

## L'EFFICIENCE ECONOMIQUE DU DROIT DES SURETES

Par Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Paris–Est Créteil (UPEC)

<b>L'EFFICIENCE ECONOMIQUE DU DROIT DES SURETES.....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE : L'EFFICIENCE ECONOMIQUE DU DROIT DES SURETES</b>	
<b>PERSONNELLES.....</b>	<b>8</b>
<b>A. CONCLUSION DES SURETES PERSONNELLES.....</b>	<b>8</b>
1°) La conclusion du cautionnement.....	8
a) Prévention de l'endettement pour autrui .....	9
b) Solvabilité des cautions.....	14
2°) La conclusion des autres sûretés personnelles .....	17
a) Consécration de deux sûretés personnelles issues de la pratique.....	18
b) Contrôle des naissances des sûretés personnelles .....	20
<b>B. EXECUTION DES SURETES PERSONNELLES .....</b>	<b>23</b>
1°) L'exécution en droit civil .....	23
a) Devoir d'informer le garant .....	23
b) Devoir de préserver les intérêts du garant.....	24
2°) L'incidence d'une procédure collective .....	26
a) Sauvetage possible .....	28
b) Sauvetage improbable ou impossible.....	29
<b>SECONDE PARTIE : L'EFFICIENCE ECONOMIQUE DU DROIT DES SURETES</b>	
<b>REELLES .....</b>	<b>31</b>
<b>A. CONSTITUTION DES SURETES REELLES .....</b>	<b>31</b>
1°) La constitution des sûretés préférentielles.....	32
a) Sûretés mobilières .....	32
b) Sûretés immobilières.....	37
2°) La constitution des sûretés propriétés .....	40
a) Propriété retenue .....	40
b) Propriété transférée .....	42
<b>B. REALISATION DES SURETES REELLES.....</b>	<b>45</b>
1°) La réalisation en droit civil.....	45
a) Simplification et unification des modes de réalisation .....	45
b) Prévention de toute spoliation du constituant .....	48
2°) L'incidence des procédures collectives.....	50
a) Sûretés préférentielles .....	51
b) Sûretés exclusives .....	54
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>58</b>

**1. Crise financière ; intérêt accru pour les sûretés** - La crise financière internationale a suscité un regain d'intérêt pour le droit du crédit et pour le droit des sûretés en particulier. Le spectre de faillites en chaîne à raison du fameux « effet domino », celui d'une résurgence du chômage et d'une crise dite « systémique » sont aujourd'hui plus vifs que jamais...

Cette crise pose avec une acuité particulière la question de l'efficacité des sûretés et, notamment, de leur capacité à résister à la procédure collective de débiteurs défaillants toujours plus nombreux.

En effet, le but de toute sûreté est de « *garantir l'exécution d'une obligation* »<sup>1</sup> afin de prémunir le créancier contre tout risque de défaillance de son débiteur<sup>2</sup>, en assurant son paiement à l'échéance quelle que soit la situation financière du débiteur ou la réticence de celui-ci à s'exécuter...

Plus précisément, toute sûreté doit protéger le créancier contre le double risque que le débiteur ne puisse pas payer à l'échéance (ne pas *pouvoir* payer) et qu'il ne veuille pas payer (ne pas *vouloir* payer).

La sûreté personnelle se définit plus précisément comme un « *engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette* »<sup>3</sup> ou garant, soit un engagement qui vient s'ajouter à celui du débiteur principal.

Et la sûreté réelle comme « *l'affectation d'un bien au paiement préférentiel du créancier* »<sup>4</sup> ou à son paiement exclusif.

**2. Faiblesse de l'analyse économique du droit français des sûretés** - Curieusement, peu de travaux ont en France été spécifiquement consacrés à l'examen de l'efficacité économique des sûretés personnelles ou même réelles<sup>5</sup> et il revient notamment au Professeur Grimaldi d'avoir ouvert la voie à une réflexion sur ce point<sup>6</sup>.

La France apparaît donc ici volontiers « à la traîne » dans le domaine d'une analyse économique du droit qui a pourtant le vent en poupe<sup>7</sup>. A moins qu'elle n'ait paradoxalement été « en avance »<sup>8</sup> et bien inspirée...

Droit continental, le droit français a en effet toujours été réticent à appréhender la règle de droit sous le seul rapport de son efficacité économique.

Oscar Wilde, dans un épigramme célèbre et visionnaire, reprochait aux économistes de connaître le *prix* des choses mais non leur *valeur propre*<sup>9</sup>. Or, dans la conception continentale, le droit a une valeur propre et ne saurait être inféodé totalement à l'économie : nécessairement sensible aux considérations économiques, la règle de droit se refuse à peine de perdre son âme<sup>10</sup> à n'être que le simple décalque de doctrines économiques parfois contestées elles-mêmes ; la norme est nécessairement empreinte de considérations sociales et politiques et pas seulement économiques.

Du reste, ceux-là même qui ne juraient hier que par « l'autorégulation » en appellent aujourd'hui à plus d'Etat et donc à plus de Droit pour vaincre la crise. Après avoir privatisé, il importerait de nationaliser et d'adopter des plans ambitieux de relance publique de l'économie : le retour du Droit dans la sphère financière est ainsi l'un des objectifs avoués du Sommet du nouveau « G 20 » qui s'est tenu pour la première fois à Washington le 15 novembre 2008 et dont les réunions se sont multipliées depuis pour cause de crise de l'euro.

C'est pourquoi l'exigence d'équilibre entre considérations sociales et considérations d'efficacité économique, chère à la tradition civiliste, est plus que jamais d'actualité.

**3. Notion d'efficacité économique** - Le concept d'efficacité économique, recèle une part de mystère<sup>11</sup> tenant à l'identification précise de ce qui est efficace économiquement... Or, si l'unanimité se fait sans doute sur un objectif général de croissance et de maximisation des richesses, les moyens de parvenir à cet *eldorado*

utilitariste divisent économistes libéraux ou marxistes, théoriciens de la main invisible, de l'offre ou de la demande...

En pays de *common law*, l'efficacité économique masque une politique de dérégulation et de renforcement des droits du créancier et de l'investisseur, assez indifférente aux considérations sociales de protection du débiteur. Or, la crise des *subprimes* est précisément née dans des systèmes généralement réputés économiquement efficaces tels que les États-Unis ou le Royaume-Uni de sorte que les résultats ne semblent pas sur ce point à la hauteur des attentes. À l'inverse, la France, si sévèrement notée dans les Rapports *Doing business* de la Banque Mondiale et dont la tradition continentale est réputée rebelle au règne du « tout économique »<sup>12</sup>, connaît une récession plus limitée que d'autres pays de la zone euro...

Il faut donc se garder des visions simplistes et préciser immédiatement quelle sera ici notre compréhension de l'efficacité économique.

Dans le cadre du présent cours, on tiendra une règle pour économiquement efficace lorsque celle-ci garantira au créancier l'obtention effective de son dû, à moindre coût et délai, sans occasionner un gaspillage inutile des richesses du donneur de sûreté, et ce à peine de méconnaître l'objectif d'une « meilleure allocation des ressources » si cher à l'analyse économique du droit.

Partant, on mesurera l'efficacité économique d'une règle de droit des sûretés au regard des trois séries de critères suivants<sup>13</sup> :

- simplicité, sécurité, coût et *liberté* de constitution de la sûreté ;
- *efficacité* et rapidité d'exécution ou de réalisation, notamment en cas de procédure collective ;
- *préservation* du crédit du donneur de sûreté et, plus largement, absence de gaspillage inutile de richesses.

C'est dire que si l'efficience doit s'apprécier au premier chef au regard des « attentes légitimes » du créancier, elle ne saurait s'accommoder d'un gaspillage inutile de richesses du donneur de sûreté.

**4. Moindre gravité de la sûreté réelle par rapport à la sûreté personnelle** - Or, de ce point de vue, la gravité des sûretés personnelles et celle des sûretés réelles sont sans commune mesure.

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 en « l'affectation d'un bien au paiement préférentiel [ou exclusif] du créancier »<sup>14</sup> ; 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<sup>15</sup>.

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...

**5. Réformes récentes et des procédures collectives et des sûretés** - Notre analyse de l'efficience du droit des sûretés sera conduite à la lumière de trois corps de réformes récentes et d'ampleur du droit français.

Il s'agit :

- d'abord, de la réforme réalisée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés<sup>16</sup>, ratifiée et amendée par l'article 10 de la loi n° 2007-212 du 20 février 2007 : afin d'assurer un meilleur rayonnement au droit français et de lui offrir une plus grande intelligibilité, celle-ci a créé dans le Code civil un nouveau Livre IV « Des sûretés », spécifiquement dévolu à la matière des sûretés ;
- ensuite, de la récente consécration de la fiducie-sûreté en droit français ; celle-ci est intervenue à petits pas : reconnue d'abord à demi-mot par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, la fiducie vit son domaine considérablement élargi par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie avant que l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie ne fasse véritablement accéder la fiducie-sûreté à la pleine lumière<sup>17</sup> ;
- enfin, de deux réformes successives du droit des procédures collectives ; issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (JO 27 juill. 2005, p. 12187)<sup>18</sup>, la première a pour l'essentiel modifié en profondeur l'architecture des procédures collectives en créant une nouvelle « procédure de sauvegarde », inspirée dit-on du *Chapter 11* du *Federal Bankruptcy Code* américain et qui tend à favoriser l'anticipation des dirigeants de l'entreprise en difficulté : cette réforme de la sauvegarde consacre de surcroît d'importantes développements au sort des sûretés personnelles en cas de procédure collective ; procédant de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, la seconde prétend tout à la fois rendre la sauvegarde plus attractive pour l'entreprise en difficulté, améliorer les phases de conciliation et de liquidation et surtout amplifier l'alignement du sort des différentes sûretés (personnelles ou même réelles !) pour autrui initié par la loi du 26 juillet 2005<sup>19</sup>.

La distinction fondamentale des sûretés personnelles et réelles a déterminé le plan même du nouveau Livre IV du Code civil consacré aux sûretés : l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006<sup>20</sup> relative aux sûretés traite en effet « Des sûretés personnelles » et « Des sûretés réelles » dans deux Titres distincts.

La réforme du droit des sûretés et la réception de la fiducie puisent leurs racines dans d'impérieuses considérations d'efficacité économique : la modernisation et l'actualisation de textes désuets a certes constitué une priorité ; et certaines innovations n'ont été reçues que dans le but de développer le crédit et sauvegarder la compétitivité juridique du marché français<sup>21</sup>.

Mais l'effcience économique ne saurait être l'unique moteur de l'actuelle révolution tranquille du droit privé français. Fidèle aux valeurs d'équilibre de la tradition civiliste, le droit français privilégie les solutions respectueuses des intérêts du créancier et du constituant de la sûreté, conciliant à cet effet des considérations à la fois économiques et sociales qui ne sont pas toujours en conflit.

**6. Plan** – Par souci de clarté et conformément à la *summa divisio* qui continue d'organiser la matière des sûretés, on envisagera l'effcience économique du droit des sûretés personnelles en premier lieu (Première partie), puis l'effcience économique du droit des sûretés réelles en second lieu (Seconde partie).

## PREMIERE PARTIE : L'EFFICIENCE ECONOMIQUE DU DROIT DES SURETES PERSONNELLES

**7. Plan** - On mesurera l'efficacité économique du droit français des sûretés personnelles pour chacun des *deux temps fondamentaux* que sont la conclusion et l'exécution de la sûreté.

On conduira donc cet examen de l'efficacité :

- d'abord, au stade de la conclusion des sûretés personnelles (**A**) ;
- ensuite, au stade de l'exécution des sûretés personnelles (**B**).

### A. CONCLUSION DES SURETES PERSONNELLES

**8. Ancien et neuf** - Les sûretés personnelles font désormais l'objet d'un Titre Premier dans ce nouveau Livre IV, intitulé "Des sûretés personnelles" : il convient d'en mesurer l'efficacité économique au stade de leur conclusion. A cet effet, on distinguera au sein du droit réformé entre, d'une part l'ancien, la conclusion du cautionnement (1°) et, d'autre part le neuf, la conclusion des autres sûretés personnelles (2°).

#### 1°) La conclusion du cautionnement

**9. Politique du cautionnement** - Le droit du cautionnement n'a pas été modifié par l'ordonnance du 23 mars 2006. Aux termes d'un « couper-coller » législatif, le cautionnement a seulement été déplacé des articles 2011 et suivants du Code civil vers les articles 2288 à 2320 du Chapitre 1<sup>er</sup>, « *Du cautionnement* », du nouveau Titre, « *Des sûretés personnelles* »<sup>22</sup>. Le législateur a refusé de donner un blanc seing sur ce point au pouvoir réglementaire de légiférer par ordonnance<sup>23</sup> : car la



question du cautionnement est trop politique pour que le Parlement n'en traite pas personnellement.

Efficiences économique et considérations sociales de protection de la caution s'y affrontent directement : le droit du cautionnement est traversé de considérations sociales de prévention de l'endettement pour autrui qui peuvent attenter à son efficacité (a) ; mais ledit affrontement ne saurait être exagéré : certaines règles apparemment liberticides masquent en réalité un objectif pleinement efficace de solvabilité des cautions (b).

### a) Prévention de l'endettement pour autrui

**10. Utilité et anormalité du cautionnement** - La liberté de conclusion du cautionnement a été progressivement placée sous la double surveillance du législateur et du juge : de plus en plus soustraite à la liberté contractuelle, le cautionnement s'est profondément institutionnalisé<sup>24</sup>.

Car s'il est d'une utilité économique irremplaçable pour conforter le crédit du débiteur, il est également « *profondément anormal* »<sup>25</sup> : il expose en effet la caution à satisfaire à la dette d'autrui, généralement sans contrepartie, et avec la seule perspective d'un recours passablement illusoire contre le débiteur.

Or, le droit français est pétri de cette prise en considération pour le moins ancienne de la gravité du cautionnement.

Un Chapitre entier du Livre des Proverbes appelait déjà le lecteur de l'Ancien Testament à ne jamais se porter caution d'autrui compte tenu de la gravité de ce mécanisme : « *Est court de sens qui tope dans la main et pour son prochain se porte garant* »<sup>26</sup> y lit-on par exemple.

Encore aujourd'hui, le droit du cautionnement est traversé par une politique sociale de prévention de l'endettement pour autrui.

**11. Accessorieté d'ordre public de protection** – Et on oublie volontiers que le Code civil de 1804 était lui-même empreint d'une profonde volonté de protection des cautions<sup>27</sup>. Ses rédacteurs n'ont pas voulu qu'un tiers non tenu à la dette puisse être placé dans une situation plus rigoureuse que le débiteur principal : d'où le principe essentiel de l'accessorieté du cautionnement en vertu duquel « *dans son principe et son étendue, la dette de la caution est placée sous la dépendance de l'obligation principale* »<sup>28</sup>.

Plus qu'un simple critère de la qualification du cautionnement, l'accessorieté est une règle d'ordre public de protection de la caution ; voilà qui explique que les rédacteurs de 1804 aient consacré pas moins de trois dispositions célèbres à cette accessorieté et ses suites<sup>29</sup>. Même au nom de l'efficacité économique, il n'est pas possible d'y déroger de peur que le garant ne soit tenu d'une façon excessivement sévère<sup>30</sup> ...

**12. Encadrement de la volonté de la caution personne physique** - A l'heure actuelle, le spectre du surendettement et la volonté de prévenir un endettement inconsidéré pour autrui conduisent à protéger plus particulièrement la caution personne physique lors de la conclusion de la sûreté : celle-ci engage en effet tout son patrimoine pour autrui<sup>31</sup>, en dehors de toute contrepartie ou commission, et sans toujours prendre la mesure exacte de la gravité de son engagement.

C'est pourquoi le législateur français est intervenu par strates successives afin d'encadrer la liberté de conclusion du cautionnement souscrit par une personne physique.

D'où, sans prétendre à l'exhaustivité, les interventions suivantes du législateur :

- déjà, une loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 mit fin au pouvoir antérieur de chaque époux d'engager les biens communs par un cautionnement conclu seul<sup>32</sup> : l'article 1415 dispose en effet « *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* » ; assimilant emprunt et cautionnement, l'article 1415 vérifie que toute sûreté personnelle est à l'origine d'un endettement qu'il convient de prévenir lorsqu'il menace comme au cas d'espèce la communauté ; très concrètement, le mari ne peut engager les biens communs par un cautionnement conclu seul et non autorisé par son épouse ;

- puis, la loi Neiertz n° 98-1010 du 31 décembre 1989 est venue imposer un formalisme *ad validitatem* et une limitation en montant et en durée des cautionnements souscrits par des personnes physiques en garantie de crédits mobiliers ou immobiliers relevant du Code de la consommation<sup>33</sup> ;
- ensuite, la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions a ajouté que le montant des dettes résultant du cautionnement ne pourrait avoir désormais pour effet de priver la caution personne physique d'un minimum de ressources ou « reste à vivre »<sup>34</sup>, ce dont il résulte une limitation tout à fait remarquable au droit de poursuite du créancier ;
- surtout, dernière pièce à cet édifice restrictif de la liberté contractuelle, la loi « Dutreil » n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 « pour l'initiative économique » a étendu les exigences issues de la loi Neiertz à toute caution personne physique aux prises avec un créancier professionnel par de nouveaux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation qui, de l'aveu même de leurs rapporteurs, tendent à protéger la caution contre un endettement pour autrui inconsidéré. Ainsi, à peine de nullité du cautionnement, la caution personne physique qui s'engage par un acte sous seing privé envers un créancier professionnel doit faire précéder sa signature d'une mention manuscrite spécifique, et ce quel que soit le crédit garanti et donc même s'il ne relève pas du Code de la consommation. La

modification est si fondamentale que le cautionnement solennel est devenu pratiquement le droit commun en présence d'un cautionnement sous seing privé d'une personne physique. Et il résulte de cet article L. 341-2 l'exigence que l'engagement de la caution personne physique soit toujours limité impérativement en montant mais aussi en durée, ceci même lorsque le cautionnement sera simple. La limitation en durée du cautionnement paraît s'étendre dans l'esprit du législateur à l'obligation de règlement elle-même afin que la caution ne puisse plus être inquiétée par le créancier professionnel après la date stipulée<sup>35</sup>. Ces dispositions s'appliquent même au dirigeant caution personne physique de son entreprise, pourtant averti et intéressé ; partant, elles restreignent considérablement la liberté de recourir à des cautionnements sous seing privé *omnibus* et empêchent que le cautionnement épouse l'évolution de la dette garantie<sup>36</sup>. Tout cautionnement sous seing privé d'une caution personne physique au profit d'une banque doit donc, à peine de nullité, être revêtu d'une mention manuscrite spéciale mais aussi limité en montant ainsi qu'en durée...

Ce bref panorama démontre que l'efficacité économique - entendue comme la simplicité et la liberté de constitution - s'incline ici devant la volonté de protéger la personne physique en limitant la portée de son engagement pour autrui.

**13. Encadrement indirect de la volonté des cautions personnes morales –** *Quid* à présent de l'efficacité du droit du cautionnement lorsque la sûreté est consentie cette fois par une personne morale ? L'efficacité économique devrait alors être considérablement accrue : en effet, peu de règles restrictives menacent directement la liberté de cautionner d'une personne morale<sup>37</sup>.

Mais il faut tenir compte ici de principes fondamentaux du droit des sociétés dont l'articulation avec le cautionnement est difficile. Car les sociétés sont des groupements de personnes dont la finalité est le partage de bénéfices ou la participation à l'économie réalisés grâce à une entreprise commune<sup>38</sup>. Loin de conférer à la société caution un avantage d'ordre économique, le cautionnement qui

n'est pas rémunéré procure à autrui « *un avantage purement gratuit* ». Pour cette raison, la compatibilité même des notions de cautionnement et de société a pu être mise en doute au motif que « par leur finalité respective, le cautionnement et la société sont des actes antinomiques »<sup>39</sup>. Et pourtant, les sociétés - spécialement les sociétés civiles détenant un immeuble qui comptent pour près d'une société sur deux en France - sont un réservoir de valeur dont il importe de pouvoir tirer crédit.

A l'heure actuelle, le droit français se ressent de ces tiraillements entre contraintes sociétaires et nécessités économiques.

C'est pourquoi le législateur :

- interdit parfois le cautionnement par une société des dirigeants voire des associés et de leurs proches : la loi le fait à l'égard des S.A. (dirigeants, C. com., art. L. 225-43 et L. 225-91) et des S.A.R.L (dirigeants et associés, C. com., art. L. 223-21) ; de tels cautionnement sont ainsi irréfragablement présumés contraires à l'intérêt social de la société caution ;
- soumet la conclusion du cautionnement d'une SA à une autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance (C. com., art. L. 225-35 et L. 225-68).

