UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR

Faculté de Droit, Économie et Gestion
Ecole Doctorale SSH 481

La liberté contractuelle dans le droit des sûretés

Thèse présentée et soutenue publiquement

pour l'obtention du grade de docteur en droit

le 18 octobre 2024 par

Ismaeil Séga TOURÉ

Sous la direction de

Monsieur Arnaud LECOURT, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Monsieur Pierre-Yves ARDOY, Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

MEMBRES DU JURY

Monsieur Christophe ALBIGES, Professeur à l'Université de Montpellier, *rapporteur*

Madame Cécile LE GALLOU, Professeur à l'Université Toulouse Capitole, *rapporteur*

Madame Solènne HORTALA, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Monsieur Arnaud LECOURT, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, *co-directeur de thèse*

Monsieur Pierre-Yves ARDOY, Maitre de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, *co-directeur de thèse*

Avertissement

L'Université n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes chers parents.

À ma fille, Lilia, à peine plus âgée que cette thèse

et qui a enfin compris ce que je faisais ces dernières années.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont naturellement à mes directeurs de thèse :
Monsieur Pierre-Yves ARDOY, pour la confiance qu'il m'a témoignée en acceptant de diriger mes recherches, pour ses précieux conseils et, par-dessus tout, pour le soutien que j'ai toujours lu dans ses yeux dans les moments les plus difficiles. Sans ce soutien, je n'aurais pas eu la force d'aller au bout de ce travail ;
Monsieur le Professeur Arnaud LECOURT, pour sa disponibilité, sa bienveillance et ses conseils avisés, tout particulièrement dans la dernière ligne droite.

Il me tient à cœur de remercier ma famille :
Mon père et ma mère, pour leur affection et pour toutes les innombrables bénédictions qu'ils m'ont apportées ;
Ma sœur et mon frère, pour leur soutien constant ;
Madame SAKHO Jacqueline Estelle pour son soutien, ses encouragements et ses paroles toujours rassurantes.

Mes remerciements vont également à mes fidèles amis :
Lewis, Agaly, Bekaye et Sally pour leur soutien indéfectible.
Qu'ils trouvent ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act. jur.	Actualité jurisprudentielle
Act. proc. Coll.	Lettre d'actualité des procédures collectives
Adde	Ajouter
AJ	Contrat Actualité juridique contrat
al.	Alinéa
anc.	Ancien
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. plén.	Arrêt de la Cour de cassation, assemblée plénière
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. A.P.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)
Bull. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre mixte)
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
Bull. Joly Entreprises en difficulté	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
c. civ.	Code civil
c. com.	Code de commerce
c. consom.	Code de la consommation
CGI	Code général des impôts
CMF	Code monétaire et financier
c. pén.	Code pénal
C. rural	Code rural et de la pêche maritime
CA	Cour d'appel
Ch. Mixte	Arrêt de la Cour de cassation, chambre mixte
chron.	Chronique
Cass. 1re Civ.	Arrêt de la Cour de cassation, première chambre civile

Cass. 2e Civ.	Arrêt de la Cour de cassation, deuxième chambre civile
3e Civ.	Arrêt de la Cour de cassation, troisième chambre civile
cf.	*Confer*
Chron.	Chronique
coll.	Collection
Com.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale
comm.	Commentaires
comp.	Comparer
Contra	En sens contraire
Cons. Constit.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
CPI	Code de la propriété intellectuelle
Crim.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
D. Aff.	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
dir.	Sous la direction de
DMF	Droit maritime français
DP	Dalloz périodique
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et proc.	Droit et procédure
Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	Edition
etc.	Et cætera
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibidem.	Au même endroit
in	Dans
infra	Ci-dessous
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JCP E	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition générale

JCP N	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition notariale
JO	Journal officiel
jur.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit.	Loco citato, à l'endroit cité
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
n	Note de bas de page
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	Observations
OHADA	Oraganisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
op. cit.	*Opere citato*, dans l'ouvrage cité
p.	Page
par ex.	Par exemple
préc.	Précité(e)
PUF	Presses universitaires de France
rappr.	Rapprocher
RCA	Responsabilité civile et assurances
RD Bancaire et Bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse
RD Bancaire et financier	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
rééd.	Réédition
Rép. Civ. D.	Répertoire de droit civil Dalloz
Req.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre des requêtes)
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. Dr. Affaires	Revue de droit des affaires
RPC	Revue des procédures collectives
Rev. soc.	Revue des sociétés
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de recherche juridique, droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S. Recueil	Sirey

s.	Suivants
Soc.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale
somm.	Sommaires, sommaires commentés
spéc.	Spécialement
supra	Ci-dessus
t.	Tome
th.	Thèse
V.	Voir
V°	Verbo, mot
vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE 15

PREMIÈRE PARTIE
LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA NAISSANCE DES SÛRETÉS

