoire, v. *supra*, n° 614 et s.

<sup>1930</sup> Néanmoins, la clause de blocage du solde du compte nanti est paralysée par l'ouverture d'une procédure de conciliation ou d'insolvabilité.

<sup>1931</sup> Cass. com., 7 nov. 2018, n° 16-25860 ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 342, p. 28, obs. M.-P. DUMONT-LEFRANC ; *L'essentiel dr. bancaire* 2019, n° 1, p. 7, obs. M. MIGNOT : « qu'après avoir énoncé que, selon l'article 2287 du code civil, les dispositions relatives aux sûretés ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, et que selon l'article 2360, alinéa 2, du même code, au cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture, l'arrêt retient, par motifs propres, qu'à la date de l'ouverture du redressement judiciaire de la société, les échéances du prêt accordé par la banque étaient régulièrement payées de telle sorte que la déchéance du terme n'était pas intervenue et, par motifs adoptés, que la banque ne pouvait pas procéder à la réalisation de la sûreté par la rétention des soldes créditeurs des comptes nantis ; que par ces seuls motifs, abstraction faite de ceux critiqués par les deuxième et troisième branches, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

<sup>1932</sup> Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-21.647 ; *L'essentiel dr. des entreprises en difficultés*, 2020, n° 03, p. 2, n. L. ANDREU ; *D.* 2020.1685, n. R. DAMMANN et A. ALLE ; *RTD civ.* 2020.164 n. CH. GIJSBERS ; *Gaz. Pal.*, 2020, n° 379, p. 64, n. A. GOUZEL ; *Rev. des contrats* 2020, n° 116, p. 56, n. M. JULIENNE : « Mais attendu qu'après avoir énoncé que les règles relatives aux procédures collectives sont d'ordre public, que selon l'article 2287 du code civil, les dispositions relatives aux sûretés ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en matière d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, et que l'article 2360 du même code concerne l'assiette de la garantie que pourra faire valoir le créancier dans le cadre de sa déclaration de créance, l'arrêt retient que la clause litigieuse, qui permet à l'organisme prêteur de "séquestrer" les fonds figurant sur les comptes de l'emprunteur, aboutit à l'autoriser, alors même qu'il n'existe encore aucune mensualité impayée ni même aucune créance exigible en raison du différé prévu pour les remboursements, à prélever sur les comptes une partie du capital prêté par voie de compensation et opère comme une résiliation unilatérale du contrat de prêt en contrariété avec les dispositions de l'article L. 622-13 du code de commerce ; que la cour d'appel en a exactement déduit que le blocage opéré par la Caisse aboutissait à vider de son sens "le potentiel" de la procédure de redressement judiciaire et qu'était justifiée l'intervention du juge des référés afin de prendre les mesures propres à faire cesser un trouble manifestement illicite et à prévenir un dommage imminent, ce dommage imminent n'étant autre que la liquidation judiciaire à venir en cas d'impossibilité pour l'entreprise de fonctionner faute de fonds disponibles ».

que la clause litigieuse, qui permet à l'organisme prêteur de "séquestrer" les fonds figurant sur les comptes de l'emprunteur, aboutit à l'autoriser, alors même qu'il n'existe encore aucune mensualité impayée ni même aucune créance exigible en raison du différé prévu pour les remboursements, à prélever sur les comptes une partie du capital prêté par voie de compensation et opère comme une résiliation unilatérale du contrat de prêt en contrariété avec les dispositions de l'article L. 622-13 du code de commerce ; que la cour d'appel en a exactement déduit que le blocage opéré par la Caisse aboutissait à vider de son sens "le potentiel" de la procédure de redressement judiciaire et qu'était justifiée l'intervention du juge des référés afin de prendre les mesures propres à faire cesser un trouble manifestement illicite et à prévenir un dommage imminent, ce dommage imminent n'étant autre que la liquidation judiciaire à venir en cas d'impossibilité pour l'entreprise de fonctionner faute de fonds disponibles »<sup>1933</sup>. Dans son analyse de l'arrêt, le professeur Charles Gijbers constate avec nous que la chambre commerciale confond réalisation de la sûreté – laquelle doit certes rester paralysée le temps des procédures de sauvetage – avec la faculté de séquestrer le solde du compte nanti sur un compte spécialement affecté à cet effet<sup>1934</sup>. En l'occurrence une clause dite de « blocage » était stipulée permettant à l'établissement de crédit de séquestrer les sommes au titre du solde créditeur du compte nanti. Il est vrai que l'on considère que la clause de blocage, permettant de renforcer le pouvoir de blocage du créancier nanti<sup>1935</sup>, est en principe réputée non-écrite, sur le fondement de l'article L. 611-16 du Code de commerce dès lors qu'elle a pour effet d'aggraver la situation du débiteur en raison de l'ouverture d'une procédure de conciliation ou une procédure d'insolvabilité<sup>1936</sup>. Or par la notification, le créancier nanti est censé entrer en possession juridique du bien grevé, tel que cela est reconnu en matière de nantissement de créance<sup>1937</sup>, de sorte qu'il devrait pouvoir l'invoquer face à

---

<sup>1933</sup> Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-21.647, arrêt préc.

<sup>1934</sup> CH. GIJBERS, « Le nantissement de compte bancaire à l'épreuve de la procédure collective du constituant (ou comment le créancier se trouve exproprié de sa sûreté...) », *RTD civ.* 2020 p. 164.

<sup>1935</sup> CH. GIJBERS, M. JULIENNE, « La clause de blocage conservatoire du compte nanti », *RLDC* janv. 2015, p. 28 ; P. CROCQ, « Nantissement », *Rep. Civ. Dalloz*, févr. 2017, n° 48.

<sup>1936</sup> CH. GIJBERS, art. préc. : « Encore faut-il observer qu'annuler la clause sur ce fondement eût été assez platonique car c'est à une protection comparable qu'aboutit, en l'absence même de toute stipulation, l'article 2360, alinéa 2, du code civil selon lequel « au cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture ».

<sup>1937</sup> En effet, la notification conférant un droit exclusif au paiement, la Cour de cassation en a déduit sa résistance face à l'ouverture d'une procédure collective, par l'exercice d'un pouvoir de blocage du créancier sur les créances nanties. V. en ce sens : P. CROCQ, « Nantissement », *Rep. Civ. Dalloz*, févr. 2017, n° 48 ; Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, *Bull. civ. IV*, n° 94 ; *RDC* 2010. 13338, obs. A. AYNES ; *D.* 2010. 2201, n. N. BORGA ; *RD bancaire et financier*, 2010, n° 142, obs. A. CERLES ; *RTD civ.* 2010. 597 ; *D.* 2011. Pan. 411,

l'ouverture d'une procédure collective. Par un raisonnement *a pari*, il conviendrait de reconnaître aussi la mise en possession du créancier nanti du solde créditeur du compte nanti. Ce n'est pourtant pas le parti pris par la Cour de cassation qui a procédé à une approche plus finaliste que juridique en estimant que « *que le blocage opéré par la Caisse aboutissait à vider de son sens "le potentiel" de la procédure de redressement judiciaire et qu'était justifiée l'intervention du juge des référés afin de prendre les mesures propres à faire cesser un trouble manifestement illicite et à prévenir un dommage imminent, ce dommage imminent n'étant autre que la liquidation judiciaire à venir en cas d'impossibilité pour l'entreprise de fonctionner faute de fonds disponibles* »<sup>1938</sup>. La solution retenue par la Cour de cassation doit se lire au regard de la finalité poursuivie par les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, qui est celle de permettre la continuité de l'activité du débiteur. En effet, le bien objet de la sûreté est infiniment utile à la poursuite de l'exploitation. Les fonds en trésorerie sont consubstantiels à la réussite de la procédure de sauvetage : comment sauver un débiteur en difficulté si tout ou partie de ses fonds en compte bancaire sont gelés par un créancier affolé (à raison) par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou même de conciliation ? La mission deviendrait alors (quasi) impossible... Nous rejoignons l'analyse de la chambre commerciale sur ce point. Toutefois, tel que le note le professeur Charles Gijssbers : « *Mais n'est-ce pas à la loi plutôt qu'au juge de s'en émouvoir ? L'équilibre à trouver entre l'objectif de sauvetage de l'entreprise et la protection des créanciers munis de sûretés relève au premier chef du législateur* »<sup>1939</sup> ? Une incohérence se lit entre la solution applicable au nantissement de créance et le nantissement de compte bancaire. En effet, comment expliquer la soumission du nantissement de compte bancaire au régime juridique de droit commun alors que dans un même temps la jurisprudence vient lui refuser son bénéfice lors de l'ouverture d'une procédure collective. Le constat est d'autant plus vrai que l'article 2360 du Code civil précise que les droits du créancier se cristallisent sur le solde créditeur établi au jour du jugement d'ouverture<sup>1940</sup>. Au-delà de l'analyse purement textuelle, la solution aboutit à

---

obs. P. CROCQ ; *JCP* 2011. 226, n° 19, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 2010. 1340, obs. A. LIENHARD ; *Dr. et patr.* sept. 2010, p. 96, obs. Ph. DUPICHOT ; *BJE* 2011. 28, obs. C. HOUIN-BRESSAND ; *D.* 2011. 1651, obs. D. MARTIN .

<sup>1938</sup> Cass. com., 22 janv. 2020, arrêt préc.

<sup>1939</sup> CH. GIJSSBERS, « Le nantissement de compte bancaire à l'épreuve de la procédure collective du constituant (ou comment le créancier se trouve exproprié de sa sûreté...) », art. préc.

<sup>1940</sup> CH. GIJSSBERS, art. préc. : « *Loin de ne traiter que de la déclaration de créance (ce qui n'aurait guère de sens), cette disposition décrit les droits substantiels attachés au nantissement selon que le constituant est in bonis ou en faillite. Ainsi, après avoir rappelé le principe selon lequel la créance sur laquelle s'exerce le nantissement de compte s'entend du solde créditeur au jour de la réalisation de la sûreté (al.1<sup>er</sup>), le texte détermine ce qu'est la créance nantie en décidant alors qu'elle reste figée au montant que le solde du compte affiche à la date du jugement d'ouverture et sous réserve de la régularisation des opérations en cours (alinéa 2) ».*

déposséder le créancier de son pouvoir de blocage qu'il avait pourtant acquis sur le solde du compte nanti par la notification ou la participation du débiteur de la créance nantie au contrat de sûreté.

Malgré les griefs qui peuvent lui être opposés, l'arrêt a pour mérite de poser la difficulté. La résolution du problème revient à opérer un choix de politique législative revenant *in fine* au législateur. Obliger au désintéressement du créancier dans un objectif de récupérer les fonds serait juridiquement fondé ; la notification ayant eu pour effet de mettre le créancier en possession du solde créditeur. Afin d'instaurer un équilibre au regard de l'objectif poursuivi, il s'agirait alors d'appliquer la procédure de retrait contre paiement. Le créancier pourrait ainsi bloquer le solde créditeur gelé au jour du jugement d'ouverture. En cas de besoin absolu pour la poursuite de l'activité, l'administrateur, sur autorisation du juge-commissaire disposerait de la faculté de désintéresser le créancier afin de mettre fin au blocage<sup>1941</sup>. La solution aurait pour effet de rassurer les créanciers en favorisant le financement des entreprises. Elle apporterait en outre une meilleure lecture du droit applicable en posant pour principe la résistance des sûretés avec dépossession, sauf à procéder au retrait contre paiement pour les biens strictement utiles à la poursuite de l'activité. Ainsi faudrait-il procéder à un alignement du sort des biens absolument nécessaires à la poursuite de l'activité en présence d'une procédure de sauvetage de l'entreprise en généralisant la procédure du retrait contre paiement en présence de sûretés avec dépossession ? Toutefois, la procédure de paiement contre retrait, telle qu'elle est prévue en matière de biens corporels, ne correspond pas forcément lorsqu'il s'agit du solde créditeur d'un compte bancaire. M. Gijbers propose une substitution de la sûreté en conférant au créancier un privilège de premier rang<sup>1942</sup>, tandis que M. Favre-Rochex soumet l'idée d'un « *paiement immédiat du créancier durant la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, en lui imposant un prélèvement sur le montant de sa créance* »<sup>1943</sup>. Les propositions sortent ainsi du cadre des solutions habituellement appliquées afin de parvenir à l'équilibre voulu entre le besoin de sauver l'entreprise et la préservation des droits du créancier. Nous regrettons néanmoins une atteinte persistante au

---

<sup>1941</sup> La solution n'aurait d'intérêt que dans le cas d'un montant du solde créditeur supérieur au montant de la créance garantie, à peine de réaliser une opération neutre et inutile.

<sup>1942</sup> CH. GIJBERS, art. préc. : « *Une piste de réflexion parmi d'autres pourrait consister, en cas de sauvegarde ou de redressement, à laisser le débiteur disposer librement des fonds grevés moyennant la substitution au nantissement de compte d'un privilège de tout premier rang que le créancier, privé de sa sûreté monétaire, pourrait exercer sur la totalité des actifs vendus en cas de liquidation judiciaire ?* ».

<sup>1943</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 366.

droit du créancier nanti alors que ce dernier dispose d'un pouvoir de blocage sur le solde créditeur qui devrait lui permettre de conserver l'intégralité de l'assiette de sa sûreté.

L'avant-projet de réforme du droit des sûretés porté par l'association Henri Capitant affirme l'entière résistance du futur nantissement de monnaie scripturale à l'article 2366-8 du Code civil. La Commission Grimaldi explique ce choix « *Ce texte confirme l'efficacité du nantissement de monnaie scripturale et tire la conséquence logique de l'article 2366-6 qui le précède. Dès lors que ni le constituant ni aucun tiers ne peut retirer les fonds nantis, il est inutile de retarder la réalisation du nantissement. L'ouverture d'une procédure de règlement des difficultés financières contre le constituant n'entrave donc pas le droit au paiement direct reconnu par l'article 2366-7, qu'il s'agisse d'une procédure du Livre VI du Code de commerce ou du Livre VII du Code de la consommation* ». Pourquoi ne pas étendre la solution au nantissement de compte bancaire alors que les deux sûretés sont fondées sur la même technique juridique aboutissant à l'affectation des fonds au paiement de la créance garantie ? D'autant que si l'alignement ne s'opère pas, ce serait très probablement signer l'arrêt de mort du nantissement de compte bancaire en raison de sa moindre attractivité comparée à celle du futur nantissement de monnaie scripturale. Quoiqu'il en soit, la solution actuelle n'est pas tenable en ce qu'elle porte une atteinte trop importante aux droits du créancier qui, en raison de la nature consomptible de l'assiette de sa sûreté, la verra forcément disparaître au fil du temps, et appelle à une modification législative du droit applicable.

**677. Conclusion de paragraphe** – Lorsque le débiteur peut être sauvé, le droit des entreprises en difficulté instrumentalise les sûretés qu'elles soient pour autrui ou pour soi-même mais selon des finalités différentes, ce qui démontre vigoureusement l'utilité de la *summa divisio* proposée. Aussi, la classification interne des sûretés pour soi se constate également par la meilleure résistance des sûretés emportant la dépossession du débiteur. Elle apporte en outre un éclairage sur les sûretés grevant des biens incorporels. Nous constaterons que la *summa divisio* se révèle aussi lorsque les chances de sauvetage de l'entreprise sont obérées.

## **II. L'EFFICACITÉ NUANCÉE EN CAS DE CHANCE OBERÉE DE SAUVETAGE**

**678. Confirmation des lignes directrices** – Le sort des créanciers titulaires de sûretés réelles ne s'améliore guère lorsque le débiteur ne peut plus être sauvé. Contrairement aux sûretés pour autrui qui assurent une chance substantielle d'être totalement désintéressé en

cas de clôture, les sûretés pour soi ne sont, pour la plupart, plus à même d'honorer leur finalité. En effet, le créancier soumis au classement est sacrifié au profit des créanciers privilégiés, ce qui interroge quant à la place de ces privilèges. Le pacte est rompu par la brèche qui est creusée entre le droit commun et le droit spécial des sûretés en procédures collectives. Il est vrai que l'objectif de sauvetage doit nécessairement avoir un impact sur l'effet des sûretés réelles lorsque le débiteur présente de sérieuses chances de surmonter les difficultés. Or comment expliquer le sort des créanciers titulaires de sûretés réelles dans le cadre d'un plan de cession ou d'une liquidation judiciaire ?

679. **Plan** – Nous retrouvons les mêmes lignes directrices : seuls les créanciers disposant d'une sûreté réelle avec dépossession ou d'une propriété-sûreté (A) pourront échapper au terrible classement des créanciers qui leur laisse peu de chance d'obtenir leur dû (B).

#### A. À la recherche du paiement hors classement

680. **A la recherche du paiement hors classement dans le cadre des opérations liquidatives** – « *Si la faveur dispensée par la sûreté est en berne, l'exclusivité a le vent en poupe, celle-ci étant entendue comme la possibilité donnée au créancier d'exclure les autres créanciers de la valeur du bien* »<sup>1944</sup>. La véracité de l'observation du professeur Philippe Dupichot se mesure à l'aune du déroulement des procédures collectives, mais aussi dans le cadre d'un plan de cession (1) ou en cas d'une procédure de liquidation judiciaire (2). Éviter la soumission au classement des créanciers devient en ce sens un critère de sélection afin de dénicher la sûreté qui résistera au triste sort des créanciers soumis au classement.

#### 1. Une résistance au plan de cession

681. **En cas de plan de cession** – La survenance d'un plan de cession totale ou partielle est en principe considérée comme une opération de nature liquidative en ce qu'elle a pour effet de réaliser les actifs du débiteur en vue de désintéresser ses créanciers. Partant, le législateur est venu régir l'organisation des plans de cession au sein du Titre relatif à la

---

<sup>1944</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*

liquidation judiciaire<sup>1945</sup>. Ce n'est pas pour autant une opération qui se retrouve uniquement en cas de prononcé d'une liquidation judiciaire puisque le plan de cession peut être préparé dès la procédure de redressement judiciaire<sup>1946</sup>.

**682. Plan** – Les créanciers sont en l'occurrence soumis au risque de disparition de l'assiette de leur sûreté. Face à ce cela, il s'avère que tant la possession (a) que la propriété du bien (b) constituent un véritable rempart.

*a. L'effet de la possession*

**683. Le rempart de la possession** – Le créancier titulaire d'une sûreté avec dépossession assorti d'un droit de rétention effectif bénéficiera d'un traitement hors classement que ce soit dans le cadre d'un plan de cession ou à la suite d'une clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. En effet, en cas de plan de cession comprenant le bien grevé, « *le rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir que moyennant règlement de sa créance, il n'a pas à se contenter d'une quote-part du prix de cession* »<sup>1947</sup>. Dans le cas des opérations liquidatives, l'article L. 642-12 du Code de commerce confirme la suprématie des sûretés accompagnées d'un droit de rétention en affirmant que ce dernier ne saurait être affecté par l'exécution d'un plan de cession<sup>1948</sup>. La solution doit valoir pour tous les créanciers gagistes avec dépossession, y compris l'antichrésiste. La question se posait de savoir si le droit de rétention fictif pouvait bénéficier de la même force que le droit de rétention effectif. À la lecture de l'article L. 642-12 du Code de commerce, le législateur n'a pas fait de distinction. Or *ubi lex non distinguit nec nos distinguere*. Le professeur Françoise Pérochon estime qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre droit de rétention fictif et effectif de sorte qu'il incomberait au liquidateur de vérifier dans les registres de publicité l'existence éventuelle de droit de rétention par inscription<sup>1949</sup>. Selon l'analyse que nous portons du droit

---

<sup>1945</sup> Titre IV du Livre VI relatif à la liquidation judiciaire ; C. com., art. L.642-1 et s.

<sup>1946</sup> Pour autant, le plan de cession peut parfaitement être préparé dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. V. en ce sens, C. com., art. L. 631-22 al.1<sup>er</sup> : « *A la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans. Les dispositions de la section I du chapitre II du titre IV, à l'exception du I de l'article L.642-2, et l'article L.642-22 sont applicables à cette cession. Le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur* ».

<sup>1947</sup> PH. DUPICHOT, « Le droit des sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*, p. 219.

<sup>1948</sup> C. com., art. L. 642-12 al.5 : « *Les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession* ».

<sup>1949</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 540 et 1292.

de rétention fictif, en ce qu'il n'a aucune consistance, il ne devrait pas être bénéficiaire des règles qui sont justifiées sur l'existence d'un pouvoir de blocage. En effet, ce qui différencie le sort des créanciers soumis à la règle de la quote-part de ceux qui en échappent est bien ce pouvoir de blocage. Or en son absence, tel que cela est le cas pour le droit de rétention fictif, le bénéfice de l'article L. 642-12 alinéa 5 du Code de commerce devrait lui être refusé.

*b. L'effet de la propriété*

**684. La force du droit de propriété** – Le droit de propriété placé au service de la sûreté constitue un moyen d'échapper au gel du passif et à l'effet réel de la procédure collective. C'est ainsi que les propriétés-sûretés pourront, en principe, résister en cas de cession du bien grevé. N'étant pas compris dans le patrimoine du débiteur, le bien ne saurait l'être dans le plan de cession de sorte que le créancier conservera son droit sur le bien.

**685. La propriété cédée** – Ainsi, en cas de liquidation judiciaire, « toute fiducie-sûreté déploie pleinement ses effets des articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil (libre disposition ou remise du bien, à condition toutefois de respecter les délais de revendication si la fiducie est sans dépossession) »<sup>1950</sup>. La convention de mise à disposition qui faisait obstacle au retour des biens dans le cas d'une fiducie-sûreté sans dépossession n'est plus soumise à la règle de la continuation des contrats en cours suite au prononcé de la liquidation judiciaire. Or il incombera au créancier fiduciaire d'exercer une action en revendication dans le délai de trois mois à compter du prononcé de la liquidation judiciaire. À défaut, son droit ne sera plus opposable aux organes de la procédure collective de sorte qu'il perdra le bénéfice du droit de propriété. Toutefois le cadre d'un plan de cession, « c'est logiquement que les créanciers sont prémunis par la fiducie-sûreté du risque que les biens, qui ne sont pas la propriété du débiteur, puissent être inclus »<sup>1951</sup>. Aussi, de manière constante, la cession de créances professionnelles à titre de garantie échappe aux effets de la procédure collective. En cas de plan de cession, le créancier cessionnaire se verra attribuer le montant de la créance cédée<sup>1952</sup> ; la différence avec le montant de la créance garantie devant être restituée<sup>1953</sup>.

---

<sup>1950</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », p. 224 : l'auteur souligne également le fait que la sûreté permet à son titulaire de « ne pas être intégrés dans des comités de créanciers au sein desquels ils auraient pu subir des délais ou remises non voulus ».

<sup>1951</sup> PH. DUPICHOT, art. préc., *ibid.*

<sup>1952</sup> Cass. com., 9 févr. 2010, n° 09-10.119, *Bull. civ.* IV, n° 34, *D.* 2010. 578, obs. X. DELPECH ; *D.* 2011. 406, obs. P. CROCQ ; *D.* 1643, obs. D. R. MARTIN et H. SYNDET ; *RTD civ.* 2010. 360, obs. P. CROCQ ;



**686. La propriété réservée** – Le sort du créancier réservataire aux différentes étapes de la procédure collective est particulièrement en sa faveur. En permettant au créancier réservataire de revendiquer la propriété de son bien dans un délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture, le bien ainsi revendiqué doit être exclu du plan de cession à peine d'engager la responsabilité de l'administrateur judiciaire<sup>1954</sup>.

## 2. Une réalisation hors concours en liquidation judiciaire

**687. En cas de liquidation judiciaire** – L'article L. 640-1 du Code de commerce annonce la finalité de la liquidation judiciaire qui est celle de l'apurement du passif en mettant « *fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* ». La liquidation judiciaire s'analyse donc en une « *procédure d'exécution patrimoniale universelle* »<sup>1955</sup>. Nous pourrions ainsi en déduire que le prononcé de la liquidation judiciaire sonne l'affranchissement des sûretés réelles, telle que cela est le cas pour les sûretés pour autrui. Or seules les sûretés avec dépossession ou fondées sur le droit de propriété le permettent.