En l'absence de telles règles spéciales d'interdiction ou d'autorisation, la jurisprudence française est divisée quant aux justifications (on n'ose dire quant à la « cause »...) du cautionnement d'une société civile (une SCI notamment) ou d'une société en nom collectif :

- la première Chambre civile de la Cour de cassation adopte à cet égard une position souple : pour que le cautionnement octroyé par une personne morale soit valable, il suffit qu'il satisfasse à l'une quelconque des trois conditions alternatives suivantes : entrer directement dans l'objet social, résulter du consentement unanime des associés *ou* procéder de l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société caution et la

personne cautionnée ; c'est là un guide sûr pour les praticiens et certainement efficient de ce point de vue, encore qu'il conduise curieusement à placer sur un même plan des règles de pouvoir (objet social, unanimité) et de contrôle de l'intérêt social (communauté d'intérêts) ;

mais, « gardienne du temple » du droit des sociétés, la Chambre commerciale retient une position autrement rigoureuse : dans un arrêt en date du 3 juin 2008, elle écarte toute référence à ladite communauté d'intérêts, pour annuler le cautionnement d'une SCI qui obligeait « *la société à réaliser son entier patrimoine pour l'honorer, ce qui était de nature à compromettre son existence même* »<sup>40</sup> ; l'arrêt suggère qu'une société se verrait refuser la liberté de « compromettre son existence même » par un cautionnement, position certainement plus dure et en apparence peu efficiente !

## **b) Solvabilité des cautions**

**14. Rejet des cautionnements manifestement disproportionnés** - L'objectif de prévention de l'endettement pour autrui entre donc souvent en conflit ouvert avec l'efficacité économique de la règle de droit du cautionnement : et s'il pèse au premier chef sur les cautions personnes physiques, il n'en concerne pas moins également les cautions personnes morales.

Mais il faut se garder ici d'une vision trop manichéenne : considérations sociales de protection de la caution et considérations économiques peuvent aller de pair. On s'en convaincra en examinant à présent l'épineuse question de la solvabilité de la caution.

Le droit français a en effet peu à peu contraint le créancier à prendre en considération la solvabilité de la caution afin de mettre en garde celle-ci contre un cautionnement manifestement disproportionné à ses biens et revenus, quitte à

prononcer la déchéance ou la réduction d'un cautionnement qui serait disproportionné.

Les grandes étapes de cette évolution sont bien connues :

- la loi Neiertz précitée du 31 décembre 1989 institua pour la première fois un lien entre l'efficacité d'un cautionnement et l'importance du patrimoine et des revenus d'une caution : sauf retour à meilleure fortune, l'article L. 313-10 du Code de la consommation prononce la déchéance du cautionnement d'une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus ;
- la Cour de cassation s'inspira de cette exigence pour prononcer dans un arrêt *Macron* du 17 juin 1997 la réduction par compensation de l'aval (cautionnement solidaire d'un effet de commerce) d'un dirigeant considéré comme « *sans aucun rapport* » avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste » », la banque étant fautive à raison de « l'énormité de la somme garantie par une personne physique »<sup>41</sup> ;
- puis, la loi Dutreil précitée du 1<sup>er</sup> août 2003 est venue prononcer la déchéance de tout cautionnement manifestement disproportionné conclu entre un créancier professionnel et une caution personne physique, et ce quelle que soit cette fois la créance garantie ; au cœur de la matière, l'article L. 341-4 du Code de consommation dispose en effet que : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* » ;

- forte de cette extension législative qu'elle avait elle-même suscitée, la jurisprudence a récemment fait preuve de davantage de retenue quant au domaine et à l'intensité de la règle prétorienne de proportionnalité : le préjudice indemnisable de la caution ne peut être équivalent à la dette toute entière mais seulement à la mesure excédant les biens que celle-ci pouvait proposer en garantie<sup>42</sup> ; surtout, la réduction prétorienne ne profite qu'aux cautions véritablement profanes et non intéressées<sup>43</sup> sans pouvoir peser sur les créanciers non professionnels<sup>44</sup>.

Cette exigence de proportionnalité inflige au banquier un triple devoir tout à la fois de se renseigner sur le patrimoine de la caution, de mettre en garde la caution contre un engagement excessif et de modérer le montant de la sûreté souscrite<sup>45</sup>. Ce fardeau apparaîtrait volontiers inefficace et liberticide...

**15. Solvabilité de la caution et efficience économique - Mais à mieux y regarder, ce devoir contribue davantage à l'efficience économique du cautionnement qu'il ne la menace.**

Rappelons ici que le cautionnement - à l'instar de toute sûreté personnelle - dilue le risque d'insolvabilité du débiteur en le répartissant sur plusieurs patrimoines qui répondent de la dette garantie ; mais, à la différence d'une sûreté réelle, il ne peut prétendre le supprimer totalement<sup>46</sup> : le créancier ne dispose que d'un droit de poursuite chirographaire à l'encontre du garant qui rend l'examen de la solvabilité de celui-ci déterminant.

Or, les exigences nouvelles de proportionnalité concourent précisément à ce que soit davantage vérifiée la solvabilité du garant. Réduire le cautionnement disproportionné ou déchoir le créancier est en effet une puissante incitation à la prise d'une sûreté personnelle solide et à la vérification de la qualité de la « signature » de la caution. Car un cautionnement manifestement disproportionné n'est d'aucune utilité pour le créancier qui ne sera garanti efficacement que dans la mesure du



patrimoine de la caution au jour où elle sera appelée. Puisqu'on ne saurait « tondre un œuf » suivant la sagesse populaire<sup>47</sup>, une pseudo liberté de prendre des cautionnements même disproportionnés menacerait inutilement les cautions d'une exclusion sociale irrémédiable, sans véritable utilité économique pour le créancier<sup>48</sup> : à quoi bon permettre à une caution sans le sou de s'engager au nom d'une liberté contractuelle mal comprise à cautionner une dette que, de toute évidence, elle ne pourra jamais acquitter ?

Les nombreuses règles prudentielles qui pèsent cette fois sur les établissements de crédit, cautions professionnelles, participent de ce même esprit. Ces établissements sont soumis à de multiples ratios prudentiels... Or, ces ratios prennent directement en considération l'octroi de cautionnements ou même de garanties autonomes pour le calcul des exigences de solvabilité exigées de ces établissements bancaires<sup>49</sup> : ces règles de prudence obligent donc les banques à immobiliser des fonds propres en regard des garanties émises ; ce faisant, elles concourent à la sécurité et donc à l'efficacité économique des crédits cautionnés en général.

Non sans un certain paradoxe, on retrouve ici le sens de l'exigence de solvabilité de la caution légale ou judiciaire inscrite dès 1804 à l'ancien article 2018 du Code civil ! Il s'agit ni plus ni moins de s'assurer que la caution « ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation »<sup>50</sup>, seul de nature à garantir au créancier la sécurité à laquelle il a droit et qui seule permet l'efficacité. Où l'on voit que certaines règles économiquement efficaces puisent leurs racines dans le Code civil de 1804 ou même dans le Code de la consommation !

## 2°) La conclusion des autres sûretés personnelles

**16. Plan** - Envisageons à présent la conclusion des sûretés personnelles autres que le cautionnement dont l'apparition dans le paysage français est nettement plus récente. Or, de façon certainement efficace, est intervenue une consécration de deux sûretés personnelles issues de la pratique (a) ; mais de façon peut-être moins

efficace, les autres techniques de sûretés personnelles font l'objet en droit français d'un quasi contrôle des naissances (b).

### a) Consécration de deux sûretés personnelles issues de la pratique

**17. Filles de la liberté contractuelle** - On a pu craindre de figer dans le marbre du Code civil des sûretés issues de la pratique, filles de la liberté contractuelle, en les codifiant par l'ordonnance du 23 mars 2006. Bien au contraire, de bonnes raisons imposaient l'insertion de ces sûretés auparavant innommées dans le Titre Premier du Livre IV<sup>51</sup> : mettre fin aux contentieux sur la qualification de la garantie autonome (i) et de la lettre d'intention (ii) en les distinguant mieux du cautionnement et faire savoir que le droit français connaît ces institutions et qu'il leur reconnaît pleine force obligatoire.

Il en résulte une plus grande sécurité et donc une plus grande efficacité d'un droit français des sûretés personnelles qui souffrait auparavant d'une extrême confusion et pouvait à ce titre décourager les investisseurs.

**18. i) Garantie autonome : promesse de versement d'une somme** - Définie comme « *l'engagement par lequel un tiers s'oblige, en considération d'une obligation, à verser une certaine somme, soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* » (C. civ., art. 2321, al. 1<sup>er</sup>), la garantie autonome fait l'objet dans le Code civil d'un Chapitre 2, malgré d'un unique article 2321. La définition retenue met en exergue l'originalité de la garantie autonome par rapport au cautionnement, qui tient à l'objet de l'obligation du garant, tenu de verser une certaine somme et non de satisfaire à la dette du débiteur. Centre de gravité de l'institution, l'inopposabilité des exceptions est énoncée expressément par l'alinéa 3 : « *le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie* ».

Aussi, est-ce une garantie dont l'efficacité économique résulte tout à la fois de sa liberté de constitution qui n'implique aucun formalisme particulier, de son faible coût<sup>52</sup>, de son automaticité modulable à loisir suivant les « modalités convenues »<sup>53</sup>

et de sa rigueur d'exécution qui ne cède que devant la démonstration difficile d'une fraude ou d'un abus manifestes du bénéficiaire (art. 2321 al. 2), et ce grâce à l'inopposabilité des exceptions.

La garantie autonome se substitue ainsi avantageusement au *deposit* dont elle l'est héritière<sup>54</sup> : on se souvient que cette sûreté réelle sur somme d'argent, utilisée au cours des années 1960-1970 dans les marchés internationaux de maîtrise d'ouvrage, fut condamnée économiquement par une immobilisation de trésorerie au coût exorbitant pour le constituant.

Les considérations sociales tenant à la prévention de l'endettement pour autrui ne sont cependant pas totalement absentes ici : le législateur craint en effet que la garantie autonome ne soit utilisée pour contourner les protections dévolues à la caution. Aussi, est-ce afin de tenir certaines personnes à l'abri de l'automatisme de la garantie autonome qu'il a été précisé à l'article L. 313-10-1 du Code de la consommation, qu'elle ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier relevant du Code de la consommation<sup>55</sup> et à l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 relatif aux baux d'habitation (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, JO 8 juill.), qu'elle ne peut être souscrite qu'au lieu et place du dépôt de garantie de 1 mois maximum de loyers qui, visé à l'article 22, peut être exigé du locataire<sup>56</sup>.

La première Chambre civile a été sensible à ce mouvement qui a décidé fort justement que l'article 1415 du Code civil était applicable (par analogie ou *a fortiori* ?) à la garantie autonome en tant qu'elle est bien une sûreté personnelle<sup>57</sup> : la diversification des sûretés personnelles appelle en effet un régime primaire, attaché au seul engagement pour autrui.

Mais sous ces quelques réserves, le principe demeure la liberté de recourir à la garantie autonome quel que soit le type de crédit garanti et la qualité du garant – même personne physique – et donc de bénéficier de sa remarquable efficacité.

**19. ii) Lettre d'intention : promesse de soutenir le débiteur** - L'impératif de sécurité juridique a également conduit à faire apparaître l'irréductibilité de la lettre d'intention à un cautionnement. Elle est définie à l'article 2322 comme « *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 un créancier* »<sup>58</sup>, l'émetteur de la lettre s'engageant à apporter, par son action ou son abstention, un soutien au débiteur, renforçant ainsi *indirectement* la situation du créancier<sup>59</sup>.

La liberté de constitution est ici remarquable, les parties déterminant consensuellement et librement l'intensité de l'obligation comportementale de l'émetteur à l'endroit du débiteur principal. Le garant s'y obligera par exemple à surveiller la gestion du débiteur, à ne pas sortir de son capital social, à souscrire à une augmentation de capital ou encore à faire tout le nécessaire pour que le débiteur s'exécute à bonne date voire à lui faire des apports en compte courant d'associé (obligation lourde s'il en est...). L'hypothèse type est celle d'une société mère écrivant à son banquier afin de conforter le crédit de sa filiale ; mais on peut imaginer que des parents s'engagent au profit du bailleur de leur enfant locataire à virer chaque mois sur le compte de ce dernier les sommes nécessaires au paiement des loyers dus...

Originale et le plus souvent gratuite, cette sûreté issue de la pratique est une garantie efficiente. Certes, la défaillance du débiteur contraint le bénéficiaire à rapporter la preuve des éléments de toute responsabilité contractuelle - un préjudice du créancier, une faute (présumée ou prouvée) du garant et un lien de causalité. Mais ce n'est pas la marque d'une atteinte à l'efficacité de la lettre d'intention mais une simple suite de sa nature tout à la fois contractuelle et profondément originale.

### **b) Contrôle des naissances des sûretés personnelles**

**20. Rejet du porte-fort d'exécution ; numerus clausus de fait ?** – La gamme des sûretés personnelles nommées s'est donc enrichie de deux nouvelles figures

contractuelles qui répondent aux critères d'efficience préalablement dégagés. Mais l'efficience postule également que les parties soient libres d'imaginer d'autres sûretés personnelles, mieux adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci présentent une véritable originalité par rapport aux trois figures nommées : cautionnement, garantie autonome et lettre d'intention. Qu'en est-il en droit positif ?

A la veille de la réforme des sûretés, le Professeur Kanayama avait même, au nom de la liberté de création de nouveaux droits personnels, suggéré que soit reconnue une « *obligation de garantir* », transcendant la distinction classique des obligations de faire, ne pas faire et donner<sup>60</sup>.

Et au lendemain de celle-ci, un auteur a même défendu la possibilité pour les contractants d'aménager de nouveaux contrats de couverture<sup>61</sup>. Il est en tout état de cause manifeste que les textes nouveaux n'énoncent aucun principe de *numerus clausus des sûretés personnelles*, bien au contraire<sup>62</sup>, ce qui va dans le sens de la liberté et de l'efficience.

Pour l'heure cependant, la jurisprudence française se refuse à reconnaître d'autres techniques de garantie personnelle de sorte que l'on assiste en réalité à un contrôle prétorien des naissances de nouvelles sûretés personnelles : cautionnement à première demande, constitut, solidarité non intéressée à la dette ou encore porte-fort dit d'exécution ne bénéficient ainsi guère des faveurs de la Cour de cassation<sup>63</sup>... En particulier, la Chambre commerciale persiste, après comme avant<sup>64</sup> la réforme, à assimiler à un simple cautionnement accessoire un porte-fort d'exécution qui peine à convaincre de la prétendue spécificité de sa nature indemnitaire : ce garant promettrait non la ratification par un tiers de son engagement mais son exécution, et ce prétexte pris des termes généraux de l'article 1120 du Code civil<sup>65</sup>. Or, la Cour de cassation a à nouveau jugé le 18 décembre 2007 que « *celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même* »<sup>66</sup> : chacun comprendra que la Haute Cour requalifie ce porte-fort d'exécution en un ordinaire cautionnement défini à l'article 2288 du Code civil...

**21. Un éventail enrichi et sécurisé de sûretés personnelles** - L'efficiencia économique est-elle véritablement réduite par cette frilosité à l'égard de l'admission de sûretés personnelles nouvelles ? Il n'en est rien, et ce pour plusieurs raisons :

- d'abord, parce qu'un éventail de trois sûretés personnelles nommées contre une seule avant 2006 permet désormais de satisfaire la plupart des aspirations des créanciers ;
- ensuite, parce que les techniques suggérées pèchent souvent par manque d'originalité par rapport aux trois sûretés nommées et, singulièrement, par rapport au cautionnement dont elles prétendent gommer un caractère accessoire pourtant d'ordre public de protection ; tel est en particulier le cas du porte-fort d'exécution ;
- surtout, leur consécration en jurisprudence pourrait réintroduire à nouveau de la confusion dans une matière tout juste rendue plus intelligible : or, la sécurité participe également de l'efficiencia económica...

## B. EXECUTION DES SURETES PERSONNELLES

**22. Effets antérieurs et postérieurs à la défaillance du débiteur** - Après le premier temps de la conclusion, l'efficacité économique doit à présent être mesurée au regard de ce second temps de l'exécution des sûretés personnelles : il embrasse la question des effets de la sûreté tant antérieurs que postérieurs à la défaillance du débiteur garanti.

Je présenterai la question de l'exécution au regard du droit civil, d'une part, (1°) puis au regard de l'incidence d'une procédure collective sur l'exécution des sûretés personnelles, d'autre part (2°).

### 1°) L'exécution en droit civil

**23. Un créancier doit faire ses devoirs...** - De source presque exclusivement conventionnelle, les sûretés personnelles sont naturellement assujetties au devoir général d'exécution des conventions de bonne foi énoncé à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Législateur et juge ont certes puisé dans cette exigence générale ; mais ils l'ont dépassée de façon *a priori* menaçante pour l'efficacité économique : des devoirs toujours plus nombreux pèsent en effet désormais sur le créancier garanti.

Mais si le devoir d'informer le garant heurte sans doute l'efficacité (a), celui de préserver les intérêts du garant sert paradoxalement celle-ci (b).

#### a) Devoir d'informer le garant

**24. Devoirs coûteux et d'ordre public** - Il n'est pas possible de recenser ici les multiples obligations d'information pesant désormais sur le créancier cautionné<sup>67</sup>.

Œuvrant par strates successives et dans une confusion regrettable, le législateur est intervenu de 1984 à aujourd'hui pour protéger la caution à la fois contre un double risque :

- le risque d'oubli de son engagement par une information annuelle sur l'évolution de la dette garantie et, suivant que le cautionnement est à durée déterminée ou indéterminée, sur le terme de son engagement ou la faculté de résiliation lui appartenant ;
- le risque d'ignorance de la défaillance du débiteur, par une information sur le premier incident de paiement du débiteur.

Le manquement du créancier à ce devoir d'information le privera selon le cas totalement<sup>68</sup> ou partiellement<sup>69</sup> de son droit aux intérêts. Or, l'effcience du droit français souffre certainement de cette collection hétéroclite de textes protecteurs qui participe d'un « forçage » du contenu du cautionnement aux inconvénients nombreux.

Il n'est guère ici de place pour la liberté des parties : le créancier ne peut être conventionnellement dispensé de cette obligation impérative<sup>70</sup> tandis que doit être informé également le dirigeant-caution qui connaît pourtant déjà la situation exacte de la société cautionnée<sup>71</sup> ! De telles contraintes pourraient aller à l'encontre du besoin légitime des banques - tour à tour cautions et créancières - de se dispenser mutuellement de pareille information par souci d'économie et de simplification. Et le coût de cette kyrielle d'obligations d'informations ponctuelles pèsera en dernier ressort sur le débiteur dont elle renchérit le prix du crédit...

L'effcience du cautionnement en est nécessairement affectée.

## **b) Devoir de préserver les intérêts du garant**

**25. Mitigation of damages et chasse au gaspillage inutile de richesses** - Or, il est un devoir plus exigeant encore pour le créancier que celui d'informer le garant : celui de préserver les intérêts de celui-ci<sup>72</sup>.

MM. Terré, Simler et Lequette relèvent très exactement que « *le devoir de loyauté du créancier joue également à l'égard du garant. Le créancier doit faire son possible,*



en exerçant diligemment ses droits à l'encontre du débiteur, pour alléger au maximum le poids de la garantie consentie »<sup>73</sup>.

A plusieurs reprises, la Cour de cassation a ainsi tenu pour contractuellement responsable envers la caution le créancier laissant inutilement s'accumuler les dettes cautionnées<sup>74</sup> : ainsi d'un créancier jugé pour fautif d'avoir attendu plus de 13 ans après l'échéance impayée pour poursuivre la caution<sup>75</sup>.

Un tel devoir paraîtrait volontiers contre nature et surtout formidablement anti-efficace économiquement : il n'en est rien.

Car s'il est vrai que le principe de *mitigation of damages* ou de minimisation du dommage qui a cours dans la *lex mercatoria*<sup>76</sup> est efficace économiquement, il en va *a fortiori* de ce devoir de ne pas aggraver inutilement le sort de la caution : il s'agit ici non de céder à une vision angélique des rapports contractuels mais de prévenir un gaspillage inutile des richesses de la caution qui seraient mieux allouées à un autre emploi.

Par ailleurs, lorsque le créancier cautionné est garanti en sus par d'autres sûretés, il n'est plus absolument libre du mode et de l'ordre de réalisation de ses sûretés.

Depuis 1804, le bénéfice de cession d'actions ou de subrogation reconnu à l'actuel article 2314 du Code décharge la caution, dans la mesure du préjudice par elle subi, lorsque le créancier a par sa faute laissé périr les sûretés dans lesquelles la caution pouvait raisonnablement espérer être subrogée.