Titre 1. La liberté contractuelle dans la création des sûretés 47

Chapitre 1. L'influence émancipatrice du droit des contrats dans la création des sûretés personnelles 49

Chapitre 2. L'influence potentiellement conservatrice du droit des biens dans la création des sûretés réelles 103

Titre 2. **La liberté contractuelle dans la formation des sûretés** 157

Chapitre 1. La liberté contractuelle dans le choix des sûretés 159

Chapitre 2. La liberté contractuelle dans la constitution des sûretés 239

SECONDE PARTIE
LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LE FONCTIONNEMENT DES SÛRETÉS

Titre 1. **L'aménagement de la vie des sûretés : La conservation** 331

Chapitre 1. La détermination du périmètre de la conservation 333

Chapitre 2. L'identification des moyens de conservation 395

Titre 2. **L'aménagement de la fin des sûretés : Le dénouement** 463

Chapitre 1. L'extinction des sûretés 465

Chapitre 2. La mise en œuvre des sûretés 551

CONCLUSION GÉNÉRALE 695

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Que ceux qui ont de l'argent le gardent,
et que ceux qui n'en ont pas apprennent à s'en passer. »
M. ALHOY[1]

1. « *Un labyrinthe juridique* ». Étudier le droit des sûretés, c'est s'aventurer dans un labyrinthe juridique où les sentiers du droit des contrats, les allées du droit des biens, les embranchements du droit des procédures collectives et les couloirs du droit du crédit se croisent et s'entremêlent. Les issues de ce labyrinthe sont déterminées par le législateur, qui énonce les règles du jeu. Toutefois, les parties, telles des joueurs intrépides, décident parfois de créer leurs propres voies, d'accommoder les orientations du législateur. Tel un jardin aux multiples variétés, le droit des sûretés est une matière foisonnante qui offre un terrain fertile à la créativité contractuelle. Comme des explorateurs dans ce labyrinthe complexe, les acteurs juridiques se retrouvent à jongler avec les règles édictées par le législateur et les possibilités laissées en suspens, cherchant la sortie qui mène à la sécurité optimale du crédit tant recherchée. C'est dans ce contexte que se pose la question de la place de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés.

2. La sécurité du crédit, les créanciers la tiennent principalement des mécanismes de sûretés et de garanties dont la fonction est de rendre sûr le rapport d'obligation[2]. Donner crédit implique, en effet, un risque pour le créancier, celui de ne pas être remboursé. Pour que le créancier accepte de prendre ce risque, il faut que le débiteur,

[1] M. ALHOY, *Physiologie du créancier et du débiteur,* Vignettes de JANET-LANGE, éd. Aubert et Cie, 1842, p. 116.
[2] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13e éd., 2019, n° 1.

ou du moins que l'opération, lui inspire confiance[3]. Or, étant donné que la simple promesse de remboursement du débiteur ne suffit plus[4], seules les sûretés et les garanties permettent de susciter cette confiance. C'est pourquoi les créanciers redoublent d'imagination dans la pratique pour assouvir ce besoin de sécurité lorsque le cadre juridique en place leur apparaît insatisfaisant. Il est vrai que l'âme aspire naturellement vers un idéal du mieux, et comme le soulignait déjà M. BIGOT DE PRÉMAMENEU en 1804 à l'occasion des travaux préparatoires du Code civil, « *[…] un créancier emploie tous les moyens qui sont en son pouvoir pour ne courir aucun risque : son intérêt le lui commande, et il fait la loi* »[5]. Cette loi d'origine volitive et individuelle dans le rapport contractuel, les parties la détiennent de l'une des libertés les plus anciennes du système juridique français[6] : la liberté contractuelle. Ainsi, la créativité de la pratique accompagnée dans son mouvement par le législateur et la jurisprudence, ne fait que confirmer cette affirmation.

Cependant, cette présentation simplifiée s'évapore instantanément lorsque l'on étudie en profondeur la matière qui régit ces mécanismes : le droit des sûretés. Faisant intervenir de nombreuses disciplines du droit, le droit des sûretés ne confère pas aux créanciers et à leurs cocontractants une totale liberté sur ses mécanismes, qu'il s'agisse de leur entrée en naissance ou des règles relatives à leur fonctionnement. En effet, là où la liberté existe, l'encadrement par l'ordre public n'est jamais très loin. L'ordre public, cet instrument classique de régulation de l'activité contractuelle transcende toutes les matières du droit, et le droit des sûretés n'y échappe pas. Mais de quel ordre public s'agit-il ? Il existe de nombreuses acceptations de l'ordre public, sans qu'aucune d'entre elles ne fassent l'unanimité. Néanmoins, dans le cadre de la présente étude, il conviendra d'opter pour la conception large de la notion au détriment de la conception

---

[3] « *Sans sûretés, pas de crédit !* », M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés,* SIREY, 3è éd. 2012, n°3. (Cette formule n'a cependant pas été conservée dans les éditions suivantes de l'ouvrage.)