**688. Force des sûretés avec dépossession** – En présence d'une procédure purement liquidative avec cessation de l'activité, le créancier rétenteur révélera une nouvelle fois la force de sa position. Les sûretés avec dépossession imposeront alors la procédure de retrait contre paiement. L'article L. 641-3 alinéa 2 énonce que « *le juge-commissaire peut autoriser le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue ou encore pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail* ». À défaut, le droit de rétention se reportera sur le prix de vente du bien. Le professeur Philippe Dupichot en déduit fort justement qu'un « *tel*

---

RTD com. 2010. 770, obs. D. LEGEAIS ; RLDC 2010, p. 37, n. J.-J. ANSAULT ; RD. bancaire et financier 2010.95, n. A. CERLES.

<sup>1953</sup> P. CROCQ, « Droit des sûretés », D. 2011 p. 406 : « *Ayant déjà commenté cet arrêt dans d'autres colonnes (RTD civ. préc.), on se contentera de rappeler ici que l'affirmation suivant laquelle la cession Dailly prend fin sans formalité particulière n'est pertinente qu'en cas de paiement de la créance garantie, ce qui précisément n'était pas le cas ici, et que la solution énoncée par la haute juridiction contrevient au principe d'indivisibilité des sûretés réelles qui veut que la réalisation de la sûreté se fasse sur la totalité du bien grevé. En application de ce principe, la Cour de cassation aurait dû juger que le débiteur cédé devait payer au cessionnaire la totalité de la créance cédée et qu'ensuite il incombait au cessionnaire de restituer au cédant la différence entre le montant de la créance cédée et le montant de la créance garantie.* »

<sup>1954</sup> Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-28.052 ; Gaz. Pal. 2013, n° 148, p. 17, obs. CH. BIDAN.

<sup>1955</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1147.

*report renferme ni plus ni moins un paiement exclusif d'un créancier qui ne s'inclinera ni devant le superprivilège des salaires, ni devant les privilèges des créanciers postérieurs (L.622-7 C. com.), des créanciers conciliants (L.611-11 C. com.) ou encore des frais de justice : le droit de retenir indéfiniment de l'argent équivaut en effet à celui de se faire payer hors concours* »<sup>1956</sup>. Le paiement hors classement du créancier rétenteur confirme la suprématie des sûretés fondées sur une dépossession du bien. Elles ne sont pas les seules à conférer une situation inexpugnable au créancier.

**689. Force de l'attribution en propriété** – En l'absence de dépossession du bien, seule l'attribution en propriété pourra défricher une voie pour le créancier vers l'exclusivité. Le droit des procédures collectives ne tolère que l'attribution judiciaire. Le pacte commissaire est en effet proscrit, que ce soit sa conclusion ou sa réalisation, dès lors qu'une procédure d'insolvabilité s'ouvre à l'égard du débiteur. Le professeur Claire Séjean-Chazal pose la question en ces termes : « *Ya-t-il, là encore, une raison valable de distinguer selon que la source de l'attribution du bien est judiciaire ou conventionnelle ?* »<sup>1957</sup> La prohibition du pacte commissaire est regrettable, en ce qu'elle est révélatrice à la fois d'une réminiscence de la méfiance à l'égard de ce pacte<sup>1958</sup> et d'une incohérence notable entre le fait d'admettre l'attribution en propriété par la voie judiciaire et de refuser celle s'effectuant par la voie conventionnelle<sup>1959</sup>. L'auteur propose ainsi « *de prendre acte de la spécificité des techniques*

---

<sup>1956</sup> PH. DUPICHOT, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre présent, passé et avenir », *op. cit.*, p. 219 : En effet, « *nul ne versera jamais une somme d'argent de même montant au rétenteur pour qu'il renonce à retenir ledit argent car ce serait là une opération blanche : de provisoire, la rétention devient définitive et extinctive de la créance* ». L'auteur s'interroge à juste titre sur le paradoxe de la situation : « *Il n'en reste pas moins que cette « invincibilité » de la rétention, qu'elle renforce ou non une sûreté préférentielle, est éminemment paradoxale : le droit de rétention n'est pas techniquement une sûreté réelle mais une simple « garantie », ainsi que l'avait relevé la Cour de cassation dans un arrêt du 20 mai 1997 et que le suggère aujourd'hui sa place en tête du Livre IV du Code civil, juste après le créancier chirographaire mais avant les Titres relatifs aux sûretés personnelles ou même réelles. Comment justifier que la simple « garantie » soit plus efficace que la véritable « sûreté » ?* »

<sup>1957</sup> CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 240 : l'auteur explique très justement que la prohibition du pacte commissaire n'est guère fondée. « *Aucun argument n'emportant véritablement l'adhésion en faveur d'une distinction selon la source du transfert de propriété. A défaut, ce serait reconnaître que le pacte commissaire resterait une institution dangereuse, digne de méfiance. Or, non seulement le législateur a encadré le pacte commissaire par de nombreuses protections, mais, de plus, dans le cadre de la procédure judiciaire, l'attribution est de droit dès que les conditions requises sont remplies. Partant, l'intervention judiciaire ne permet pas à elle seule de justifier la différence de traitement instaurée par le droit des procédures collectives. Plus encore, comment ne pas relever « l'anachronisme » qui existe dans la concomitance de la validation du pacte commissaire sur le terrain du droit commun et de sa paralysie en procédure collective ? Si l'attribution judiciaire devenait par principe admise en liquidation judiciaire, alors la mise en œuvre du pacte commissaire devrait donc également y être autorisée, ce qui ne pourrait se faire que par une modification législative* ».

<sup>1958</sup> V. *supra*, n° 613.

<sup>1959</sup> V. notamment : CL. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., *ibid.* ; R. DAMMANN, « Réflexions sur la réforme du droit des sûretés au regard du droit des procédures collectives : pour une attractivité retrouvée du gage », *D.*

*d'attribution, et en particulier de leur limitation aux titulaires de sûretés réelles, et, en conséquence, d'autoriser le recours aux attributions judiciaires et conventionnelles après le prononcé d'une liquidation judiciaire, quelle que soit la nature du bien grevé* »<sup>1960</sup>. Nous rejoignons l'analyse<sup>1961</sup> : les propriétés-sûretés, qui reposent sur un mécanisme d'attribution conventionnelle de la propriété du bien, ne sont guère neutralisées. Bien au contraire, celles-ci révèlent une particulière efficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective, de sorte qu'il n'est pas cohérent d'assurer une telle vigueur aux propriétés-sûretés tout en refusant la réalisation du pacte comissoire.

*De lege lata*, l'attribution judiciaire est autorisée tout en étant circonscrite au prononcé d'une liquidation judiciaire<sup>1962</sup>. La puissance de son effet se révèle alors par son caractère indépendant tel que l'a affirmé la chambre commerciale<sup>1963</sup>. Bien que le doute soit permis quant à l'exclusion totale des créanciers, y compris de rang préférable, par l'exercice d'une attribution judiciaire, il s'avère que le créancier attributaire subira le concours des créanciers ayant un droit sur le bien et non de tous les créanciers de la masse par la soumission au classement. Le désintéressement du créancier attributaire s'effectuera donc en dehors du classement des créanciers de la masse. Eu égard à la vigueur de ce mode de réalisation tendant à l'exclusion du classement, la Cour de cassation renonça à lui faire valoir sa place en matière immobilière par deux décisions remarquées et vivement critiquées<sup>1964</sup>, sacralisant le sort funeste du créancier hypothécaire en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le

---

2005 p. 2453 ; M. GRIMALDI, « Rapport de synthèse », in Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application, *LPA* 2008, n° 17, p. 79 ; J.-L. VALLENS, « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives », *RLDA* 2006, p. 75 et s.

<sup>1960</sup> Cf. SEJEAN-CHAZAL, thèse préc., n° 241.

<sup>1961</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, assoc. H. Capitant, juin 2017 : l'article L. 641-3 serait modifié en ce sens, « le créancier titulaire d'une sûreté réelle retrouve, à compter du jugement de liquidation judiciaire, la faculté de demander l'attribution judiciaire du meuble ou de l'immeuble grevé ou, le cas échéant de se prévaloir d'un pacte comissoire ».

<sup>1962</sup> La solution se justifie en effet en raison de l'interdiction des paiements.

<sup>1963</sup> Cass. com., 31 janv. 1983, n° 81-15.783, *Bull. civ. IV*, n° 43 : « l'attribution du gage est indépendante des règles concernant l'ordre dans lequel s'exercent sur le prix les différents privilèges en cas de vente du bien nanti ».

<sup>1964</sup> Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10.591, *Bull. civ. IV*, n° 91 : « Mais attendu que la demande d'un créancier hypothécaire impayé tendant à ce que l'immeuble grevé lui demeure en paiement, par application de l'article 2428 du code civil, tend au paiement d'une somme d'argent, au sens de l'article L.622-21 du code de commerce, et, qu'à défaut de disposition autorisant, par dérogation au principe de l'interdiction des poursuites posé par ce texte, la présentation d'une telle demande en cas de procédure collective, comme il en existe pour l'attribution judiciaire du gage, la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué est irrecevable ». V. également : Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-14.964.

choix de limiter à la matière mobilière fut vivement critiqué<sup>1965</sup>. Seul un argument textuel tiré d'une interprétation strictement littérale autorise une telle limitation. C'est ainsi que l'avant-projet de réforme de droit des sûretés de l'Association Henri Capitant prévoit de renverser cette solution en affirmant que l'attribution judiciaire peut se réaliser tant en matière mobilière qu'en matière immobilière<sup>1966</sup>.

Il s'avère qu'en l'absence de mainmise sur le bien, la situation du créancier pourra ne jamais être exclusive. Ce dernier subira en effet le concours des autres créanciers disposant de droits sur le bien et ayant un rang supérieur ou la paralysie inopportune des modes de réalisation par la voie de la propriété.

## **B. Désintéressement théorique des créanciers soumis au classement**

**690. Le créancier titulaire d'un simple droit de préférence tristement démuné face au classement des créanciers** – Faute de pouvoir opposer un droit de rétention, un mode de réalisation par l'attribution de la propriété, les créanciers titulaires de sûretés « simplement » préférentielles subissent la dure loi de la procédure. Nécessairement soumis au classement établi par le liquidateur, le désintéressement de ces créanciers privilégiés, en ce qu'ils disposent d'un droit de préférence, se révèle pourtant théorique.

Lors du prononcé de la liquidation judiciaire, les créances deviennent exigibles. Le liquidateur dispose alors d'un délai de trois mois afin d'enclencher les poursuites. En cas d'inertie, les

---

<sup>1965</sup> PH. DUPICHOT, « Le droit des sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, entre passé, présent et avenir », *op. cit.*, : « La solution n'en est pas moins regrettable à un triple titre. D'abord, parce qu'elle témoigne d'une frilosité dont la Cour de cassation n'était pas familière, elle qui avait jadis, notamment par un arrêt d'Assemblée plénière du 26 octobre 1984, érigé la faculté judiciaire en une prérogative de droit commun profitant à tout gagiste ne poursuivant pas la réalisation du bien grevé. Ensuite, parce que l'immeuble est devenu, à certains égards, un actif patrimonial comme les autres qui ne fait plus l'objet d'un traitement particulier au regard de modes de réalisation des sûretés convergents en matière mobilière comme immobilière. Enfin et surtout parce que l'article L.622-7 I alinéa 3 du Code de commerce, en neutralisant la seule réalisation d'un pacte comissoire postérieurement au jugement d'ouverture (art. L. 641-3 C. com. pour le jugement de liquidation), donc d'une attribution conventionnelle, ouvrait a contrario la voie à une attribution judiciaire des immeubles hypothéqués en cas de liquidation, prévue par l'article 2458 du Code civil. Il est sans doute regrettable que la chambre commerciale ait préféré une interprétation littérale de l'alinéa 2 de l'article L. 642-20-1 du Code de commerce, visant en effet le seul « créancier gagiste », pour en revenir au principe d'interdiction de toute action en justice visant au paiement d'une dette antérieure au jugement d'ouverture de l'article L.622-21 du Code de commerce, faute de dérogation expresse ».

<sup>1966</sup> Avant-projet de réforme du droit des sûretés, association H. Capitant, juin 2017 : C. com. art. L. 641-3.

créanciers recouvreront leur pouvoir de poursuite individuelle<sup>1967</sup>. Néanmoins, le résultat de ces poursuites aura vocation à être distribué en suivant le classement. La seule faveur accordée aux créanciers titulaires de sûretés simplement préférentielles résulte des termes de l'article L. 643-3 du Code de commerce selon lesquels il peut être ordonné par le juge-commissaire, d'office ou sur demande du liquidateur, le paiement, à titre provisionnel, de la quote-part d'une créance antérieure en se réservant le droit de subordonner le paiement à l'octroi d'une garantie bancaire<sup>1968</sup>. Cette exigence ne peut être que déplorée en présence d'un créancier qui a subi le temps de la procédure, voire des rabais de sa créance dans le cadre des plans, et dont on demande de garantir sa créance de remboursement envers les organes de la procédure collective.

Hormis cette relative faveur, les créanciers seront soumis à la répartition selon leur rang au sein du classement. Le prix de vente de l'actif cédé ou recouvré composera l'assiette de la répartition. Il y aura autant de classements que de biens cédés accompagnés de classements relatifs aux biens non grevés, meuble ou immeuble. Une particularité est à souligner lorsque l'actif cédé est un immeuble. En effet, le principe de subsidiarité défini à l'article 2376 du Code civil prévoit que les « *titulaires de sûretés immobilières spéciales peuvent écarter la priorité des titulaires de certains privilèges généraux en établissant que les actifs mobiliers suffisent à les désintéresser* »<sup>1969</sup>. Les règles tendant à établir l'ordre des rangs peuvent apparaître comme étant obscures. Tel que le professeur Françoise Pérochon l'explique, il convient d'abord de distinguer selon la nature mobilière ou immobilière du bien<sup>1970</sup>. *De lege lata*, les sûretés réelles préférentielles, dépourvues de droit de rétention ou de mode de réalisation exclusif, arriveront « *en principe, au 4<sup>ème</sup> rang au terme du classement suivant :*

*1° Le super-privilège des salaires (qui garantit les soixante derniers jours de salaire antérieur au jugement d'ouverture) ;*

---

<sup>1967</sup> C. com., art. L.643-2 : « *Les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque et le Trésor public pour ses créances privilégiées peuvent, dès lors qu'ils ont déclaré leurs créances même s'ils ne sont pas encore admis, exercer leur droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire* ».

<sup>1968</sup> C. com., art. L. 643-3 : l'article impose en effet l'octroi d'une garantie bancaire de remboursement mais vient préciser en son dernier alinéa qu'en présence des créanciers fiscaux ou sociaux, l'exigence d'une garantie bancaire est exclue.

<sup>1969</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1024.

<sup>1970</sup> F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1023 : l'auteur procure les règles de classement. En présence d'un bien mobilier, les privilèges spéciaux ont vocation à primer les privilèges généraux, lesquels devront respecter l'ordre dicté par le Code civil, à l'exception du privilège du Trésor ou de l'AGS. Dans le cadre du classement immobilier, la règle est inversée. Les privilèges généraux priment les privilèges spéciaux.

2°Le privilège des frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture ;

3°Le privilège de conciliation reconnu à ceux qui ont apporté de « l'argent frais » soit de new money lors de la phase de conciliation ;

4°Les sûretés mobilières spéciales et immobilières spéciales : le rang de préférence des créanciers gagistes et hypothécaires a été en effet amélioré par la loi du 10 juin 1994 et au seul cas de liquidation, c'est-à-dire le plus souvent ;

5°Le privilège des créanciers postérieurs ayant alors le 5<sup>ème</sup> rang »<sup>1971</sup>

Il apparaît que le droit de préférence issu de la sûreté pour soi manque sa finalité, à savoir renforcer le droit de gage général du créancier. Ce dernier se trouvera en effet bien démuni face aux privilèges qui assècheront l'actif du débiteur. Le droit de préférence sera aussi plus ou moins efficace en fonction de l'ordre des opérations liquidatives, ce qui renforce l'insécurité juridique subi par ces créanciers. Le sort d'un créancier A dont le classement est établi en premier lieu sera bien plus funeste que celui du créancier B dont le classement sera établi après avoir fortement désintéressé les créanciers bénéficiant de privilèges généraux.

**691. Voie proposée : une refonte des privilèges attribués ?** – S'il est vrai qu'il ne serait guère envisageable d'imaginer un monde utopique où tous les créanciers bénéficieraient d'une position inexpugnable, le sacrifice des créanciers bénéficiant d'un droit de préférence s'avère difficile à justifier. Des voix s'élèvent alors à l'encontre de l'existence d'un trop grand nombre de privilèges venant grever lourdement l'actif du débiteur et dont la hiérarchie est incohérente<sup>1972</sup>. Il est vrai que la technique employée par le législateur afin de récompenser

---

<sup>1971</sup> PH. DUPICHOT, art. préc., p. 218 : « Et même si les sûretés préférentielles priment depuis 1994 le privilège des créanciers postérieurs, le tableau n'est guère reluisant : le créancier subit le temps de la procédure tandis que le montant de sa créance s'en trouve parfois réduit ».

<sup>1972</sup> V. notamment : C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 534 : « Si la redéfinition de la hiérarchie en liquidation judiciaire dès 1994 a certainement participé d'une revalorisation, quoiqu'inégale, des sûretés réelles traditionnelles, l'autonomie de la hiérarchie au sein de cette procédure apparaît néanmoins incohérente en contemplation des finalités des finalités contemporaines du droit des entreprises en difficulté. En effet, à quoi sert-il d'instaurer un privilège au bénéfice des créanciers concourant à la continuation de l'activité, pour lui ôter son utilité lorsque sa vocation est d'être mis en œuvre ? ». PH. DUPICHOT, art. préc., p. 218 : « Malmenée, la faveur liée à la préférence a, de plus, été trop généreusement dispensée par un législateur compatissant qui a multiplié les tours de faveurs légaux. Or, « préférer tout le monde, c'est n'aimer personne » enseignait justement Philippe Malaurie. Partant, les sûretés réelles conventionnelles subissent la double concurrence de privilèges préexistants fort nombreux (fiscaux et sociaux notamment) mais aussi de ceux créés par la procédure collective. Un législateur démagogue a cédé à la tentation facile de multiplier le nombre de convives, en invitant les derniers invités en date à se repaître les premiers des biens du débiteur, au détriment des invités de la première heure... » ; CH. LEGUEVAQUES, PH. ROUSSEL GALLE, S. GORRIAS, G. BREMOND, H. GENDROT, PH. SAIGNE, R. VAILLOT, « La situation des créanciers : plus de droits, plus de privilèges...et moins de privilégiés », *LPA* 2006, n° 189, p. 39 ; F.-X. LUCAS, « L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse », *BJE* 2019, n° 117, p. 78.

les créanciers méritants est celle de l'octroi de privilèges : privilège de *new money* (C. com., art. L.611-11), privilège des créanciers postérieurs (C. com., art. L.622-7), privilège des créances postérieures ultra-privilégiées (C. com., art. L.643-8, échappant au classement). En sus des créanciers méritants, il est nécessaire d'articuler ces « privilèges de la procédure » avec ceux préexistants et non des moindres : les privilèges fiscaux et sociaux... Le désintéressement des créanciers privilégiés empêche *ipso facto* celui des créanciers titulaires de sûretés réelles dépourvus de droit exclusif. En pratique, il sera très peu probable qu'ils puissent percevoir un paiement même partiel de leur créance. La voie proposée serait d'alléger l'impact des privilèges intervenant dans le classement des créanciers<sup>1973</sup>. Théoriquement, plus les privilèges perdent en puissance, plus les créanciers recouvrent des chances d'être payés par l'effet des vases communicants. Au regard de la politique législative, il est difficile de soutenir une réduction des privilèges sociaux et fiscaux dans une période économiquement tendue. Or il est possible de suggérer, non pas une remise en cause de ces privilèges, mais une diminution de leur impact au sein du classement des créanciers<sup>1974</sup>.

**692. Conclusion de paragraphe** – C'est ainsi que lors des opérations liquidatives, seuls les créanciers pouvant être payés hors du classement disposeront d'une chance sérieuse d'être désintéressés. La possession et le transfert de propriété – dans une certaine mesure – constituent les modes réellement efficaces pour éviter la soumission au classement incohérent, parfois arbitraire et dont le lourd poids des privilèges ôte toute chance d'être satisfait.

**693. Conclusion de la Section II** – À la lecture du régime juridique des sûretés réelles en droit des procédures collectives, qu'il s'agisse de procédure de sauvetage ou de liquidation, la classification interne proposée assure une compréhension des règles applicables. Les sûretés échappant à l'instrumentalisation ou au classement sont celles qui reposent sur la possession du bien grevé par le créancier ou sur le droit de propriété. Au regard de cette ligne directrice, il serait justifié de proposer un alignement total des sûretés avec dépossession, que celles-ci grevent des biens corporels ou incorporels, en affirmant leur résistance face à l'ouverture d'une procédure collective.

---

<sup>1973</sup> V. déjà en ce sens : CH. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Etudes offertes à R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529 et s.

<sup>1974</sup> C. FAVRE-ROCHEX, thèse préc., n° 537 : l'auteur propose ainsi d'établir une hiérarchie unique des privilèges. « *La redistribution des priorités au sein des procédures collectives justifierait donc une hiérarchie unique des droits de préférence dans l'ensemble des procédures, par un alignement des droits des créanciers privilégiés au sein des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires sur ceux bénéficiant du privilège de la conciliation* ».

**694. Conclusion du Chapitre II** – Le droit des entreprises en difficulté constitue selon nous l'ultime épreuve démontrant que la distinction des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui a vocation à dépasser la *summa divisio* actuelle. Il en résulte une meilleure visibilité du droit applicable en fonction des classifications que nous avons défendue. *De lege lata*, l'alignement des sûretés pour autrui est d'ores et déjà constaté. Le critère téléologique d'un tel alignement est la volonté d'ouvrir une procédure de sauvetage le plus rapidement possible en présumant la qualité de dirigeant social (ou ses proches) du garant. À l'inverse, les sûretés pour soi seront-elles aussi manipulées mais dans un souci de favoriser le financement de l'entreprise et de préserver son actif. Lorsque le débiteur ne présente plus de chance d'être sauvé, la destinée des deux familles de sûretés ne se rejoint pas pour autant. Si les sûretés pour autrui s'affranchissent de l'emprise de l'effet réel de la procédure, ce n'est pas le cas pour une majeure partie des sûretés pour soi alors même que la finalité de la procédure bascule vers l'apurement du passif. Seules les sûretés fondées sur la possession ou la propriété assureront un paiement hors classement à leurs titulaires tandis que les autres subiront les effets d'un trop grand nombre de privilèges ayant asséché l'actif subsistant.

**695. Conclusion du Titre II** – La réalisation de la sûreté suppose, le plus souvent que le risque soit advenu. C'est ainsi que nous pouvons constater à ce stade le rayonnement de la distinction des sûretés pour soi et pour autrui. Les règles communes suivent une finalité distincte, de protection du garant pour les sûretés pour autrui et de sécurité juridique pour les sûretés pour soi. Le droit spécial des sûretés en procédures collectives ne fait pas exception à la règle. Leur instrumentalisation est le reflet de la nature des sûretés. C'est en raison du caractère dangereux de la sûreté pour autrui que le législateur la paralyse et c'est au regard de l'efficacité de la sûreté pour soi qu'il viendra les neutraliser ou non selon l'objectif poursuivi.



**696. Conclusion de la Seconde Partie** – Le passage de la simple distinction à la *summa divisio* des sûretés se démontre par le rayonnement du critère de distinction sur le régime juridique.

En premier lieu, la nature même de l'engagement reflète la distinction. En effet, le garant pour autrui devient débiteur d'une obligation de garantie. La théorie de Mouly sur l'analyse dualiste de l'obligation des cautionnements de dettes futures peut être transposée à l'ensemble des sûretés pour autrui, dont le cautionnement réel, pour expliquer la particularité de l'engagement pris par le garant de la dette d'un tiers. Celle-ci se matérialisera par une obligation de règlement. A l'inverse, les constituants de sûretés pour soi ne consentent pas d'obligation personnelle, ni même d'obligation réelle. Ils confèrent à leur créancier un droit réel accessoire sur la valeur du bien grevé afin de renforcer le droit de gage général.