Or, ce bénéfice auquel la caution ne peut plus renoncer<sup>77</sup>, a progressivement fait l'objet d'une interprétation amplifiante en jurisprudence.

A certains égards, le créancier titulaire de sûretés multiples paraît tenu de privilégier le mode de réalisation le plus efficace et le plus profitable à la caution : à raison de l'efficacité de cette « arme absolue » qu'est l'attribution judiciaire du gage, un arrêt de chambre mixte du 10 juin 2005 suggère que le créancier doive la

demander dans l'intérêt de sa caution, et ce à peine de déchéance du cautionnement<sup>78</sup> !

Un autre exemple plus remarquable encore procède d'un arrêt de la Chambre commerciale du 3 mai 2006<sup>79</sup>. La Cour de cassation a eu à connaître d'un montage classique de financement immobilier dans lequel le prêteur était garanti par un cautionnement de l'emprunteur et par une cession à titre de garantie des loyers produits par l'immeuble financé ; or, elle y prononce la libération de la caution au terme d'un raisonnement économique pour le moins inhabituel : en « *s'abstenant d'exercer le droit dont il bénéficiait [cession des loyers], le prêteur a obligé les cautions à payer une dette provoquée par son inaction deux cent fois supérieure* » ; concrètement, le créancier aurait dû appréhender les loyers cédés *avant* d'appeler sa caution pour le solde... C'est dire si le devoir de préserver certains intérêts de la caution masque en réalité un principe d'efficience dans l'exécution du cautionnement et de chasse au gaspillage : l'appel à la caution par un créancier titulaire de sûretés multiples pourrait être devenu une *ultima ratio*<sup>80</sup> ; sans doute au motif que les sûretés pour autrui accablent davantage le constituant que les sûretés pour soi...

Pour clore ce panorama, on envisagera à présent l'incidence d'une procédure collective sur l'appréciation de l'efficience d'exécution des sûretés.

## 2°) L'incidence d'une procédure collective

**26. Force d'attraction des procédures collectives** - Assises sur le patrimoine d'un tiers contre lequel le créancier dispose d'un droit de poursuite distinct et autonome<sup>81</sup>, 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<sup>82</sup>. 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

cedé la place à une « médecine d'entreprises »<sup>83</sup> 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 fondamentaux du droit des sûretés en même temps qu'ils affectent directement la mesure de l'efficacité d'exécution des sûretés personnelles.

***27. Vaste alignement du sort des « garants » ; extension aux sûretés personnelles ou réelles pour autrui - La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a ainsi presque<sup>84</sup> totallement unifié le sort des cautions, coobligés et garants<sup>85</sup> dans les procédures collectives.***

Trois ans à peine après l'entrée en vigueur de cette dernière, cet alignement se trouve amplifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui vient gommer jusqu'aux différences entre sûretés accessoires et non accessoires<sup>86</sup> : l'expression « *personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » a en effet été substituée systématiquement à celle de « *coobligés et (...) personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome* », en vigueur jusqu'à présent. Égrenée un peu partout dans le Code de commerce (C. com., art. L. 611-10-2, L. 622-26, L. 626-11, L. 631-20), la formule a pris de l'embonpoint et appelle quelques observations préliminaires.

La sûreté personnelle étant « *l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette* »<sup>87</sup>, participent nécessairement de cette définition et sont donc concernés par cet alignement de régime : cautionnement, garantie autonome, porte-fort d'exécution, solidarité passive non intéressée à la dette (C. civ., art. 1216), constitut ou encore délégation imparfaite lorsque le délégué ne sera pas tenu de contribuer à la dette (et non le locataire délégué au créancier, par exemple<sup>88</sup>).

Surtout, les personnes ayant affecté en garantie (gage, nantissement, hypothèque ou antichrèse, etc.) ou cédé (fiducie-sûreté) un bien au terme d'une sûreté réelle pour autrui sont désormais traitées ensemble avec les donneurs de sûretés personnelles comme autant « *de garants du débiteur* » en procédure collective, et ce au terme d'un élargissement considérable de la notion de garant<sup>89</sup>...

Il résulte de ce nouveau dispositif que l'efficacité des sûretés personnelles (et au-delà l'efficacité des sûretés réelles consenties en garantie de la dette d'autrui...) dépend étroitement de la gravité de la situation du débiteur : car le législateur a pris le parti de dessiner un nouvel équilibre entre objectif de sauvegarde de l'entreprise et efficacité des sûretés.

Menacée par un sort enviable réservé aux garants lorsque le sauvetage du débiteur paraît possible (a), l'efficacité est au contraire largement assurée lorsque ce sauvetage semble improbable voire impossible (b).

### a) Sauvetage possible

**28. Bonne fortune des garants personnes physiques** - Le garant personne physique n'est souvent que le dirigeant de l'entreprise cautionnée qui ne doit pas « *craindre les répercussions de l'ouverture de la procédure sur sa situation personnelle* » ou celle de ses proches<sup>90</sup> : le législateur craint en effet par-dessus tout que le dirigeant ne diffère la déclaration judiciaire de ses difficultés voire de sa cessation des paiements dans le seul but d'échapper à des poursuites immédiates en qualité de caution personnelle de son entreprise ; un tel retard neutraliserait en effet l'objectif d'un traitement anticipé des difficultés du débiteur conçu comme un bénéfice, un refuge pour le débiteur malchanceux.

Un de ces traitements consiste en une procédure de *conciliation* (ex « règlement amiable »), éminemment contractuelle et ouverte aux personnes exerçant une activité commerciale, artisanale voire libérale et qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible sans pour autant se retrouver en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours<sup>91</sup>. Tous les « garants » du débiteur pourront en ce cas se prévaloir des remises de dettes ou des délais convenus dans l'accord de conciliation homologué ou même simplement constaté (art. L. 611-10 al. 3 C. com., rédac. Ord. 18 déc. 2008)<sup>92</sup>, et ce au mépris de la finalité de garantie ; le caractère non accessoire de la garantie autonome est ouvertement 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.

Innovation emblématique de la loi du 26 juillet 2005, la procédure de *sauvegarde* est un nouveau traitement judiciaire destiné au débiteur qui, sans être en cessation des paiements, « *justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* » (art. L. 620-1 C. com., rédac. Ord. 18 déc. 2008). Cette procédure tend 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. Or, l'efficacité des sûretés personnelles s'y trouve alors atteinte par une paralysie du droit de poursuite pourtant autonome du créancier : le jugement d'ouverture de cette procédure de sauvegarde suspend en effet provisoirement les poursuites du créancier contre les garants personnes *physiques* jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation tandis que le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans (art. L. 622-28 al. 2 C. com.). Surtout, les remises et délais qui pourront être consentis au débiteur dans le cadre d'un plan de sauvegarde profiteront aux garants personnes physiques, à l'exclusion donc des garants personnes morales (art. L. 626-11 al. 2 C. com.) ; et il en ira de même de l'arrêt du cours des intérêts dont les garants personnes physiques pourront seuls se prévaloir (art. L. 622-28 al. 1 C. com.)<sup>93</sup>.

L'efficacité des sûretés consenties par une personne physique se trouve donc nettement affectée lorsque le sauvetage du débiteur paraît encore possible, soit durant les phases de conciliation et de sauvegarde ; mais elle est nettement mieux assurée à l'égard des garants personnes morales.

## **b) Sauvetage improbable ou impossible**

**29. *Compagnons d'infortune*** - A l'inverse et lorsque le sauvetage de l'entreprise est rendu improbable par la constatation d'une cessation (pérenne) des paiements du débiteur<sup>94</sup>, l'efficacité retrouve davantage de force. Il importe logiquement à ce stade de faire prévaloir la finalité de garantie sur toute autre considération.

C'est pourquoi, en phase de *redressement*, les garants personnes physiques partageront la même infortune : ils ne pourront plus se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts (C. com., art. L. 631-14, II C. com.), seule la suspension des poursuites liée au jugement d'ouverture leur restant acquise (art. L. 631-14 al. 1 C. com). Surtout, nul garant – ni personne morale ni même physique - ne pourra plus se prévaloir des délais et remises consentis au débiteur dans le plan de redressement (art. L. 631-20 C. com.) : 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...

Et si tout redressement du débiteur en cessation des paiements paraît manifestement impossible (art. L. 640-1 C. com.), ce qui est de loin l'hypothèse la plus fréquente, la procédure de *liquidation* judiciaire (ultime « traitement judiciaire » concevable) tendra à la réalisation de son patrimoine : le droit commun des sûretés retrouvera alors largement son empire<sup>95</sup> et avec lui son efficience.

Alors, le créancier pourra librement exécuter sa sûreté personnelle : la caution ne pourra notamment se prétendre libérée par une clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif qui n'entraîne pas d'extinction de la dette du débiteur principal<sup>96</sup>. Les exigences d'efficience sont donc pleinement satisfaites en cas de redressement et de liquidation judiciaires.

## SECONDE PARTIE : L'EFFICIENCE ECONOMIQUE DU DROIT DES SURETES REELLES

**30. Plan** - Par souci de clarté, on mesurera l'efficacité économique du droit français des sûretés réelles pour chacun des *deux temps fondamentaux* que sont la constitution et la réalisation de la sûreté réelle.

On conduira donc cet examen de l'efficacité :

- d'une part, au stade de la *constitution* des sûretés réelles (**A**) ;
- d'autre part, au stade de la *réalisation* des sûretés réelles (**B**).

### A. CONSTITUTION DES SURETES REELLES

**31. Liberté de choix entre préférence et exclusivité** - Longtemps, les sûretés réelles se sont réduites à l'octroi au créancier d'un droit réel de préférence de nature à permettre à celui-ci d'être payé par priorité sur le produit de la vente de la chose grevée ; désormais, les techniques de sûreté réelle se sont enrichies et diversifiées : défendue de longue date par la doctrine sur le fondement de la liberté contractuelle, le recours à la propriété-sûreté s'est généralisé. Dans le même temps, les modalités de constitution de ces sûretés préférentielles ou exclusives se sont fortement simplifiées...

Un vent nouveau de liberté souffle sur le paysage français des sûretés réelles en faveur d'une plus grande efficacité économique : celle-ci se vérifie pour les sûretés réelles traditionnelles ou préférentielles, d'une part (1°), et pour les sûretés-propriétés, d'autre part (2°).

## 1°) La constitution des sûretés préférentielles

**32. Affranchissement des volontés individuelles** - Les sûretés réelles traditionnelles reposent sur la technique du droit de préférence ; or, ces sûretés préférentielles ne sont plus un lieu hostile au déploiement de la liberté des acteurs économiques, si tant est qu'elles ne l'aient jamais été<sup>97</sup> ; le spectre du surendettement est moins présent ici qu'en matière de sûretés personnelles tandis que la sûreté réelle inspire moins la méfiance que par le passé. C'est pourquoi l'efficacité des solutions se vérifie tant en droit des sûretés mobilières (a) qu'en droit des sûretés immobilières (b) ce qui est plus remarquable encore.

### a) Sûretés mobilières

**33. Efficacité assurée** - L'efficacité du nouveau droit des sûretés mobilières procède de règles qui tout à la fois préservent le crédit du constituant (i), élargissent l'assiette des sûretés (ii) et simplifient le formalisme de constitution et d'opposabilité (iii).

**34. a) Prévention du gaspillage du crédit et généralisation du gage sans dépossession** - La généralisation du gage sans dépossession constitue l'un des apports majeurs de la réforme du 23 mars 2006<sup>98</sup>. Antérieurement, l'exigence antiéconomique d'une dépossession du constituant sévissait à peine de validité du contrat réel de gage : elle privait le constituant des utilités économiques de sa chose toutes les fois qu'un texte spécial<sup>99</sup> ne prévoyait pas la possibilité d'une sûreté sans dépossession. Le mot même de dépossession a opportunément disparu de la définition même du gage de meubles corporels (art. 2333) et de celle du nantissement, sûreté sur meubles incorporels<sup>100</sup> (art. 2355).

Ce faisant, tout s'enchaîne en vue d'une meilleure efficacité....

Une pluralité de gages sans dépossession est rendue possible qui participe d'un rapprochement des régimes du gage et de l'hypothèque et évite tout gaspillage du crédit du constituant (C. civ., art. 2340).



Il en va de même en matière de nantissement de créance : réglementé avec un grand luxe de détails par 11 articles du Code civil<sup>101</sup>, ce nantissement profondément modernisé peut être limité à une fraction de la créance donnée en nantissement de sorte que diverses fractions d'une même créance peuvent être nanties au profit de créanciers distincts<sup>102</sup>, préservant là encore le crédit du débiteur ; et il pourra être stipulé pour un temps déterminé dont l'expiration libérera de plein droit la créance de l'affectation en garantie<sup>103</sup>.

**35. b) *Élargissement de l'assiette des sûretés mobilières*** - La suppression de l'exigence de dépossession permet un élargissement considérable de l'assiette des sûretés mobilières et un assouplissement corrélatif des principes de spécialité de la sûreté quant à la créance garantie, d'une part, et quant à l'assiette, d'autre part.

Aussi, le gage de meubles corporels ou le nantissement de meubles incorporels peuvent-ils indifféremment porter sur des meubles présents ou futurs<sup>104</sup>, fongibles ou non, voire sur un ensemble de meubles eux-mêmes présents ou futurs, le tout en garantie de créances mêmes futures dont seule la déterminabilité est requise (C. civ., art. 2333 ; 2355).

Et cette notion nouvelle d'ensemble de biens présente une souplesse qui permet l'affectation en garantie d'universalités de fait - bibliothèque de livres anciens, collection d'œuvres d'arts, créances de loyers provenant d'un même immeuble, etc. - sans qu'il soit plus besoin d'énumérer individuellement tous les éléments grevés *ut universi*.

Partant, il est aujourd'hui possible de tirer crédit de davantage de biens ou valeurs que par le passé ; quant au créancier, il peut prendre rang immédiatement, et ce en garantissant une créance même future telle celle résultant d'un contrat à conclure : tant il est vrai que la « *chance de créance est déjà un bien qui mérite d'être préservé* »<sup>105</sup>... Surtout, ces sûretés non plafonnées peuvent en principe servir à garantir tout type de crédit.

**36. c) *Formalisme simple et au coût dérisoire*** - Le législateur subordonne toutefois ces divers bénéfices à l'observation d'un certain formalisme.

Les contrats réels qui ne se formaient que par la remise de la chose ont fait place à des contrats solennels : un écrit à peine de nullité est exigé, et ce parfois jusqu'en matière commerciale où la liberté de la preuve est pourtant de règle<sup>106</sup>. Mais ce formalisme n'en reste pas moins d'une grande simplicité ; surtout, il tend à assurer la sécurité juridique du dispositif en prévenant les contestations.

Quant à l'opposabilité du gage aux tiers, elle résulte soit de l'antique dépossession (le cas échéant par entiercement), soit d'une publicité nouvelle sur le registre national des gages sans dépossession tenu par les greffes du tribunal de commerce<sup>107</sup> dont le coût est pratiquement nul<sup>108</sup> : cette dernière inscription aura d'autant plus les faveurs de la pratique que la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a reconnu un droit de rétention dématérialisé au gagiste même sans dépossession<sup>109</sup>, alors que le droit de rétention était auparavant l'apanage du seul gagiste avec dépossession<sup>110</sup>.

L'opposabilité du nantissement de créance a elle-même été profondément simplifiée : elle obéit à un principe d'efficacité puisque « le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte » (art. 2361), à l'exception notable du débiteur de la créance nantie à qui le nantissement doit être notifié par tout moyen (C. civ., art. 2362), sans plus besoin d'une coûteuse signification par exploit d'huissier ; le nantissement de créance est ainsi potentiellement devenu une sûreté ... gratuite.

***[37. Efficience menacée par un morcellement subsistant des sûretés mobilières - Malheureusement, cette efficience qui gagne le droit commun des sûretés mobilières est contrariée par la persistance d'un morcellement des sûretés mobilières ou pis par son aggravation au lendemain de la réforme de 2006.***

Le législateur n'a pas emprunté la voie d'une sûreté mobilière unique du type du *security interest* de l'article 9 du *Uniform commercial code* américain ou de l'hypothèque mobilière et immobilière des articles 2660 et suivants du Code civil Québécois de 1994.

Et il est vrai que les sûretés spéciales à certains actifs corporels ou incorporels pullulent : ce faisant, elles dessinent un kaléidoscope complexe et fractionné de sûretés particulières.

De véritables *régimes* spéciaux de gage et de nantissement ont ainsi été maintenus inchangés hors du Code civil : gage de matériel d'équipement et d'outillage<sup>111</sup> ; warrants de magasins généraux<sup>112</sup>, industriel<sup>113</sup> hôtelier<sup>114</sup>, agricole<sup>115</sup> ou encore pétrolier<sup>116</sup> ; nantissements de fonds de commerce<sup>117</sup>, artisanal<sup>118</sup> ou agricole<sup>119</sup>, de films cinématographiques<sup>120</sup> ou encore de comptes-titres<sup>121</sup>, et ce sans même évoquer les sûretés spécifiques aux aéronefs, navires et péniches !

Et des *dispositions* spéciales, parcellaires cette fois, subsistent relativement à la constitution ou l'inscription des sûretés relatives aux : véhicules terrestres à moteur<sup>122</sup> ; parts de sociétés civiles<sup>123</sup>; droits d'exploitation des logiciels<sup>124</sup>; dessins et modèles<sup>125</sup> ; brevets d'invention<sup>126</sup> ; marques<sup>127</sup> ; effets de commerce<sup>128</sup>, etc.

Pire, le législateur s'est cru tenu par la loi d'habilitation du 26 juillet 2005 d'aggraver ce morcellement en consacrant des dispositions spécifiques au gage des stocks dans le Code de commerce<sup>129</sup>, cependant que le gage de droit commun sans dépossession de choses fongibles<sup>130</sup> suffisait amplement à répondre aux besoins de la pratique : or, quoique spécifiques aux rapports entre banquiers et constituants professionnels<sup>131</sup>, ces dispositions sont plus rigoureuses que celles du Code civil<sup>132</sup>... On est loin de la liberté et de la simplicité que commande l'efficacité !

La réforme a pu être qualifiée pour cette raison de « symphonie inachevée »<sup>133</sup> ou « d'occasion manquée »<sup>134</sup>...

***38. Large application du droit commun du gage, directement ou par renvoi, en totalité ou en complément - Le diagnostic est fondé. Mais d'une sévérité sans doute excessive***, et ce pour plusieurs raisons :

- d'abord parce que le législateur a craint d'attenter à la sécurité juridique du crédit en supprimant subitement - et par une loi nouvelle d'application immédiate<sup>135</sup> ! - des sûretés spéciales, dont beaucoup donnent satisfaction à

leurs utilisateurs, pour y substituer une sûreté unique sans dépossession devant encore faire ses preuves : sans doute une harmonisation sera-t-elle effectuée dans un second temps mais sans précipitation ;

- ensuite et surtout parce que le nouveau gage de droit commun trouve encore largement à s'appliquer directement ou par renvoi :
  - à l'évidence, toutes les fois que les parties ne se trouvent pas précisément dans le domaine d'application *rationae personae* et *rationae materiae* de ces sûretés spéciales ; de cette hypothèse, on rapprochera celle des nantissements de parts de nombreuses sociétés (SNC, SARL, SCS), de fonds libéral ou encore de monnaie scripturale qui relèvent du droit commun du gage par renvoi<sup>136</sup>, faute de textes spéciaux à ces meubles incorporels particuliers ;
  - ensuite, même si les parties se trouvent dans le domaine d'une sûreté spéciale, la liberté des parties de choix de la sûreté la plus efficiente doit recevoir effet<sup>137</sup> : ainsi par exemple de la possible constitution d'un gage sans dépossession de droit commun sur du matériel et de l'outillage d'équipement<sup>138</sup> ou, plus discutée, de celle d'un tel gage sur des stocks<sup>139</sup> ;
  - enfin, en présence de dispositions spéciales voire de régimes spéciaux à certains meubles incorporels, le droit commun du gage conserve une vocation importante à compléter des sûretés spéciales aux régimes souvent elliptiques, et ce sous la seule réserve de respecter les dispositions spéciales incompatibles<sup>140</sup>.

Quoique réel, le morcellement des sûretés mobilières ne saurait donc être exagéré ni masquer les formidables progrès de l'efficacité économique du nouveau droit commun du gage].

## **b) Sûretés immobilières**

**39. Progrès de l'efficience** - En matière immobilière également, l'efficience économique progresse mais de façon moins linéaire. Cette progression résulte de l'introduction d'une concurrence nouvelle au sein des sûretés immobilières conventionnelles (i), d'une faculté nouvelle de recharge des hypothèques (ii) et surtout d'une volonté de diminuer les coûts de publicité foncière (iii).