[4] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* Bibl. dr. privé, t. 208, LGDJ, 1989, Préf. G. COUTURIER, n°3, p. 3 ; V. également, R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique,* Dalloz, 4ème éd., 1979, n° 145, p. 190 : « *Si la créance n'est payable qu'à long terme, les incertitudes de l'avenir poussent, d'ordinaire, le créancier, et, en particulier, le banquier, à ne faire crédit que contre des sûretés.* »

[5] M. BIGOT-DE-PRÉMAMENEU, *Exposé des motifs du titre XVIII du Livre III, in* P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil,* t. 15, Paris, 1827, p. 257.

[6] V. P.-Y. GAHDOUN, « *LIBERTÉS. – Liberté contractuelle* », JCl. Civil, 19 déc. 2019, fasc. 20.

plus restrictive[7]. PLANIOL donne une définition assez complète de cette conception large. Selon l'auteur, « *une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est imposée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi*[8] ». En effet, l'ordre public ne doit pas s'entendre uniquement comme un instrument de censure, de limitation de la liberté. C'est également un instrument qui permet d'orienter la volonté afin d'obtenir une meilleure harmonie sociale[9]. Il doit être entendu comme un instrument qui, certes, limite la liberté contractuelle, mais qui est également susceptible de se manifester en faveur des libertés pour assurer leur exercice effectif[10]. Cette approche de l'ordre public, qui conduit à l'extension de son champ d'intervention, permet d'envisager l'étude de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés au-delà de la simple opposition entre les deux notions. Son adoption ouvrira ainsi la voie à une analyse de la liberté contractuelle dans le cadre même de l'ordre public.

3. La quête de liberté dans la sécurisation du crédit se heurte ainsi à la présence inévitable de l'ordre public. Les enjeux pour les parties, les tiers et le crédit sont si importants qu'ils ne peuvent être totalement abandonnés aux libres volontés. En effet, l'intérêt général est très présent dans le droit du crédit pour deux raisons. D'une part, le droit des sûretés rompt le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires[11], ce qui conduit à protéger les intérêts des tiers contre toute nuisance au-delà de ce que les mécanismes de sûretés accordent à leurs titulaires. D'autre part, les sûretés évoluent dans un environnement économique qui dépasse leurs propres acteurs. Filles du crédit[12], elles interviennent non seulement pour faciliter la concrétisation des

---

[7] Selon la conception restrictive de l'ordre public, il s'agit *« d'une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions »*, G. CORNU, *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant, PUF,* coll. Quadrige, 12ème éd., 2018, V° ORDRE PUBLIC (Prémière définition).

[8] Cité par A. LE POMMELEC, *« La signification de l'ordre public en droit des obligations », in* Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *« L'ordre public économique » in L'ordre public,* Actes du colloque des 16 et 17 déc. 2011, Centre Michel de l'Hôpital de l'Université d'Auvergne, ed. Cujus 2012, p. 73 et s.

[9] V. M.-C. VINCENT-LEGOUX, *« L'ordre public, étude de droit comparé interne », PUF,* 2001, p. 17 .

[10] N. BORGAS, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés, th.* 2009, Préf. S. PORCHY-SIMON, Dalloz, n° 5.

[11] Art. 2093 C. civ. : *« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »*

[12] D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit,* LGDJ, 15è éd., 2022, n° 1 : *« Le droit des garanties forme avec le droit bancaire et le droit des procédures collectives le droit du crédit ».*

accords financiers, mais surtout pour les sécuriser. Étant donné que le recours au crédit occupe une place prépondérante dans le cadre économique contemporain[13], le droit des sûretés fonde le pilier de nombreuses transactions financières. Cette dépendance fondamentale à l'endettement fait des sûretés des mécanismes incontournables et essentiels dans l'octroi du crédit. Si donc la liberté contractuelle est dans le droit des sûretés, l'ordre public l'est aussi. Il reste à déterminer quel est réellement l'espace de liberté dont disposent les parties dans l'organisation de la sécurité du crédit.