En second lieu, lorsque le débiteur est *in bonis*, la conséquence immédiate de la nature des sûretés est l'émergence de deux lignes directrices qui auront vocation à guider le régime juridique des sûretés pour autrui et des sûretés pour soi. L'impératif de protection du garant, en particulier personne physique, guide la composition d'un régime primaire tant lors de la naissance, de la vie que de la fin de la sûreté pour autrui. A l'inverse, le régime primaire des sûretés pour soi ne servira pas tant un impératif de protection du constituant mais surtout de l'efficacité de la sûreté en elle-même. L'opposition se retrouve également en droit des procédures collectives puisque les sûretés pour soi et pour autrui seront manipulées selon des objectifs différents aboutissant à des règles communes distinctes.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

Départie de tout artifice, la distinction en droit doit être un instrument aux mains du juriste lui permettant d'avoir une vision d'ensemble sur les règles de droit applicables. *A priori*, la distinction ne précède pas le droit mais vient plutôt se placer à son service. L'actuelle *summa divisio* des sûretés, reposant sur l'assiette de la sûreté, est considérablement affaiblie par l'existence de sûretés hybrides, de règles dont l'application n'est plus justifiée par le critère de distinction, à tel point que la substance du droit s'en trouve atteinte. Ici se révèle l'effet des distinctions sur le droit. Les frontières se brouillent et avec elles le regard du juriste. L'interprète ne parvient guère à justifier les tempéraments à la distinction des sûretés personnelles et réelles. Le juge s'y perd et vient à se contredire. Les effets néfastes du dysfonctionnement de la *summa divisio* sont la preuve que celle-ci participe en principe d'un droit juste et fiable. Plus encore, elle connaît une incidence sur la substance de la règle de droit.

L'émergence de la distinction entre les sûretés pour soi et les sûretés pour autrui respecte la nature profonde des sûretés. L'opposition résulte de la terminologie employée : s'engager pour un tiers n'implique pas une portée identique à celle de l'engagement pour soi. Les risques que nous prenons pour un tiers sont bien plus graves que ceux que nous prenons pour nous-même. Il convenait de traduire juridiquement cette différence afin de pouvoir percevoir le fil d'Ariane qui nous guida tout au long de la redécouverte du droit des sûretés à l'aune de la nouvelle distinction.

Expliquer la raison d'un engagement revient à en déterminer sa cause. Par l'identification de l'intérêt du constituant de la sûreté, nous avons pu expliquer la différence entre les deux familles de sûretés. Le constituant d'une sûreté pour soi poursuivra toujours un intérêt patrimonial direct : l'octroi du crédit, ce qui implique l'existence nécessaire d'une créance

préexistante. A l'inverse, le garant pour autrui n'obtiendra jamais de contrepartie immédiate. Son intérêt sera soit altruiste, fondé sur les rapports personnels l'unissant au débiteur principal, ou patrimonial mais indirect en raison de l'intermédiation d'un patrimoine tiers, à savoir celui du débiteur qui obtient la contrepartie du contrat garanti. L'identification de l'intérêt de celui qui consent à une sûreté justifie la différence décelée instinctivement : l'impossibilité d'obtenir une contrepartie patrimoniale immédiate à l'engagement induit un impossible traitement unique des deux catégories.

Le constat s'impose alors à nous : l'ensemble des garants pour autrui mérite une protection face au risque de surendettement. *De lege lata*, l'impératif de protection est cantonné principalement au cautionnement conclu par une personne physique. Sortie de ce cadre, l'application des règles protectrices sont laissées à la libre appréciation du juge. Dans le silence de la loi, c'est en effet au juge de déterminer si les règles ont vocation à s'appliquer par un raisonnement *a pari*. Gény donnait ainsi une méthodologie à suivre dans le silence de la loi<sup>1975</sup>. S'il est vrai que la liberté du juge dans l'interprétation participe incontestablement d'une bonne justice, il est aussi vrai que celle-ci a pour corollaire une insécurité juridique. La loi doit pouvoir être interprétée mais dans un pays de *Civil Law*, de droit écrit tel que le système français, le texte de loi précède l'interprétation du juge. Le traitement de la sûreté réelle pour autrui constitue selon nous un exemple des limites de la *summa divisio* actuelle et des risques inhérents à l'interprétation par le juge sans texte. Les décisions rendues à l'égard de cette sûreté manquent profondément d'équité sans mentionner leur incohérence.

La reconnaissance d'un régime primaire de protection à l'égard des garants personnes physiques de la dette d'un tiers apparaît absolument nécessaire, dès lors que leur engagement fait naître un risque de surendettement qui n'est pas tempéré par l'existence d'une contrepartie directe. La nature particulière de l'obligation consentie par le garant pour autrui correspond au constat. L'originalité est que le contrat fait naître une obligation particulière, qui ne saurait être définie comme étant une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner. Le cœur de son objet est d'apporter une garantie quant au risque de défaillance du débiteur principal. Elle reflète le particularisme des sûretés pour autrui, leur ADN. La spécificité de chacune se lit alors dans l'obligation de règlement, laquelle pourra offrir une mise en œuvre de la garantie accessoire, indépendante ou encore indemnitaire. C'est ainsi que nous croyons

---

<sup>1975</sup> F. GENY, *Méthode d'interprétation en droit positif : essai critique*, LGDJ, 1919, t. II

que la diversité n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'un statut impératif commun dès lors que les sûretés pour autrui partagent une même nature qui naît d'une cause identique, laquelle est servie par l'obligation de garantie. La protection vise à lutter contre le risque de surendettement par l'octroi de moyens préventifs et curatifs : l'information, le formalisme, la proportionnalité externe. *De lege feranda*, ce sont autant de moyens, qui après une adaptation, devraient être placés au service de la protection des garants personnes physiques. Aussi, le poids de la dette n'ayant pas vocation à reposer intégralement sur les épaules du garant, la reconnaissance de recours personnel et subrogatoire doit intégrer les règles communes à la catégorie. Les personnes morales ayant consenti une sûreté pour autrui connaissent également un risque pouvant heurter leur raison d'être, à savoir l'intérêt social. Le contrôle de l'intérêt social doit être effectué dès lors qu'une sûreté pour autrui est consentie par une société, peu important qu'elle soit de capitaux ou de personnes. Néanmoins, l'existence d'une contrepartie patrimoniale indirecte devrait être considérée comme une présomption irréfragable de conformité à l'intérêt social. A défaut, seule l'existence d'un engagement manifestement disproportionnée pourrait entraîner la nullité. Peut-être pouvons-nous suggérer d'aligner la sanction en proposant une réduction de l'engagement tel que cela est proposé pour les garants personnes physiques.

À l'inverse, le régime juridique des sûretés pour soi ne sera pas guidé par un impératif de protection de la personne qui s'engage, faute de risque supplémentaire, mais par une volonté de sécuriser la sûreté et de la rendre efficiente afin de favoriser l'octroi du crédit. En effet, le constituant est par hypothèse déjà le débiteur de la créance garantie de sorte que le risque se situe en amont de la sûreté. La source de l'endettement se loge dans le contrat de crédit, ce qui explique d'ailleurs l'existence d'un arsenal de protection au stade de la conclusion du contrat de crédit. Le constituant ne consent guère d'obligation personnelle ou même réelle se superposant à l'obligation principale. La sûreté pour soi fait naître un droit réel nécessairement accessoire sur la valeur du bien ayant pour finalité de renforcer le droit de gage général.

La classification interne à la catégorie reflète cette quête d'efficacité. En effet, à la lecture du droit positif, il existe une classification sous-jacente entre les sûretés dites exclusives et celles qui sont « simplement » préférentielles. A première vue, elle représente la distinction entre les sûretés classiques préférentielles et les propriété-sûretés. Or l'existence de sûretés simplement préférentielles aboutissant à une exclusivité et vice et versa démontre qu'il convient

d'apporter un regard nouveau sur cette classification sous-jacente afin d'identifier l'élément qui est la source de l'exclusivité. La distinction entre les sûretés exclusives et les autres fait appel à une classification bien connue du droit français depuis la réforme du 23 mars 2006 faisant le départ entre les sûretés sans dépossession et avec dépossession. La possession effective, celle qui aboutit à une mainmise (matérielle ou immatérielle en fonction de la corporalité du bien), place le créancier dans une situation inexpugnable et ce, que le débiteur soit *in bonis* ou fasse l'objet d'une procédure d'insolvabilité. La force du droit de rétention effectif, y compris s'il s'exécute de manière immatérielle en présence d'un bien incorporel, constitue la clé ouvrant la porte sur l'exclusivité.

Au regard des règles communes à l'ensemble des sûretés pour soi, la volonté de préserver l'efficacité de la sûreté est manifeste. Elle se justifie d'ailleurs par la nature particulière du droit conféré au créancier dont l'efficacité se mesure uniquement à l'égard des tiers en cas de conflit. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la possession assure une pleine vigueur à la sûreté puisqu'elle réalise une opposabilité *erga omnes* par l'exercice de ce pouvoir de fait sur le bien. Nous croyons en ce sens que la nature incorporelle du bien ne fait pas obstacle à l'exercice d'une possession, non pas juridique, mais bel et bien réelle se réalisant par la notification de la sûreté. Il serait opportun de réfléchir en ce sens à un alignement en considérant que l'opposabilité à l'égard du tiers ou du débiteur cédé, nanti, doit s'effectuer au même moment à savoir en présence d'une manifestation de volonté extériorisant à l'égard de tous le pouvoir de fait sur le bien.

Les différentes règles communes servent finalement soit à asseoir l'opposabilité de la sûreté, que ce soit lors de la formation que de l'exécution de la sûreté. Ainsi en va-t-il du formalisme applicable aux sûretés réelles, et particulièrement à l'hypothèque ou encore du principe de spécialité. *A priori*, les deux règles sont édictées afin de préserver le constituant soit pour lui faire réaliser le danger inhérent à son engagement ou pour préserver son crédit. Le formalisme s'explique surtout par la nécessité de rendre opposable la sûreté et de spécifier son étendue ainsi que son assiette, dans un souci de, certes préserver le crédit mais aussi d'assurer un rang spécial à la sûreté qui révélera d'autant plus sa force.

Lors de la réalisation de la sûreté, là aussi le souci du législateur est de préserver le droit du créancier, qui en présence de sûretés sans dépossession, pourra subir la concurrence des droits de tiers. Le droit de suite et la faculté de purge devraient ainsi être reconnus dès lors que la

sûreté est opposable soit par l'effet d'une possession réelle soit juridique. C'est ainsi que nous considérons que les sûretés obscures ne participent pas d'une attractivité du droit français en ce qu'elles font irrémédiablement naître une atteinte à la prévisibilité et la sécurité juridique. Or par nature, la sûreté pour soi en ce qu'elle a vocation à être confrontée aux droits des tiers, ne devrait pas pouvoir être clandestine.

Au regard de l'existence de ces règles communes tout au long de l'existence des sûretés, la distinction a vocation à devenir la *summa divisio* essentielle en droit des sûretés. Celle-ci répare la corrélation entre la nature et le régime tout en se rapprochant au plus près de l'idéal décrit par François Gény.

Face aux procédures collectives, la *summa divisio* ne faillit pas. Bien au contraire, elle se révèle au grand jour. Le législateur opère expressément un alignement du sort des « *garants, personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* ». La catégorie des sûretés pour autrui est *in fine* reconnue. Le droit spécial des sûretés ne fait ainsi pas exception en caractérisant une différence de traitement entre les sûretés pour autrui et les sûretés pour soi. L'instrumentalisation dont elles font l'objet poursuit des finalités différentes qui se comprennent à l'aune de la cause. Le législateur prend effectivement en considération le rapport existant entre le garant pour autrui et le débiteur principal afin de justifier la neutralisation des sûretés pour autrui en présence d'une chance de sauvetage du débiteur : le garant dispose d'un intérêt à l'opération garantie, ce qui autorise de présumer sa qualité de dirigeant social ou de « proche » du dirigeant. C'est ainsi que les personnes morales ne peuvent bénéficier de ces mesures. Or assurer au dirigeant social qu'il ne sera poursuivi qu'en cas de liquidation judiciaire et qu'il bénéficiera des délais et remises ainsi que de l'arrêt du cours des intérêts en sauvegarde et redressement le convaincra de solliciter l'ouverture d'une procédure le plus rapidement possible, augmentant ainsi les chances de sauvetage de l'entreprise en difficulté. La finalité poursuivie est toute autre en présence d'une sûreté réelle. Cette fois, le législateur s'attardera soit à favoriser le financement du débiteur en octroyant des privilèges notamment, soit à protéger son actif afin de renforcer les chances de sauvetage du débiteur. La classification interne se retrouve également dès lors que seules les sûretés avec dépossession pourront échapper à l'effet réel de la procédure.

Lorsque le débiteur présente des chances obérées ou inexistantes d'être sauvé, les sûretés ont vocation à être réalisées. Le créancier recouvre le droit de poursuivre le garant pour autrui, lequel pourra exercer son recours à l'encontre du débiteur en vertu de l'article L. 643-11 II du Code de commerce. L'intérêt d'établir expressément dans le Code civil un régime protecteur des sûretés pour autrui, consenties par des personnes physiques, se mesure à l'aune de leur sort en cas d'ouverture d'une procédure collective, qui fait fi de la particularité de l'obligation de règlement. Concernant les sûretés pour soi, les sûretés avec dépossession demeurent efficaces puisqu'elles forcent à un paiement hors classement, tandis que celles qui en sont dépourvues seront condamnées à respecter un classement, laissant peu d'espoir pour les créanciers titulaires. Les propriétés-sûretés retrouvent également de leur vigueur.

La distinction des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui recouvre les qualités pour devenir la *summa divisio* fondamentale des sûretés.

A la suite de l'analyse des sûretés à l'aune de la nouvelle *summa divisio*, nous proposons certains ajustements, voire modifications, dans le cadre de l'établissement d'un régime primaire applicable selon les classifications préétablies :

### *I. Des sûretés pour autrui*

*I.1. Établir un régime primaire de protection applicable aux garants pour autrui personnes physiques s'étant engagés face à un créancier, peu important que ce dernier soit professionnel ou non. Le mode de réalisation de la sûreté pour autrui ne doit pas avoir d'incidence sur la reconnaissance d'un statut impératif de protection. Il doit être absolument cantonné au cas de l'engagement d'un garant personne physique.*

*Édicter dans le cadre de ce régime primaire une obligation d'information sur l'évolution de la dette garantie ainsi que sur le premier incident de paiement.*

*Édicter un devoir de mise en garde au bénéficiaire du garant personne physique, peu important qu'il soit profane ou averti.*

*Édicter un formalisme de protection par l'obligation de rédiger une mention manuscrite mettant en exergue l'étendue de l'engagement ainsi que le risque en cas de*



*réalisation. L'appréciation de l'existence d'une telle mention est téléologique et non littérale. Son contenu pourra être adapté à chaque type de sûreté pour autrui, selon leur spécificité dans la réalisation.*

*Édicter une obligation de proportionnalité externe, dont la sanction est la réduction de l'engagement.*

*Reconnaître le bénéfice d'un recours personnel et subrogatoire.*

*I.2. Établir un régime primaire de protection atténué au bénéfice des sociétés ayant consenti une sûreté en garantie de la dette d'autrui.*

*Imposer un contrôle de la sûreté consentie en garantie de la dette d'un tiers au regard de l'intérêt social, que la société soit de personnes ou de capitaux, ce qui est en conformité avec la loi Pacte ayant réformé l'article 1833 du Code civil.*

*Dans le cadre de ce contrôle, établir une présomption irréfragable de conformité en présence d'une contrepartie indirecte attendue de l'opération garantie.*

*En l'absence d'une telle contrepartie, la sanction ne doit être prononcée qu'en présence d'un engagement manifestement disproportionné par rapport au patrimoine social.*

*Établir un alignement des sanctions de l'engagement disproportionné en généralisant la réduction de l'engagement, gage d'une meilleure efficacité économique.*

*Préciser que les autorisations, interdictions sont applicables pour l'ensemble des sûretés pour autrui.*

## *II. Des sûretés pour soi*

*II.1. Établir un régime primaire axé sur la sécurité juridique des sûretés pour soi.  
Parmi les règles communes :*

- *Un formalisme de protection susceptible de degré en fonction de la nature mobilière ou immobilière. L'écrit est ainsi obligatoire pour chaque type de sûreté afin de délimiter l'étendue et l'assiette de la sûreté. L'authenticité est requise en matière immobilière en raison des règles de la publicité foncière.*
- *La reconnaissance d'un droit de suite et d'une faculté de purger dès lors que les sûretés sont publiées.*
- *Abolir le caractère clandestin des privilèges qui ne sont pas publiés.*

*II.2. Abolir le droit de rétention fictif. Les conflits se résolvent ainsi en fonction de la publication des droits.*

*Face à une sûreté avec dépossession, le principe est la soumission de la sûreté sans dépossession sauf disposition contraire.*

*II.3. Reconnaître l'existence d'une possession réelle immatérielle en matière de sûretés sur les biens incorporels par l'effet de la notification. En l'absence de notification, la possession est juridique par l'effet de la loi. La notification caractérise la possession réelle entraînant avec elle la reconnaissance d'un droit de rétention effectif.*

### *III. Des sûretés en cas de procédure collective*

*III.1. Établir un clivage entre deux types de procédures judiciaires selon que le débiteur a une chance d'être sauvé en opposant la procédure de sauvetage à la procédure de liquidation. Ce clivage impose une réflexion sur la place de la procédure de redressement judiciaire qui est, de nos jours, l'antichambre de la liquidation.*

*Les voies proposées sont :*

- *Soit, une fusion entre la procédure de sauvegarde judiciaire et la procédure de redressement judiciaire,*
- *Soit, une démarcation prononcée entre la procédure de sauvegarde judiciaire et de redressement judiciaire.*

*III.2. Imposer la paralysie des sûretés pour autrui en cas de chance de sauvetage.*

*III.3. Confirmer la libération des sûretés pour autrui lors de la procédure de liquidation judiciaire.*

*III.4. Reconnaître l'effet de la possession réelle, que celle-ci soit matérielle ou immatérielle en présence de biens incorporels.*

*III.5. Aligner le sort des créanciers titulaires de sûretés avec dépossession en reconnaissant expressément la faculté d'être payé hors procédure grâce à la procédure du retrait contre paiement, que le bien soit corporel ou incorporel.*

*III.6. Améliorer le sort des créanciers titulaires de sûretés sans dépossession dans le classement par une refonte des privilèges accordés dans la procédure.*

*III.7. Les créanciers bénéficiant de sûretés pour autrui pourront constituer une classe de créancier.*

*Les créanciers titulaires de sûretés pour soi pourront constituer des classes de créanciers. Il convient de laisser une libre appréciation aux organes de la procédure collective quant à la répartition.*



# BIBLIOGRAPHIE

## TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

**Albige (C.), Dumont-Lefrand (M.-P.),** *Droit des sûretés*, Dalloz, Hypercours, 7<sup>e</sup> éd. 2019

**Ancel (P.), Gout (O.),** *Droit des sûretés*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd. 2019

**Aubry (Ch.), Rau (Ch.) :**

- *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, par E. Bartin, Paris, LGDJ, 1917
- *Cours de droit civil français*, t.8, 7<sup>e</sup> éd. Par Ponsard, Litec, 1973

**Aynès (A.), Vuitton (X.),** *Droit de la preuve*, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd. 2017

**Aynès (L), Crocq (P), Aynès (A),** *Droit des sûretés*, Defrénois, 13<sup>e</sup> éd., 2019

**Barthez (A.-S.) et Houtcieff (D.),** *Les sûretés personnelles*, in *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, LGDJ

**Baudry-Lacantinerie (G.), De Loynes (P.) :**

- *Traité théorique et pratique de droit civil, Du nantissement, des privilèges et hypothèques, de l'expropriation*, t. I, Paris, ed. L. Larose, 1895
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Du nantissement, des privilèges et hypothèques, de l'expropriation*, t. II, Paris, ed. L. Larose, 1895
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Du nantissement, des privilèges et hypothèques, de l'expropriation*, t. III, Paris, ed. L. Larose, 1895

**Baudry-Lacantinerie (G.),** *Traité théorique et pratique de droit civil, Le louage*, t. I, par Wahl

**Benabent (A.) :**

- *Droit des obligations*, LGDJ 17<sup>e</sup> éd.
- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd.,

**Bonneau (Th.),** *Droit bancaire*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd.

**Bonnecase (J.),** *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry Lacantinerie*, t. V., Paris, Recueil Sirey

**Bourassin (M.), Brémond (V.), Jobard-Bachelier (M.-N.),** *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Sirey,

- Bourassin (M.), Bremond (V.),** *Droit des sûretés*, LGDJ, 13<sup>e</sup> éd. 2019
- Cabrillac (M.), Mouly (Ch.),** *Droit des sûretés*, Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1993
- Cabrillac (M.), Mouly (Ch.), Cabrillac (S.), Pétel (Ph.),** *Droit des sûretés*, 8e éd., 2007, Litec,
- Cabrillac (M.), Mouly (Ch.), Petel (Ph.),** *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. Manuel, 15<sup>e</sup> éd., 2015
- Capitant (H.),** *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, ed. La mémoire du droit
- Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.), Chénédié (F.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13e éd., 2015
- Carbonnier (J.) :**
- Droit civil, *Les obligations*, t.4, 8<sup>e</sup> éd. Paris, 1975
  - *Flexible droit*, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1976
  - Droit civil, *Les obligations*, t. 4, PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000
- Chantepie (G.), Latina (M.),** *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2e éd., 2018
- Colomer (A.),** *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Litec, 12e éd 2005
- Cornu (G.),** *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 11<sup>e</sup> éd. 2016
- Decima (O.), Detraz (S.), Verny (E.),** *Droit pénal général*, LGDJ, coll. cours, 3e éd., 2018
- Demante (A.-M.), Colmet de Santerre (E.),** *Cours analytique de Code Napoléon*, Paris, Henri Plon, 1865
- Demogue (R.),** *Traité des obligations en général*, t. II, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923
- Demolombe (Ch.),** *Cours de Code Napoléon*, t.1, Paris, A. Durand, 1854
- De Savigny,** *Traité de la possession en droit romain*, 1803, trad. 1860 et 1870
- Devèze (J.), Couret (A.), Hirigoyen (G.),** *Droit du financement*, Lamy, 1995
- Domat (J.),** *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, M.-E. David, 1723
- Dross (W.),** *Les biens*, LGDJ, coll. Domat, 2<sup>e</sup> éd.
- Duguit (L.),** *Traité de droit constitutionnel, La règle de droit, le problème de l'Etat*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Paris, De Boccard, 1927
- Fabre-Magnan (M.),** *Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 5<sup>e</sup> éd.
- Fenet (P.-A.),** *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Videcoq, 1836
- Flour (J.), Aubert (J.-L.), Savaux (E.),** *Les obligations. L'acte juridique*, t.1, Sirey, 9<sup>e</sup> éd., 2015
- François (J.),** *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. Ch. Larroumet, t. VII, Economica
- Gaudemet (E.),**
- *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, réimpression de l'édition publiée en 1937, Sirey, 1965
  - *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, réimpr. Dalloz 2004
- Gény (F.),** *Méthode d'interprétation en droit positif: essai critique*, LGDJ, 1919, t. II
- Ghestin (J.),** *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006
- Gierke (O.),** *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887

**Giffard (A.-E), Villers (R.),** *Droit romain et ancien droit français*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1976

**Girard (P.E.),** *Manuel élémentaire de droit romain*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 1911

**Gregoire (M.),** *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006

**Guyon (Y.),** *Les sociétés*, in *Traité des contrats*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd.

**Jobard-Bachelier (M.-N.),** *Droit civil, sûretés, publicité foncière*, 15<sup>e</sup> éd., 2007, coll. Mémentos, Dalloz,

**Lasserre Capdeville (J.), Storck (M.), Routier (R.), Mignot (M.), Kovar (J.-PH), Ereseo(N.),** *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2017,

**Larroumet (Ch.), Aynès (A.),** *Introduction à l'étude du droit, Traité de droit civil*, dir. Ch. Larroumet, Economica

**Le Cannu (P.), Dondero (B.),** *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd. 2019

**Le Cannu (P.), Robine (D.),** *Droit des entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2020

**Legeais (D.),** *Droit des sûretés et garanties de crédit*, LGDJ, 13<sup>e</sup> éd. 2019

**Levy (J.-Ph.), Castaldo (A.),** *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002,

**Malaurie (Ph.), Aynès (L.) :**

- *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2010
- *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, éd., 2019

**Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Stoffel-Munck (Ph.),** *Les obligations*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd.