**40. i) Concurrence nouvelle entre sûretés immobilières sans dépossession matérielle** – Sûreté immobilière sans dépossession type, l'hypothèque a assez peu évolué et la réforme de 2006 a surtout consisté à en consolider et moderniser le régime, sans véritable révolution<sup>141</sup> : la vieille reine des sûretés en est ressortie rajeunie mais paradoxalement affaiblie.

En effet, toute hypothèque conventionnelle<sup>142</sup> doit désormais être consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme plafonnée à peine de nullité dans l'acte constitutif<sup>143</sup> ; et lorsqu'elle garantit de dettes futures à durée indéterminée, elle est résiliable à tout moment par le constituant moyennant un préavis de trois mois : une fois résiliée, elle ne couvrira que les créances nées antérieurement<sup>144</sup>. Ces innovations prévues à l'article 2423 du Code civil rapprochent malencontreusement l'hypothèque conventionnelle du cautionnement : la première se voit dotée à l'instar de la seconde d'une étendue en montant et en durée de nature à diminuer la protection offerte au créancier hypothécaire.

Sûreté immobilière avec dépossession que l'on croyait tombée en désuétude, l'antichrèse – rebaptisée « gage immobilier » par l'article 10 de la loi 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit - pourrait profiter de ce léger affaiblissement de l'hypothèque conventionnelle : car elle voit son régime rendu plus sûr par neuf renvois au droit de l'hypothèque<sup>145</sup> tout en échappant à l'application de cet article 2423. Surtout, la « belle endormie » risque de se réveiller car elle n'est plus condamnée par l'exigence antiéconomique d'une dépossession matérielle du constituant : en effet, l'antichrésiste « *peut sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même* » est-il précisé à l'article

2390 du Code civil... Or, cet alliage précieux d'une antichrèse et d'un bail<sup>146</sup>, transforme profondément la physionomie en une sûreté sans dépossession, apte par conséquent à concurrencer l'hypothèque conventionnelle : en effet, d'une grande efficacité économique, l'antichrèse-bail conserve au constituant la détention de sa chose et présente pour le créancier en possession de l'immeuble le double avantage d'une appréhension continue des fruits de l'immeuble, tels ses flux de loyers et d'un droit de rétention enviable, le cas échéant exercé *corpore alieno*.

Le paysage des sûretés immobilières traditionnelles s'enrichit donc lui-même, augmentant la liberté de choix des acteurs dorénavant habilités à mettre les sûretés en concurrence : ils peuvent arbitrer entre l'hypothèque conventionnelle et l'antichrèse au gré de leur compétitivités respectives afin de garantir librement une ou plusieurs créances<sup>147</sup>, de droit français ou étranger<sup>148</sup>, présentes ou même futures pourvu seulement qu'elles soient déterminables...

**41. ii) Recharge des hypothèques avec de nouvelles créances** - Dans la compétition qui s'est ouverte, l'hypothèque conventionnelle bénéficie d'un atout de taille : elle peut désormais être stipulée rechargeable<sup>149</sup>. Nouvelle espèce d'hypothèque conventionnelle faisant l'objet d'une clause expresse de recharge, l'hypothèque rechargeable a pour particularité aux termes de l'article 2422 du Code civil de pouvoir « *être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément* »<sup>150</sup>.

Elle offre un contraste saisissant avec l'hypothèque conventionnelle de droit commun ou avec le privilège de prêteur de deniers, tous deux non rechargeables : ceux-ci s'éteignent par accessoire et ne peuvent être reportés d'une créance sur une autre ; celle-là au contraire est rechargeable à loisir dans l'intérêt du constituant, au profit du prêteur originaire ou d'un nouveau prêteur, avec des créances diverses : elle survit tant à l'extinction de la créance originaire<sup>151</sup> qu'à la renonciation du créancier à son hypothèque<sup>152</sup>.

Seule limite : la « rechargeabilité » concerne les seules créances et jamais les immeubles ; ceux-ci devront toujours être individuellement spécifiés dans l'assiette de la sûreté sans possibilité ici d'affectation simplifiée d'un « ensemble d'immeubles »<sup>153</sup> ce qui continue de bannir toute hypothèque flottante<sup>154</sup>...

**42. iii) Chasse à la taxe de publicité foncière (TPF) ; formalisme notarié efficient** - Cette « rechargeabilité » nouvelle quant aux créances est un facteur de souplesse et de mobilisation du crédit hypothécaire du constituant : surtout, elle participe d'une volonté plus large du gouvernement de réduire le coût de la garantie hypothécaire conventionnelle pour la rendre plus attractive.

Le gage immobilier constituée en garantie d'un prêt échappe déjà totalement à la taxe de publicité foncière (TPF) de 0,715 %, ce qui la rend fiscalement très attractive<sup>155</sup>.

En matière d'hypothèque rechargeable, la TPF est certes payable sur le montant rechargeable<sup>156</sup> au jour de la constitution initiale mais une fois pour toutes : ultérieurement, les conventions de recharges subséquentes en sont dispensées ce qui confirme leur supériorité sur les hypothèques conventionnelles de 2<sup>ème</sup> rang ou de 3<sup>ème</sup> rang, justiciables d'une telle taxe<sup>157</sup>.

Et de façon générale, les frais de notaire ont été considérablement réduits pour toute constitution d'hypothèque ou d'antichrèse : d'un pourcentage de 0,55 % par le passé, ils ne sont plus que de 0,23 % de celui-ci aujourd'hui<sup>158</sup>... Ces sûretés immobilières impliquent toutes, privilège légal de prêteur de deniers y compris<sup>159</sup>, un formalisme notarié à peine de validité.

Mais il n'en résulte aucune atteinte à l'efficacité de leur constitution : le coût de l'intervention du notaire est le prix de la sécurité car celui-ci est garant de la validité et de l'efficacité des actes de sûretés qu'il instrumente<sup>160</sup>. Qui prétendra qu'une telle sécurité ne saurait avoir de coût ?

## 2°) La constitution des sûretés propriétés

**43. Efficience économique & régression technique** - Il importe à présent d'envisager les sûretés propriétés<sup>161</sup>, sûretés exclusives plutôt que préférentielles et qui ont fait une entrée remarquée dans le Code civil français.

Deux remarques préliminaires s'imposent à cet égard.

L'essor contemporain de la propriété-sûreté procède d'une compétition accrue entre les systèmes juridiques : elle apparaît comme un atout pour l'attractivité économique des systèmes qui la reconnaissent et l'apprivoisent.

Et c'est un des paradoxes bien connus de la propriété-sûreté que d'être tout à la fois antique et moderne, techniquement frustré mais d'une grande actualité : l'exclusivisme rassure le créancier en le mettant à l'abri du concours et peu lui importe qu'il s'agisse là d'une tendance indéniablement régressive du droit contemporain<sup>162</sup>... Car cette régression de la technique permet précisément la constitution de sûretés exclusives d'une grande polyvalence que ce soit sous la forme d'une propriété retenue (a) ou d'une propriété transférée à titre de garantie (b).

### a) Propriété retenue

**44. Réserve de propriété mobilière ou immobilière** - La propriété retenue à titre de garantie est qualifiée dorénavant sans détour de véritable sûreté réelle<sup>163</sup>.

Codifiée aux articles 2367 et suivants du Code civil depuis la réforme du 23 mars 2006<sup>164</sup>, la clause de réserve de propriété fait l'objet d'une théorie générale qui lui confère une plus grande sécurité juridique : elle est définie comme la « *convention par laquelle les parties suspendent l'effet translatif d'un contrat au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* » ; et elle constitue un accessoire de la



créance<sup>165</sup> qui bénéficiera, sauf convention contraire, à tout cessionnaire ultérieur de la créance garantie.

Liberté, simplicité et faible coût de constitution permettent de se convaincre de l'efficience de la propriété réservée :

- l'exigence d'un écrit<sup>166</sup> est une simple condition d'opposabilité à la procédure collective tandis que la publicité de la clause, certes utile, est seulement facultative<sup>167</sup> ; partant, la réserve de propriété est tout à la fois consensuelle et gratuite<sup>168</sup> ;
- la réserve de propriété peut être stipulée à l'occasion de tout contrat translatif de propriété et pas seulement d'une vente<sup>169</sup> ;
- enfin et surtout, tout « *bien* » mobilier, corporel ou incorporel, peut faire l'objet d'une clause suspendant le transfert de propriété : déjà, à la veille de la réforme, avaient été admises par exemple des réserves stipulées sur du matériel d'équipement<sup>170</sup>, sur des véhicules automobiles<sup>171</sup> mais aussi sur des biens incorporels tels que fonds de commerce<sup>172</sup>, brevet d'invention<sup>173</sup>, support matériel d'un logiciel<sup>174</sup> ou encore actions<sup>175</sup>, bref sur tous biens qui faisant déjà l'objet d'un gage ou d'un nantissement spécial ; il devrait en aller ainsi *a fortiori* désormais. Surtout, l'article 2373, al. 2 du Code civil précise que « *la propriété de l'immeuble peut également être retenue en garantie* <sup>176</sup> » : pratiquement, l'utilisation de la clause de réserve de propriété immobilière en garantie d'un financement immobilier implique la mobilisation par le vendeur auprès du prêteur de sa créance de prix de vente et de la propriété-sûreté qui en est l'accessoire ; à cette condition, la propriété réservée pourrait, à l'instar de l'antichrèse, jouer le rôle d'un *outsider* du droit des sûretés immobilières<sup>177</sup>.

## **b) Propriété transférée**

**45. Fides pour la fiducie-sûreté !** - L'efficiencia qui caractérisa la clause de réserve de propriété se retrouve avec plus de force encore dans la propriété transférée à fins de sûreté ou fiducia-sûreté.

Instituée par une loi du 19 février 2007, l'opération de fiducia<sup>178</sup> a été codifiée aux articles 2011 et suivants du Code civil : attendue de longue date, la fiducia occupe l'espace libéré quelques mois auparavant par le déplacement du cautionnement, comme si le Code civil avait horreur du vide... Le contrat de fiducia y est défini comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

Il n'a jamais été discuté que ce « but déterminé » puisse être de sûreté<sup>179</sup> ; après avoir considérablement élargi le domaine de la fiducia par la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>180</sup>, le législateur français a toutefois consacré des dispositions spécifiques aux fiducia-sûretés mobilières et immobilières dans l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducia<sup>181</sup>.

La propriété cédée à titre de garantie y fait son entrée en force dans deux nouvelles divisions intitulées « *De la propriété cédée à titre de garantie* » ; ces dernières ont en commun d'être insérées à la fin des deux derniers sous-titres du titre II du Livre IV du Code civil : une section 2, composée des articles 2372-1 à 2372-6 (fiducia-sûreté mobilière), clôt ainsi celui consacré aux sûretés sur les meubles tandis qu'un chapitre VIII, fort des articles 2488-1 à 2488-6 (fiducia-sûreté immobilière), referme celui consacré aux sûretés sur les immeubles.

Désormais, la propriété d'un bien mobilier, d'un droit (art. 2372-1) ou celle d'un bien immobilier (art. 2488-1), « peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducia conclu en application des articles 2011 à 2030 du code

civil ». Les règles de constitution de cette fiducie-sûreté nommée et avec patrimoine d'affectation se superposent à celles du droit commun à la manière de dispositions gigognes ; tenu de faire allégeance au droit spécial autant qu'au droit commun (art. 2011 et s.), le contrat de fiducie-sûreté apparaît comme une nouvelle espèce du contrat spécial de fiducie.

Après avoir été initialement réservé à quelques constituants privilégiés<sup>182</sup>, le contrat de fiducie peut être contracté par toute personne, même physique (à condition qu'elle ne soit ni mineure ni sous tutelle<sup>183</sup>) et bénéficiaire à tout individu ; seule la qualité de fiduciaire, titulaire du patrimoine d'affectation fiduciaire, est restreinte à des personnes répondant à de solides exigences prudentielles ou à des compétences techniques ou juridiques particulières : établissements de crédit, entreprises d'investissement, compagnies d'assurance, Trésor public, Caisse des dépôts et, depuis peu, avocats<sup>184</sup>.

Et si le formalisme tatillon requis pour la validité du contrat<sup>185</sup> porte la trace d'une antique défiance envers l'institution fiduciaire, ses contours sont d'une formidable plasticité, étant précisé par ailleurs que le législateur a entendu en garantir la neutralité et la transparence fiscales.

Il appartient ainsi aux parties de convenir en toute liberté dans l'acte de fiducie :

- de l'étendue et de la composition de l'assiette de la sûreté par la détermination des éléments transférés : meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, envisagés *ut singuli* ou *ut universi*, etc. ;
- d'une convention conservant l'usage ou la jouissance des biens transférés au constituant<sup>186</sup> et qui permet d'utiles fiducies-sûreté sans dépossession ;
- des missions et pouvoirs du fiduciaire sur les actifs transférés, qu'il soit lui-même le créancier bénéficiaire ou qu'il gère dans l'intérêt d'un ou de plusieurs créanciers bénéficiaires.

Plus, les parties sont libres de stipuler une fiducie rechargeable, permettant l'affectation du patrimoine fiduciaire à d'autres créances que celles initialement garanties, sur le modèle de l'hypothèque du même nom ; « La propriété cédée (...) peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif », est-il ainsi affirmé aux articles 2372-5 et 2488-5 nouveaux<sup>187</sup>. Cette possibilité de recharge concourt à faire de la fiducie-sûreté l'une des sûretés les plus efficaces économiquement du droit français.

Il en résulte la consécration d'une technique de sûreté réelle, d'une polyvalence inégalable, et dans laquelle les principes de spécialité et d'accessorité sont tempérés. Offerte à tous, le cas échéant conclue sans dépossession et stipulée rechargeable, elle seule permet de grever indifféremment tout bien mobilier ou immobilier, corporel ou non, présent ou futur voire tout ensemble de biens : sans doute est-ce là la nouvelle reine des sûretés françaises<sup>188</sup>?

**46. Security trustee à la française** - On signalera pour clore ce volet relatif à la constitution des sûretés réelles une disposition confortant utilement la pratique de l'agent des sûretés, indissociable des financements syndiqués dans lesquels ledit agent prend, gère voire réalise les sûretés au profit de l'ensemble des créanciers d'un *pool*<sup>189</sup>. Un nouvel article 2328-1 du Code civil<sup>190</sup> permet dorénavant que toute sûreté réelle soit constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers par une personne désignée dans l'acte constatant l'obligation garantie.

Parfaitement étrangère au formalisme du contrat de fiducie - puisqu'elle n'implique nullement la constitution d'un patrimoine fiduciaire non plus qu'un transfert préalable des sûretés constituées sur la tête de l'agent - , cette introduction d'un *security trustee* à la française est un puissant facteur de simplification de la gestion des sûretés réelles au sein de crédits syndiqués.

## B. REALISATION DES SURETES REELLES

**47. L'efficience à l'épreuve du feu...** - Après le temps de la constitution, il importe de confronter plus brièvement celui de la réalisation<sup>191</sup> à notre mesure de l'efficience économique ; ne s'agit-il pas toujours de l'épreuve de vérité pour le créancier titulaire de sûreté ?

Je traiterai de la réalisation en droit civil, d'une part, (1°) puis de l'incidence d'une procédure collective sur cette réalisation des sûretés réelles, d'autre part (2°).

### 1°) La réalisation en droit civil

**48. Priorité aux réalisations équilibrées** - La réalisation des sûretés réelles a été considérablement améliorée en droit civil positif.

La simplification et l'unification des modes de réalisation ont d'autant plus constitué une priorité du législateur (a), qu'aucune spoliation du constituant ne saurait en résulter (b).

#### a) Simplification et unification des modes de réalisation

**49. Assouplissement synchrone des modes de réalisation du gage, de l'hypothèque et de la fiducie-sûreté** - Les modes de réalisation du gage et de l'hypothèque, et au-delà de l'antichrèse - dont le régime renvoie à celui de l'hypothèque<sup>192</sup> - ont connu une évolution synchrone qu'il s'agisse de la prohibition commune de la voie parée (i) ou de la libération de l'attribution judiciaire ou conventionnelle (ii) ; cet assouplissement a préparé l'avènement d'une fiducie-sûreté de réalisation elle-même simplifiée (iii). Partant, ces règles de réalisation en ressortent plus efficaces.

**50. i) Prohibition commune de la voie parée** - Certes, la clause dite de voie parée<sup>193</sup> reste prohibée en matière de gage comme d'hypothèque par les articles 2201 alinéa 2, 2346 et 2458 du Code civil : il s'agit de la clause qui prétendrait autoriser le créancier à vendre le bien à l'amiable, sans observer les formalités légales, et avec le risque que celui-ci se contente d'un prix juste suffisant pour le désintéresser, au mépris du constituant et de ses autres créanciers.

Partant, le créancier qui poursuit la réalisation du bien hypothéqué devra se conformer aux règles de la saisie immobilière, dûment rénovées par l'ordonnance n° 2006-241 du 21 avril 2006 et les décrets du 27 juillet 2006 et du 23 décembre 2006.

Or, la saisie immobilière n'est plus « l'épouvantail » qu'elle était pour les créanciers ; l'ordonnance du 21 avril 2006 a nettement contribué à la simplification et l'accélération de la saisie immobilière en même temps qu'au développement des solutions amiables de vente et de distribution du prix de vente entre les créanciers<sup>194</sup>. Les délais de réalisation par voie de saisie immobilière ont été raccourcis à moins d'un an en moyenne, au lieu de deux voire trois auparavant.

Quant à la possibilité ancienne<sup>195</sup> pour les volontés individuelles de stipuler une telle voie parée postérieurement à la conclusion de la sûreté réelle, elle semble intacte : il est en principe permis de renoncer à une protection d'ores et déjà acquise, d'autant que les articles 2346 et 2458 précités invitent nettement à une telle interprétation *a contrario*.

**51. ii) Libération de l'attribution judiciaire ou conventionnelle, en matière mobilière et immobilière** - La faculté d'attribution judiciaire du bien grevé en paiement, classique en matière mobilière<sup>196</sup>, gagne une matière immobilière qui s'y était toujours refusée par le passé : dorénavant, tout créancier hypothécaire (ou antichrésiste) impayé peut demander en justice que la propriété de l'immeuble lui

demeure en paiement, et ce que la source de sa sûreté soit conventionnelle ou non<sup>197</sup>.

Surtout, l'interdiction emblématique du pacte comissoire qui remonte à l'Empereur Constantin en 326<sup>198</sup> se trouve levée en matière de gage comme d'hypothèque conventionnelle<sup>199</sup>. Il peut donc être convenu, lors de la constitution du gage, de l'hypothèque ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien par un pacte comissoire, sans aucune intervention judiciaire ; et ledit pacte comissoire devra être publié<sup>200</sup>.

Rendue plus attractive, l'hypothèque se rapproche ainsi du gage quant à ses modes de réalisation, ce que justifie le souci d'efficacité de la sûreté. Et c'est l'illustration de ce que l'immeuble devient, à certains égards, un actif patrimonial comme les autres qui ne devrait plus être justiciable d'un traitement particulier<sup>201</sup>. On retrouve d'ailleurs l'idée émise plus tôt que la sûreté réelle n'est pas un acte grave : quelque expéditive qu'en soit la réalisation, celle-ci s'imputera sur la créance garantie, libérant le constituant à due concurrence du poids de son endettement.

Enfin, un mouvement similaire de simplification a traversé le nantissement de créance : le créancier nanti peut se faire payer directement par le débiteur de la créance nantie ou conclure avec le constituant un pacte comissoire lui attribuant la propriété de la créance en cas de non-paiement<sup>202</sup>.

A la faveur de ces innovations, la réalisation pourra se faire de façon plus expéditive et épargner un temps précieux de nature - qui sait ? - à diminuer le coût qui crédit fait au constituant : time is money...

**52. iii) Réalisation de la fiducie-sûreté** - Les modes de réalisation de la fiducie-sûreté telles prévus par l'ordonnance du 30 janvier 2009 sont également d'une grande efficacité : ils font en outre la part belle aux stipulations contractuelles.

La loi du 19 février 2007 était restée muette sur les circonstances du dénouement de la fiducie : un apport majeur de l'ordonnance du 30 janvier 2009 consiste dans la définition de modes de réalisation propres à la fiducie-sûreté, et ce aux articles 2372-

3, 2372-4, 2488-3 et 2488-4 : le législateur y distingue avec finesse suivant que le fiduciaire est ou non le créancier garanti.

Dans le premier cas, le fiduciaire « *acquiert la libre disposition du bien* » mobilier ou immobilier cédé à titre de garantie : la propriété fiduciaire se convertira alors en une propriété ordinaire, suivant une automaticité qu'il reviendra aux parties d'arrêter<sup>203</sup>. La mention d'une possible stipulation contraire du contrat de fiducie suggère que la convention pourrait aussi bien prévoir la vente du bien en cas de défaillance du débiteur.

Dans le second cas, le créancier exigera du fiduciaire la remise du bien afin de pouvoir en disposer librement. Et à la condition expresse que la convention le prévoie, le fiduciaire pourrait être tenu plutôt de vendre le bien contre remise de tout ou partie du prix au créancier.

Le législateur a donc su conserver à la fiducie-sûreté une remarquable souplesse de réalisation, encore supérieure à celle des sûretés traditionnelles.

## **b) Prévention de toute spoliation du constituant**

***53. La sûreté n'est pas une source de profit ; prévention du gaspillage de richesses*** - Ces modes de réalisation sont plus souples voire expéditifs : mais ils n'en sont pas moins légitimés par de précieux garde-fous qui s'inscrivent dans la tradition d'équilibre du droit français :

- premier garde-fou, l'exclusion de la résidence principale du constituant du jeu de l'attribution, même judiciaire : sa réalisation devra nécessairement s'inscrire dans une procédure de saisie immobilière, le législateur ayant refusé de « bousculer » le constituant ; et dans le même ordre d'idée, on songe à l'impossibilité de recourir au pacte comissoire pour les gages garantissant des crédits à la consommation<sup>204</sup> ; il n'en ira différemment qu'en matière de fiducie-sûreté : le constituant ayant perdu par hypothèse *ab initio*



la propriété, nulle prohibition de la clause de voie parée ne saurait se concevoir et nulle saisie immobilière s'imposer ;

- deuxième garde-fou, l'estimation impérative par expert, suivant le cas, du meuble<sup>205</sup>- en l'absence de cotation officielle sur un marché organisé - ou de l'immeuble<sup>206</sup> attribués judiciairement ou conventionnellement ou dont le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté retrouve le droit de libre disposition<sup>207</sup> ;
- ultime garde-fou, l'obligation faite au créancier attributaire de la propriété de reverser une soulte au débiteur, représentant l'excédent de la valeur du bien attribué sur celle de la créance garantie, soulte qui devrait être consignée par le créancier attributaire en présence d'autres créanciers titulaires de sûretés<sup>208</sup> : une sûreté ne saurait en effet spolier son constituant ni être une source de profit pour le créancier<sup>209</sup> ; d'où l'application de ce principe général de restitution au réservataire de propriété impayé<sup>210</sup> ainsi qu'au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté<sup>211</sup>. La prohibition du pacte comissoire s'expliquait d'ailleurs largement par le refus, non de l'attribution elle-même, mais de l'appropriation par le créancier d'un bien d'une valeur supérieure au solde de sa créance ; or, précisément, ce fondement de la prohibition fait défaut aujourd'hui...

Ces considérations d'équité élémentaire préviennent, au stade de la réalisation cette fois, tout gaspillage des richesses au mépris du constituant mais aussi de ses autres créanciers.

Considérations sociales et économiques de lutte contre le gaspillage du crédit se rejoignent ici : la sûreté qui spolie ne saurait être ni juste, ni efficiente.

## 2°) L'incidence des procédures collectives

**54. Préférence, exclusivisme et équilibre** - Il reste à tracer à grands traits l'incidence des procédures collectives sur ces règles plus efficaces de réalisation des sûretés réelles. Sous l'empire du Code de commerce de 1807 et jusqu'en 1967, les sûretés réelles sont restées pleinement efficaces en cas de « faillite » du débiteur.

En 1948, Voirin résumait l'opinion généralement reçue en affirmant : « *Faites intervenir deux, trois, dix cautions, les chances d'insolvabilité diminuent sans doute mais ne sont jamais écartées... Pour obtenir une sécurité complète, il faut recourir aux sûretés réelles* »<sup>212</sup>. Car le droit de préférence supprimait alors le risque d'insolvabilité sans que la faillite du constituant ne compromette aucunement l'efficacité des sûretés réelles et, au premier chef de l'hypothèque, reine incontestée des sûretés : la quiétude du créancier était alors absolue...

Mais en 2011, l'inquiétude du créancier a fait place à la quiétude, attisée par la perspective de défaillances d'entreprises en chaîne.

Car l'ennemi de l'efficacité économique du droit des sûretés réelles a pour nom « Traitement des difficultés des entreprises » : le livre VI de l'actuel Code de commerce qui régit les procédures collectives projette en effet une ombre inquiétante sur le Titre second du Livre IV du Code civil.

Si les procédures collectives n'ont attiré les sûretés personnelles dans leur orbite que depuis la loi 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>213</sup>, elles ont soumis les créanciers titulaires de sûretés réelles à leur discipline dès la loi du 13 juillet 1967... Celle-ci leur a porté une première atteinte en les soumettant à l'obligation de production et de vérification de leurs créances, tandis qu'une jurisprudence célèbre en déduisit en 1976<sup>214</sup> l'existence d'une suspension des poursuites individuelles des droits de créanciers dorénavant paralysés et assujettis au temps long de la procédure. Ces atteintes se sont par la suite multipliées avec la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises : le

jeu de massacre des sûretés réelles était alors à son apogée et l'efficacité économique à son plus bas niveau, sans que les sacrifices imposés aux créanciers aient été justifiés par un redressement avéré des entreprises en difficultés : plus de 90 % des procédures se terminent en effet par une liquidation.

La situation des créanciers titulaires de sûretés réelles s'est quelque peu améliorée en cas de liquidation judiciaire depuis l'adoption de la loi n° 94-75 du 10 juin 1994 qui institua la liquidation judiciaire immédiate et fut le siège d'un fameux « *printemps des sûretés réelles* », en réaction aux excès antérieurs<sup>215</sup>.

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>216</sup> fit également plus grand cas du sort des créanciers mais l'insuffisante coordination des réformes des faillites (2005), des sûretés (2006) et dernièrement de la fiducie (2007) suscita de légitimes critiques<sup>217</sup>.

Or, il est revenu depuis à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté d'établir une articulation nouvelle entre le droit des entreprises en difficulté et certaines sûretés exclusives, et ce en contribuant à l'édification d'un droit des sûretés spécial aux procédures collectives dont l'efficacité doit être également analysée<sup>218</sup>.

A cet égard, on distinguera le sort des sûretés réelles traditionnelles ou préférentielles en cas de procédure collective (a) de celui des sûretés exclusives (b).

### **a) Sûretés préférentielles**

**55. Portée pratique de ces innovations dans un contexte d'insolvabilité -**  
L'article 2287 du Code civil fait naître l'inquiétude sur la portée pratique des innovations apportées au droit des sûretés réelles traditionnelles ou préférentielles dans un contexte d'insolvabilité du débiteur : il est affirmé en tête du nouveau livre IV « Des sûretés » que ses dispositions 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<sup>219</sup>... Un peu comme si l'exécution des sûretés était placée sous la tutelle des procédures collectives...

L'observateur est donc confronté à au moins une certitude et une incertitude.

La certitude : le sort du pacte comissoire est directement scellé par l'article L. 622-7 du Code de commerce ; les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation font obstacle à la conclusion et à la réalisation du pacte comissoire, et ce en toutes matières<sup>220</sup> : partant, elles lui retirent presque tout intérêt, sauf à ce que celui-ci ait pu déployer ses effets avant la procédure.

L'incertitude : la possibilité même d'une attribution judiciaire en matière immobilière est contestée par des auteurs autorisés<sup>221</sup> ; ceux-ci arguent de cette nécessaire primauté des procédures collectives sur le droit civil<sup>222</sup> et de ce que l'attribution judiciaire des immeubles n'est - contrairement à celle des meubles - pas spécifiquement organisée dans les textes gouvernant la procédure collective.

Mais cette thèse qui confère une portée excessive à l'article 2287 du Code civil n'emporte pas la conviction, et ce pour au moins deux raisons :

- l'article L. 622-7 du Code de commerce neutralise le seul pacte comissoire (soit l'attribution conventionnelle) à l'exclusion de l'attribution judiciaire ; partant, cette faculté d'attribution judiciaire en ressort *a contrario* renforcée ;
- ensuite, le juge des procédures collectives n'a eu nul besoin par le passé d'un support textuel pour généraliser la faculté d'attribution à tout gagiste ne poursuivant pas la réalisation du bien grevé<sup>223</sup> : et l'on voit mal pourquoi il devrait en aller différemment pour le créancier hypothécaire...

Il devrait donc être possible de solliciter l'attribution judiciaire d'un immeuble en cours de procédure et aux mêmes conditions que celles d'un meuble, c'est-à-dire pour l'essentiel en cas de liquidation<sup>224</sup>.

**56. Sort des sûretés préférentielles en cas de faillite** - Les sûretés réelles traditionnelles ont été malmenées par le législateur et subissent de plein fouet le temps de la procédure (suspension des poursuites individuelles), ses aléas (pas moins de 4 procédures distinctes) et le pullulement des privilèges concurrents (créanciers postérieurs, *new money*, etc.) ; on énoncera pour simple mémoire les principales règles qui leur sont applicables :

- le créancier peut théoriquement se voir imposer une substitution de garanties (art. L. 622-8 al. 3 C. com. : période d'observation ; art. L. 626-22 al. 3 C. com. : plan de sauvegarde) ;
- il supporte les délais des plans de sauvegarde ou de redressement (art. L. 626-18 C. com), sauf à avoir consenti à un paiement dans des délais plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle de la créance garantie (L. 626-19 C. com.) ;
- en cas de cession portant sur des biens gagés, le créancier peut être contraint de 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.) ;
- il reçoit les dividendes à échoir d'après le plan, suivant son rang de préférence ;
- en cas de vente du bien grevé en période d'observation (L. 622-8 al. 1 C. com.) ou au cours de la continuation de l'entreprise en plan de sauvegarde

ou de redressement (L. 626-22 al. 1 C. com.), la quote-part du prix correspondant aux créances garanties sera versée à la CDC, quote-part sur laquelle le créancier exercera son droit de préférence en étant notamment primé par les créances salariales.

Fort heureusement, la loi du 10 juin 1994 a amélioré la situation des créanciers sur un double plan :

- leur rang de préférence est avancé en cas de liquidation, c'est-à-dire le plus souvent ; concrètement, le rang d'une hypothèque de premier rang ou d'un privilège de prêteur de deniers sont assez satisfaisants aujourd'hui ;
- et 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.), ce qui sera le cas en présence d'un privilège de prêteur de deniers par exemple.

Le recours à l'attribution judiciaire et sa généralisation à la matière immobilière seraient un « gage » important d'efficacité : il s'agit en effet d'une « arme absolue<sup>225</sup> » parce qu'étrangère au classement des privilèges.

### **b) Sûretés exclusives**

Par nature, les sûretés exclusives résistent mieux à la procédure du débiteur que les sûretés préférentielles : le concours des autres créanciers sur le bien retenu ou approprié par le créancier bénéficiaire est en effet exclu.

Ainsi, leur efficacité est-elle quasi absolue dans de nombreuses hypothèses :

- la revendication ou la restitution du bien dont la propriété a été réservée est ainsi possible à des conditions qui en garantissent l'efficacité<sup>226</sup> ; et la Chambre commerciale a d'ores et déjà reconnu plein effet à la clause de réserve de propriété immobilière en cas de faillite dans un arrêt du 28 septembre 2004<sup>227</sup> ;
- quant au droit de rétention<sup>228</sup> du gagiste avec dépossession (art. 2286, 1 à 3° C. civ.) ou de celui reconnu par un texte spécial (gage automobile, nantissement de compte-titres, etc.), il conserve un caractère totalement inexpugnable<sup>229</sup> quelles que soient les phases de la procédure ; et il en va de même du droit de rétention reconnu à l'antichrésiste ou gagiste immobilier, même exercé *corpore alieno*<sup>230</sup>.

Toutefois, cette efficacité des sûretés exclusives est si brutale qu'elle met parfois en péril les objectifs de sauvegarde des entreprises en difficulté si chers au législateur contemporain : aussi, les craintes d'un impossible sauvetage de l'entreprise en difficulté ont-elles été entendues<sup>231</sup>.

C'est pourquoi, sur l'invitation de l'habilitation délivrée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>232</sup>, l'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>233</sup> a institué un nouvel équilibre entre les objectifs concurrents de sauvetage des entreprises, d'une part, et d'efficacité des sûretés exclusives, d'autre part qu'elle (ré)concilie.

Cet équilibre nouveau repose en grande partie sur la possibilité ou l'impossibilité d'un sauvetage de l'entreprise débitrice.

Et il se traduit par une paralysie circonstanciée de deux sûretés exclusives, c'est-à-dire d'une paralysie édictée dans la seule mesure nécessaire à l'accomplissement des objectifs de sauvetage :

- d'abord du droit de rétention dématérialisé tout juste accordé par la loi du 4 août 2008 au gagiste sans dépossession à l'article 2286 4° nouveau du Code civil<sup>234</sup> ; l'article L. 622-7, I, du Code de commerce dispose en effet dans son alinéa 2 nouveau que le jugement d'ouverture « *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* »<sup>235</sup> ; opportunément, cette paralysie est doublement limitée : elle n'est pas, rappelons-le, applicable au gage avec dépossession ou aux droits de rétention institués par des textes spéciaux et ne concerne donc les gagistes *sans* dépossession de droit commun (C. civ., art. 2338), sur stocks (C. com., art. L. 527-1 et s.) et sur outillage et matériel d'équipement (C. com., art. L. 525-1 et s.) ; et elle ne vaut qu'au cours des procédures de sauvegarde et de redressement (par renvoi de C. com., art. L. 631-14) ; au contraire, le droit de rétention de l'article 2286 4° du Code civil reste opposable en phase de liquidation puisqu'aucun sauvetage n'est plus envisageable (report sur le prix obtenu d'une réalisation isolée ; C. com., art. L. 642-20-1, al. 3) ainsi qu'au repreneur en cas de cession ;
  
- ensuite de la nouvelle fiducie-sûreté : paralysée désormais pendant la période d'observation et en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement lorsqu'elle est réputée porter sur des biens indispensables à la continuation (fiducie-sûreté *sans* dépossession du débiteur constituant<sup>236</sup>), la fiducie-sûreté ne déploie désormais toute sa puissance que lorsqu'elle ne porte pas sur de tels biens (fiducie-sûreté *avec* dépossession du débiteur constituant) et, plus généralement, en cas de liquidation ou d'échec du plan de sauvegarde ou de redressement...



Dans ce nouveau droit des sûretés spécial aux procédures collectives, l'efficacité de la sûreté n'est donc fort heureusement évincée que dans la seule mesure nécessaire au sauvetage du débiteur. Lorsque les chances de sauvetage sont compromises, soit au premier chef au cas de liquidation, l'efficacité de la sûreté se trouve totalement préservée.

## CONCLUSION GENERALE

**57. Conclusion** - Notre quête de l'efficiencia du droit des sûretés touche à sa fin.

Plusieurs enseignements peuvent en être tirés.

Premièrement et au plan des sûretés personnelles, on se sera convaincu :

- d'abord, qu'il n'est pas douteux que le droit français soit empreint de considérations sociales de protection de la caution et, plus généralement, des donneurs de sûretés personnelles voire réelles pour autrui : cautionnement et garantie autonome sont en effet à l'origine d'un endettement pour autrui dont la gravité appelle une prévention raisonnée ;
- ensuite, qu'une protection circonstanciée du garant, un objectif de sauvetage de l'entreprise ou encore des devoirs d'exécution de bonne foi des sûretés personnelles n'entrent pas nécessairement en conflit avec la quête d'efficiencia économique, bien au contraire : considérations politiques, sociales comme économiques se rejoignent par exemple utilement pour veiller à assurer la solvabilité effective de la caution - et donc la solidité du cautionnement - ou encore pour privilégier des modes de réalisation évitant d'inutiles gaspillages de richesses ;
- enfin, que le nouveau droit français offre aux acteurs un éventail plus large de sûretés personnelles : en principe satisfaisante, leur efficiencia économique peut toutefois être affectée par la procédure collective du débiteur garanti ; le caractère non accessoire des garanties autonomes est ainsi curieusement méconnu par un traitement des garanties personnelles unifié à l'excès ; et si les garants personnes physiques bénéficient d'un sort enviable lors des phases de conciliation ou de sauvegarde de nature à inciter les garants dirigeants à anticiper les difficultés de leur entreprise, la finalité de garantie reste largement prioritaire à l'égard des garants personnes morales ; surtout,

l'efficacité des garanties personnelles sera d'autant mieux assurée que les chances de sauvetage de l'entreprise seront faibles : c'est la marque d'une efficacité équilibrée du droit français des sûretés personnelles.

Deuxièmement et au plan des sûretés réelles, plusieurs enseignements peuvent rapprochés de ceux tirés du droit des sûretés personnelles :

- les considérations sociales sont plus ténues en matière de sûretés réelles que de sûretés personnelles ; car il est plus légitime de protéger celui qui engage son patrimoine (caution, garant autonome) ou un bien (« caution réelle ») pour autrui que celui qui confère une sûreté réelle pour sa propre dette ;
- même lorsque de telles considérations sociales existent, elles n'affectent pas nécessairement l'efficacité économique de la sûreté réelle : ainsi par exemple de l'obligation faite au créancier attributaire de restituer une soule au constituant, certes empreinte de justice sociale mais aussi d'efficacité puisqu'elle prévient un gaspillage de richesses préjudiciable au constituant et à ses créanciers ;
- globalement, les réformes récentes du droit des sûretés réelles et de la fiducie ont considérablement renforcé l'efficacité de la matière :
  - o il est permis de tirer du crédit de davantage d'actifs, et ce sans dépossession matérielle du constituant et à moindre coût ;
  - o le nouveau droit français offre aux acteurs un éventail plus large de sûretés réelles et permet la recharge des hypothèques et des fiducies-sûreté ; et plusieurs techniques, droit de préférence *stricto sensu* ou exclusivisme, pourront être mises en concurrence par des contractants en quête d'efficacité : cette concurrence favorisera la survie des seules sûretés les mieux adaptées (darwinisme juridique ?) ;
  - o et les modes de réalisation des sûretés traditionnelles sont plus rapides...

- l'efficience de certaines sûretés réelles exclusives (fiducie-sûreté, rétention du gagiste sans dépossession) était même si brutale que le législateur s'est résolu par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la tempérer afin de la rendre conciliable avec l'objectif premier de sauvetage de l'entreprise ; un nouvel équilibre entre des finalités concurrentes se dessine : si l'efficience pourra courber l'échine de façon à permettre une sauvegarde ou un redressement, elle restera intacte toutes les fois que la situation du débiteur sera irrémédiablement compromise, c'est-à-dire au cas de liquidation qui compte pour l'immense majorité des procédures. C'est là encore la marque d'une tradition d'équilibre chère aux droits de tradition civiliste...

---

1 Art. 2287 de l'Avant-projet présenté le 31 mars 2005 par la Commission présidée par le Professeur Grimaldi (ci-après l'Avant-projet).

2 Plus précisément, toute sûreté doit protéger le créancier contre le double risque que le débiteur ne puisse pas payer à l'échéance (ne pas *pouvoir* payer) et qu'il ne veuille pas payer (ne pas *vouloir* payer).

<sup>3</sup> Art. 2288 al. 1 de l'Avant-projet.

<sup>4</sup> Art. 2288 al. 2 de l'Avant-projet présenté le 31 mars 2005 par la Commission présidée par le Professeur Grimaldi (ci-après l'Avant-projet).

5 Voir toutefois, M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préface M.N. Jobard-Bachellier et V. Brémond, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 456, 2006, militant pour une « efficacité équilibrée », c'est-à-dire tournée vers la satisfaction des attentes des créanciers, tout en étant respectueuse des droits des garants ; N. Catillon, « Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques », Petites affiches, 8 août 2008, n° 159.

<sup>6</sup> M. Grimaldi, « Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application, Rapport de synthèse », Petites affiches, n° spécial, 27 mars 2008, p 74 et s., spéc. Il intitulé précisément « l'efficience économique » : « *l'efficience économique suppose des sûretés qui répondent aux attentes des créanciers pour qui elles sont faites : des sûretés qui soient simples à constituer, rapides à exécuter, et par là même peu coûteuses* ».

7 Voir toutefois le programme AED, Attractivité Economique du Droit lancée dans le cadre de la mission de recherche Droit et Justice : <http://www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm>.

<sup>8</sup> Comp. sur ce point l'intéressante tribune de A. Bernard, « *Law and Economics, une science idiote ?* », D. 2008, chron., p 2806 et s.

---

9 O. Wilde, "Cynic knows the price of everything and the value of nothing ; a sentimentalist knows the value of everything and the price of nothing".

10 *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing business de la Banque Mondiale*, Ouvrage collectif élaboré par l'Association Henri Capitant, éd. SLC, 2006, 143 p.

<sup>11</sup> Voir cependant, Mincke, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* 1998, n°40, p. 115 et s. définissant l'efficience comme suit : « *l'origine du concept d'efficience est économique et fait référence à une balance coût-bénéfice. Le critère considéré est celui de la rentabilité de l'action qui est menée. Cette conception est purement utilitariste et pose la question du gain résultant éventuellement d'un investissement* ».