**Malinvaud (Ph.),** *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 19<sup>e</sup> éd., 2019

**Marty (G.), Raynaud (P.), Jestaz (Ph.),** *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1987

**Marty (G.), Raynaud (P.),** *Droit civil, Les biens*, par P. Jourdain, Dalloz, 1995, n°13

**Mastor (W.), Benetti (J.) Egéa (P.), Magnon (X.),** *Les grands discours de la culture juridique*, préf. R. Badinter, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020

**Mazeaud (H.), (L.), (J.), Chabas (F.) :**

- *Leçons de droit civil*, t. 2, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1998
- *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés et publicité foncière*, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., par Y. Picod, 1999

**Mestre (J.), Putman (E.), Billiau (M.) :**

- *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996
- *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996

**Michoud (L.),** *La théorie de la personnalité morale*, 2 vol. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd. 1932

**Motulsky (H.),** *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. Roubier, Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002

**Pérochon (F.),** *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014

**Petit (B.),** *Droit commercial*, Litec, 3<sup>e</sup> éd. 2005

**Piedelievre (A.),** *Droit des biens*, éd. Masson, 1977

**Piette (G.),** *Droit des sûretés*, Gualino, Mémentos, 14<sup>e</sup> éd. 2020

**Planiol (M.) :**

- *Traité élémentaire de droit civil*, t.II. F. Pichon, Paris, 1902
- *Traité élémentaire de droit civil, La cause du contrat*, t.2, 11<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1931

**Planiol (M.), Ripert (G.) :**

- *Traité pratique de droit civil français, Sûretés réelles*, t. XII, 2<sup>e</sup> éd., par Becqué, LGDJ, 1953
- *Traité pratique de droit civil français*, t. X, par J. Givord et A. Tunc,
- *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, Cautionnement par R. Savatier

**Pothier (R.-J.) :**

- *Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd.
- *Œuvres*, par Bugnet, t. IX, *Traité du domaine de propriété*, Videcoq, Paris, 1856
- *Traité du nantissement*, par M. Bugnet 2<sup>e</sup> éd., t.5, 1861

**Ripert (G.) et Boulanger (J.),** *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, 4 volumes, LGDJ, (tome 2), 1957

**Ripert (G.),** *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., n°40, Paris 1951

**Rouast (A.),** *Études de droit civil à la mémoire d'H. Capitant*, 1939

**Roubier (P.) :**

- *Théorie générale du droit*, préf D. Deroussin, Mémoires du droit
- *Théorie générale du droit*, Paris Recueil Sirey 1946

**Saleilles (R.),** *La théorie générale de l'obligation*, in Mémoires du droit, 1922

**Savatier (R.),** *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz 1969, reprint Bibliothèque Dalloz, 2006

**Savigny (F.-C.),** *Traité de droit romain*, t.2, Firmin Didot, Paris 1841

**Simler (Ph.),** *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Traité, LexisNexis, 5e éd

**Simler (Ph.), Delebecque (Ph.),** *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016

**Terré (F.), Simler (Ph.) :**

- *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 6<sup>e</sup> éd, 2011
- *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> éd. 2018

**Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), Chénéde (F.),** *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12e éd., 2019

**Théry (Ph.),** *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2<sup>e</sup> éd. 1998

**Troplong (R.-T.),** *Du cautionnement et des transactions*, par Charles Hingay, t. 17, 1846,

**Zenatti-Castaing (F.), Revet (Th.),** *Les biens*, PUF, Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2008



**Zimmermann**, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta and co, Ltd, Cape Town, p.550

**OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MÉMOIRES, MONOGRAPHIE, OUVRAGES  
COLLECTIFS**

**Ancel (P.),** *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1981

**Ansault (J.-J.),** *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, Doctorat et Notariat, 2009

**Aynès (A.),** *Le droit de rétention unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, thèse, Paris, Economica, 2005

**Aynès (L.),**

- *Le cautionnement*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd. 1993

**Barré (X.),** *La lettre d'intention*, Economica, 1995, n°153

**Barrière (F.),** *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. Grimaldi, coll. Bibl. de dr. de l'entreprise, Litec, 2004

**Behar-Touchais (M.),** *Le décès du contractant*, préf. G. Champenois, Economica, 1988

**Bicheron (F.),** *La dation en paiement*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2006

**Blandin (Y.),** *Sûretés et bien circulant*, préf. A. Ghozi, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2016

**Blanluet (G.),** *Essai sur la notion de propriété en droit privé français*, thèse, LGDJ, 1999

**Boisson (J.),** *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Defrénois, coll. Thèse, 2019

**Boitard (M.),** *Les contrats de service gratuit*, thèse Paris, 1921

**Borga (N.),** *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, thèse de l'Université Jean Moulin, Lyon 3, 2007

**Bougerol-Prud'homme (L.),** *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2012

**Boyer (L.),** *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse Toulouse

**Carbonnier (J.),** L'inflation des lois, in *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979

**Champaud (C.),** « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987

**Champeaux (G.),** *Etudes sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1931, p.128

**Chénéédé (F.),** *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozy, Economica 2008

**Chevrier (G.),** *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. Droit savant du Moyen-Âge – Droit savant français*, thèse Paris, 1929

**Cohen (A.),** *Théorie et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd. 1948

**Colin (P.),** *Théorie de la cause dans les obligations conventionnelles*, Paris, 1896

**Conte (H.),** *Volonté et droit de la responsabilité civile*, préf. J. Julien, PUAM, 2019

**Corlay,** *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, 1978

**Crocq (P.),** *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1995

**Dabin (J.),** *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952

**Danos (F.),** *Possession, propriété et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, 2007

**Dauchez (C.),** *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, dir. M. Grimaldi, thèse Paris, 2013

**Deboissy (Fl.),** Le contrat de société, in *Le contrat*, Travaux de l'Association H. Capitant, t.LV, Société de législation comparée, 2008

**Derrida (A.),** *Recherches sur le fondement du droit de rétention*, Thèse Alger, 1940

**Derrupé (J.),** *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Thèse Toulouse, 1951

**Deshayes (O.), Th. Genicon (Th), Laithier (Y.-M),** *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2e éd., 2018

**Duclos (J.),** *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984

**Dupichot (Ph.),** *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Éditions Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2005

**Favre-Rochex (C.),** *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, Bibl. dr. des entreprises en difficulté, 2020,

**Flour (J.),** *Cours de droit civil*, Les Cours de droit, 1965

**Flour (J.), Souleaux (H.),** *Les libéralités*, par A. Colin, 1997

**François (S.),** *Le consentement de la personne morale*, préf. B. Fages, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2020

**Gaillard (E.),** *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, 2e éd., 1933

**Gijsbers (Ch.),** *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse Economica, 2016

**Gilissen (J.),** « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, Essai de synthèse générale », in *Les sûretés personnelles*, éd. De la Librairie encyclopédique, Bruxelles, 1974

**Ginossar (S.),** *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960

**Goubeaux (G.),** *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse préc., préface D. Tallon, LGDJ, Bibl. dr. privé., 1969

**Goury (G.),** *Origine et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles*, thèse Nancy, 1897

**Grimaud (D.),** *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2011

**Guinchard (S.),** *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, th. Lyon, LGDJ, 1969,

**Gulphe (P.),** *L'immobilisation par destination*, thèse Paris, 1943

**Hamelin (J.-F.),** *Le contrat-alliance*, Economica 2012

**Hauriou (M.) :**

- *La théorie de l'institution et de la fondation, Essai de vitalisme social*, aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée, 1933, Bloud et Gay
- « *La théorie de l'institution et de la fondation, Essai de vitalisme social* », Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée, 1933, Bloud et Gay

**Jacob (F.),** *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, LGDJ, 1998

**Jacquelin (R.),** *De la fiducie*, Giard, Paris, 1891

**Jarrosson,** *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, 1990, PUAM, p. 141 s.

**Jhering,** *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, tome 2, Fondements des interdits possessoires, critique de la théorie de Savigny, trad. De Meulenaere, 2e éd., Paris, Marescq, 1882

**Josserand (L.),** « Le déclin du titre gratuit », in *Évolutions et Actualités*, Conférences de droit civil, Liège, impr. G. Thone, Paris, Sirey, 1936

**Juillet (Ch.),** *Les accessoires de la créance*, Defrénois, 2009

**Julienne (M.),** *Le nantissement de créances*, préf. L. Aynès, Economica, 2012

**Khairallah (G.),** *Les sûretés mobilières en DIP*, thèse, Economica, 1984

**Legeais (D.),** *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, Economica, 1986, n°159

**Leveneur (L.),** *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1990, p.1 et s.

**Louis-Lucas (P.),** *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lein obligatoire en droit privé*, thèse Dijon, 1913

**Duvanel (L.),** *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*, *Recherches juridiques lausannoises*, Hansjörg Peter, 2004,

**Maury (J.),** *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920

**May (J. C.-L.),** *La société : contrat ou institution ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ 2004

**Mazeaud (V.),** *L'obligation de couverture*, préf. P. Jourdain, Bibl. André Tunc, t. 27, IRJS éditions, 2010

**Mégret (G.),** *Les recours du garant, contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, préf. Ph. Stoffel-Munck, PUAM, 2011

**Meijers (E.-M.),** *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, in *Etudes d'histoire du droit*, publiées par R. Feenstra et H. W. D. Fisher

**Michel (Cl.-A.),** *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2018

- Monserié (M.-H.),** *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Litec, 1994
- Mouly (Ch.),** *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Librairies techniques, Bibl. dr. de l'entreprise, 1979
- Morgan De Rivery-Guillaud (A.-M.),** *Le droit nord-américain des sûretés réelles mobilières*, préf. H.S. Scott, LGDJ, 1990
- Patarin (J.), Morin (G.),** *La réforme des régimes matrimoniaux*, t.1, *Statut fondamental et régime légal*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 1977
- Pélissier (A.),** *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibl. de thèses, 2001
- Pellier (J.D.),** *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, LGDJ, Bibl. droit privé, 2012
- Pérochon (F.),** *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, Bibl. dr. de l'entreprise, 1987
- Portalis,** *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, 1801
- Prady (D.),** *L'appropriation du gage par le créancier gagiste*, thèse Paris, 1960
- Quincarlet (S.),** *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, thèse Bordeaux, 1937
- Ravail (P.-J.),** *De l'objet de la possession*, thèse Poitiers, 1899, n°35 et s.
- Riano-Saad (A.),** *Le contrôle de proportionnalité et la garantie autonome*, EUE, 2015
- Riffard (J.-F.),** *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, préf. J. Stoufflet, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, t. I, 1997
- Rigaud (L.),** *Le droit réel*, Thèse Toulouse, 1912
- Ripert (G.) :**
- *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Thèse Aix, 1902
  - *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., 1951
- Quincarlet (S.),** *La notion de gage en Droit privé français. Ses diverses applications*, thèse Bordeaux, Imp. Ségalas-Bérou, Bordeaux 1937
- Rieg (A.),** *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.19, 1961
- Rochfeld (J.),** *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1999
- Rouast (A.),** *Etudes de droit civil à la mémoire d'H. Capitant*, Dalloz, 1939
- Roubier (P.),** *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>e</sup> éd. 1951
- Rouhette (G.),** *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965
- Saint-Alary Houin (C.),** *La modernisation du droit des faillites. Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté*, in *La modernisation du droit des affaires*, Litec 2007,

**Savatier (R.),** *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz 1969, reprint Bibliothèque Dalloz, 2006

**Séjean-Chazal (Cl.),** *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibl. de thèses, 2019

**Sénéchal (M.),** *L'effet réel de la procédure collective*, préf. M.-H. Monsérie-Bon, Bibl. dr. de l'entreprise, 2002

**Terré (F.),**

- *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1957

- *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009

**Vignon-Barrault (A.),** *Intention et responsabilité civile*, préf. D. Mazeaud, PUAM, 2004, t.I, II

**Wicker (G.) :**

- *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1997

- *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des PDEC*, Dalloz, 2003

**Witz (C.),** *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica, 1981

## ARTICLES, FASCICULES D'ENCYCLOPÉDIE, RAPPORTS

### **Albiges (Ch.) :**

- « Précisions relatives aux conditions de validité d'une sûreté conclue par une société civile immobilière », *RLDA*, 2012
- « Devoir de mise en garde de la caution et prise en considération des capacités financières du débiteur principal » ; *Gaz. Pal.*, 2015, n°216, p.13

**Akono-Adam (R.)**, *Essentiel droits africains des affaires*, 2018, n°8, p.3

**Allais (J), Houssin (M)**, « Loi Pacte : la réforme du droit des procédures collectives », *JCP E* 2019, n°26, p. 30 et s.

**Amrani-Mekki (S.)**, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois*, 2002, n°6

### **Andreu (L.) :**

- « L'hypothèque ressuscitée », *JCP G* 2015 n°78
- « Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière », *JCP N*, 2016, 1105

### **Andrieu (Th) :**

- « Propos introductifs, note sous loi n°2019-486 du 22 mai 2019 », *BJE* 2019, n°5, p. 50 et s. ;
- « La future transposition de la directive européenne sur l'insolvabilité », *rev. proc. coll.* 2019, n°3

### **Ansault (J.-J.) :**

- « Quand le devoir de mise en garde rencontre le cautionnement réel », *RLDC* 2009, n°3534
- « La fiducie-sûreté ressuscitée », *journal des sociétés*, n°65, mai 2009

**Arlie (D.)**, « Pour une juste conception du porte-fort d'exécution », *D.* 2006, chron. 2244

**Avena-Robardet (V.)**, « Sûreté réelle pour autrui : proportionnalité », *D.* 2008

### **Aynès (L.) :**

- « Problèmes actuels des sûretés personnelles, Rapport français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les garanties de financement*, y.47, 1996, LGDJ, 1998, p.375 et s
- « Validité d'un cautionnement n'entrant qu'indirectement dans l'objet social de la société garante », *D.* 2001
- « Cautionnement réel et communauté conjugale », *D.* 2002, p.3337
- « Une chambre mixte se prononce sur la nature du cautionnement réel », *D.* 2006, p.733

- « Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi », *RLDC*, 2008, n°46, p.5-8
- « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.* Juill.-août 2007
- « La transmission de plein droit du cautionnement », *D.* 2005, p.277

**Aynès (A.) :**

- « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC* mars 2009, P.18 et s.
- « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G* 2009.I.119
- « Fiducie immobilière : la belle endormie », *JCP N* 2016, 1106

**Bac (A.)**, « La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés », *Dr. et patr.* Sept. 2005, p. 98

**Barbier (H.)**, « Responsabilité pénale ou garantie autonome, des obligations échappant à la transmission universelle de patrimoine », *RTD civ.* 2017, p.399

**Barbièri (J.-F.)**, « Abus de majorité par autorémunération des dirigeants », *BJS* 2020, n°120, p.6

**Barraud (B.)**, « Droit public – droit privé : de la *summa divisio* à la *ratio divisio* ? », *rev. de la recherche juridique – droit prospectif*, 2014, p.1101

**Barrière (F.)**, « Fiducie », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2009

**Barthez (A.-S.)**, « Fusion – scission – sort du cautionnement – sort de la garantie autonome », *RDC* 2017, n°114, p.278

**Bayzelon (P.)**, « Plaidoyer pour un Code européen des affaires », *Gaz. Pal.* 2016, n°07, p.45

**Bazin (E.)**, « Retour sur le devoir de mise en garde du banquier », *Banque et droit*, n°130, mars-avril 2010 p.23

**Bénabent (A.)**, « La fiducie : analyse d'un projet de loi lacunaire », *JCP N* 1993, I, 26, p.275

**Benhamou (Y.)**, « Réflexions sur l'inflation législative », *D.* 2010 p. 2303

**Benoit (A.)**, **Prod'homme (I.)**, « Abus de majorité : toujours les mêmes critères », *Gaz. Pal.* 2018, n°339, p. 63

**Berge (J.-S.)**, « Pour un Code européen des affaires ; de quoi parle-t-on ? », *RDC* 2018, n°04, p.67

**Bergel (J.-L.)**, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD. civ.*, 1984, p.258

**Berthelot (G.)**, « La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E* 2008.2232

**Bertrel (J.-P.)**, *Le débat sur la nature de la société*, in *Etudes offertes à A. Sayag*, 1997

**Billiau (M.)**, « Délégation », *Rép. civ.*, 2017

**Boffa (R.)**, « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007, n°21, p.1161

**Boche-Robinet (M.) :**

- « Directive restructuration et insolvabilité : quels changements en perspective ? », *Option droit et affaires*, 2019, n°451, p. 8 et s.
- « Feu les comités, vive les classes de créanciers », *Option droit et affaires* 2019 n°456, p. 10 et s.



**Bonneau (Th.),** « Le mécanisme dit du cross-class cram-down », *rev. proc. coll.* 2020, n°2, p.28 et s.

**Bonnet (V.),** « Le cautionnement réel n'était réellement pas un cautionnement », *D.* 2006. p.1543

**Borga (N.) :**

- « Regard sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 déc. 2008 », *RD bancaire et financier*, 2009, p.9 et s
- « L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée », *D.* 2010 p.2201

**Boucard (F.),** « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution : présentation didactique », *RD bancaire et financier*, n°5, sept-oct. 2007.24

**Bougerol (L.) :**

- « La réforme de la solidarité passive : illusions perdues et incertitudes », *Rev. dr. bancaire et financier*, 2016, n°2 et s
- « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ? », *RD bancaire et financier*, 2014, n°5, doss. 36

**Bourdalle (N.), Lasserre Capdeville (J.),** « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », *Banque et droit*, 2006, n°107, p.17 et s.

**Bourassin (M.) :**

- « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013.1363
- « Les imperfections de la protection du dirigeant caution », *LPA* 2013, p. 5., n°10
- « Sûretés et successions : quelles interactions ? », *JCP N* 2013, n°17 1143
- « Cautionnement proportionné : devoir de mise en garde écarté », *Gaz. Pal.* 2016, n°259, p.73
- « La transmission à cause de mort des sûretés », *JCP N* 2017.1144

**Brémond (V.),** « Privilèges et hypothèques – Droit de suite », *J.Cl. Civ. Code*, art. 2461 à 2474, (mise à jour 2015)

**Brethes De La Gressaye,** « Institution », *Rép. Dr. Civ.*

**Briatte (A.-X.),** « Circulation des créances, transfert des sûretés réelles, et pratique notariale », *RD bancaire et financier*, 2014, n°1, p.21

**Brocard (E.),** « Les procédures d'insolvabilité et les contrats de sûretés personnelles », *LPA* 2006, n°235, p. 7

**Brunetti-Pons (C.),** « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.*, 2000 p.783

**Buisine (O.),** « De quelques propositions relatives à la transposition de la directive restructurations préventives et à la réforme du droit des sûretés », *rev. proc. coll.* 2019, n°4, p.8 et s.

**Buisine (O.), Rousseau (V.),** « L'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance : commentaire du titre IV de la directive restructurations préventives », *Rev. proc. coll.* 2020, n°2, p. 23 et s.

**Cabrillac (M.),**

- « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Études offertes à P. Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, n°7, p.711
- « Les accessoires de la créance », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 107 et s.

**Cabrillac (M.), Pétel (Ph.)**, « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles ? », *LPA*, 2014, n°110

**Cadiet (L.)**, « Une justice contractuelle », in *Mélanges en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ, 2000

**Campana (M.-J.)**, « Entreprise individuelle et fonds de commerce », *J.Cl. commercial*, fasc. 1740

**Campana (M.-J.), Carducci (G.)**, « Bail commercial, location gérance », *JCl Entreprise individuelle*, Fasc. 4700

**Causse (H.)**, « De l'interdépendance de la location-financière à la faute anéantissant l'ensemble contractuel par caducité », *Lexbase Hebdo*, 2017

**Chaput (Y.)**, *Objet social, Rép. Sociétés*, Dalloz

**Chénédié (F.)**, « La cause est morte, vive la cause ? », in *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, CCC 2016, Dossier 4

**Cohen (A.)**, « Le nouveau statut de la gérance libre », *JCP* 1956.I.1301

**Cotret (L.)**, « Loi Pacte : évolutions actuelles et à venir en matière de droit des entreprises en difficulté », *RLDA*, 2019, suppl. 151, p. 29 et s

**Crocq (P.) :**

- « Dix ans après, l'évolution récente des propriétés-garanties », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michèle Gobert*, Economica, 2004, p.347,
- « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011
- « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges en l'honneur de Ch. Mouly*, t. 2 Litec, 1998, p.317
- « Le cautionnement réel ou les affres de la polysémie », *RTD civ.* 1999, p.152 et s. ; p.880 et s.
- « Cautionnement : le retour jurisprudentiel et législatif de la proportionnalité », *RTD civ.* 2004.124
- « Le gage », *Rep. Civ.*, Dalloz, sept. 2007
- « Nantissement », *Rep. Civ.* Dalloz, févr. 2017
- « L'accord unanime des associés ne peut pallier le défaut d'intérêt social résultant d'un cautionnement réel susceptible d'absorber totalement l'actif de la société », *RTD civ.*, 2012
- « Opposabilité des exceptions et violation d'une clause de conciliation : une nouvelle illustration de la distinction du debitum et de l'obligatio », *RTDcCiv.* 2015, p.917
- « Responsabilité du notaire et sort du prix de vente de l'immeuble hypothéqué », *RTD civ.* 2018.462

- « Situation du vendeur de meubles. Clause de réserve de propriété », *J.-Cl. commercial.*, fasc. 2545
- « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse ? », *RLDC*, déc. 2008, n°55, p.65
- « L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009, 1313, n°35
- « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* 2001, n°92
- « Le principe d'intransmissibilité de la garantie autonome s'applique également en cas de scission de la société bénéficiaire », *RTD Civ.* 2017, p. 451
- « Cautionnement réel et refus du bénéfice de subrogation », *RTD civ.*, 2018 p.461
- « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ? », *D.* 2009, p. 716
- « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, p. 1306
- « Les incidences de la réforme du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés », *RLDC* 2014, n°120
- « Droit des sûretés », *D.* 2011.406

**Couturier (G.)**, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, 2000, n°15-16, p.880

**Dabin (J.)**, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962, p. 35

**Dalmau (R.)**, « Quelques précisions sur la contrariété d'une sûreté à l'intérêt social d'une SCI », *Rev. des sociétés*, 2018

**Dammann (R.), Alle (A.)**, « Directive « restructuration et insolvabilité » : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.* 2019, n°37, p. 2047

**Dammann (R.), Boche-Robinet (M.)**, « Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventives en Europe. Une chance à saisir pour la France », *D.* 2017, n°22, p. 1264

**Dammann (R.) :**

- « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *D.* 2018, p. 629
- « Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives », *D.* 2018, n°40, p. 2195 et s.
- « Réflexions sur la réforme du droit des sûretés au regard du droit des procédures collectives : pour une attractivité retrouvée du gage », *D.* 2005.2453

**Dauchez (C.)**, « Pour une théorie générale des sûretés », *Rev. de la recherche juridique. Droit prospectif*, PUAM, 2016, vol. 3, p.1121

**Deckon (F.K.)**, « La notification de la cession de créances professionnelles », *RTD com.*, 2006, p. 649

**Deen (G.)**, « Sociétés civiles et commerciales : une distinction justifiée malgré un rapprochement avéré entre elles », *Lexbase Hebdo, éd. Affaires*, 2016, n°476

**De Montecler (M.-C.)**, « Inflation législative : la commission des lois de l'Assemblée veut mettre le pied sur le frein », *D.* 2007

**Del Rey (M.J.),** « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 2006. 338

**Deumier (P.),** « Rapport sur la lutte contre l'inflation législative : enjeux et portée », *D.* 2013, p. 1264

**De Ravel D'Esclapon (Th),**

- « Le financement par le crédit-bail : les incidences de la clause pénale en cas de défaut de paiement », *AJ Contrat*, 2017, p. 408
- « Abus de majorité : de l'importance de la condition relative à l'intérêt social », *BJS* 2019, n°199, p.9