<sup>12</sup> V. sur la question, l'ouvrage collectif de l'Association Henri Capitant *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing business de la Banque Mondiale*, éd. SLC, 2006, 143 p.

13 Comp. les traits de la sûreté idéale dégagés par L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, éd. Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 7 et 8.

<sup>14</sup> Art. 2288 al. 2 de l'Avant-projet présenté le 31 mars 2005 par la Commission présidée par le Professeur Grimaldi (ci-après l'Avant-projet).

<sup>15</sup> V. notre démonstration, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2005, préf. M. Grimaldi, n° 532 et n° 570 et s. A l'inverse, la constitution d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui devrait selon nous appeler quelque protection du constituant, la « caution réelle » n'étant pas alors tenue à la dette.

<sup>16</sup> Y. Picod et P. Crocq (sous la dir. de), « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », *Dr. et procédures*, 2006 ; S. Piedelièvre, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Defrénois*, 2006, p. 791 ; Ph. Simler, « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP*, 2006, I, 124 ; L. Aynès et Ph. Dupichot, « Janvier 2006 - octobre 2007 : les grandes lignes d'un nouveau paysage », *Dr. et patrimoine*, janv. 2008, p 82 et s.

<sup>17</sup> V. not. Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP éd. G* 2009, I, 132.

18 V. not. P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés », *JCP éd. E* 2005, n° 1509 ; D. Legeais, *RD bancaire et financier* sept./oct. 2005, n° 162 ; S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », *JCP éd. N* 2005, n° 1397 ; F.-X. Lucas, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », *Bull. Joly*, 2005, p. 1181 et s.

<sup>19</sup> V. notamment Ph. Roussel-Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », *LPA* 2008, n° 257, p. 3 et s. ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP E* 2009, 1049 ; A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, p. 110 et s. ; v. P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Revue des proc. coll.*, janv.-fév. 2009, p 75 et s. ; M. Farge et O. Gout, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, mars 2009, p 25 et s. ; D. Legais, *obs. RD bancaire et fin.*, janv.-fév. 2009, n° 17 et s. ; Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre », *Dr. et patrimoine*, avril 2009, p 129 et s.

<sup>20</sup> Y. Picod et P. Crocq (sous la dir. de), « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », *Dr. et procédures*, 2006 ; S. Piedelièvre, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Defrénois*, 2006, p. 791 ; Ph. Simler, « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP*, 2006, I, 124 ; L. Aynès et Ph. Dupichot, « Janvier 2006 - octobre 2007 : les grandes lignes d'un nouveau paysage », *Dr. et patrimoine*, janv. 2008, p 82 et s.

---

<sup>21</sup> Voir très nettement en ce sens le Rapport accompagnant l'Avant-projet présenté le 31 mars 2005 par la Commission présidée par le Professeur Grimaldi ; *adde*, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JO 24 mars 2006 : « *Moderniser les sûretés afin de les rendre lisibles et efficaces tant pour les acteurs économiques que pour les citoyens tout en préservant l'équilibre des intérêts en présence, tels sont les objectifs de la présente ordonnance* ».

<sup>22</sup> Afin de surmonter plus facilement des habitudes bicentennaires, il suffit d'ajouter «277» au numéro des articles anciens pour retrouver le nouvel article, la définition du cautionnement restant inchangée à l'article 2288.

<sup>23</sup> Les propositions de réforme de la Commission de réforme présidée par le Professeur Grimaldi n'ont par conséquent pu être reçues sur ce volet fondamental qui puise encore certaines de ses racines dans le Code civil de 1804.

<sup>24</sup> Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2005, préf. M. Grimaldi, n° 60 et s. sur l'institutionnalisation du droit du cautionnement.

<sup>25</sup> Formule de Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. Droit fondamental, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, n° 10.

<sup>26</sup> Le Livre des Proverbes recense d'après la tradition juive les maximes de comportement prônées par le roi Salomon. La caution imprudente n'est autre que celle qui s'est engagée à cautionner et à laquelle le roi Salomon implore de se dégager ou de ne pas toper, c'est-à-dire de ne pas s'engager suivant le rite formaliste du « toper là », en vigueur chez les anciens. Extraits pertinents : Livre des Proverbes, 6, 1-5 : « *Mon fils, si tu t'es porté garant envers ton prochain, si tu as topé dans la main en faveur d'un étranger, si tu t'es lié par les paroles de ta bouche, si tu es pris aux paroles de ta bouche, fais donc ceci, mon fils, pour te tirer d'affaire, puisque tu es tombé aux mains de ton prochain : Va prosterner-toi, importune ton prochain, n'accorde ni sommeil à tes yeux ni repos à tes paupières, dégage-toi, comme du filet la gazelle, ou comme l'oiseau de la main de l'oiseleur* » ; Livre des Proverbes, 11, 15 : « *Celui qui cautionne l'étranger se fait du tort, qui répugne à toper est en sécurité* ».

<sup>27</sup> Et ceci bien que certaines de ces protections n'aient été que supplétives à l'instar des bénéfiques de discussion, division ou, avant la Loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, de subrogation. En ce sens que le Code civil était empreint d'un fort souci de protection des cautions, V. P. Ancel, *Cautionnement et autres garanties personnelles, État du droit français*, Étude réalisée pour le compte du ministère de la justice, inédit, Juin 1996, n° 56.

<sup>28</sup> L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, précité, n° 121. Le cautionnement doit reposer sur une obligation valable, ne pas excéder l'étendue de la dette principale - sans quoi l'excès serait réduit sans annulation du cautionnement - tandis que la caution peut classiquement invoquer l'ensemble des exceptions appartenant au débiteur, à l'exception du seul vice d'incapacité.

<sup>29</sup> L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2289 indique que « *Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable* », tandis que les alinéas 1 et 3 de l'article 2290 disposent que « *Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (...)* *Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale* » ; enfin, l'article 2313 ajoute que « *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur* ». Au contraire, le principe de l'accessorieté n'est nulle part mentionné directement.

<sup>30</sup> Comp. cependant, Cass., ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602; Banque et droit juill.-août 2007, p. 48, obs. crit. F. Jacob ; RLDC 2007, 2660, obs. crit. L. Aynès ; Dr. et patrimoine, janv. 2008, p 85, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot : cette décision reconnaît une certaine autonomie au cautionnement (et donc une plus grande efficience) en affirmant que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont

---

purement personnelles au débiteur principal au rang desquelles figure la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal. Avatar d'une politique jurisprudentielle de prévention du débordement du cautionnement par d'autres sûretés non accessoires ?

<sup>31</sup> Art. 2284 C. civ. : à l'instar de tout débiteur obligé personnellement, la caution « est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

<sup>32</sup> Sur cette réforme applicable aux cautionnements conclus après le 1<sup>er</sup> juillet 1986, Y. Flour, « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *Dr. et patrimoine*, n° 92, avr. 2001, p. 80 et s. ; F. Vauvillé, « Article 1415 : les armes du débat judiciaire », *Dr. et patrimoine*, n° 67 janv. 1999, p. 64 et s. ; J.-L. Puygauthier, « Variations sur le cautionnement », *JCP éd. N* 2001, p. 1703 et s. ; F. Jacob et N. Rontchevsky, « L'application de l'article 1415 aux garanties », Mélanges AEDBF-France, III, Banque éditeur, 2001, p. 197 et s. ; Ch. Bouffelière, V. de Laval et N. Philippe, « L'article 1415 du Code civil : tentative de synthèse », *Gaz. Pal.*, 6-7 juin 2003, p. 3 et s. *Adde*, avant la réforme, J.-M. Olivier, « La caution et sa famille », *Petites affiches*, 25 avr. 1986, n° 50, p. 23 et s. ; Ch. Mouly, « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Deffrénois* 1988, art. 34163, p. 227 et s. ; Ch. Mouly, « La mention manuscrite du conjoint », *JCP éd. G* 1995, I, 3836.

<sup>33</sup> Actuels art. L. 313-7 et L. 313-8 Code de la consommation.

<sup>34</sup> Art. 2301 C. civ. *in fine*.

<sup>35</sup> En ce sens, M. Grimaldi et Ph. Dupichot, « Durée et sûretés », *RDC* 2004/1, n° spécial, p. 95 et s., spéc. n° 10.

<sup>36</sup> Et même si le cautionnement d'une personne physique était consenti par acte notarié, auquel cas la mention manuscrite ne peut être exigée, l'article L. 341-5 du Code de la consommation n'en serait pas moins applicable qui dispose que « *Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires* » : le cautionnement solidaire d'une personne physique envers un créancier professionnel, notarié ou non, se trouve nécessairement limité en montant.

<sup>37</sup> On ne peut guère citer en exemples que l'interdiction de toute renonciation au bénéfice de l'article 2314 du Code civil, l'exigence d'une remise d'une offre préalable de crédit mobilier (art. L. 311-8 C. consom), les dispositions relatives au cautionnement d'un bail d'habitation (mention manuscrite *ad validitatem imposée par la loi* n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat, dont les dispositions ont été insérées dans un article 22-1 de la loi 6 juillet 1989).

<sup>38</sup> Art. 1832 C. civ. : « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par 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>39</sup> J. Honorat, « Sociétés et cautionnement », *Deffrénois* 1982, art. 32970, p. 1569 et s., spéc. n° 25.

<sup>40</sup> Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°07-11.785, non publié au Bulletin, *Dr. et patrimoine*, oct. 2008, p. 98, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot : « *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* ».

<sup>41</sup> Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14.105, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *D. Aff.* 1997, p. 929 ; *Deffrénois* 1997, art. 36703, p. 1424, n° 158, obs. L. Aynès ; *Dr. sociétés*, oct. 1997, p. 8, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac ; *RD bancaire et bourse* 1997, p. 221, obs. M. Contamyne-Raynaud ; *JCP éd. E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *D.* 1998, p. 208, note J. Casey ; *Petites affiches*, 27 mai 1998, p. 33, note S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1998, p. 157, obs. P. Crocq : la Cour procéda alors à une réduction du montant de

---

l'aval par compensation de ce dernier avec la faute mise à la charge du créancier, l'aval subissant une réduction de 15 millions de francs pour n'être plus porté qu'à 5 millions.

<sup>42</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juil. 2003, pourvoi n° 01-14.082, *Bull. civ. I*, n° 167 ; *JCP éd. G* 2003, II, 10167, note J. Casey ; *D.* 2004, p. 204, note Y. Picod ; *RTD civ.* 2004, p. 124, obs. P. Crocq ; *JCP éd. E* 2004, I, 69, n° 4, obs. Ph. Simler ; *Gaz. Pal.* 2004, 23-25 mai 2004, p. 15, obs. S. Piedelièvre - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avr. 2004, pourvoi n° 01-10.926 ; *D.* 2004, AJ, p. 1232 - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 déc. 2007, pourvoi n° 06-19.313 ; *Bull. civ. I*, n° 393, *D.* 2008, AJ, p. 287, obs. V. Avena-Robardet ; *Dr. et patrimoine*, oct. 2008, p. 92, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot.

<sup>43</sup> Jouant au stade de la conclusion du cautionnement, le devoir de mettre en garde la caution contre un engagement excessif ne profite en principe qu'au garant profane ou non averti (Cass. com., 13 févr. 2007, (Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 *Bull. civ. IV*, n° 31, *JCP G* 2006, I, 195, n° 4, obs. Ph. Simler, relevant que « la caution n'était pas fondée à rechercher la responsabilité de cette banque qui n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de cette caution avertie »). Au terme d'une appréciation *in concreto*, la Cour retient qu'engage sa responsabilité la banque qui fait souscrire un engagement disproportionné par un garant profane, étudiant associé d'une modeste SCI (Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, *Bull. civ. I*, n° 103, *RLDC* 2006/29, n° 2144), ou encore par une concubine, non dirigeante mais coassociée à part égale du gérant (Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-15.362, *Bull. civ. IV*, n° 18, *RD bancaire et financier* 2007, n° 62, obs. D. Legeais, *RTD civ.* 2007, p. 372, obs. P. Crocq – *Adde*, Cass. com., 3 février 2009, n° **07-19.778**) ; mais elle s'y refuse lorsque la caution, quoique non gérante, est l'unique associée de la société débitrice (Cass. com., 28 nov. 2006, n° 05-13.559, *JCP G* 2007, I, 158, n° 7, obs. Ph. Simler, *RD bancaire et financier* 2007, n° 7, obs. D. Legeais). Tout récemment, la Chambre commerciale a confirmé que les dirigeants sont des cautions averties qui ne sauraient en principe se prévaloir du devoir de mise en garde du banquier, sauf à apporter la preuve difficile que la banque aurait eu sur leurs revenus, leur patrimoine ou leur facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'entreprise des informations que ces cautions averties auraient ignorées (Cass. com., 17 février 2009, n° 07-20.935 et 08-15.324).

<sup>44</sup> Cette construction prétorienne n'est pas applicable au créancier non professionnel, notamment aux époux vendeurs d'un fonds de commerce : Cass. com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-12.284 ; *Bull. civ. IV*, n° 236 ; *RTD civ.* 2008, p. 300, obs. P. Crocq ; *Banque et droit*, janv. Fév. 2008, p. 52, obs. N. Rontchevsky, *Dr. et patrimoine*, oct. 2008, p. 92, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot.

<sup>45</sup> Devoir de mise en garde qui confine en réalité au devoir d'abstention comme le remarque justement L. Aynès, in *Dr. et patrimoine*, déc. 2009, p. 98.

<sup>46</sup> Voir en ce sens, Voirin in Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2<sup>ème</sup> éd., 1948, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. 13, *Les sûretés personnelles et réelles*, par P. Voirin, n° 52 *in fine* et n° 53, p. 62 : « *Faites intervenir deux, trois, dix cautions, les chances d'insolvabilité diminuent sans doute mais ne sont jamais écartées... Pour obtenir une sécurité complète, il faut recourir aux sûretés réelles* ».

<sup>47</sup> *Comp. les judiciaires* obs. de Ph. Théry, sous Cass. com., 8 oct. 2002 ; Defrénois 2003, art. 37691, n° 22, spéc. p. 413 : « une fois qu'il [le créancier] aura tondu la caution « à blanc », la créance qu'il conservera contre elle sera presque aussi virtuelle que les centaines d'années de prison auxquelles on condamne les criminels dans certains États ».

<sup>48</sup> A quoi l'on ajoutera que le devoir voisin qui pèse en France sur le prêteur de mettre en garde l'emprunteur profane contre un endettement excessif (v. dernièrement, deux arrêts de Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, pourvois n° 06-11.673 et 05-21.104 ; *adde*, A. Le Goff, « Extension de l'obligation de mise en garde aux emprunteurs professionnels », *Dr. & patr.* 2007, n° 163, p. 42 et s.) s'explique par des considérations sociales tout en étant efficient contrairement à une idée reçue ; est-il besoin de rappeler que la crise des *subprimes* est en partie issue d'un laxisme coupable dans l'octroi de crédits excessifs à des débiteurs virtuellement insolubles ?

<sup>49</sup> V. sur la question, notre démonstration in Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, précité, n° 216 et s.



---

<sup>50</sup> Art. 2295 C. civ.

<sup>51</sup> V. sur cette consécration, N. Rontchevsky, « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », D. 2006, p. 1303 et s. ; D. Houtcieff, « Les sûretés personnelles », JCP G mai 2006, suppl. au n° 20, p. 7 et s. ; J. Stoufflet, « Reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties », Rev. sociétés 2006, p. 475 et s. ; A. Prüm, « La consécration légale des garanties autonomes », in Mélanges Ph. Simler, Litec-Dalloz, 2006, p. 409 et s.

<sup>52</sup> Rien ici sauf une libre négociation sur le montant de la commission du garant.

<sup>53</sup> Le caractère dorénavant nommé de cette garantie incite d'ailleurs les juges à faire un usage plus mesuré de leur pouvoir de requalification et limite la force d'attraction d'un cautionnement qui n'est plus l'unique sûreté personnelle du Code civil ; un arrêt du 7 juin 2006 affirme ainsi que « *la seule référence, dans le même acte, à l'engagement du garant d'effectuer, s'il en recevait l'ordre, le versement des sommes dont l'entrepreneur serait débiteur au titre de cet acompte, qui n'emportait pas pour lui l'obligation de se reporter aux modalités d'exécution du contrat de base pour évaluer sa propre obligation* » n'emporte pas requalification d'une garantie sur demande justifiée en cautionnement (Cass. com., 7 juin 2006, n° 05-11.779, RD bancaire et financier 2006, n° 134 et n° 159, obs. D. Legeais ; Dr. et patrimoine, janv. 2008, p. 87, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot).

<sup>54</sup> Comp. Ch. Mouly, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne », in Mélanges A. Breton/F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 267 et s.).

<sup>55</sup> Seul un cautionnement est alors envisageable.

<sup>56</sup> Adde, l'article 792 alinéa 2 du Code civil issu de la réforme des successions du 23 juin 2006 (L. n° 2006-728, 23 juin 2006, JO 24 juin) qui prévoit l'extinction de la garantie autonome en l'absence de déclaration de sa créance par un créancier d'une succession acceptée à concurrence de l'actif net.

<sup>57</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 04-11.037, JCP G 2007, I, 158, n° 9, obs. Ph. Simler, RTD civ. 2006, p. 592, obs. P. Crocq ; comp. obs. M. Grimaldi, D. 1995, p. 523, selon qui la solution est « *archi-naturelle* ».

<sup>58</sup> Le mécanisme retenu présente de grandes similitudes avec la stipulation pour autrui, l'émetteur promettant au créancier (stipulant) qu'il observera un comportement donné à l'égard du débiteur (bénéficiaire).

<sup>59</sup> Au contraire, une caution s'exécute envers le créancier et, sous réserve du mécanisme de l'obligation de couverture, elle n'est tenue d'aucune obligation pendant la durée du crédit.

<sup>60</sup> N. Kanayama, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », Mélanges Ch. Mouly, t. 2, Litec, 1998, p. 375 et s., spéc. p. 385 ; N. Kanayama, « Donner et garantir - un siècle après ou une autre histoire », Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 473 et s., spéc. p. 485 ; S. Calot-Foutry, *La nature juridique de l'obligation de garantie*, Mémoire de DEA sous la direction de Ch. Jamin, Université du Droit et de la Santé de Lille 2, 1998-1999 : selon cet auteur qui approuve les théories de M. Kanayama, toute obligation de garantie serait duale et comporterait une obligation de couverture et une obligation de règlement.

<sup>61</sup> V. Mazeaud, « L'obligation de couverture », thèse Paris I, 2009.

<sup>62</sup> Comp. l'art. 2287-1 C. civ. : « *Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention* », qui laisse entendre que d'autres sûretés personnelles existent qui ne seraient pas « régies par le présent titre ».

<sup>63</sup> Pour une étude de ces propositions antérieure à la réforme, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, précité, n° 349 et s. et spéc. n° 472.

<sup>64</sup> Cass. com., 13 déc. 2005, pourvoi n° 03-19217 ; Bull. civ. IV, n° 256 ; V. déjà en ce sens, Cass. com., 7 oct. 1986, pourvoi n° 84-14.453 - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 fév. 1990, pourvoi n° 88-16.726.

---

<sup>65</sup> Art. 1120 C. civ. : « (...) on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».

<sup>66</sup> Cass. com., 18 déc. 2007, pourvoi n° 05-14328, non publié au Bulletin, Banque et droit, 2008, p 43, obs. N. Rontchevsky, JCP 2008, I, 152, n°13, obs. Ph. Simler.

<sup>67</sup> Voir not. la présentation faite par L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, précité, n° 292 et s.

<sup>68</sup> Art. 2293 al. 2 C. civ.

<sup>69</sup> Art. L. 313-22 CMF.

<sup>70</sup> Cass. com. 14 déc. 1993, pourvoi n° 91-17.928, *Bull. civ. IV*, n° 467 : la caution ne saurait contractuellement en dispenser la banque.

<sup>71</sup> Cass. com., 27 novembre 2007, pourvoi n° 06-15.128 ; *Bull. civ. IV*, n° 253 - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 janvier 2009, n° 07-12.134.

<sup>72</sup> Sur la question, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, précité, n° 349 et s. et spéc. n° 150 et s.

<sup>73</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 440. Le devoir de loyauté est en effet avec le devoir de coopération une composante de la bonne foi dans l'exécution des conventions. Or, le premier impose parfois au créancier d'éviter au débiteur des dépenses inutiles.

<sup>74</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juill. 1998, n° 96-17.476, JCP G 1999, II, 10000, JCP E 1999, p. 129, note B. Fages.

<sup>75</sup> Cass. com., 20 mai 2006, n° 05-14.323, RD bancaire et financier 2006, D. Legeais, n° 130.

<sup>76</sup> S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2002.

<sup>77</sup> Ceci depuis une modification intervenue par la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984.

<sup>78</sup> Cass. ch. mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296, Dr. & patr. 2006, n° 145, p. 124, obs. Ph. Dupichot : la portée de la décision du 10 juin 2005 est toutefois obscurcie par la circonstance que le créancier avait purement et simplement donné mainlevée de son gage. *Adde*, ultérieurement, Cass. com., 17 février 2009, n° 07-20.458 : la négligence du créancier à solliciter l'attribution judiciaire du gage emporte décharge de la caution sur le fondement du bénéfice de subrogation (art. 2314), à concurrence de la valeur des droits perdus.

<sup>79</sup> Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-17283, *Bull. civ. IV*, n° 104, D. 2006, p. 1364, obs. V. Avena-Robardet ; Dr. et patrimoine, janv. 2008, p 85, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; *adde*, Ph. Delebecque, Bénéfice de subrogation et cession de créance, RLDC 2006/9, n° 2188 et L. Aynès, RLDC supplément n° 35, févr. 2007, p. 5. Comp. également, le principe nouveau suivant lequel tout prêteur de deniers « s'oblige » envers sa caution à inscrire le privilège du même nom institué par l'article 2374 du Code civil et dont il est le bénéficiaire naturel : Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 3 avr. 2007, n° 06-12.531 *Bull. civ. I*, n° 138, D. 2007, p 1572, note D. Houtcieff ; v. plus généralement sur la question, R. Marty, Cautionnement et comportement du créancier, JCP E, 2007, I, 2062. Ne s'agit-il pas là encore d'éviter le gaspillage d'une sûreté réelle immobilière de premier rang qui peut présenter un intérêt pour la caution ?

<sup>80</sup> V. J. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 439 et s.

---

<sup>81</sup> Voir sur ce point, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, précité, n° 140 et s.

<sup>82</sup> Comp. de ce point de vue les propositions faites dans l'Avant-projet : après avoir dispensé une protection raisonnée aux cautions au stade de la conclusion de leur engagement, une restauration de l'efficacité du cautionnement s'impose au moment précis où elle doit remplir sa fonction de garantie ; c'est pourquoi, ledit Avant-projet suggérerait que la caution ne puisse se prévaloir ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant résulter d'une procédure d'insolvabilité, sauf disposition contraire dans la loi organisant cette procédure.

<sup>83</sup> J. Foyer, « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », *Études P. Azard, Cujas*, 1980, p. 55 et s.

<sup>84</sup> Une différence difficilement justifiable d'ailleurs subsiste : le maintien du droit de poursuite individuelle en dépit de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif profite à la seule caution qui a payé le créancier et non littéralement au garant autonome ou aux donneurs de sûreté pour autrui (art. L. 643-11 II C. com.).

<sup>85</sup> Voir not. L. Aynès et Ph. Dupichot, *Dr. & patr.* 2006, n° 145, p. 133 ; N. Rontchevsky, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit* 2006, n° 105, p. 17 et s.

<sup>86</sup> Pour une présentation du nouveau dispositif, V. notamment P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Revue des proc. coll.*, janv.-fév. 2009, p. 75 et s. ; M. Farge et O. Gout, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, mars 2009, p. 25 et s. ; D. Legeais, obs. *RD bancaire et fin.*, janv.-fév. 2009, n° 17 et s. ; Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre », *Dr. et patrimoine*, avril 2009, p. 129 et s.

<sup>87</sup> Avant-projet, art. 2288, al. 1<sup>er</sup> précité.

<sup>88</sup> Sans doute qualifiée de « sûreté personnelle » (C. civ., art. 2287-1), l'inclusion de la lettre d'intention n'en suscite pas moins certaines réserves, celle-ci n'obligeant qu'à un certain comportement à l'égard du débiteur et non à satisfaire directement le créancier.

<sup>89</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. De sorte que violemment boutées hors du droit commun des sûretés personnelles (Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, *Dr. & patr.* 2006, n° 145, p. 128, et nos obs. : « Le cautionnement réel est mort ; vive le cautionnement réel ! »), les « cautions réelles » ressuscitent ici dans un droit des sûretés spécial aux procédures collectives. Par « garant », on entendra ici par conséquent tout donneur de sûreté personnelle ou réelle pour autrui.

<sup>90</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

<sup>91</sup> Dans le délai de 45 jours de la cessation des paiements, le dirigeant peut donc opter entre la conciliation et le redressement judiciaire, alors que la sauvegarde lui est fermée.

<sup>92</sup> Mais non de la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur consécutive à l'homologation ou à la constatation de la conciliation.

<sup>93</sup> On ajoutera que les créances non déclarées leur sont *inopposables* aux garants personnes physiques pendant l'exécution du plan (art. L. 622-26, al. 2).

<sup>94</sup><sup>94</sup> Et que la voie de la conciliation n'a pas été choisie dans les 45 jours de cette cessation des paiements.

<sup>95</sup> Notamment, aucune suspension des poursuites individuelles même contre les garants personnes physiques ne saurait alors subsister.

---

<sup>96</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 janv. 2007 et Cass. com., 13 mars 2007, D. 2008, p 576, obs. P.-M. Le Corre. Rappelons également que la non-déclaration des créances n'entraîne plus l'extinction à titre accessoire du cautionnement (V. auparavant, Cass. com., 17 juill. 1990, n° 89-13.439, Bull. civ. IV, n° 214, p. 147, D. 1990, jur., p. 494, note A. Honorat) : l'article L. 622-26 C. com. ne sanctionne plus la non déclaration de créance par leur extinction mais par leur inopposabilité.

<sup>97</sup> Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, précité, n° 530.

<sup>98</sup> D. Legeais, « Le gage de meubles corporels », JCP G 2006, suppl. au n° 20, p. 12 et s. ; L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », Dr. & patr. 2007, n° 161, p. 48 et s.

<sup>99</sup> Des textes spéciaux de plus en plus nombreux toutefois étaient intervenus pour autoriser la prise de sûretés sans dépossession ; V. *infra* § 11.

<sup>100</sup> Le terme de « gage » s'entend désormais des seules sûretés sur meubles corporels et celui de « nantissement » de celles sur meubles incorporels (Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, art. 55).

<sup>101</sup> Art. 2356 et s. C. civ.

<sup>102</sup> V. Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », Petites affiches, n° spécial, 27 mars 2008, p 27 et s., n° 11.

<sup>103</sup> Art. 2358 al. 1 C. civ.

<sup>104</sup> Antérieurement à la réforme, l'exigence *validitatem* de dépossession interdisait de donner en gage un meuble futur ou une créance future qui ne pouvaient être que l'objet d'une promesse de gage.

<sup>105</sup> J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, Théorie générale*, LGDJ, 1996 n° 334.

<sup>106</sup> C'est le cas du nantissement de créance, solennel même en matière commerciale (art. 2356 et s. C. civ.).

<sup>107</sup> Art. 2337 et 2338 C. civ. ; D. n° 2006-1804, 23 déc. 2006, pris pour l'application de l'article 2338JO 31 déc., et Arrêté du 1er févr. 2007, relatif à la nomenclature des biens gagés.

<sup>108</sup> 71,52 euros au maximum si la créance garantie excède 20.800 euros : V. « Tableau récapitulatif », « Sûretés réelles mobilières et immobilières après la réforme de 2006 », Option Finance, Hors-série, 10 nov. 2008, par T. Dubois de Gaudusson et D. Bernard ; sauf précision contraire, les coûts évoqués sont ceux présentés dans ce tableau synthétique.

<sup>109</sup> Art. 2286 4° C. civ. : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose (...) 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* », disposition d'application immédiate semble-t-il. V. A. Aynès, *L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives*, JCP 2008, Aperçu rapide, n° 300.

<sup>110</sup> Disparaît ainsi l'une des critiques majeures adressées au gage avec dépossession issu de la réforme de 2006 : l'absence de droit de rétention ; V. R. Damman, « La réforme des sûretés mobilières, une occasion manquée », D. 2006, chron., p 1298 et s., spéc. n° 10.

<sup>111</sup> Créé par la loi du 18 janv. 1951 ; art. L. 525-1 et s. C. com.

<sup>112</sup> Art. L. 522-1 et s. C. com.

<sup>113</sup> Loi 12 septembre 1940

<sup>114</sup> Art. L. 531-1 et s. C. com.

<sup>115</sup> Art. L. 342-1 et s. C. rural.

- 
- <sup>116</sup> Art. L. 521-1 et s. C. com.
- <sup>117</sup> Créé par la loi du 17 mars 1909 ; art. L. 142-1 et s. C. com.
- <sup>118</sup> Art. 22, loi n° 96-603 du 5 juil. 1996.
- <sup>119</sup> Art. L. 311-3 C. rural, modifié par la loi n° 2006-11 d'orientation agricole du 5 janv. 2006.
- <sup>120</sup> Créé par la loi du 22 février 1944 et doté d'un régime très efficace (art. 31 et s. du Code de l'industrie cinématographique).
- <sup>121</sup> Créé par la loi du 2 juillet 1996 plusieurs fois modifiée et aujourd'hui codifié aux articles L. 211-20 et s. du Code monétaire et financier (ord. n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers). L'Avant-projet avait vainement suggéré le rapatriement de cette sûreté très usitée dans le Code civil.
- <sup>122</sup> Créé par D. n° 53-968, 30 sept. 1953, JO 1<sup>er</sup> oct. mais recodifié en tant que sûreté conventionnelle aux articles 2351 et suivants du Code civil.
- <sup>123</sup> Art. 1866 à 1868 C. civ.
- <sup>124</sup> Créé par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 : art. L. 132-34 et R. 132-8 et s. du Code la propriété intellectuelle (CPI).
- <sup>125</sup> Art. R. 512-13 C.P.I
- <sup>126</sup> Art. L. 613-8 alinéa 5 et L. 613-9 al. 1 CPI.
- <sup>127</sup> Art. L. 714-1 al. 4 et L. 714-7 C.P.I.
- <sup>128</sup> Art. L. 511-13 C. com. : endossement pignoratif.
- <sup>129</sup> L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, JO 26 juill., art. 24, 1°.
- <sup>130</sup> Art. 2342 C ; civ. : « *Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes* ».
- <sup>131</sup> C. com., art. L. 527-1 et s. ; D. n° 1803-2006 du 23 déc. 2006.
- <sup>132</sup> Pacte comissoire réputé non écrit notamment à l'article L. 527-2 C. com.
- <sup>133</sup> D. Legeais, « Une symphonie inachevée », RD bancaire, mai-juin 2006, p 67 ; *adde*, D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », Mélanges Ph. Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 367.
- <sup>134</sup> R. Damman, « La réforme des sûretés mobilières, une occasion manquée », précité.
- <sup>135</sup> Entrée en vigueur le 25 mars 2006.
- <sup>136</sup> Art 2355 al. 5 C. civ. : le nantissement « *qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels* » ; V. sur la portée de ce renvoi, Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », précité, n° 28 et s.
- <sup>137</sup> Il était ainsi parfaitement admis avant la réforme que les volontés individuelles se détournent de sûretés « monovalentes », spéciales à un type d'actif donné, au profit de sûretés « polyvalentes » : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préc., n° 622.

---

<sup>138</sup> Expressément visé dans la nomenclature des catégories d'actifs gagés : Arrêté du 1er févr. 2007, catégorie 4 (matériel, mobiliers et produits à usage professionnel).

<sup>139</sup> En faveur d'une telle liberté, D. Legeais, « Le gage de meubles corporels », précité, n° 39 et 54 ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, éd. Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 503 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 751.

La question est toutefois controversée : une réponse ministérielle du garde des Sceaux du 9 octobre 2007 (Rép. min. à QE n° 1055, JOAN Q. 9 oct. 2007, p. 6172) traitant de la question voisine de l'articulation du gage automobile (art. 2351 et suivants du Code civil) avec le nouveau gage sans dépossession suggère qu'il ne serait pas possible de constituer un gage sans dépossession de droit commun dès lors que les conditions du gage automobile seront réunies. Une telle application de la règle « *specialia generalibus derogant* » méconnaîtrait curieusement une liberté que les parties possédaient autrefois et que la réforme a pourtant entendu accroître...

<sup>140</sup> Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », précité, n° 38.

<sup>141</sup> Ph. Dupichot, « La réforme du régime hypothécaire », D. 2006, p. 1291 et s.

<sup>142</sup> Rechargeable ou non, consentie en garantie de créances futures ou même présentes.

<sup>143</sup> Art. 2423, al. 1er C. civ.

<sup>144</sup> Art. 2423, al. 3 C. civ.

<sup>145</sup> G. Piette, « La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D. 2006, p 1688 et s. ; Ph. Dupichot, « L'antichrèse », JCP G 2006, suppl. au n° 20, p. 26 et s.

<sup>146</sup> Déjà reçu en jurisprudence auparavant : Cass. 3e civ., 18 déc. 2002, n° 01-12.143, Bull. civ. III, n° 261.

<sup>147</sup> Art. 2421 C. civ. Il n'y a pas de principe d'unicité de la créance garantie : hypothèque ou antichrèse peuvent garantir plusieurs créances spécialement identifiées.

<sup>148</sup> En ce cas, il n'est en effet généralement pas possible de recourir à un privilège de prêteur de deniers.

<sup>149</sup> M. Grimaldi, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », D. 2006, p. 1294 et s. ; A. Gourio, « L'hypothèque rechargeable », RD bancaire et financier sept.-oct. 2006, p. 39 et s. ; E. Frémeaux, « L'hypothèque rechargeable », Formules, JCP N 2006, 1196 ; Ph. Théry, « L'hypothèque rechargeable », Dr. & patr. 2007, n° 159, p. 42 et s.

Le mécanisme masque à peine la constitution concomitante d'une « hypothèque primaire » sur l'immeuble (apparente, non accessoire, générale et aux mains du seul constituant) et d'une "hypothèque dérivée" (sous-jacente, accessoire, spéciale et au pouvoir du créancier) : la conclusion ultérieure d'une recharge avec chaque créancier hypothécaire (initial ou bénéficiaire d'une convention notariée et publiée de rechargement) traduira simplement la constitution d'hypothèques dérivées, et bénéficiant *lege* du rang de l'hypothèque primaire... Sur cette analyse, Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », JCP éd. G 2009, I, 132.

<sup>150</sup> Art. 2422 C. civ. ; *adde*, art. L. 313-14 et s. C. consom.

<sup>151</sup> Art. 2488, 1° in fine C. civ.

<sup>152</sup> Art. 2488, 2° in fine C. civ.

---

<sup>153</sup> La notion « d'ensemble » n'est en effet pas reçue en matière de sûretés réelles immobilières : dernier avatar de la maxime *res mobilis, res vilis* ? V. toutefois, le cas de la fiducie, *infra* § 19. Mais il reste naturellement possible d'affecter plusieurs immeubles individuellement.

<sup>154</sup> Arg. art. 2419 C. civ.

<sup>155</sup> TGI Paris, 29 juin 1989, Indicateur de l'enregistrement, oct. 1989, n° 15.152 ; Instruction fiscale, 21 janv. 1998, BOI, 10 K 1 98. Au contraire, une TPF de 0,60 % de la valeur estimative doit être acquittée dans les cas où l'antichrèse n'est pas dépendante d'un prêt dont elle garantit le remboursement.

<sup>156</sup> Et non sur le montant de la créance initialement garantie. V. Rép. min. à QE n° 18602, JOAN, 14 oct. 2008, p 8828 : la TPF est perçue sur la somme rechargeable exprimée dans le bordereau, quel que soit le montant (possiblement inférieur) de la créance garantie.

<sup>157</sup> Un important volet de droit transitoire a encouragé la transformation de précédentes inscriptions en hypothèque rechargeable, presque sans bourse délier :

- la transformation en hypothèque rechargeable de la dernière hypothèque conventionnelle inscrite, et ce par voie d'avenant a été facilitée (Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, préc., art. 59 ; exonération de TPF si et seulement si le débiteur/constituant est une personne physique et si l'avenant est inscrit avant le d'autre part, à été prévue 1er janvier 2009)

- la renonciation à un privilège de prêteur de deniers au profit de la constitution d'une hypothèque conventionnelle rechargeable a également été prévue (L. n° 2007-212, 20 févr. 2007, art. 10, III ; possibilité devant être exercée avant le 20 février 2009 ; exonération de TPF si le privilège a été inscrit avant le 25 mars 2006 et la renonciation-constitution inscrite avant le 1er janvier 2009).

<sup>158</sup> 0,23 % HT si l'acte contient la sûreté seule ; 0,45 % HT s'il s'agit d'un acte de prêt contenant la sûreté immobilière. L'assiette de calcul en matière d'hypothèque est la valeur du crédit garanti et en matière d'antichrèse la valeur estimative de l'immeuble. Le salaire du conservateur au taux de 0,05 % (hypothèque) ou 0,10 % (antichrèse) doit être ajouté aux frais de notaire et, le cas échéant à la TPF.

<sup>159</sup> De source légale et attachée à la qualité de la créance de celui qui a permis financer l'acquisition d'un immeuble, le privilège de prêteur de deniers, prévu par l'article 2374 2° C. civ., reste la sûreté immobilière la plus usitée ; il est exonéré de taxe de publicité foncière ce qui rend son coût intéressant.

<sup>160</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 oct. 2008, pourvois n° 07-14.695 et 07-16.270.

<sup>161</sup> Sur l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie, V. not., parmi une bibliographie particulièrement abondante : Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préface D. Schmidt, Economica, 1981 ; Ch. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », Études R. Roblot, LGDJ, 1984, p. 529 et s. ; J. Stoufflet, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », p. 319 et s. *in Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 oct. 1983, FEDUCI, 1984 ; A. Kormann, « Propriété et procédures collectives ; vers un succédané des sûretés », *RJ com.* 1991, p. 64 et s. ; Ph. Delebecque, « La propriété en tant que sûreté dans les procédures collectives », *RJ com.* 1994, p. 385 et s. ; P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 248, 1995 ; P. Crocq, Lamy Droit des sûretés, V° « Propriétés-sûretés », n° 293-1 et s. ; G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches aux confluent du droit fiscal et du droit civil*, préface P. Catala et M. Cozian, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 313, 1999 ; G. Blanluet, « Brèves réflexions sur la propriété économique », *Dr. et patrimoine*, n° 113, mars 2003, p. 80 et s. ; P. Crocq, « Dix ans après : l'évolution des propriétés-garanties », Mélanges M. Gobert, Economica, 2004 ; M. Grimaldi, « Réflexions sur les sûretés propriétés (A propos de la réserve de propriété », Études J. Dupichot, Bruylant, 2004, p. 169 et s. ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préface M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 918 et s. ; D. Legeais, « Les nouvelles fonctions de la propriété », Travaux de l'Association Henri Capitant, *La propriété*, t. LIII, éd. SLC, 2006.

<sup>162</sup> B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », Mélanges D. Holleaux, Litec, 1990, p. 323 et s.

---

<sup>163</sup> Art. 2329 4° C. civ., à propos de la classification des sûretés sur les meubles.

<sup>164</sup> P. Crocq, « La réserve de propriété », JCP G 2006, suppl. au n° 20, p. 23 et s. ; Ph. Dupichot, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », RLDC juill.-août 2006, p. 17 et s.

<sup>165</sup> Art. 2367 al. 2 C. civ.

<sup>166</sup> Art. 2368 C. civ. Écrit établi au plus tard au jour de la livraison et pouvant régir un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties.

<sup>167</sup> Art. R. 624-15 C. com. ; cette publicité facultative présentera donc toujours le double intérêt de dispenser le créancier de l'obligation de revendiquer dans les 3 mois (en lui permettant de demander une restitution de son bien affranchie de ce bref délai, art. L. 624-10 C. com.) et de lui garantir un avertissement à personne d'avoir à déclarer sa créance (art. L. 622-24 al. 1 C. com.).

<sup>168</sup> Au moins en matière mobilière.

<sup>169</sup> Il en ira au premier chef d'un contrat d'entreprise dont il a été démontré qu'il pouvait avoir un caractère translatif : P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, préface B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, coll. Dr. priv., 2002 ; P. Puig, « Contrat d'entreprise et transfert de propriété », *Études J. Dupichot, Bruylant*, 2004, p. 393 et s.

<sup>170</sup> Cass. com., 13 mars 1985, pourvoi n° 83-17.112, *Bull. civ. IV*, n° 99.

<sup>171</sup> Cass. com., 5 oct. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 314 ; *JCP* 1994, I, 3765, n° 19, autorisant le « cumul » idéal et non réel par le vendeur de la clause de réserve de propriété et du gage automobile ; pour une confirmation implicite, V. Cass. com., 23 janvier 2001, pourvoi n° 97-21.660, *Bull. civ. IV*, n° 23 ; *D.* 2001, AJ, p. 702, obs. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2001, p. 398, obs. P. Crocq.