**Despaquis (J.-M.),** « La cessation des paiements est-elle une notion stable ? », *LPA*, 2012, n°207, p. 7

**De Vauplane (H.), Mouy (S.),** « Gage sur titres : une réforme innovante », *Banque* 1996 p.54

**Derrupé (J.),** « Location-gérance sans redevance », *RTD com.*, 1999

**Djoudi (J.), Boucard (F.),** « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008. 500

**Ducouloux-Favard (M.C.),** « Notes de leçon sur le contrat social », *D.* 1997, 319

**Dupichot (Ph.) :**

- « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives, Entre passé, présent et avenir », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès, Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 209 et s.
- « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », *Dt et patr.*, 2010
- « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA*, 2010
- « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? », *BJS* 2015
- « Cautionnement à bout de souffle, porte-fort et Daily dans le vent... », *Dr. et pat.*, 2015
- « Pour un Code européen des affaires », *BJS* 2018, n°06, p.309
- « L'antichrèse », *JCP G suppl.* au n°20 17 mai 2006, n°7, p.26 et s
- « Vente d'immeuble – Les sûretés du financement d'acquisition immobilière », *JCP N*, 2015.1095
- « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007 n°11 p.5
- « La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janv. 2009 », *JCP G* 2009.I.132
- « Le financement des entreprises en difficulté », *BJE* 2018, p. 394

**Dumont-Lefrand (M.-P.),** « Cautionnement : du formalisme au principe de proportion, de Charybde en Scylla », *D.*2018, p.392

**Dumont-Lefrand (M.-P.), Favario (Th.),** « Procédure de sauvegarde », *JCI com.*, Fasc. 2152, n°108

**Ehrat (P.),** « Les groupes de créanciers (et assimilés) en droit allemand de l'insolvabilité », *rev. proc. coll.* 2019, n°3, p. 76

**Elland-Goldsmith (M.) :**

- « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RD aff. Int.* 1995, n°2, p.145 et s.
- « La pratique des lettres de confort et le droit anglais », *RDAI*, 1994, p.527

- « Les apports de la pratique anglaise au droit des sûretés », *Dr. et patr.* 2003, n°113
- Fabries-Lecea (E.), Laroche (M.), Lisanti (C.) ; Mastrullo (Th.) ; Robine (D.),** « L'impact de la directive restructuration et insolvabilité sur les parties prenantes de l'entreprise en difficulté », *JCP E* 2020, n°9, p.27 et s.
- Fasquelle (D.),** « L'heure de la maturité pour le droit européen de l'insolvabilité », *rev. pro. coll.*, 2019, n°3, p. 61 et s
- Fizelson (E.),** « La transmission des sûretés françaises consenties dans le cadre de crédits syndiqués de droit étranger », *RD bancaire et financier*, 2011, n°4
- Flores (Ph.),** « Surendettement des particuliers », *JCl. Procédures Formulaires*, Fasc. 20
- Flour (J.),** « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, in *Études offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, t.1
- Fortuit (M.),** « Le développement des legaltechs en droit économique : une chance ou un péril pour la démocratie ? Le point de vue de l'avocat », *LPA*, 2020, n°116, p.8
- François (J.),** « L'obligation de la caution réelle », *Deffrénois*, 2002, art. 37604, p.1208
- Fremeaux (E.),** « Pour l'hypothèque rechargeable », *JCP N*, 2016, 1102
- Gallmeister (I.),** « État et capacité des personnes », *Rep. Dr. civ.*, Dalloz, 2016-2019
- Gallois (A.),** « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles », *D.* 2010, n°23, p.335
- Garapon (A.), Vayr (J.),** « La legaltech, une chance ou une menace pour les professions du droit ? », *LPA*, 2017, n°186, p. 4
- Gavalda (Ch.) et Stoufflet (J.),** « La lettre de garantie internationale », *RTD com.*, 1980
- Gavalda (Ch.),** « La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles », *D.* 1981. Chron. 199 et chron. 329.
- Gazzaniga (J.L.),** « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Rev. droits*, 1990, 41
- Germain (M.),** « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », in *Mélanges en l'honneur de Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014
- Gervais (A.),** « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961
- Ghestin (J.) :**
  - « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2000
  - « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981.1
- Ghozi (A.),** « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986, p.317
- Gibrila (D.),** « La notion de cessation des paiements, critère de distinction entre la société in bonis et l'entreprise en difficulté », *LPA* 2018, n°135, p. 5
- Gijsbers (Ch.) :**
  - « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *RLDC* mars 2014

- « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels de la loi du 20 déc. 2014 », *D.* 2015
- « La place de l'acte authentique dans la réforme du droit des obligations », *JCP N* 2018, n°17.1163
- « Le nantissement de compte bancaire à l'épreuve de la procédure collective du constituant (ou comment le créancier se trouve exproprié de sa sûreté...) », *RTD civ.* 2020 p.164

**Gijsbers (Ch.), Julienne (M.),** « La clause de blocage conservatoire du compte nanti », *RLDC* janv. 2015, p. 28

**Gjidara-Decaix (S.),** « Le nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers. Présentation de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *rev. proc. coll.* 2010, n°4, ét. 20

**Gobert (M.),** « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques Flour*, p. 218

**Goldie-Genicon (Ch.),** « Libéralités et sûretés », *JCP N* 2017.1148

**Gout (O.) :**

- « Des imperfections du droit actuel des garanties autonomes », *D.*2011, p.655
- « Quelle réforme pour les sûretés dans la loi PACTE ? », *AJ Contrat* 2019, p.264

**Govrot-Seff,** « La lutte autour du sujet de droit », *RTD civ.* 1926

**Grimaldi (M.) :**

- « Réflexions sur les propriétés-sûretés, à propos de la réserve de propriété », in *Etudes offertes à J. Dupichot*, Liberamicorum, Bruxelles, 2004, Bruylant, p.169 et s.
- « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *LPA* 2004 n°205, p.30
- « Le cautionnement réel n'est plus un cautionnement... et ne relève donc plus de l'article 1415 du Code civil », *Rev. Contrats*, 2006, n°2, p.454
- « Code européen des affaires et notariat européen », *Defrénois* 2019, n°01-02, p.1
- « Retour sur les donations de fruits et revenus (à propos de la mise à disposition d'un logement) » in *Mélanges en l'honneur de G. Champenois*, Defrénois 2012, p.431
- « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la clause de réserve de propriété) », art. préc., p.179 et s
- « Rapport de synthèse », in Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application, *LPA* 2008, n°17, p. 79

**Grimaldi (M.), Dammann (R.),** « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p670

**Grua (F.),** « Le cautionnement réel », *JCP* 1984, I, n°3167

**Guégan (E.),** « Abus de majorité : retour sur le critère de la contrariété à l'intérêt social », *BJS* 2020, n°121, p.9

**Favario (T.),** « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. sociétés* 2008

**Hanel (R.),** « La directive sur les cadres de restructuration préventifs vue par les praticiens allemands », *rev. proc. coll.* 2019, n°3, p. 83 ;

**Hauriou (M.), Millard (E.),** « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, n°30-31, 1995, p.391

**Hennebelle (D.),** « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP E*, 2000.1366

**Heugas-Darraspen (H.),** « La loi du 17 mars 2014 modifiée relative à la consommation et le renforcement de la protection du consommateur immobilier », *RDI*, déc. 2014

**Heugas-Darraspen (H.), Salvandy (J.),** « L'hydre de l'hypothèque rechargeable ? », *RDI* 2015

**Heuzé (V.),** « Assurance-crédit et sûretés personnelles », *D.* 2014, , p.493

**Herzog-Evans (M.),** « Homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Civ.* 2000 p.65

**Honorat (J.) :**

- « Nullité », *Rep. Sociétés*, Dalloz, mars 1997
- « Société et cautionnement », *Deffrénois*, 1982, art.32970, p.1590

**Houtcieff (D.) :**

- « Contribution à l'étude de l'intuitus personae. Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD civ.* 2003, p.3
- « Renonciation », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2005
- « Capacité des personnes morales après la réforme : c'est bien plus lorsque c'est utile ? », *Hebdo éd. Aff.*, 2018

**Hovasse (H.),** « Sûretés et garanties - les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. et patr.*, 2001, n°92, p.76.

**Inacio (E.),** « Approche de droit européen de la convergence des statuts des praticiens de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne », *rev. proc. coll.* 2019, n°3, p. 85 et s.

**Jazottes (G.),** « Les créanciers : quelques retouches avant la réforme du droit des sûretés », *rev. proc. coll.* 2019, n°4

**Jestaz (Ph.),** « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in Mélanges Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985

**Juillet (Ch.) :**

- « La validité d'une sûreté pour autrui consentie par une société à risque illimitée : « la boussole de l'intérêt social » perd le Nord », *RLDC* 2013
- « La date d'appréciation de la proportionnalité du cautionnement de dettes futures », *Rev. sociétés* 2016, p.146
- « Le nantissement de monnaie scripturale dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RLDC* mars 2018, n°157

**Julienne (M), Andreu (L.),** « Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général », *D.* 2014, p. 127

**Julienne (M.),** « Privilèges mobiliers spéciaux – présentation des privilèges mobiliers spéciaux », *Rep. civ. Dalloz*, 2019

**Kanayama (N.),**

- « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » - donner, faire, ne pas faire ... et garantir », *in Mélanges en l'honneur de Ch. Mouly*, II, p. 375 et s.
- « Donner et garantir – un siècle après ou une autre histoire », *in mélanges en l'honneur de J. Ghestin*, p. 473 et s.

**Kenfack (H.),** « Location-gérance de fonds de commerce », *Rep. com.*, Dalloz, févr. 2020

**Lagarde (X.),** « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I.170, n°4

**Lamarche (M.), Lemouland (J.-J.),** « Mariage – effets patrimoniaux du mariage », *RDC*, avril 2014

**Lanzara (D.),** « Précisions sur la constatation judiciaire de la caducité d'un contrat de location-financière », *LPA*, 2018

**Larroumet (Ch.) :**

- « Résiliation du crédit-bail après résolution de la vente », *D.* 1991
- « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », *D.* 2007.344
- « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990.II.15877

**Lartigue (M.),** « Legaltech : l'échec d'Atrium est-il aussi celui d'un modèle ? », *Gaz. Pal.* 2020, n°373, p. 9

**Lasserre (M.-C.),** « La paralysie de la fiducie-sûreté », *LPA* 2011, n°30, p.3

**Laurent (B.), Assant (O.),** « Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ? », *JCP G* 2008.I.157, n°6

**Lebel (C.),** « Location-gérance », *JCI Contrats, distribution*, Fasc. 1440, 2008

**Le Cannu (P.),** « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », *RTD com.* 2006

**Le Corre (P.-M.),** « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », *JCP E* 2009.1204, n°24

**Le Corre-Broly (V.),** « La situation du porteur d'un warrant agricole », *JCP E* 2013.1446

**Lecourt (A.),** « Transmission universelle du patrimoine et garanties : faut-il revenir sur l'influence de l'intuitu personae ? », *RTD com.* 2017, p. 633

**Leduc (F.),** « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995 p.307

**Le Gach Pech (S.),** « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD civ.*, 2014, p. 581

**Le Gallou (C.) :**

- « L'hypothèque rechargeable : un jeu de cache-cache ou de qui perd quoi ? », *RDLC* avril 2015



- « Mentions manuscrites de la caution : faire des lignes pour protéger ? », *RLDC*, 2015, n°131

**Legeais (D.) :**

- « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.*, avr. 2002, p.68
- « La responsabilité bancaire pour fourniture de crédit », *RD bancaire et financier*, nov.-déc. 2014, études 24
- « Projet de réforme du droit des procédures collectives », *RD bancaire et financier*, 2008
- « Cession et nantissement de créances professionnelles – effet de la cession « Dailly » », *JCL. Civ.*, Art. 2356 à 2366
- « Recul du devoir de mise en garde de l'établissement de crédit », *RTD. com.* 2019, 466
- « Le principe de proportionnalité entre l'engagement d'un garant et ses ressources », *JCP E.* n°44. 1997.1007
- « Gage de compte d'instruments financiers », *RD bancaire et financier.* 1997.225 et s.
- « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *LPA*, févr. 2011, n°30, p. 27
- « Coronavirus. Conséquences de la crise de la Covid 19 », *RTD com.* 2020, p. 431
- « Droit de rétention du créancier gagiste », *RD bancaire et financier* 2008.139

**Legrand (F.), Picod (J.-M), Buisine (O.), Rousseau (V.),** « L'accroissement de l'efficacité des procédures de restructuration et d'insolvabilité par la directive du 20 juin 2019. Où se situe le droit français ? », *JCP E* 2020, n°9, p. 36 et s.

**Legros (J.-P),** « Les retouches apportées par la loi PACTE au droit des procédures collectives », *JCP G* 2019 n°29, p. 1434 et s.

**Leguevaques (Ch.), Roussel Galle (Ph.), Gorrias (S.), Brémond (G.), Gendrot (H.), Saigne (Ph.), Vaillot (R.),** « La situation des créanciers : plus de droits, plus de privilèges...et moins de privilégiés », *LPA* 2006, n°189, p. 39

**Le Moulec (E.),** « Les implications de la réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil par la loi PACTE sur l'abus de biens sociaux », *RTD. com.* 2020, p.1

**Le Nabasque (H.),** « A propos de la réforme de l'article 1833 du Code civil », *BJS* sept. 2019, n°120, p. 1

**Libchaber (R.) :**

- « Une fiducie française inutile et incertaine... », *in Mélanges en l'honneur de Ph. Malaurie*, Defrénois 2005, p.303 et s.
- « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, p.1409
- « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort d'exécution », *RJDA* 2006, p.787
- « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p. 1094 et s

- « Retour sur l'autonomie prétendue de la garantie à première demande », *RDC* 2017 n°114, p.253

**Lienhard (A.)**, « Loi PACTE : consécration de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux », *D. actualités*, 16 avril 2019

**Lucas (F.-X.) :**

- « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », *Bull. Joly*, p. 1181 et s. :
- « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS*, sept. 2018, n°118, p. 477
- « Loi Pacte et droit de la faillite », *Essentiel dr. des entreprises en difficulté*, 2018, n°112, p.1
- « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », *RLDA* 2005, n°80
- « Notion de cessation des paiements », *RD bancaire et financier*, 2003.230
- « L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse », *BJE* 2019, n°117, p.78

**Lucas (F.-X.), Pérochon (F.)**, « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? Controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Pérochon », *BJE* 2012, n°5, p. 341

**Lucas (F.-X.) Sénéchal (M.)**, « Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », *D.* 2008.29

**Luciano (K.)**, « Fiducie-sûreté et plan de cession », *Rev. proc. coll.* n°2, 2011, ét. 9

**Macorig-Venier (F.)**, « Loi Pacte : débiteur « manche 1 », créanciers « manche 2 » ? ou l'équilibre enfin ? », *BJE* 2019, n°117, p.1

**Martial-Braz (N.)**, « Sûretés avec et sans dépossession, une *summa divisio* désuète ? », *RD Bancaire et financier*, 2014, n°5, doss. 35

**Martin (D.-R.) :**

- « Location et possession : du bien loué et revendu », *JCP G*, 1998, I. 1121
- « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, p. 49
- « Du gage d'actifs scripturaux », *D.* 1996, chron. 263

**Martineau-Bourgninaud (V.) :**

- « Le rebond du débiteur dans la loi Pacte », *BJE* 2019, n°4, p.50 et s
- « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002.245

**Masclat (J.-P.) et Lamy (D.)**, « Une tentative oubliée de mobilisation des sols : la cédule hypothécaire révolutionnaire », *Banque*, 1973

**Mathey (N.)**, « Le devoir de mise en garde et l'appréciation du risque d'endettement excessif de la caution », *L'essentiel droit bancaire*, n°10, p.2

**Mazeaud (D.)**, « La cause. Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. et patr.* 2014, n°240

**Mazeaud (V.),** « L'instrumentalisation du droit et de l'action en matière de cautionnement », *D.* 2016.628

**Mbongo (P.),** « De l'inflation législative comme discours doctrinal », *D.* 2005, p.1300

**Mekki (M.) :**

- « Réforme du droit des obligations : une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP N* 2018 n°17.1175
- « Charge de la preuve et présomptions légales », *Dr. et patr.* n° 250, p. 36

**Menjuq (M.),** « Note sous directive », *JCP E* 2019, n°39, p. 36

**Mestre (J.),** « Des engagements nécessairement causés à ceux relativement abstraits », *RTD civ.*, 1991

**Mignot (M.),** « Cautionnement réel : un opportun retour à l'ordre », *RLDC* févr. 2006. 23

**Millard,** « Hauriou et la théorie de l'institutionnalisation », *Droit et société*, n°30-31, 1995

**Molfessis (N.),** « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et droit*, mai-juin 2000

**Monier (R.),** « La possession est-elle une *res incorporalis* en droit romain classique ? », in *Mélanges en l'honneur de De Visscher*, IV, 235

**Monteran (T.),** « Loi Pacte : ce n'est qu'un début, continuons le combat ! », *Gaz. Pal.* 2019, n°355, p.34

**Monsérié-Bon (M.-H.),** « Le prepack cession FRAM : expériences et enseignements », *BJE* 2016.69

**Mouly (Ch.) :**

- « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Etudes offertes à R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529 et s.
- « Publicité foncière – Europe occidentale », *J.Cl. Notarial*, fasc. 20.1984

**Mouly-Guillemaud (C.),** « La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », *RTD civ.* 2007, p. 253

**Mousseron (P.),** « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », *D.* 2016, p. 906

**Netter (E.),** « Garanties consenties par une société », *EJS*, 2019

**Notat (N.), Sénard (J.-D.),** « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », *La Documentation française*, 9 mars 2018

**Olivier (J.-M.),** « La caution et sa famille », *LPA*, 1986, n°50

**Oppetit (B.) :**

- « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de «hardship », *JDI* 1974 p. 794
- « Les hardship clauses », *Dr. prat. com. int.* 1996. 7
- « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges en l'honneur de D. Holleaux*, Litec, 1990, p.323

**Ophele (C.),** « Cession de créance », *Rep. civ.*, Dalloz

**Pallier (L.),** « Les présomptions dans l'ordonnance du 10 février 2016 - Libres propos », *JCP G* 2016, 1030

**Pailusseau (J.),** « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à Roger Houin*, p.109

**Palvadeau (V.),** « Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* oct. 2012. 36.

**Pellier (J.-D.) :**

- « La poursuite de la construction du régime des sûretés pour autrui », *D.* 2014, p. 1054

**Pérochon (F.) :** « Le choix de garanties efficaces », *BJE* sept. 2012, n°05, p. 321

**Pesenti (S.),** « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA*, 2004, n°51, p.12

**Pétel (Ph.),** « Loi Pacte et procédures collectives : dispositions concernant le débiteur », *rev. proc. coll.*, 2019, n°4

**Picod (N.) :**

- « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », in *Études du droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 843 et s
- « La directive restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour que rien ne change... », *Rev. des affaires européennes* 2019, n°3, p. 585 et s.

**Piedelievre (S.) :**

- « Le cautionnement excessif », *Deffrénois* 1998 p.849
- « Antichrèse », *Rep. Civ.*, Dalloz, 2005
- « Pas de disproportion pour les sûretés réelles pour autrui », *D.* 2008.2036

**Piette (G.) :**

- « La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, *D.* 2006, p.1688
- « Solutions pour mettre un terme au contentieux relatif aux mentions manuscrites dans le cautionnement », *D.* 2017, p.1064
- « La lettre d'intention », *Rep. com.*, Dalloz, 2019

**Poracchia (D.),** « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS* juin 2019, n°119, p.40

**Prieur (J.),** « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Études offertes à A. Sayag*, 1997

**Prigent (S.),** « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.* 2008 p.401

**Puig (P.),** « Les garanties autonomes », *LPA* 2008, p.9

**Rachez (E.),** « Loi « Dailly » : le concours du banquier cessionnaire avec les autres ayants droits du cédant », *RD Bancaire et bourse*, 1990, p.144

**Rebut (D.),** « Abus de biens sociaux », *Rep. Dr. pén.*, Dalloz

**Reygrobellet (A.),** « Le loyer n'est pas nécessaire dans un contrat de location-gérance », *D.* 2000

**Robine (D.),** « Responsabilité de la caution pour manquement à une obligation de mise en garde la Cour de cassation lève les obstacles », *RD bancaire et financier*, 2017, ét. 20

**Rochfeld (J.),** « Cause », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2014

**Rohart-Messenger (I.)**, « L'amélioration de la prévention », *Gaz. Pal.* 2009

**Rontchevsky (N.) :**

- « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit*, 2006, n°10

**Rouhette (G.)**, « La révision conventionnelle du contrat », *RD comp*, 1986 p.369

**Roussel-Galle (Ph.), Reille (F.)**, « Droit des entreprises en difficulté », *Dr. et proc.* 2018, n°7, p. 10 et s.

**Rouviere (F.)**, « Servitudes – obligation réelle », *JCl. Civ. Code*, 2013

**Saintourens (B.)**, « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *rev. proc. coll.* 2016, n°1, doss. 6

**Sailleilles (R.)**, « Etudes sur les éléments constitutifs de la possession », *Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t.3, 1893, p.121 et s.

**Sautonie-Laguionie (L.)**, « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité. Quel contenu pour quelle transposition en droit français ? », *JCP E* 2020, n°9, p. 21

**Savatier (R.) :**

- « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Structures matérielles et structures juridiques », in *Mélanges en l'honneur de G. Ripert*, t.I, p.75 et s.
- « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.*, 1958.1
- « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977

**Schlumberger (E.)**, « Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », in *Mélanges en l'honneur d'H. Hovasse*, LexisNexis, 2016

**Schmidt (D.) :**

- « Abus de minorité et de majorité : Évolutions ( ? ) », *BJS* 2007, n°199, p.745
- « La loi PACTE et l'intérêt social », *D.* 2019, p.633
- « Loi PACTE – l'intérêt social », *JCl Com.*, Fasc. 25

**Schmidt (D.), Gramling (P.)**, « La loi no 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », *D.* 1981. Chron. 217.

**Sériaux (A.)**, *La notion de contrat synallagmatique*, in *Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*

**Simler (Ph.), Delebecque (Ph.)**, « Droit des sûretés », *JCP N* 1993.2743

**Simler (Ph.) :**

- « Le cautionnement réel est - aussi - réellement un cautionnement », *JCP G* 2001.I.367
- « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *RD bancaire et bourse*, 1997, p.223
- « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP G*, 1990.I.3427

**Stoffel-Munck (Ph.) :**

- « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et patr.*, 2012
- « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p.705

**Storck (P.)**, « Abus de majorité : conditions d'appréciation », *JCP N* 2019, p.1330

**Stoufflet (J.)**, « La lettre de garantie internationale » *in* Colloque de Deauville, *RJ Com.* 1982

**Stoufflet (J.), Chaput (Y.)**, « L'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit », *JCP* 1981. I. 3044

**Synvet (H.)**, « Le nantissement de compte », *Dr. et patr.*, 2007, n°161 , p. 62 s.,

**Tadros (A.)**, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p.1756

**Tauran (T.)**, « Les distinctions en droit civil », *LPA*, 7 avril 2000, n°70, p.5

**Teboul (G.) :**

- « Entreprises en difficulté, quelles sont les conséquences de la loi PACTE ? », *LPA* 2019, n°171, p.7-9
- « Le prepack cession : quoi de neuf ? », *Rev. proc. coll.* n°6, p.17
- « La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace », *rev. proc. coll.* 2015, n°2, ét. 6
- « Des propositions pour la sortie de crise du coronavirus : rien ne sera plus comme avant », *LPA* 2020, n°154, p.5

**Terray (J.)**, « La lettre de confort », *Banque*, 1980, p.329

**Teston (B.)**, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *Dr. et patr.* 2001, n°94, p.69

**Testu (F.-X.)**, « Le cautionnement libéralité », *JCP G* 1988, I, 307

**Thévenot (C.)**, « Quelques observations sur l'avènement des classes de créanciers », *rev. proc. coll.* 2019, n°4, p. 78 et s.

**Toledo-Wolfsohn (A.-M.)**, « La réforme du droit anglais des sûretés », *RLDC* 2014, n°120

**Tricot (D.)**, « La cessation des paiements : une notion stable », *Gaz. Pal.* 2005, n°120, p. 13

**Trigeaud (J.-M.)**, « Réserve de propriété et transfert de propriété », *JCP Cl.* 1982, 13744, n°14

**Trolong :** « La théorie possessoire du Code civil allemand », *rev. crit.*, 1903, 592

**Urbain-Parleani (I.)**, « La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat », *Rev. sociétés*, 2018, p.551

**Vallansan (J.)**,

- « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance), *rev. proc. coll.* 2012, n°3, doss. 13
- « La liquidation judiciaire et le rétablissement professionnel après la loi Pacte », *rev. proc. coll.*, 2019, n°4

**Vallens (J.-L.) :**

- « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives », *RLDA* juill. 2006, p. 75 et s
- « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives », *RLDA* 2006, p. 75 et s
- « De la cessation des paiements à l'insolvabilité », *JCP G*, 2008.23.148
- « Les classes de créanciers, approche de droit comparé », *rev. proc. coll.* 2019, n°3, p. 74 et s.
- « L'avènement des classes de créanciers, une révolution pour les sûretés réelles ? », *rev. pro. coll.* 2018, n°4, p. 76 et s.

**Vermeille (S.), Jauffret (Th.)**, « Enfin un droit de la restructuration efficace ! », *LPA* 2017, n°171, p. 5 et s.

**Vermeille (S.), Rotaru (V.)**, « La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent, mais une opportunité unique pour la France. Plaidoyer pour une transposition conforme à l'analyse économique du droit », *RTDF*, 2019, n°2, p. 3 et s.

**Vivant (M.)**, « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D.* 1978, p.42

**Wicker (G.)**, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose dans le mot ? », *D.* 2015

**Wiederkehr (G.)**, « Pacte commissaire et sûretés conventionnelles », in *Etudes offertes à Jauffret*, LGDJ, 1974,

**Witz (Cl.) :**

- « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *Rev. internationale de droit comparé*, Vol. 37, n°1, p. 22 et s.
- « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », *RD bancaire et bourse* 1992, p.143 et s.
- « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP E*, 1993, n°5, p.244

**Yldirim (G.)**, « Communauté légale : répartition des dettes », *RDC* nov. 2019

**Zarka (J.-C.)**, « A propos de l'inflation des lois », *D.* 2005, p. 660

## NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

### **Albiges (C.)**

- Cass. com., 15 nov. 2017, *D.* 2017 p. 2573
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avril 2018, *Gaz. Pal.* 2018 n° 324, p. 35

### **Andreu (L.) :**

- Cass. com., 22 mai 2007, *D.* 2008 p. 514
- Cass. com., 22 janv. 2020, *L'essentiel droit des entreprises en difficultés*, 2020, n° 3, p. 2

### **Ansault (J.-J.)**

- Cass. com., 9 févr. 2010, *RLDC* 2010, p. 37
- Cass. com., 19 oct. 2010, *RLDC* 2010, p. 77, n° 33
- Cass. com., 18 janv. 2017, *rev. sociétés* 2017, p. 282

### **Aubert (J.-L.)**

- Cass. com. 29 juin 1982, *Defrénois* 1983, art. 33027, p. 393

### **Avenat-Robardet (V.)**

- Cass. com., 25 avril 2001, *D.* 2001 p. 1793
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2002, *D.* 2002 p. 2403
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* 2006, p. 61
- Cass. com., 22 mai 2007, *D.* 2007 p. 1999
- Cass. com., 8 janv. 2008, *D.* 2008, p. 474
- Cass. com., 24 mars 2009, *D.* 2009 p. 943
- Cass. com., 8 mars 2011, *D.* 2011 p. 1193
- Cass. com., 22 mai 2013, *D.* 2013 p. 1340
- Cass. com., 17 sept. 2013, *D.* 2013, p. 2220
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 janv. 2015, *D.* 2015 p. 204
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 3 juin 2015, *D.* 2015 p. 2044

### **Aynès (A.)**

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mai 2008, *RDC* 2008, n° 4, p. 1285
- Cass. com., 12 janv. 2010 ; *RDC* 2010, p. 1336
- Cass. com., 26 mai 2010, *RDC* 2010, p. 1338
- Cass. com., 5 févr. 2013, *Dr. et patr.* 2013, p. 90
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, *JCP G* 2018.67

### **Aynès (L.)**

- Cass. com., 13 janv. 1987, *D.* 1987 p. 453



- Cass. com., 3 nov. 1988, *Defrénois* 1989, art. 34482
- Cass. com., 6 déc. 1988, *Defrénois* 1989, art. 34482
- Cass. com., 28 nov. 1989, *Defrénois* 1990, art. 34809, n° 73
- Cass. 1ère civ., 13 nov. 1990, *D.* 1991 p. 385
- Cass. 1ère civ., 17 mars 1992, *D.* 1992 p. 481
- Cass. com., 13 déc. 1994, *D.* 1995 p. 209
- Cass. 1ère civ., 4 juin 1996, *D.* 1997, p. 163
- Cass. 1ère civ., 1er fév. 2000, *D.* 2001 p. 694
- Cass. 1ère civ., 29 févr. 2000, *D.* 2001 p. 694
- Cass. 1ère civ., 15 mai 2002, *D.* 2002 p. 3337
- Cass. civ. 1re, 22 mai 2002, *D.* 2002, p. 3336
- Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* 2006, p. 733
- Cass. com., 22 mai 2007, *RLDC* 2007, n° 41, p. 25
- Cass. com. 5 févr. 2013, *Dr. et patr.* 2013, p. 68

**Aynès (L.), Dupichot (D.) :**

- Cass. com., 3 mai 2006, *Dr. et patr.* 2008, p. 85
- Cass. 1ère civ., 7 mai 2008, *Dr. et patr.* oct. 2008 p. 95
- Cass. com., 24 mars 2009, *Dr. et patr.* 2010, n° 195

**Barbier (H.) :**

- Cass. com., 22 mai 2013, *RTD civ.* 2013, p. 607
- Cass. com., 17 mai 2017, *RTD civ.* 2017, p. 640
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mai 2018, *RTD civ.* 2018 p. 658
- Cass. 1ère civ., 28 nov. 2018, *RTD civ.* 2019 p. 92
- Cass. com., 3 juill. 2019, *RTD civ.* 2019 p. 858

**Barthez (A.-S.) :**

- Cass. com., 29 janv. 2002, *JCP G* 2002, I, 184, n° 19
- Cass. com., 12 mai 2015, *RDC* 2016, p. 56
- Cass. com., 22 mars 2016, *RDC* 2017 p. 71
- Cass. 1ère civ., 23 fév. 1999, *JCP G*, 99. II. 10189 ; *RDC* 2016 p. 266

**Behar-Touchais (M.) :** Cass. com., 13 janv. 1987, *JCP E* 1987.II.15054

**Béreau (M.), Fournier (B.) :** Cass. com., 31 janv. 2017 ; *RLDC* 2017, p. 22

**Bidan (Ch.) :** Cass. com., 5 févr. 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n° 148, p. 17

**Billiau (M.) :** Cass. com., 25 févr. 1992, *JCP* 1992. II. 21922

**Bonnet (V.) :**

- Cass. 1ère civ., 4 mai 1999, *D.* 2000 p. 302
- Cass., 1ère civ., 29 févr. 2000, *D.* 2000 p. 829

**Borga (N.) :**

- Cass. com., 24 mars 2009, *D.* 2009, p. 1661
- Cass. com., 26 mai 2010, *D.* 2010, p. 2201
- Com. 31 janv. 2017, *AJ Contrat* 2017 p. 190

**Bouloc (B.) :**

- Cass. crim., 4 fév. 1985, *rev. sociétés* 1985, p. 688
- Cass. com., 22 mai 2007, *RTD com.* 2008, p.172
- Cass. com., 3 juin 2008, *RTD com.* 2009, p. 433

**Bourassin (M.) :**

- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, *Gaz. Pal.* 2018, p. 324
- Cass. com., 3 juill. 2019, *Gaz. Pal.* 2019 p. 63

**Cabannes (J.) :** Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981, *D.* 1981, p.637

**Cabrillac (M.) :**

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 déc. 1969, *RTD com.* 1970, p. 459
- Cass. com., 19 mai 1992, *RTD com.* 1992, p. 655
- Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 1er févr. 2000, *RTD com.* 2000, p. 426
- Cass. com., 25 avril 2001, *RTD com.* 2001 p. 751

**Cabrillac (M.), Teyssié (B.) :** Cass. com., 19 mai 1992, *RTD com.* 1992, p. 655

**Cabrillac (R.) :** Cass. com., 29 juin 1982, *rev. sociétés* 1982, p. 86

**Cabrillac (S.) :** Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 oct. 2004, *D.* 2005 p. 692

**Casey (J.) :**

- Cass. com., 17 juin 1997, *D.* 1998, p. 208
- Com. 22 mai 2007, *JCP* 2007, p. 274

**Cerles (A.)**

- Cass. com., 9 févr. 2010, *RD bancaire et financier* 2010, p. 95
- Cass. com., 26 mai 2010, *RD bancaire et financier* 2010, n° 142
- C.A. Pau, 21 mai 2013, *RD bancaire et financier* 2013 p. 195

**Champenois (G.) :** Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *Defrénois* 2006, art. 38469, n° 56, p. 1600

**Cohet-Cordey (F.) :** Cass. com., 22 mai 2007, *AJDI* 2008 p. 699

**Courdier-Cuisinier (S.) :** Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 juin 2006, *D.* 2006 p. 2539

**Crédot (F.), Gérard (Y.) :** Cass. com., 19 mai 1992, *RD bancaire et bourse* 1992, p. 236

**Crocq (P.) :**

- Cass. com., 20 mai 1997, *RTD civ.* 1997, p. 707
- Cass. com., 17 juin 1997, *RTD civ.* 1998, p. 154
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 1999, *RTD civ.* 1999, p. 880
- Cass. com. 15 mai 2001, *RTD civ.* 2001, p. 634
- Cass. com., 29 janv. 2002, *RTD civ.*, 2003, p. 124
- Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 15 mai 2002, *RTD civ.* 2003, p. 128

- Cass. com., 1er oct. 2002, Bull. civ. IV, n°132, n°98-23.342 ; *RTD civ.* 2003, p.122
- Cass. com., 08 oct. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 125
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2002, *RTD. civ.*, 2003, p. 327
- Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 oct. 2004, *D.* 2005, p. 2078
- Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* 2006, p. 465 ; *RTD civ.* 2006, p. 594
- Cass. com., 13 déc. 2005, *D.* 2006 p. 2855
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 juin 2006, *RTD civ.* 2006
- Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, *RTD civ.* 2006 p. 799
- Com. 22 mai 2007, *D.* 2008, p. 2104, *RTD civ.* 2008, p. 333
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mai 2008, *RTD civ.* 2008, p. 700
- Cass. com., 12 janv. 2010 ; *D.* 2011, p. 410
- Cass. com., 9 févr. 2010, *D.* 2011 p. 406 ; *RTD civ.* 2010 p. 360
- Cass. com., 13 avr. 2010, *D.* 2011 p. 407
- Cass. com., 26 mai 2010, *D.* 2011, p. 411
- Cass. com., 19 oct. 2010, *D.* 2011, p. 407
- Cass. com., 22 janv. 2013, *D.* 2013, p. 1736
- Cass. com., 5 févr. 2013, *D.* 2013 p. 1708
- Cass. com., 12 mars 2013, *D.* 2013 p. 1706
- Cass. com., 9 avril 2013, *D.* 2013 p. 1706
- Cass. com., 22 mai 2013, *D.* 2013 p. 1706
- Cass. com., 7 janv. 2014, *RTD civ.* 2014, p. 156
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 15 janv. 2015, *RTD civ.* 2015, p. 183
- Cass. com., 10 mars 2015, *RTD civ.* 2015, p. 443
- Cass. com., 8 avril 2015, *RTD civ.* 2015, p. 665
- Cass. com., 12 mai 2015, *D.* 2015, p. 1815
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 3 juin 2015, *D.* 2015, p. 1810
- Cass. com. 13 oct. 2015, *RTD civ.* 2015, p. 917
- Cass. com. 22 mars 2016, *D.* 2016 p. 1965
- Cass. com., 14 juin 2016, *D.* 2016, p. 1955
- Cass. com., 17 mai 2017, *D.* 2017, p. 2004
- Cass. com., 15 nov. 2017, *D.* 2018 p. 1884

**Dalmau (R.) :** Cass. com., 12 mai 2015, *RLDC* oct. 2015, p. 24

**Dammann (R.), Alle (A.) :** Cass. com., 22 janv. 2020, *D.* 2020 p. 1685

**Deboissy (F.), Wicker (G.) :** Cass. com., 12 mai 2015, *JCP G* 2016, 174, n° 5

**Delebecque (Ph.) :**

- Cass. com., 11 mai 1993, *JCP G*, 94.II.22188
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2002, *D.* 2003, p. 963

- Cass. com., 26 mai 2010, *JCP* 2011 p. 226, n° 19
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 oct. 2013, *JCP E* 2013 n° 17
- Cass. com., 23 sept. 2014, *JCP G* 2015, p. 604, n° 17
- Cass. com., 12 mai 2015, *JCP G* 2015 p. 1222, n° 14

**Delpech (X.) :**

- Cass. com., 13 déc. 2005, *D.* 2006 p. 298
- Cass. com., 9 févr. 2010, *D.* 2010 p. 578

**Dissaux (N.) :** Cass. com., 27 oct. 2009, *JCP E* 2010.1111

**Dondero (B.) :** Cass. com., 1er avr. 2014, *D.* 2014 p. 1185

**Dondero (B.), Le Cannu (P.) :** Cass. com., 15 janv. 2013, *RTD. com.* 2013 p. 87

**Dumont-Lefrand (M.-P.) :** Cass. com., 7 nov. 2018, *Gaz. Pal.* 2019, n° 342, p. 28

**Dupichot (Ph.) :**

- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *Dr. et patr.* févr. 2006 p. 124
- Cass. com., 3 mai 2006, *Dr. et patr.* 2008 p. 85
- Cass. com., 6 oct. 2009, *Dr. et patr.* 2010, p. 91
- Cass. com., 12 janv. 2010, *Dr. et patr.* 2010, p. 94
- Com. 26 mai 2010, *Dr. et patr.* 2010, p. 96
- Cass. com., 10 juill. 2012, *Dr. et patr.*, 2013, p.83
- Cass. com., 13 avr. 2010, *Dr. et patr.* 2012 p. 83
- C.A. Pau, 21 mai 2013 ; *Dr et patr.* 2014, p. 57
- Cass. com., 1er octobre 2013, *Dr. et patr.* 2014, p. 58
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 15 oct. 2013, *Dr. et patr.* 2014, n° 233
- Cass. com. 22 mars 2016, *Dr. et patr.* 2017 p. 90

**Fabre-Magnan (M.) :** Cass. com., 22 oct. 1996, *JCP G* 1997. I. 4002

**Gautier (P.-Y.) :** Cass. com., 3 déc. 1991, *RTD civ.* 1992, p. 781, n° 4

**Gavalda (C.) :** Cass. ass. plén. 13 févr. 1976, *JCP* 1977.II.18518

**Génicon (Th.) :** Cass. soc. 10 avril 2013, *RDC* 2013 p. 1321

**Ghestin (J.) :** Cass. com., 20 nov. 1979, *JCP G.* 1981.II.19615

**Ginestet :** Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 fév. 1999, *JCP G*, 99. II. 10189

**Gijsbers (Ch.) :**

- Cass. com., 4 déc. 2012, *RLDC* févr. 2013, p. 33
- Cass. com., 17 mai 2017, *rev. proc.coll.* 2018, comm. 22
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, *rev. proc. coll.* 2018 p. 114 ; Defrénois 2018 p. 28
- Cass. com., 22 janv. 2020, *RTD civ.* 2020 p. 164

**Gouzel (A.) :** Cass. com., 22 janv. 2020, *Gaz. Pal.*, 2020, n° 379, p. 64

**Gourio (A.) :** Cass. com., 24 mars 2009, *JCP G* 2009. II.10091

**Hallouin (J.Cl.) :** Cass. com., 12 mai 2015, *D.* 2015 p. 2408

**Honorat (J.)** : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 janv. 2005, *Deffrénois* 2005, art. 38166, p. 908

**Houin-Bressand (C.)** : Cass. com., 26 mai 2010, *BJE* 2011 p. 28

**Houtcieff (D.)** :

- Cass. com., 3 mai 2006, *D.* 2006 p. 1963
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 juin 2006, *RDC* 2006 p. 1193
- Cass. com., 22 mai 2007, *D.* 2007 p. 2201

**Hontebeyrie (A.)** : Cass. com., 15 janv. 2013, *D.* 2013 p. 1183

**Jacob (F.)** : Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *Banque et droit*, 2006, n° 105 p. 55

**Juillet (Ch.)** :

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juin 2015, *D.* 2015, p. 2044
- Cass. com., 15 nov. 2017, *BJS* 2018, n° 1, p. 34

**Julienne (M.)**

- Cass. com., 22 janv. 2020, *RDC* 2020, n° 116, p. 56

**Julienne (M.), Andreu (L.)** :

- Cass. com., 1er oct. 2013, *D.* 2014, p. 127

**Koering (C.)** : Cass. com., 08 oct. 2002, *D.* 2003 p. 414

**Larroumet (C.)** : Cass. com., 22 oct. 1996, *D.* 1997

**Le Cannu (P.)** :

- Cass. com., 11 juill. 1988, *BJE* 1988, p. 666

**Legeais (D.)** :

- Cass. com., 17 juin 1997, *JCP E* 1997, II, 1007
- Cass. com., 29 janv. 2002, *RD bancaire et financier* 2002 p. 72
- Cass. com., 08 oct. 2002, *JCP E*, 2002 p. 1730
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *RTD com.* 2006 p. 465
- Com. 22 mai 2007, *RTD com.* 2007 p. 585
- Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, *JCP E* 2007 p. 2105
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mai 2008, *RD bancaire et financier*, 2008 p. 36
- Cass. com., 24 mars 2009, *RTD com.* 2009 p. 245 ; *JCP E* 2009 p. 1399
- Cass. com., 9 févr. 2010, *RTD com.* 2010 p. 770
- Com., 8 mars 2011, *RTD com.* 2011 p. 402
- Cass. com., 15 janv. 2013, *rev. sociétés* 2013 p. 291
- Cass. com., 9 avr. 2013, *rev. sociétés* 2013 p. 680
- Cass. com., 4 juin 2013, *rev. sociétés* 2013 p. 680
- Cass. com., 17 sept. 2013, *JCP E* 2013 p. 1573, *RD bancaire et financier*, 2013, n° 194
- Cass. com., 7 janv. 2014, *JCP E* 2014 p. 1033
- Cass. com., 8 juill. 2014, *RD Bancaire et financier* 2014 p. 172
- Cass. com., 12 mai 2015, *RTD com.* 2015 p. 727

- Cass. com., 22 sept. 2015, *RTD com.* 2015 p. 727
- Cass. com. 18 janv. 2017, *RD bancaire et financier* 2017 p. 71
- Cass. com., 17 mai 2017, *RD bancaire et financier* 2017, comm. 161
- Cass. civ., 3e, 12 avril 2018, *RD bancaire et financier*, 2018 p. 64

**Leveueur (L.) :**

- Cass. com., 08 oct. 2002, *CCC*, 2003, n° 19
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *CCC* 2006, n° 61

**Libchaber (R.) :**

- Cass., 1ère civ., 15 mai 2002, *RTD civ.* 2002, p. 604
- Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, *D.* 2007 p. 842

**Lienhard (A.) :**

- Cass. com., 29 janv. 2002, *D.* 2002, p. 716
- Cass. com., 7 mars 2006, *D.* 2006, AJ. 782
- Cass. com., 26 mai 2010, *D.* 2010 p. 1340
- Cass. com., 12 mai 2015, *D.* 2015, p. 1815

**Malaurie (Ph.) :** Cass. com., 8 nov. 1972, *D.* 1973 p. 753

**Martin (D.R.) :**

- Cass. com., 26 mai 2010, *D.* 2011 p. 1651

**Martin (D.R.), Synvet (H.)**

- Cass. com., 22 mai 2007, *D.* 2008, p. 871
- Cass. com., 9 févr. 2010, *D.* 2010 p. 1643

**Martin-Serf (A.) :**

- Cass. com., 22 mai 2007, *RTD com.* 2007 p. 833
- Cass. com., 17 mai 2017, *RTD com.*, 2018, p. 197

**Mazeaud (D.) :** Cass. com., 23 oct. 2012, *D.* 2013 p. 686

**Mazeaud (V.) :** Cass. com., 13 oct. 2015, *D.* 2016 p. 628

**Mestre (J.) :**

- Cass. 1ère civ., 17 mars 1992, *RTD civ.* 1992 p. 765

**Mestre (J.), Fages (B.) :**

- Cass. 1ère civ., 25 janv. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 391
- Cass. com., 13 déc. 2005, *RTD civ.* 2006 p. 305

**Mignot (M.) :** Cass. com., 7 nov. 2018, *L'essentiel droit bancaire* 2019, n° 1, p. 7

**Mouly (Ch.)**

- Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981, *D.* 1981, p. 637 ; *rev. sociétés* 1982, p. 84
- Cass. com., 29 juin 1982, *D.* 1983 p. 360

**Ohl (D.) :** Cass. crim., 4 fév. 1985, *D.* 1985

**Piedelièvre (S.) :**

- Cass. com., 3 mai 2006, *Defrénois* 2006, p. 1386
- Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, *Gaz. Pal.* 2018 p. 321

**Porachia (D.) :** Cass. com., 12 mai 2015, *Dr. et patr.*, 2016, p. 80

**Prevost (S.) :** Cass. com., 27 janv. 2015, *rev. sociétés* 2015 p. 306

**Ripert (G.) :** CA Paris, 14 nov. 1949, *D.* 1950 p. 372

**Rives-Lange :** Cass. com., 21 déc. 1987, *Banque* 1988, p. 361

**Robine (D.) :** Cass. com., 12 mai 2015, *D.* 2015, p. 2427

**Rontchevsky (N.) :**

- Cass. com., 12 mai 2015, *Banque et droit*, 2015, n° 164, p. 70
- Cass. com., 17 mai 2017, *Banque et droit*, 2017, n° 174, p. 62

**Savaux (E.) :** Cass. com., 13 déc. 2005, *Defrénois*, 2006, p. 414

**Séjean-Chazal (C.) :** Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 mars 2020, *RDC* 2020, n° 3, p. 54

**Sériaux (A.) :** Cass. com., 22 oct. 1996, *D.* 1997. p. 121

**Sérinet (Y.-M.) :** Cass. com., 17 mai 2017, *JCP G* 2017, 842, n° 4

**Simler (Ph.) :**

- Cass. com., 16 fév. 1977, *JCP G*, 79.II.19154
- Cass. com. 19 mars 1991, *JCP G* 1992.I.3583
- Cass. com., 13 déc. 1994, *JCP G* 95.I.3851, n° 11
- Cass. com., 17 juin 1997, *JCP G* 1998, I, 103, n° 8
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 déc. 1997, *JCP G* 1998.I.149, n° 1
- Cass. com., 8 oct. 2002, *JCP G*, 2003.I.124, n° 6
- Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *JCP* 2005. II. 10183
- Cass. com., 13 déc. 2005, *JCP G* 2006.II.10021
- Cass. com., 18 déc. 2007 ; *JCP G* 2008. I. 151, n° 13
- Cass. com., 17 sept. 2013, *JCP E* 2013, 1679, n° 1
- Cass. com., 7 janv. 2014, *JCP G* 2014 p. 435
- Cass. com., 8 juill. 2014, *JCP G* 2014.1162, n° 9
- Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2016, *JCP G.* 2016. 553, n° 10
- Cass. com. 22 mars 2016, *JCP G.* 2016.553
- Cass. com., 31 janv. 2017 ; *JCP* 2017 p.310
- Cass. com., 17 mai 2017, *JCP G* 2017.1239, n° 7