<sup>172</sup> Cass. com., 21 nov. 1995, pourvoi n° 93-20.531, *Bull. civ. IV*, n° 266 ; *JCP éd. E* 1996 I, 554, obs. M. Cabrillac ; *D.* 1996, p. 211, note C. Regnaut-Moutier : « l'obligation de revendiquer dans le délai de 3 mois, imposée par l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 à celui qui doit faire reconnaître son droit de propriété contre une personne soumise à une procédure de redressement judiciaire, n'est pas limitée aux meubles corporels » - Cass. com., 29 fév. 2000, pourvoi n° 97-14.575, *RJDA* 5/2000, n° 572. *Adde*, sur la licéité d'une clause de réserve de propriété sur fonds de commerce : B. Véron, « Une conséquence inattendue de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 : la réserve de propriété est-elle devenue une sûreté applicable aux ventes de fonds de commerce ? », *JCP éd. N* 1995, I, p. 1037 et s. ; D. Pardoel, *Lamy Droit des sûretés*, V° « Fonds de commerce et fonds artisanal », n° 248-7.

<sup>173</sup> Cass. com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 94-17.768.

<sup>174</sup> Versailles, 30 juin 1994, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 191, obs. B. Soinne.

<sup>175</sup> V. Th. Jacomet et F. Farmine, « La vente d'actions avec réserve de propriété », *Bull. Joly* 1996, § 347, p. 977 et s.

<sup>176</sup> C. Saint-Alary Houin, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *Mélanges P. Raynaud, Dalloz/Sirey*, 1985, p. 733 et s. ; F. Derrida, « A propos de la clause de réserve de propriété dans les ventes immobilières à crédit », *Defrénois* 1989, art. 34590, p. 1089 et s. ; P. Crocq, « La clause de réserve de propriété en matière immobilière », *Bulletin du CRIDON*, n° spécial, 1992 ; Ph. Delebecque, « La propriété en tant que sûreté dans les procédures collectives », *RJ com.* 1994, p. 385 et s., spéc. n° 20 et s.

<sup>177</sup> V. toutefois la réserve du notariat sur la clause de réserve de propriété immobilière : note de l'Institut juridique du CSN, « Les dangers de la clause de réserve de propriété en matière immobilière », *JCP N* 1986, I, 9976 ; G. Daublou, « Les prêts à l'acquisition immobilière, remarques



---

sur les hypothèques, les privilèges et quelques autres sûretés », *Deffrénois* 1994, art. 35887, p. 1057 et s. ; E. Frémeaux, « Les modes actuels d'affectation d'un immeuble en garantie », *Dr. et patrimoine*, n° 113, mars 2003, p. 76 et s.

<sup>178</sup> F. Barrière, « La fiducie », *Bull. Joly sociétés* 2007, chron., § 119 et 144 ; Ph. Dupichot, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G*, I, 121 ; C. Kuhn, « Une fiducie française », *Dr. & patr.* 2007, n° 158, p. 32 et s. ; P. Crocq, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354 et s. ; R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, art. 38631 et 38639, p 1094 et s. et 1194 et s. ; *adde*, du même auteur, avant la réforme, « Une fiducie française, inutile et incertaine.... », *Mélanges Ph. Malaurie, Deffrénois*, 2005, p 303 et s.

<sup>179</sup> Ou encore de gestion, etc. ; seules les fiducies procédant d'une intention libérale au profit du bénéficiaire sont nulles d'ordre public : art. 2013 C. civ.

<sup>180</sup> La volonté d'étendre le nouveau dispositif avait été clairement affirmée dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 19 février 2007 : V. le rapport de M. Xavier de Roux pour l'Assemblée Nationale (n° 3655), selon qui « *le Parlement est amené à se ranger à la restriction du dispositif aux seules personnes morales. Il y a fort à parier, néanmoins, que l'avenir démontre la nécessité d'un élargissement* » ; le Parlement entendait ainsi préparer les esprits en démythifiant la fiducie avant d'en étendre rapidement le domaine d'application ce qui est chose faite. Sur l'élargissement du périmètre de la fiducie par la loi du 4 août 2008, V. notamment, F. Barrière, « la fiducie : brèves observations sur sa retouche et sa refonte par la loi de modernisation de l'économie », *JCP éd. E* 2008, I, 385 ; L. Aynès et Ph. Dupichot, *Dr. et patrimoine*, oct. 2008, p 99.

<sup>181</sup> M. Grimaldi et R. Damman, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p 670 et s. ; Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre », *Dr. et patrimoine*, avril 2009, p 129 et s. ; Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP éd. G* 2009, I, 132 ; B. Mallet-Bricout, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patrimoine*, oct. 2009, p 79 et s. L'ordonnance du 30 janvier 2009 a elle-même été légèrement amendée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, précité, n° 774 et s.

<sup>182</sup> Personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés.

<sup>183</sup> Ni les biens d'un mineur (Art. 408-1 C. civ.), ni ceux d'un majeur protégé sous tutelle ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire (art. 509 5° C. civ.) ; il s'agit là de nouvelles incapacités spéciales de jouissance.

<sup>184</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> février 2009 : art. 2015 al. 2 nouveau : « *Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire* ») : un tout nouveau métier s'ouvre à eux que le notariat a préféré ne pas embrasser.

<sup>185</sup> Le contrat de fiducie-sûreté est toujours solennel, comportant certaines mentions à peine de nullité : désignation des biens transférés (ou déterminabilité des biens futurs) ; une mention classique de « *la dette garantie* » qui révèle un principe de spécialité quant à la créance garantie ainsi qu'une estimation plus inhabituelle de « *la valeur* » du meuble ou de l'immeuble transférés dans le patrimoine fiduciaire (art. 2372-2 et 2488-2) ; durée du transfert ; identité des parties ainsi que du bénéficiaire ou, à défaut, règles de désignation de celui-ci ; missions, pouvoirs et obligations de reddition de comptes du fiduciaire (art. 2018 et 2022) ; Et les solennités ne s'arrêtent pas là (art. 2019) : le contrat doit être enregistré à peine de nullité dans le délai d'un mois ainsi tous ses avenants ultérieurs ; la transmission des droits résultant du contrat de fiducie de même que la désignation ultérieure du bénéficiaire sont pareillement justiciables d'un écrit enregistré *ad validitatem* ; enfin, si le contrat de fiducie et ses avenants portent transfert de droits réels immobiliers, ils donnent lieu dans les deux mois à la formalité fusionnée d'enregistrement et de publicité foncière, et ce toujours à peine de nullité.

Quant à l'opposabilité du transfert des actifs, elle exige le respect des règles de publicité applicables isolément aux biens, droits ou sûretés transférés, réserve faite du cas des créances

---

transférées dans le cadre d'une fiducie qui bénéficient d'une opposabilité calquée sur la cession Dailly et le nouveau nantissement des créances (art. 2018-2, loi du 4 août 2008).

<sup>186</sup> Convention incidemment validée par l'art. 2018-1 C. civ., loi du 4 août 2008.

<sup>187</sup> Toutefois, « *Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge* » (art. 2372-5 et 2488-5 al. 2 *in fine*).

<sup>188</sup> En ce sens, notre analyse Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », JCP éd. G 2009, I, 132.

<sup>189</sup> Simple *security trustee* dans les droits connaissant le *trust*, l'agent des sûretés a pu être qualifié de mandataire des prêteurs ; la pratique a également pu s'orienter vers la stipulation d'une solidarité active entre prêteurs ou, en désespoir de cause, d'une « dette miroir » au profit de l'agent (ou *parallel debt*), dûment soumise à un droit étranger.

<sup>190</sup> Art. 2328-1 C. civ. créé par la loi du 19 février 2007 : le terme « constitué » a été ajouté par loi du 4 août 2008 de façon à faire correspondre la lettre du texte et son esprit.

<sup>191</sup> On se contentera de signaler que la réforme du 23 mars 2006 a permis de mieux préciser certains effets des sûretés réelles antérieurs à l'échéance de la créance garantie ou indépendants de la seule question de la réalisation. Citons pêle-mêle : l'obligation de conservation du gagiste qui incombe à celui qui a été mis ou est resté en possession (art. 2344 C. civ.) ; le sort des paiements faits par le débiteur de la créance nantie (art. 2364 al. 2 C. civ.) ; la simplification de la radiation des inscriptions hypothécaires devenue possible grâce à un simple certificat notarié attestant l'accord du créancier à la radiation (art. 2441, al. 3 C. civ.) ; la consécration de la pratique de la purge amiable des hypothèques (art. 2475 C. civ.) ou celle de modes de transmission à titre principal des hypothèques (art. 2424 C. civ.) etc. Ces précisions confortent la sécurité du crédit.

<sup>192</sup> Art. 2388, al. 2. C. civ.

<sup>193</sup> L'étymologie provient de « *parata* » qui donne l'image d'une voie préparée d'avance par le créancier pour la réalisation de son gage. Sur cette prohibition, E. Joppé, « Utilité du rétablissement de la clause de voie parée soit avec limitation de valeur soit sans limitation », *Journal des notaires et des avoués*, 1901, art 27404, p. 465 et s. et art. 27427, p. 529 et s.

<sup>194</sup> Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2006-936 réformant la saisie immobilière.

<sup>195</sup> Cass. civ., 25 mars 1903, *DP* 1904, 1, p. 273, note E. Guinée.

<sup>196</sup> Le gagiste peut lui-même faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement à la faveur d'une dation en paiement forcée semble-t-il (art. 2347).

<sup>197</sup> Étrangement limitées aux seules hypothèques conventionnelles dans un premier temps, ces nouveaux modes de réalisation ont été opportunément étendus à tous les hypothèques et privilèges immobiliers spéciaux à la faveur de la loi de ratification du 20 février 2007 (L. n° 2007-212, 20 févr. 2007, portant diverses dispositions intéressant la Banque de France, JO 21 févr. art. 10, II ; D. Lepeltier, Le renouveau de l'hypothèque, *Dr. & patr.* 2007, n° 159, p. 60 et s.).

<sup>198</sup> Après un retour de ce pacte après les invasions barbares, son interdiction redevint la règle suite à son interdiction par le pape Innocent III en 1198, interdiction passée dans l'Ancien droit dès le 16<sup>ème</sup> siècle et consacrée dans le Code civil : sur l'histoire du pacte commissaire, V. J.-PH. LEVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », Conférence prononcée à Lausanne en 1986, *Diachroniques*, éd. Loysel, 1995, p. 169 et s.

<sup>199</sup> Art. 2348 et 2459 C. civ. ; art. L. 521-3 C. com.

---

<sup>200</sup> Art. 2, 3<sup>o</sup> décret n° 2006-1804 sur la publicité du gage sans dépossession ; Art. 1, décret n° 2008-466 du 19 mai 2008 modifiant le décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955.

<sup>201</sup> *Contra*, Ph. Delebecque, « Le régime des hypothèques », JCP G 2006, suppl. au n° 20, p. 29 et s.

<sup>202</sup> Art. 2363 et 2365 C. civ.

<sup>203</sup> La solution est parfaitement cohérente avec celle énoncée au sujet du réservataire impayé : le fiduciaire acquiert - non le bien dont il est déjà propriétaire ! - mais une liberté de disposition nouvelle tandis que le réservataire « *peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer* » (article 2371 al. 1<sup>er</sup>).

<sup>204</sup> Art. L 311-32 C. consom.

<sup>205</sup> Art. 2348 al. 2 C. civ.

<sup>206</sup> Art. 2460 C. civ.

<sup>207</sup> Art. 2372 - 3 et 2488-3 C. civ.

<sup>208</sup> Art. 2347 al. 2 et 2348 al. 3 C. civ. ; art. 2460 al. 2 C. civ.

<sup>209</sup> La sûreté réelle, même fiduciaire, ne saurait jamais être une source de profit pour le créancier car il est de son essence d'être l'accessoire d'un principal, P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 248, 1995, n° 270.

<sup>210</sup> Art. 2371 al. 3 C. civ. : « *Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence* ».

<sup>211</sup> Art. 2372-4 C. civ. : « *Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé en application de l'article 2372-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.*

*Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie* » ; voir également les termes quasi identiques de l'art. 2488-4 C. civ. en matière immobilière.

<sup>212</sup> Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2<sup>ème</sup> éd., 1948, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. 13, *Les sûretés personnelles et réelles*, par P. Voirin, n° 52 *in fine* et n° 53, p. 62.

213 V. not. P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés », JCP éd. E 2005, n° 1509 ; D. Legeais, RD bancaire et financier sept./oct. 2005, n° 162 ; S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP éd. N 2005, n° 1397 ; F.-X. Lucas, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », Bull. Joly, 2005, p. 1181 et s.

<sup>214</sup> Cass. ass. plén., 13 fév. 1976, Bulletin des arrêts d'assemblée plénière, n° 3 ; D. 1976, p. 237, concl. R. Schmelk, note F. Derrida, obs. A. Honorat ; JCP 1977, II, 18518, note Ch. Gavalda. : « *à compter du jugement qui prononce le règlement judiciaire, tous les créanciers, y compris les créanciers privilégiés, doivent produire leurs créances entre les mains du syndic qui les vérifie (...) 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* » de la loi du 13 juillet 1967. *Adde*, dans la même affaire, Cass. com., 24 janv. 1973, Bull. civ. IV, n° 42.

<sup>215</sup> M. Cabrillac et Ph. Pétel, « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles », D. 1994, chron., p 243.

---

216 V. not. P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés », JCP éd. E 2005, n° 1509 ; D. Legeais, RD bancaire et financier sept./oct. 2005, n° 162 ; S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP éd. N 2005, n° 1397 ; F.-X. Lucas, « perçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », Bull. Joly, 2005, p. 1181 et s.

<sup>217</sup> Voir par ex. P. Crocq, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », D. 2006, chron. p 1306 et s.

<sup>218</sup> V. notamment Ph. Roussel-Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », LPA 2008, n° 257, p. 3 et s. ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », JCP E 2009, 1049 ; A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D. 2009, p. 110 et s. ; v. P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », Revue des proc. coll., janv.-fév. 2009, p 75 et s. ; M. Farge et O. Gout, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », RLDC, mars 2009, p 25 et s. ; D. Legais, obs. RD bancaire et fin., janv.-fév. 2009, n° 17 et s. ; Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre », Dr. et patrimoine, avril 2009, p 129 et s.

<sup>219</sup> L'Avant-projet du Groupe de travail présidé par Michel Grimaldi avait précisément proposé une formulation inverse qui fut écartée : « *Les dispositions du présent Livre restent applicables au cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sauf dans la mesure où la loi organisant cette procédure y déroge expressément* » (art. 2290 de l'Avant-projet).

<sup>220</sup> En effet, "*Le jugement ouvrant la procédure [de sauvegarde] fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire*" (L. 622-7 al. 1 in fine C. com.) ; disposition applicable en matière de redressement et même de liquidation par renvoi des articles L. 631-14 C. com. (redressement) et L. 641-3 C. com. (liquidation : renvoi à L. 622-7 al. 1er) : solution sévère puisque l'attribution judiciaire est possible en cas de liquidation.

<sup>221</sup> V. notamment J.-L. Vallens, « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives », RLDA juill. 2006, p. 75 et s. ; comp. P. Crocq, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », préc., p. 1306.

<sup>222</sup> Comp. les art. 2287 précité et 2427 al. 3 C. civ. "*En cas de saisie immobilière ou de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas de procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, l'inscription des privilèges et hypothèques produit les effets réglés par les dispositions du Code de procédure civile et par celles des titres II, III ou IV du livre sixième du Code de commerce*" ; or, si l'attribution judiciaire des meubles est prévue, celle des immeubles ne l'est pas expressément...

<sup>223</sup> Cass. ass. plén., 26 oct. 1984, n° 83-10.055, D. 1985, p. 33, note F. Derrida.

<sup>224</sup> Art. L. 642-25 al. 3 C. com.

<sup>225</sup> Neveu, « L'attribution judiciaire du gage : une arme absolue ? », *Banque*, 1985, p. 1030.

<sup>226</sup> Art. L. 624-9 et s. C. com.

<sup>227</sup> V. surtout, Cass. com., 28 sept. 2004, Bull. civ. IV, n° 172 ; Defrénois 2005, art. 38133, 1, obs. S. Piedelièvre : « *l'existence du privilège de vendeur d'immeuble n'exclut pas le droit pour le vendeur d'invoquer la clause de réserve de propriété stipulée dans l'acte de vente, même si ce privilège a été publié ; qu'ayant relevé, par motifs adoptés, qu'en inscrivant dans la convention du 13 mars 1995, que le transfert de propriété devrait faire l'objet d'un nouvel acte et résulterait du paiement intégral du prix, les parties avaient clairement manifesté leur volonté de retarder le transfert, à la société, de la propriété de l'immeuble, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* » ; adde, Cass. com., 9 janv. 1996, D. 1996, p. 184, note F. Derrida ; RTD civ. 1996, p. 436, n° 4, obs. P. Crocq.

---

<sup>228</sup> Le droit de rétention constitue une simple garantie et non une sûreté réelle *stricto sensu* comme le montre la place du texte dans le Livre IV qui fait suite aux dispositions relatives au créancier chirographaire.

<sup>229</sup> Le rétenteur ne peut se voir imposer une substitution de garantie ; en cas de cession portant sur des biens retenus, il ne peut être contraint de se dessaisir que moyennant règlement car ce n'est pas un privilège ou un nantissement au sens de l'art. L.642-12 C. com. ; il n'a pas à se contenter d'une quote-part du prix de cession (Cass. com. 20 mai 1997) ; en cas de liquidation et à défaut de retrait de la chose retenue qui ne peut intervenir que moyennant paiement (art. L. 642-25 al. 1 C. com.), le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix de vente (art. L. 642-25 al. 4 C. com.), même si une discussion s'est ouverte sur ce point en matière immobilière. Hors concours, le rétenteur ne s'incline ni devant le superprivilège des salaires, ni devant les privilèges des créanciers postérieurs (L. 622-17 C. com.), des créanciers conciliants ou de *new money* (L. 611-11 C. com.) ou encore des frais de justice.

<sup>230</sup> Art. 2391 C. civ. V. cep, Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 209, décidant de façon critiquable que l'art. L. 642-25 précité serait inapplicable aux immeubles ; mais il n'était nullement ici question d'antichrèse ou de gage immobilier.

<sup>231</sup> F-X. Lucas et M. Sénéchal, « Fiducie vs Sauvegarde - Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », D. 2008, p. 29.

<sup>232</sup> La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a en effet habilité le gouvernement à « *accroître l'efficacité des sûretés, notamment de la fiducie et du gage sans dépossession, en liquidation judiciaire et adapter les effets de ces sûretés aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire* » (Art. 74 I 9°).

<sup>233</sup> Ph. Roussel-Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », LPA 2008, n° 257, p. 3 et s. ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », JCP E 2009, 1049 ; A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D. 2009, p. 110 et s. ; P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Revue des proc. coll.*, janv.-fév. 2009, p 75 et s.

<sup>234</sup> Art. 2286 4° C. civ., modif. loi 4 août 2008 : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : (...) 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* ». Sur cette consécration d'un droit de rétention dématérialisé au profit du gagiste sans dépossession et qui répond aux critiques de certains auteurs quant à l'efficacité insuffisante du gage sans dépossession (V. R. Damman, « La réforme des sûretés mobilières, une occasion manquée », D. 2006, chron., p 1298 et s., spéc. n° 10), V. not. L. Aynès et Ph. Dupichot, *Dr. & patr.* 2008, n° 174, p. 99 ; S. Piedelièvre, "Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil", D. 2008, p. 2950.

<sup>235</sup> P.-M. Le Corre, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives », JCP E 2009, 1204, spécialement n° 17, selon qui cette inopposabilité à la procédure collective comme au débiteur traduirait une renaissance implicite d'une masse personnifiée des créanciers - A. Aynès, "Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective", JCP éd. G 2009, I, 119.

<sup>236</sup> Un nouvel article L. 622-23-1 du Code de commerce dispose ainsi que : « *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* ». L'art. L. 622-23-1 du code de commerce édicte cette paralysie de la fiducie-sûreté justifiée par l'identification d'une convention conservant l'usage ou la jouissance au débiteur, soit d'une fiducie-sûreté sans dépossession. Il reviendra en ce cas à l'administrateur d'imposer la continuation d'un contrat en cours de mise à disposition des actifs fiduciaires réputé nécessaire à la continuation de l'entreprise (C. com., art. L. 622-13-VI). Mais la situation du créancier n'est pas pour autant désespérée qui pourra utilement revendiquer « *à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens*

---

*meubles (...) transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant » (C. com., art. L. 624-16) ; surtout, il reste à l'abri de la loi de la majorité propre aux comités de créanciers dont il est avantageusement exclu (C. com., art. L. 626-30 in fine).*