**Synvet (H.) :** Cass. com., 21 déc. 1987, *rev. sociétés* 1988 p. 398

**Stoffel-Munck (Ph.) :** Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 janv. 2005, *Dr. et patr.* 2005, p. 104

**Stoufflet (J.) :** Cass. com., 7 juin 2004, *JCP G* 94.II.22312

**Théry (Ph.) :**

- Cass. com., 8 oct. 2002, *Defrénois* 2002, art. 37691, n° 22

- Cass. com., 22 mai 2007, *RTD civ.* 2007 p. 805
- Cass. com., 13 oct. 2015, *D.* 2015 p. 2068, *RTD civ.* 2015 p. 932

**Vareille (B.) :** Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *RTD civ.* 2006 p. 357

**Vasseur (M.) :**

- Cass. com., 20 déc. 1982, *D.* 1983, p. 365
- Cass. com., 13 déc. 1983, *D.* 1984, p. 240
- Cass. com., 10 mai 1994, *D.* 1995 p. 12

**Viney (G.) :** Cass. com., 15 nov. 2017, *RDC* 2017, n° 114, p. 26



## JURISPRUDENCE NON COMMENTÉE

Cass. Req. 12 mai 1835  
Cass. Req., 5 mai 1868, DP, 1, p. 285  
Cass. 24 janv. 1872, DP 1873. 1. 75 ; S. 1872. 1. 31  
Cass. civ., 12 août 1872 S. 325  
Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*  
Cass. Req., 12 mars 1888, DP 1888.I.404, S. 1888.I.264  
Cour d'appel de Paris, 12 janv. 1895, DP, 1896, 2, p. 57  
Cass. civ., 18 mai 1898, DP., n° 00.1.481  
Cass. Req., 6 mars 1935, S. 1935, 1, p. 210  
Cass. civ., 06 fév. 1939, DP 1939, 1  
Cass. Req. 27 avr. 1942, S. 1942. 1. 114  
Cass. com., 9 mars 1953, D. 1954.324  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 nov. 1954, *Bull. civ. I*, n° 331  
Cass. com., 7 nov. 1966, *Bull. civ. IV*, n° 421  
Cass. com., 14 nov. 1966, *Bull. civ. IV*, n° 427  
Cass. com., 8 mars 1971, n° 70-10.044, *Bull. civ. IV*, n° 68  
Cass. com., 11 mai 1971, *Bull. civ. IV*, n° 129  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 févr. 1972, *Bull. civ. I*, n° 50  
Cass. com., 28 mars 1973, *Bull. civ. IV*, n° 237  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 nov. 1974, *Bull. civ. I*, n° 311  
Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 11 juill. 1978, n° 77-11.550, *Bull. civ. I*, n° 264  
Cass. soc., 16 oct. 1980, *Bull. civ. V*, n° 744  
Cass. com., 14 nov. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 371  
Cass. com., 6 janv. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 4  
Cass. com., 31 janv. 1983, n° 81-15.783, *Bull. civ. IV*, n° 43  
Cass. com., 7 fév. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 50  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 fév. 1984, *Bull. civ. I*, n° 131  
Cass. com., 5 fév. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 45  
Cass. com., 19 fév. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 68  
Cass. com., 20 fév. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 74  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 fév. 1986, *Bull. civ. I*, n° 22  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 fév. 1986, *Bull. civ. I*, n° 98

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juin 1986, *Bull. civ. I*, n° 147  
Cass. com., 10 juin 1986, n° 84-17.769, *Bull. civ. IV*, n° 117  
Cass. com., 28 avr. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 102  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 juin 1987, n° 85-15.760, *Bull. civ.*, I, n° 210  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 juill. 1987, *Bull. civ. III*, n° 145  
Cass. com., 8 déc. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 263  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 févr. 1988, *Bull. civ. I*, n° 50  
Cass. com., 30 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n° 166  
Cass. com., 14 nov. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 290  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 nov. 1989, n° 87-18.003, *Bull. civ.*, I, n° 348  
Cass. com., 4 fév. 1990, *Bull. Civ. IV*, n° 52  
Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 86-19.396 et n° 87-17.044  
Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.071, *Bull. civ. IV*, n° 233  
Cass. com., 15 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 298  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 janv. 1992, *Bull. civ. I*, n° 4  
Cass. com., 17 mars 1992, n° 90-13.819, *Bull. civ. IV*, n° 115  
Cass. com., 5 avril 1994, n° 90-11.559, *Bull. civ. IV*, n° 146  
Cass. com., 3 janv. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 4  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 286  
Cass. crim., 4 sept. 1996, n° 95-83.718, *Bull. crim.*, n° 314  
Cass. com., 22 oct. 1996, n° 94-20.488, n° 93-18.632, *Bull. civ.*, IV, n° 246  
Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187 ; *Bull. civ. V*, n° 386  
Cass. com., 11 mars 1997, *Bull. civ. IV*, n° 67  
Cass. com., 14 oct. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 257  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 oct. 1997, *Bull. civ. I*, n° 296  
Cass. com., 9 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 332  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 févr. 1998, n° 95-19.442, *Bull. civ. I*, n° 69  
Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-11.542  
Cass. com., 23 mars 1999, n° 97-15.000, *Bull. civ. IV*, n°71  
Cass. com., 11 juin 2002, n° 98-11.193  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 oct. 2002, n° 99-18.017, n° 00-15.223  
Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-15.084  
Cass. com., 19 avril 2005, n° 02-17.600, *Bull. civ. IV*  
Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-12.896  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 7 fév. 2006, n° 02-16.010, *Bull. civ. I*, n° 53  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, *Bull. civ. I*, n° 306  
Cass. com., 26 sept. 2006, n° 05-12.177

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 nov. 2007, n° 04-17.893  
Cass. com., 3 juill. 2007, n° 06-10.939  
Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826  
Cass. com., 24 juin 2008, n° 07-15.774  
Cass. com., 14 mai 2008, n° 06-21.108  
Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11.785  
Cass. com., 1er avr. 2008, n° 07-11.003  
Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-14.064  
Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11.420  
Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-15.895  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1er juill. 2009, n° 07-18.824  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 nov. 2009, n° 07-18.824  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juillet 2009, n° 08-15.908, *Bull. civ. I*, n° 173  
Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369,  
Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438  
Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-24.698  
Cass. com. 12 juill. 2012, n° 11-20.192  
Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-22.240  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.948, *Bull. civ. III*, n° 121  
Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-23.623  
Cass. com., 19 févr. 2013 *Bull. civ. IV*, n° 25  
Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.927, n° 11-22.768  
Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-20.387  
Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-23.020  
Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-18.064  
Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347  
Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-20.766  
Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13-24.358  
Cass. com., 10 fév. 2015, n° 14-1760  
Cass. com., 10 fév. 2015, n° 13-27.141  
Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-12.419  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juill. 2015, n° 14-24.287  
Cass. com., 3 nov. 2015, n° 14-26.051  
Cass. com., 5 avril 2016, n° 14-20.908  
Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-28.164  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 sept. 2016, n° 15-20.664  
Cass. com., 2 nov. 2016, n° 16-10.363

Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-19.851  
Cass. com., 27 avril 2017, n° 16-12.388  
Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-19.141  
Cass. com., 28 juin 2017, n° 16-10.591, *Bull. civ. IV*, n° 91  
Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826  
Cass. com., 30 nov. 2017, n° 16-20.210  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 déc. 2017, n° 16-26.500  
Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-16.013  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avril 2018, n° 17-17.542  
Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-14.964  
Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17.22-223  
Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-21.279  
Cons. const., 16 mai 2019, n° 2019-781 DC : JO, 23 mai 2019 ; Defrénois flash 27 mai 2019, n° 150s7, p. 1  
Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 déc. 2019, n° 18-16.147  
Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316

## OUVRAGES COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES, RAPPORTS

(suivant l'ordre chronologique)

*La clause de réserve de propriété*, ouvr. Collectif, Librairies techniques, 1980

*Les garanties de financement*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées portugaises, t. 47, LGDJ, 1996

« La civilisation de l'exécution forcée », in *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Actes du Ve colloque organisé par la revue *Droit et procédures*, EJT, coll. *Droit et procédures*, 2007

Rapport du Sénat, « La qualité de la loi », 15 oct. 2007

*La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales du 15 avr. 2010, Tome XV/Paris Est. Association Henri Capitant, 2011, Dalloz

« La fiducie dans tous ses états », *Journée nationale de l'Association H. Capitant*, t. XV, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2011

Lucas (F.-X), « Fiducie-sûreté et procédure collective », in *Fiducie et restructuration*, Association française des fiduciaires, Actes de colloques, 25 sept. 2014, LGDJ, 2015, p. 48

« Pour une modernisation de la publicité foncière », rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, 12 nov. 2018, p. 62

Bougerol (L.) « Le nantissement de monnaie scripturale », in *La réforme des sûretés*, Institut Varenne, 2019, p. 211

## TEXTES LEGISLATIFS

**Décret n°55-22 du 4 janvier 1955** portant réforme de la publicité foncière et n°55-1350 du 14 octobre 1955 pour l'application du décret n°55-22 du 4 janvier 1955

**L. n°67-653 du 13 juillet 1967** sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

**L. n°89-1010 du 31 déc. 1989**, « relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles »

**L. n°56-277, 20 mars 1956** relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux ; abrogée par l'ord. n°2000-912, art. 4 JORF, 21 sept. 2000

**L. n°89-1010 du 31 décembre 1989** relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite « Neiertz »

**L. n°94-624 du 11 févr. 1994** relative à l'habitat

**L. n° 98-657 du 29 juillet 1998**, relative à la lutte contre les exclusions

**L. n°2005-843 du 26 juillet 2005** relative à la sauvegarde des entreprises

**Ord. n°2008-1343 du 18 déc. 2008** portant réforme du droit des entreprises en difficulté

**Ord. n°2016-131 du 10 février 2016** portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

**Directive 209/101/CE 16 sept. 2009**

**L. n°2019-486 du 22 mai 2019** relative à la croissance et à la transformation des entreprises

**L. n°89-1010 du 31 déc. 1989**, « Neiertz », relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

## AUTRES

**Aristote**, *Éthique à Nicomaque*, V, 9, 6

**Cicéron**, *Devoirs*

**Descartes (R.)**, *Les passions de l'âme*, GF Flammarion

**Machiavel (N.)**, *Discours sur la première Décade de Tite-Live*

**Marc-Aurel**, *Pensées*,

**Montesquieu**, *De l'esprit des lois*, 1777

**Sénèque**, *Bienfaits*

**Gaïs**, *Institutes*

**Epaumard (A.), Zapha (C.)**, « La note d'analyse – Entreprises en difficulté : quelle efficacité des procédures préventives ? », publication sous la responsabilité éditoriale du Commissaire général de France Stratégie, févr. 2020, n°84 (source : [www.strategie.gouv.fr](http://www.strategie.gouv.fr))

« Point de conjoncture août 2020 », source : covid19-economie.banque-france.fr

« France : la crise du Covid 2020 vue avec les données à haute fréquence », 29 juill. 2020, source : covid19-economie.banque-france.fr





# INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros correspondent aux numéros de paragraphe)

## A

### Accessoire

- Cautionnement, 428
- Définition, 516, 517
- Réalisation de la sûreté pour autrui, 574, 575
- Sûretés pour soi, 85, 516, 517, 598

### Antichrèse

*V. Gage immobilier*

### Attribution judiciaire

- Définition, 611
- Expertise, 622 et s.
- Qualification, 617 et s.
- Régime commun, 619 et s.

## B

### Bonne foi

*V. Cautionnement*

*V. Sûretés pour autrui*

*V. Sûretés pour soi*

## C

### Cause

- Cause atypique, 33, 350
- Cause catégorique, 58
- Cause finale, 27, 28, 34
- Cause objective, 29, 40, 45, 90
- Cause subjective, 26, 46
- Cause typique, 33, 55, 165
- Ensemble contractuel, 158
- Structure contractuelle, 63, 350
- Suppression de la cause, 36 et s., 39 et s.
- Sûretés personnelles, 81 et s.
- Sûretés pour autrui, 104 et s.
- Sûretés pour soi, 159 et s.

- Sûretés réelles, 141 et s.

*V. Intérêt*

*V. Intention libérale*

### Caution

- Capacité, 113 et s., 510 et s.
- Contrôle de la solvabilité
- Commune en biens, 511
- Décès, 364, 556
- Dirigeante, 203, 641
- Fusion, 556

*V. Sociétés*

*V. Sûretés pour autrui*

### Cautionnement

- Accessoire, 428
- Bénéfice de subrogation, 587 et s.
- Bonne foi, 406

*V. Régimes matrimoniaux*

*V. Sociétés*

*V. Sûretés pour autrui*

- Cause, 86 et s.
- Cautionnement libéralité, 103

*V. Cautionnement réel*

- Contrat à titre gratuit, 95 et s.

*V. sûretés pour autrui*

- Contrat de service gratuit, 98 et s.
- Contrôle de la solvabilité, 124 et s., 200, 478
- Débiteur principal (rapport), 86, 106, 108 et s.
- Dettes futures, 319, 321, 323
- Devoir de mise en garde, 461
- Devoir d'informations, 463 et s., 468 et s.
- Exigence de proportionnalité, 124 et s., 200, 478
- Formalisme de protection, 439 et s.
- Intérêt social, 114 et s., 121 et s.

*V. Intérêt*

*V. libéralités*

- Modèle de protection, 400
- Obligation de couverture, 323 et s.

- V. Obligation de garantie*
- V. Obligation de règlement*
  - Obligation de règlement, 325 et s.
- V. Obligation de règlement*
  - Personne morale 112 et s., 203
  - Personne physique, 203
  - Pouvoir 117 et s., 417 et s.
- V. Procédures collectives*
- V. Régimes matrimoniaux*
  - Réalisation, 549 et s., 552, 553, 555 et s, 560, 561, 562, 565, 574 et s.
  - Risque de surendettement, 183, 180 et s.
- V. Sociétés*
- V. Sûretés pour autrui*
- V. Vices du consentement*

### **Cautionnement réel**

- Conception dualiste, 335
- Conception moniste, 334
- Dettes futures, 337
- Dettes présentes, 337
- V. Obligation de couverture*
  - Notion, 333, 336, 341
  - Obligation de garantie, 341 et s.
  - Obligation de règlement, 342
- V. Procédures collectives*
  - Réalisation, 342, 581
  - Sociétés, 112 et s., 132, 204
- V. Sûretés pour autrui*

### **Clause de réserve de propriété**

- Conflit, 244, 281
- Définition, 299
- Nature juridique, 299, 614
- Procédures collectives, 670
- V. Sûreté pour soi*

### **Clause de voie parée**

- Notion, 606
- Fondement, 622
- V. Sûretés pour soi*

### **Cession fiduciaire**

- Cession Dailly, 295, 674
- V. Fiducie-sûreté*
  - Procédures collectives, 674
- V. sûretés pour soi*
- V. Sûretés sur biens incorporels*
- V. Propriété*

### **Codébiteur solidaire non intéressé à la dette**

- Notion, 360, 451,
- Régime juridique, 488
- V. Sûreté pour autrui*

### **Constitut**

- Notion, 355
- V. Sûreté pour autrui*
  - Qualification, 355

### **Crédit-bail**

- Approche économique, 146
- Approche juridique, 147
- Cause, 147
- Définition, 145
- Ensemble contractuel, 148
- Procédure collective, 670, 688
- V. Sûreté pour soi*

## **D**

### **Débiteur principal**

- V. Cautionnement*
- V. Sûretés pour autrui*
- V. Sûretés pour soi*

### **Délégation imparfaite**

- Contribution à la dette, 453
- Définition, 453
- Délégation certaine, 453
- Délégation incertaine, 453
- Inopposabilité des exceptions, 578, 579
- Réalisation, 550
- V. Sûreté pour autrui*
- V. Sûreté pour soi*

### **Devoir d'information**

- V. Cautionnement*
  - Extension aux sûretés pour autrui, 473 et s.

### **Droit comparé**

- Classification, 5
- *Common Law*, 5, 499, 516, 635

## **Droit de gage général**

- Égalité des créanciers, 391 et s.
- Histoire, 391 et s.
- Limitation, 342
- Rapport avec la sûreté réelle, 392
- Renforcement du droit de gage général, 393

*V. Sûretés pour soi*

## **Droit de suite**

*V. Sûretés pour soi*

## **Droit de rétention**

- Bien incorporel, 304 et s., 675
- Conditions, 276
- Conflit, 278 et s.
- Effectif, 275, 278 et s.
- Fictif, 277, 287, 290, 668
- Notion, 275
- Exclusivité, 284
- Possession, 626, 683
- Procédures collectives, 284 et s., 290 et s., 626, 627, 668, 672, 675, 683
- Propriété-sûreté avec dépossession, 292 et s.

*V. Sûretés sur biens incorporels*

## **Ducroire**

- Nature juridique, 89

*V. Sûreté pour autrui*

## **E**

### **Emprunteur**

- Protection, 199, 220, 224

*V. Sûretés pour soi*

### **Endettement pour autrui**

*V. Cautionnement*

*V. Intérêt*

*V. Sûretés pour autrui*

### **Entiercement**

- Gage, 232, 266, 275, 283
- Nantissement de compte-titres, 306

*V. Possession*

## **F**

### **Fiducie-sûreté**

- Notion, 498
- Opposabilité, 292 et s., 297, 298
- Polyvalence, 498
- Possession, 298
- Procédures collectives, 669, 685
- Propriété, 614

*V. Propriété-sûreté*

*V. sûretés pour soi*

### **Formalisme**

*V. Cautionnement*

- De protection, 437 et s.
- De sécurité juridique, 520 et s.

*V. Hypothèque*

- Extension aux sûretés pour autrui, 447
- Mention manuscrite, 443 et s.

## **G**

### **Gage**

- Assiette, 154

*V. Attribution judiciaire*

*V. Clause de voie parée*

- Conflit, 267 et s., 282 et s., 289, 297
- Clause de substitution, 531 et s.

*V. Droit de rétention*

- Droit de suite, 603
- Gage sur stock, 531
- Gestion, 534

*V. Pacte comissoire*

- Possession, 255 et s., 277
- Procédure collective, 668 et s., 688, 690

### **Gage immobilier**

- Notion, 283,
- Régime, 289, 532

### **Garanties indemnitaires**

- Cause, 356
- Intérêt, 356
- Nature de l'obligation, 357
- Obligation de garantie, 356
- Obligation de règlement, 356

*V. Lettre d'intention*

*V. Porte-fort d'exécution*

## **Garanties autonomes**

- Abus manifeste et fraude, 566, 577
- Cause abstraite, 88
- Cause objective, 88

### *V. Codébiteur solidaire non intéressé à la dette*

### *V. Constitut*

### *V. Délégation imparfaite*

- Notion, 354
- Obligation de garantie, 364
- Obligation de règlement, 364
- Intérêt, 88
- Réalisation, 577
- Recours, 589

### *V. Sûreté pour autrui*

- Transmission, 566
- Typologie, 550

## **H**

### **Histoire**

- Cause, 25 et s.

### *V. Droit de gage général*

- Droit romain, 3, 25 et s.
- *Summa divisio*, 3

### **Hypothèque**

- Absence de caractère grave, 173, 228

### *V. Attribution judiciaire*

- Cédulas hypothécaires, 151
- Créances futures, 154
- Droit de suite, 602
- Formalisme de sécurité juridique, 520
- Hypothèque rechargeable, 155 et s.
- Intérêt

### *V. Pacte commissoire*

- Principe de spécialité, 151, 373, 518, 260

### *V. Publicité foncière*

### *V. Procédure collective*

- Purge, 604

### *V. Sûretés pour soi*

## **I**

### **Intérêt**

- Abus de biens sociaux, 71 et s.
- Cause catégorique, 58
- Cause atypique, 33
- Cause typique, 33
- Critère de distinction, 32, 58, 77
- Définition, 34, 48

- Effet sur la gravité de la sûreté, 185 et s.

- Intérêt altruiste, 106 et s.

- Intérêt patrimonial direct, 165 et s.

- Intérêt patrimonial indirect, 108 et s.

- Intérêt social, 116, 119 et s. 122 et s., 129 et s., 135

- Intention libérale, 104 et s.

### *V. Sûretés pour autrui*

### *V. Sûretés pour soi*

## **L**

### **Lettre d'intention**

- Définition, 356, 357

- Nature juridique, 357

- Obligation de garantie, 358

- Obligation de règlement, 358

- Objet de l'obligation, 358

- Origine, 356

- Réalisation, 575, 580

### *V. Procédures collectives*

### *V. Sûretés pour autrui*

### **Limitation du droit de gage général**

#### *V. Droit de gage général*

## **M**

### **Mention manuscrite**

#### *V. Formalisme*

#### *V. Sûretés pour autrui*

## **N**

### **Nantissement**

- De créances, 305, 675

- De compte bancaire, 676

- De compte titres, 306

- Droit de rétention effectif

- Droit de rétention fictif, 304 et s.

- Possession immatérielle, 304 et s.

- Procédures collectives, 675 et s.

#### *V. Sûretés sur biens incorporels*

## **O**

### **Obligation de couverture**

#### *V. Cautionnement*

- Extension au cautionnement réel, 337, 341
- Extension aux sûretés pour autrui, 344 et s.
- Théorie de Christian Mouly, 324 et s.

### **Obligation de garantie**

- Cautionnement personnel, 329 et s., 339 et s.
- Cautionnement réel, 337, 341 et s.
- Définition, 347 et s.

#### *V. Obligation de couverture*

- Dépassement du cautionnement de dettes futures, 329
- Sûretés pour autrui, 349 et s.

### **Obligation de règlement**

#### *V. Cautionnement de dettes futures*

#### *V. Cautionnement réel*

- Définition, 325, 363 et s., 365
- Extension aux sûretés pour autrui, 358
- Rapport avec l'obligation de garantie, 331, 364
- Réalisation, 571 et s.
- Théorie de Christian Mouly, 325

## **P**

### **Pacte comissoire**

- Domaine, 620
- Expertise, 622 et s.
- Nature juridique, 616 et s.
- Notion, 613
- Procédures collectives, 689
- Rang des créanciers, 625
- Soulte, 622 et s.

### **Personne morale**

- Capacité, 113 et s., 416,
- Intérêt social, 116, 119 et s. 122 et s., 129 et s., 135
- Nature juridique, 118
- Pouvoir, 117 et s., 422 et s.
- Sociétés à responsabilité illimitée, 120
- Sociétés à responsabilité limitée, 134
- Sûretés pour autrui, 119 et s., 135 et s., 512 et s., 416, 422 et s.
- Sûretés pour soi, 512 et s.

### **Possession**

- Classification des sûretés pour soi, 269 et s.
- Conflit, 278 et s., 287 et s.
- Droit de rétention effectif, 275 et s.
- Droit de rétention fictif, 277
- Exclusivité
- Fonction de publicité, 253
- Fonction en droit des sûretés réelles, 255 et s.
- Force, 268
- Immatérielle, 254, 302 et s.
- Juridique, 253 et s.
- Matérielle, 252
- Notion, 251 et s.
- Opposabilité de la sûreté, 263 et s.
- Origine, 250
- Possession réelle, 252
- Procédure collective, 284 et s., 290
- Propriété-sûreté, 291 et s.
- Réelle, 252, 302 et s.

### **Porte-fort d'exécution**

- Distinction avec le cautionnement, 359
- Notion, 359
- Réalisation, 365, 551, 576, 580

#### *V. Sûreté pour autrui*

### **Principe de spécialité**

- Créance future, 154
- Cause des sûretés réelles, 149 et s.
- Caractère accessoire, 152
- Notion, 150 et s.
- Sociétés, 114 et s., 121 et s.
- Sûretés rechargeables, 155 et s.
- Tempéraments, 153 et s.

### **Privilèges**

- Procédures collectives, 664 et s., 691
- Publicité, 525

### **Procédures collectives**

- Clivage en fonction des chances de survie de l'entreprise, 633, 660
- Place du redressement judiciaire, 634
- Réception de la *summa divisio*, 632
- Réforme, 635
- Sûretés pour autrui :
  - Alignement, 637, 639, 641 et s.
  - Caractère accessoire, 645 et s.

- Conciliation, 642, 643, 648
- Dirigeant social, 650
- Instrumentalisation, 641 et s.
- Paralysie, 641 et s.
- Paralysie du caractère accessoire, 654 et s.
- Personnes morales, 650
- Personnes physiques, 650
- Sauvegarde judiciaire, 642, 644, 649
- Redressement judiciaire, 655
- Liquidation judiciaire, 656
- Sûretés pour soi
  - Attribution en propriété, 689
  - Biens utiles à l'exploitation, 666
  - Cession de créances *Daily*, 674
  - Classement des créanciers, 690
  - Droit de rétention effectif, 672
  - Droit de rétention fictif, 668
  - Exclusivité
  - Fiducie-sûreté sans dépossession, 669
  - Instrumentalisation, 660, 663
  - Liquidation judiciaire, 687
  - Nantissement de compte bancaire, 676
  - Nantissement de créances, 675
  - Opérations liquidatives, 680
  - Plan de cession, 681 et s.
  - Privilège de *new money*, 664 et s.
  - Privilège des créances postérieures, 664 et s.
  - Propriété-sûreté, 670, 684
  - Refonte des privilèges, 691
  - Sûretés avec dépossession, 672, 683, 688
  - Sûretés sans dépossession, 668
  - Sûretés sur bien incorporels, 673

## **Proportionnalité**

### *V. Cautionnement*

- Sûretés pour autrui, 482 et s.
  - Conditions d'application, 489
  - Domaine d'application, 484 et s.
  - Sanction, 493 et s.
  - Sociétés, 119 et s. 122 et s., 129 et s., 135
- Sûretés pour soi, 163, 516

## **Propriété-garantie**

### *V. Cessions fiduciaires*

- Classification, 244 et s.

### *V. Clause de réserve de propriété*

#### *V. Crédit-bail*

- Conservation, 529

#### *V. Fiducie-sûreté*

- Gestion, 533
- Notion, 242 et s.

#### *V. Procédures collectives*

- Propriété-sûreté avec dépossession, 292 et s.
- Propriété-sûreté sans dépossession, 296 et s.

#### *V. Réalisation*

## **Publicité foncière**

- Droit de suite, 603
- Notion, 524
- Opposabilité, 267

## **Purge**

### *V. Sûretés pour soi*

## **Q**

## **Qualification**

### *V. Cause*

### *V. Summa divisio*

## **R**

## **Réalisation**

- Sûretés pour autrui
  - Bénéfice de subrogation, 587
  - Causes d'extinction internes (par réalisation de l'objet), n°549 et s.
  - Causes d'extinction externes, n°553 et s.
  - Cause de transmission, 565
  - Délégation, 578 et s.
  - Disparition de l'intérêt au contrat, 558 et s.
  - Exécution accessoire, 574 et s.
  - Exécution en nature, 580
  - Exécution indépendante, 577 et s.
  - Exécution par le droit des sûretés réelles, 581
  - Exécution par un paiement, 580
  - Obligation de règlement, 571
  - Paiement, 580

#### *V. Procédures collectives*

- Recours, 582 et s.
- Recours personnel, 585 et s.
- Recours subrogatoire, 586 et s.
- Théorie du terme implicite, 553 et s.
- Sûretés pour soi

#### *V. Attribution judiciaire*

- Attribution en propriété, 608 et s., 625
- Droit de suite, 602 et s.

#### *V. Pacte commissoire*

#### *V. Procédures collectives*

- Propriété-sûreté, 614, 615 et s.
- Transmission en cas de circulation de la créance garantie, 598 et s.

### **Régime primaire**

- Notion, 397

#### *V. Sûretés pour autrui*

#### *V. Sûretés pour soi*

### **Rétention**

#### *V. Droit de rétention*

## **S**

### **Sources du droit, 313**

### ***Summa divisio***

#### *V. Cause*

- Classification et *summa divisio*, 1
- Critère, 1
- Distinction et *summa divisio*, 1
- Droit comparé, 5
- Histoire, 3

#### *V. Intérêt*

- Méthode, 313, 398
- Notion, 1
- *Summa divisio* des sûretés personnelles et réelles, 2, 4
- *Summa divisio* des sûretés pour soi et pour autrui, 6, 11 et s., 312 et s.

### **Sûreté**

- Distinction avec la garantie, 2
- Histoire, 3
- Notion, 2

#### *V. Summa divisio*

### **Sûretés pour autrui**

- Accès au patrimoine du garant, 182
- Bénéfice de subrogation, 587 et s.
- Caractère grave, 178, 180, 185
- Classification, 192 et s.
- Cause, 92 et s.

#### *V. Cautionnement*

#### *V. Cautionnement réel*

#### *V. Constitut*

#### *V. Délégation imparfaite*

#### *V. Devoir d'information*

#### *V. Ducroire*

#### *V. Formalisme*

#### *V. Garantie indépendante*

- Intérêt altruiste, 104 et s.
- Intérêt patrimonial indirect, 108 et s.
- Obligation à la dette et contribution, 182 et s.

#### *V. Lettre d'intention*

- Obligation à la dette et contribution, 182 et s.

#### *V. Obligation de garantie*

#### *V. Obligation de règlement*

#### *V. Porte-fort d'exécution*

#### *V. Procédures collectives*

- Protection des personnes physiques, 203, 434 et s., 477 et s.
- Structure de l'obligation, 344 et s.

#### *V. Réalisation*

#### *V. Régime primaire*

#### *V. Personne morale*

#### *V. Vice du consentement*

### **Sûretés pour soi**

- Absence de caractère grave, 235 et s.

#### *V. Attribution judiciaire*

- Caractère accessoire, 371 et s., 516

#### *V. Cessions fiduciaires*

#### *V. Clause de réserve de propriété*

- Cause, 149 et s.
- Classification, 235 et s.

#### *V. Droit de gage général*

- Droit de suite, 603
- Droit réel accessoire, 393

#### *V. Fiducie*

#### *V. Formalisme*

#### *V. Gage*

#### *V. Gage immobilier*

#### *V. Intérêt*

- Intérêt patrimonial direct, 159 et s.

#### *V. Nantissement*

- Possession, 271 et s.

- V. Pacte comissoire*
- V. Possession*
- V. Principe de spécialité*
- V. Procédures collectives*
- V. Propriété-sûreté*
- V. Publicité foncière*
  - Purge, 603
- V. Réalisation*
- V. Régime primaire*
  - Renforcement du droit de gage général, 390 et s.
  - Sûretés sur biens incorporels, 302 et s., 673 et s.

## **V**

### **Vices du consentement**

- Sûretés pour autrui, 409 et s.
- Sûretés pour soi, 507 et s.



# TABLE DES MATIÈRES

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>IV</b>
<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>VII</b>
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>XI</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE</b> .....	<b>15</b>
<b>L'ÉMERGENCE DE LA DISTINCTION</b> .....	<b>15</b>
TITRE I .....	17
INTÉRÊT DU CONSTITUANT ET NATURE DE LA SÛRETÉ .....	17
<i>Chapitre I</i> .....	<i>21</i>
<i>LA THÉORIE DE LA CAUSE CONFRONTÉE AUX SÛRETÉS</i> .....	<i>21</i>
SECTION I – LA THÉORIE DE LA CAUSE À L'ÉPREUVE DES CONTRATS .....	23
I.  UNE DISPARITION APPARENTE DE LA CAUSE .....	23
A.  Présentation de la théorie.....	24
1.  Avant la codification .....	24
a.  En droit romain .....	24
b.  Dans l'Ancien droit.....	27
2.  Après la codification .....	30
B.  Motifs de la disparition.....	35
1.  Critiques classiques et contemporaines.....	35
2.  Appréciation critique.....	37
II.  UNE RÉSURRECTION DE LA CAUSE .....	39
A.  Retour à une conception classique et équilibrée.....	40
B.  Interprétation à l'aune de l'intérêt au contrat .....	43
SECTION II – LA THÉORIE DE LA CAUSE A L'ÉPREUVE DES SÛRETÉS .....	47
I.  LE CONSTAT DE LA CONFRONTATION.....	47
A.  Lacune.....	48
B.  Enseignements .....	49
1.  Une idée de justice contractuelle.....	49
2.  Une fonction de classification .....	50
II.  LE RESULTAT DE LA CONFRONTATION.....	51
A.  Compréhension de la cause par la notion d'intérêt.....	52
1.  Définition de la notion.....	54
2.  Illustration .....	57
a.  Intérêt et qualification du contrat.....	57
b.  Intérêt et qualification d'une infraction pénale.....	60
B.  Identification de l'intérêt au contrat de sûreté .....	62

<i>Chapitre II</i> .....	65
<i>LA TYPOLOGIE DES INTÉRÊTS DU CONSTITUANT D'UNE SÛRETÉ</i> .....	65
SECTION I – L'INTÉRÊT DU CONSTITUANT D'UNE SÛRETÉ POUR AUTRUI .....	67
I. CAUSE ET SÛRETÉ PERSONNELLE .....	68
A. En droit positif .....	69
1. La problématique posée .....	69
2. Les solutions apportées .....	70
B. Appréciation critique .....	76
II. INTÉRÊT ET SÛRETÉ POUR AUTRUI .....	77
A. Le caractère gratuit .....	79
1. Contrats de service gratuit et sûretés pour autrui .....	80
2. Libéralités et sûretés pour autrui .....	82
B. Interprétation à l'aune de l'intérêt altruiste .....	85
C. Interprétation à l'aune de l'intérêt patrimonial indirect .....	87
1. Notion .....	88
2. Illustration : les sûretés pour autrui consenties par les sociétés .....	90
a. Les règles de capacité .....	90
b. Les règles de pouvoir .....	96
c. La validité des sûretés .....	99
i. Sociétés à responsabilité illimitée .....	100
ii. Sociétés à responsabilité limitée .....	118
SECTION II – L'INTÉRÊT DU CONSTITUANT D'UNE SÛRETÉ POUR SOI .....	125
I. CAUSE ET SÛRETÉ RÉELLE .....	125
A. En droit positif .....	126
1. La créance garantie .....	126
2. Le cas particulier du contrat de crédit-bail .....	128
B. Appréciation critique .....	131
1. La confusion avec le principe de spécialité et le caractère accessoire .....	131
2. L'ensemble contractuel : une lecture intéressante .....	139
II. INTÉRÊT ET SÛRETÉ POUR SOI .....	141
A. Une compréhension par le caractère commutatif .....	141
B. L'analyse par l'intérêt patrimonial direct .....	145
TITRE II .....	151
INTÉRÊT DU CONSTITUANT ET CLASSIFICATION DES SÛRETÉS .....	151
<i>Chapitre I</i> .....	153
<i>LA CLASSIFICATION DES SÛRETÉS POUR AUTRUI</i> .....	153
SECTION I – DÉTERMINATION DU CARACTÈRE GRAVE .....	155
I. LA SOURCE DU RISQUE PATRIMONIAL .....	156
A. Absence de droit de créance <i>ab initio</i> .....	157
B. Effet de la rupture entre l'obligation et la contribution à la dette .....	158
II. L'EMPRISE DE L'INTÉRÊT SUR LE RISQUE PATRIMONIAL .....	159
A. Effet de l'intérêt altruiste .....	159
B. Effet de l'intérêt patrimonial indirect .....	160
SECTION II – INCIDENCE DU CARACTÈRE GRAVE .....	163
I. SÛRETÉ POUR AUTRUI CONSENTIE PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE .....	167
A. La connaissance : un critère de classification inopérant .....	168

1.	Une délicate preuve de la connaissance .....	169
2.	Un risque persistant malgré la connaissance.....	173
B.	La personne physique : une présomption de risque patrimonial .....	174
II.	SÛRETÉ POUR AUTRUI CONSENTIE PAR UNE PERSONNE MORALE .....	177
A.	La distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux .....	178
B.	Le dépassement de la distinction fondé sur le principe de spécialité .....	180
<i>Chapitre II</i> .....		187
<i>LA CLASSIFICATION DES SÛRETÉS POUR SOI</i> .....		187
SECTION I – IDENTIFICATION DU CARACTÈRE EFFICIENT .....		191
I.	L’ACCÈS PRÉEXISTANT À LA VALEUR DU BIEN GREVÉ .....	191
A.	Une contribution à la dette avec obligation .....	191
B.	Un accès à la valeur du bien issu du droit de créance .....	192
II.	LE MAINTIEN DE LA VALEUR DU BIEN GREVÉ.....	196
A.	Disponibilité du bien grevé et valeur d’échange .....	197
B.	Dépossession du bien grevé, unique source de gêne .....	200
SECTION II – INCIDENCE DU CARACTÈRE EFFICIENT .....		203
I.	L’ÉMERGENCE DE LA DISTINCTION DES SÛRETÉS EXCLUSIVES ET PRÉFÉRENTIELLES.....	204
A.	Sûretés exclusives <i>versus</i> sûretés préférentielles.....	204
B.	Distinction sous-jacente entre droit préférentiel et exclusif .....	207
1.	La nature du droit comme fondement .....	207
2.	La place des propriétés-sûretés dans la distinction .....	211
II.	L’ADOPTION DE LA DISTINCTION FONDÉE SUR LE CRITÈRE DE LA POSSESSION.....	213
A.	Notion de possession .....	215
1.	Approche historique .....	215
2.	Approche fonctionnelle .....	217
B.	Évolution du rôle de la possession en droit des sûretés réelles .....	222
1.	Abandon du rôle de protection du constituant .....	223
2.	Cantonement du rôle de la possession à l’opposabilité.....	225
C.	Possession du bien grevé, critère de classification .....	230
1.	Derrière l’exclusivité, la possession du bien grevé par le créancier .....	231
a.	Sort des sûretés réelles traditionnelles selon la possession.....	231
i.	Principe : octroi d’un droit de rétention .....	231
ii.	Sort de la sûreté en cas de dépossession.....	236
iii.	Sort de la sûreté en l’absence de dépossession .....	247
b.	Sort des propriétés-sûretés selon la possession .....	251
i.	Propriétés-sûretés avec dépossession .....	251
ii.	Propriétés-sûretés sans dépossession.....	255
2.	Prise en compte de la corporalité du bien .....	262
<b>SECONDE PARTIE</b> .....		<b>272</b>
<b>L’INFLUENCE DE LA DISTINCTION</b> .....		<b>272</b>
TITRE I .....		276
NAISSANCE ET EXISTENCE DE LA SÛRETÉ .....		276
<i>Chapitre I</i> .....		278
<i>LA STRUCTURE DE L’OBLIGATION</i> .....		278

SECTION I – L’OBLIGATION DU GARANT POUR AUTRUI.....	280
I. LA NATURE DE L’OBLIGATION DE LA CAUTION.....	281
A. Théorie de Christian Mouly cantonnée aux cautionnements de dettes futures .....	281
B. Extension de la distinction au cautionnement de dettes présentes .....	284
1. Rejet du cantonnement de l’obligation de couverture au cautionnement de dettes futures.....	285
2. Cas particulier du cautionnement réel.....	288
a. Analyses.....	288
b. Thèse de Jean-Jacques Ansault.....	292
3. Appréciation critique.....	293
a. Structure de l’obligation de la caution personnelle.....	293
b. Structure de l’obligation de la caution réelle.....	294
II. LA NATURE MIXTE DE L’OBLIGATION DU CONSTITUANT D’UNE SÛRETÉ POUR AUTRUI.....	300
A. Obligation de garantie et sûreté pour autrui .....	301
1. Définition de l’obligation de garantie .....	301
2. Proposition d’élargissement aux sûretés pour autrui.....	303
a. Adaptation de la notion à la catégorie des sûretés pour autrui .....	303
b. Applications concrètes à l’ensemble des sûretés pour autrui .....	305
i. Sûretés pour autrui indépendantes.....	306
ii. Sûretés pour autrui indemnitaires .....	310
iii. Sûretés issues du droit des obligations .....	313
c. Existence de l’obligation de garantie au sein des sûretés pour autrui.....	317
B. Obligation de règlement et sûreté pour autrui .....	317
1. Définition de l’obligation de règlement .....	317
2. Analyse de l’obligation de règlement.....	318
SECTION II – L’OBLIGATION DU GARANT POUR SOI .....	322
I. L’OBLIGATION PERSONNELLE AU TITRE DU CONTRAT GARANTI .....	322
A. Le droit de créance en support de la sûreté.....	323
1. Caractère accessoire et sûretés pour soi .....	323
2. Principe de spécialité.....	324
B. Les caractères du droit de créance garanti.....	325
1. Une obligation personnelle.....	325
2. Une obligation exécutable.....	327
3. Une obligation à la charge du constituant : une condition essentielle.....	328
II. L’ABSENCE D’OBLIGATION PERSONNELLE AU TITRE DE LA SURETE POUR SOI.....	330
A. L’inexistence du droit de créance au sein de la sûreté pour soi.....	330
1. Absence d’obligation de garantie.....	330
2. Absence d’obligation réelle.....	331
B. Le renforcement du droit de gage général par la sûreté pour soi.....	334
1. Distinction des sûretés pour soi et du droit de gage général selon leur nature..	334
2. Rapprochement des sûretés pour soi et du droit de gage général selon leur finalité .....	336
<i>Chapitre II.....</i>	<i>340</i>
<i>L’IDENTIFICATION DES RÈGLES COMMUNES.....</i>	<i>340</i>
SECTION I – LE RÉGIME PRIMAIRE DES SÛRETÉS POUR AUTRUI .....	344
I. APPROCHE NÉGATIVE DU CONTENU.....	345
A. La protection par le droit commun des contrats .....	345
1. Obligation d’information précontractuelle.....	346
2. Théorie des vices du consentement.....	348

a.	Le consentement forcé .....	349
b.	Le consentement erroné .....	350
c.	Le consentement manipulé .....	352
3.	Règles de capacité .....	353
4.	Règles de pouvoir .....	355
a.	Les régimes matrimoniaux .....	356
b.	Le droit des sociétés .....	358
i.	En droit commun .....	358
ii.	En droit spécial .....	360
B.	La protection par le droit spécial du cautionnement .....	363
II.	APPROCHE POSITIVE DU CONTENU .....	368
A.	Le mode de protection indirect : éclairer la conscience .....	369
1.	Le formalisme de protection .....	370
a.	La mention manuscrite, entre origine prétorienne et consécration légale .....	371
b.	Intérêt du formalisme ad validitatem : protection du consentement .....	376
c.	Généralisation aux garants personnes physiques .....	379
d.	Adaptation du contenu et de la sanction .....	383
2.	Devoirs d'information .....	386
a.	La typologie des devoirs .....	387
i.	Devoir de mise en garde .....	387
ii.	Obligation d'information annuelle .....	390
iii.	Obligation d'information sur le premier incident de paiement .....	392
b.	L'extension aux sûretés pour autrui consenties par des personnes physiques .....	394
B.	Le mode de protection direct : un principe d'équilibre de l'engagement .....	399
1.	L'équilibre du cautionnement consenti par une personne physique .....	399
2.	La généralisation à l'ensemble des sûretés pour autrui .....	402
a.	Cantonnement à la sûreté consentie par une personne physique .....	403
b.	Conditions d'application .....	407
c.	Sanction : la réduction de l'engagement .....	410
SECTION II – LE RÉGIME PRIMAIRE DES SÛRETÉS POUR SOI .....		414
I.	LORS DE LA NAISSANCE DES SÛRETÉS POUR SOI .....	418
A.	Approche négative du contenu .....	419
1.	Vices du consentement .....	420
2.	Information du débiteur .....	420
3.	Capacité et pouvoir .....	421
a.	Les personnes physiques .....	421
b.	Les sociétés .....	422
B.	Approche positive du contenu .....	424
1.	Caractère accessoire et ses effets .....	425
2.	Formalisme de sécurité juridique .....	428
a.	Exigence et finalité du formalisme .....	429
b.	Formalisme de sécurité juridique : un principe général .....	431
II.	AU COURS DE L'EXISTENCE DES SÛRETÉS POUR SOI .....	434
A.	La conservation du bien .....	435
B.	La gestion du bien grevé .....	437
TITRE II .....		444
RÉALISATION DE LA SÛRETÉ .....		444
<i>Chapitre I.</i> .....		446
<i>L'IDENTIFICATION DES RÈGLES COMMUNES LORS DE LA REALISATION.</i> .....		446
SECTION I – LA RÉALISATION DES SÛRETÉS POUR AUTRUI .....		448
I.	LA SOURCE DE L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE GARANTIE .....	448

A.	Causes d'extinction internes .....	449
1.	Réalisation de l'objet.....	449
2.	Contrat de sûreté.....	450
B.	Causes d'extinction externes .....	451
1.	Critère de distinction : atteinte aux éléments essentiels de l'obligation.....	452
2.	Causes d'extinction propres à l'obligation de garantie .....	455
a.	L'altération du rapport personnel entre le débiteur principal et le garant dépourvue d'effet.....	456
b.	L'extinction justifiée par la disparition du rapport entre le garant et le débiteur 457	
c.	La transmission en raison du changement de créancier .....	460
II.	LES EFFETS DE L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE GARANTIE.....	465
A.	La mise en œuvre de l'obligation de règlement.....	465
1.	Par une exécution accessoire ou indépendante .....	466
2.	Par un paiement.....	472
B.	Le bénéfice du recours.....	474
1.	Fondé sur le rapport personnel .....	475
2.	Fondé sur la subrogation personnelle.....	476
3.	Subordonné à un comportement diligent .....	479
SECTION II – LA RÉALISATION DES SÛRETÉS POUR SOI .....		482
I.	LA PRÉSERVATION DE LA FINALITÉ DE LA SÛRETÉ POUR SOI.....	483
A.	En cas de circulation de la créance garantie .....	484
B.	En cas de circulation du bien grevé .....	486
II.	LA RECHERCHE DE L'EXCLUSIVITÉ .....	490
A.	La propriété mise au service de la sûreté pour soi.....	490
1.	Attribution de la propriété du bien grevé .....	492
a.	Par voie judiciaire .....	492
b.	Par voie conventionnelle.....	494
i.	Le pacte comissoire .....	494
ii.	Les propriétés-sûretés.....	495
2.	Identité de nature .....	497
a.	Qualification de l'attribution en propriété : une voie d'exécution aboutissant à une dation en paiement forcée .....	498
b.	Protection face au risque.....	500
i.	Cas d'exclusion communs.....	501
ii.	Face au risque d'une réalisation usuraire .....	502
c.	Respect du rang des créanciers par l'attributaire .....	505
B.	La possession et le droit de rétention au service de l'exclusivité .....	506
<i>Chapitre II</i> .....		510
<i>LA RÉCEPTION DE LA SUMMA DIVISIO EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ</i> .....		510
SECTION I – SORT DES SÛRETÉS POUR AUTRUI.....		518
I.	LA PARALYSIE AU PROFIT DU SAUVETAGE.....	519
A.	La célérité dans l'ouverture de la procédure comme finalité .....	519
B.	L'accessorieté des sûretés pour autrui comme instrument .....	523
1.	Un lien scellé entre le sort du débiteur principal et du garant.....	523
2.	Typologie des mesures opposables aux garants pour autrui .....	524
a.	En procédure de conciliation .....	524
b.	En procédure de sauvegarde judiciaire .....	525
II.	L'EFFICACITÉ RETROUVÉE EN CAS DE CHANCE OBERÉE DE SAUVETAGE 527	
A.	La rupture du caractère accessoire.....	528

B.	La fin de la paralysie.....	529
SECTION II – SORT DES SÛRETÉS POUR SOI.....		534
I.	L’INSTRUMENTALISATION AU PROFIT DU SAUVETAGE .....	535
A.	Le financement du débiteur favorisé .....	535
B.	La préservation de l’actif du débiteur.....	540
1.	Paralysie des sûretés sans dépossession .....	541
2.	Efficacité des sûretés avec dépossession.....	544
a.	Principe de résistance.....	544
b.	Sort nuancé des sûretés sur biens incorporels.....	545
II.	L’EFFICACITÉ NUANCÉE EN CAS DE CHANCE OBERÉE DE SAUVETAGE	552
A.	À la recherche du paiement hors classement.....	553
1.	Une résistance au plan de cession .....	553
a.	L’effet de la possession.....	554
b.	L’effet de la propriété .....	555
2.	Une réalisation hors concours en liquidation judiciaire .....	556
B.	Désintéressement théorique des créanciers soumis au classement.....	559
 <b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>		<b>566</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>		<b>576</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE.....</b>		<b>620</b>