4. Questions et enjeux de l'étude de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés. L'évocation de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés emporte différentes implications qui reflètent les nombreuses mutations que la discipline a connues[14]. Principalement marquée par la multiplication du nombre de sûretés[15], cette mutation, commune aux sûretés personnelles et réelles[16], a réellement pris de l'ampleur avec l'avènement du Code civil. Les sûretés-modèles[17] traditionnellement utilisées par la pratique à savoir, le cautionnement, l'hypothèque et le gage ont progressivement perdu leur monopole en raison de leur impuissance à répondre efficacement aux besoins de la pratique. Dans les années 1980, la matière a vu naître, sous l'impulsion de la pratique, de nouvelles sûretés, dites « sûretés de substitution », comme remède à la crise des sûretés modèles. Ainsi, le cautionnement s'est vu concurrencé par la garantie autonome et la lettre d'intention tandis que l'hypothèque

---

[13] R. LE BALLE, *Cours de droit civil,* Licence 2ème année, 1957-1958, Les cours de droit, 1958, p. 417 : « *Si nous nous référons aux travaux de la science économique, l'économie est passée par trois phases successives et en quelques sorte trois époques. L'époque de l'économie de troc, que nous avons vu parfois ressusciter pendant la guerre ; l'époque de l'économie monétaire, et enfin l'époque de l'économie de crédit à laquelle nous sommes présentement parvenus. Cette dernière correpond à une idée très simple qui est celle-ci : on échange une prestation immédiate, la fourniture livrée, contre une prestation différée : le paiement qui ne sera opéré qu'à terme.* »

[14] V. A.-S. BARTHEZ, Y.-M. SÉRINET, « *Les modèles dans les garanties de paiement* », *in Code civil et modèle,* sous la dir. Th. REVET, LGDJ, coll. Bibl. de l'institut A. TUNC, t. 6, 2005, p. 383 et s., n° 1 : « *[…] en ébullition au cours du XXe siècle sous l'influence de multiples facteurs juridiques, économiques, sociologiques et politiques, perméable aux influences extérieures et disciplines environnantes, il* [le droit des sûretés] *a profondément changé* ».

[15] Y. CHARTIER, « *Rapport de synthèse* », *in L'évolution du droit des sûretés, RJ com.* 1982, n° spécial, p. 150 et s., n° 4-5 : « *ce qui est sans doute le plus marquant, dans l'évolution du droit des sûretés, c'est sa diversification* » ; Y. V. M. CABRILLAC, « *Les sûretés réelles entre vins nouveuax et vielles outres* », *Mélanges P. CATALA,* Litec, 2001, p. 709 et s. n° 14 ; L. AYNÈS, « *Problèmes actuels des sûretés personnelles. Rapport français* », *in Les garanties de fonancement,* Trav. Ass. H. CAPITANT, t. 47, LGDJ, 1998, p. 375 et s., n° 375 et s., n° 5.

[16] En effet, si la mutation des sûretés n'a d'abord concerné que les sûretés mobilières, elle s'est aujourd'hui élargie à l'ensemble de la matière.

[17] V. D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n° 6, Dans la catégorie des sûretés-modèles conventionnelles, l'auteur cite : le cautionnement, l'hypothèque et gage.

et le gage, reposant sur la technique de la préférence, l'ont été par des sûretés réelles d'un nouveau genre, les sûretés-propriétés, reposant, quant à elles, sur la technique de l'exclusivité. L'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés[18], bien qu'ayant procédé à un « nettoyage » en supprimant certains mécanismes devenus obsolètes, l'offre de sûretés reste encore très riche. La catégorie des sûretés-propriétés se voit même être élargie par deux nouvelles figures : la cession de créance à titre de garantie[19] et la cession de somme d'argent à titre de garantie[20]. La liberté contractuelle ayant été le premier facteur permettant de concevoir de nouvelles sûretés, personnelles comme réelles, l'augmentation sans précédent du nombre de sûretés soulève naturellement des interrogations sur la liberté des parties : au stade de la formation, les parties sont-elles libres de créer de nouvelles sûretés ? La *summa divisio* des sûretés personnelles et réelles est-elle susceptible de jouer un rôle dans ce pouvoir créateur ? Partant, peuvent-elles également déterminer le régime de ces sûretés nouvellement créées ? De même, l'apparition de nouvelles sûretés de substitution aux sûretés-modèles implique-t-elle une liberté de choix pour les parties alors même qu'en matière de sûretés personnelles, pour ne citer que cet exemple, le législateur interdit la constitution d'une garantie autonome pour garantir un crédit à la consommation ou un crédit immobilier ? En outre, les parties sont-elles libres de cumuler les sûretés ? Quels rôles joue alors l'ordre public dans le choix des parties ? Le développement récent de la protection de la caution personne physique par le législateur à travers le devoir de proportionnalité n'est-il pas un obstacle à cette liberté de choix des parties ? La crise des sûretés-modèles se traduit également par la *« tragi-comédie judiciaire »*[21] de la mention manuscrite de l'ancien article 1326 du Code civil, à propos du cautionnement. Constituant un apport majeur de la réforme de 2021,

---

[18] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, Voir : *JCP E* 2021, 1439, étude Ph. DUPICHOT ; Cl. SÉJEAN-CHAZAL, *« L' ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés » : JCP N* 2021, act. 885 ; *JCP E* 2021, 1474 , D. LEGEAIS ; D. LEGEAIS, M. GRAFF-DAUDRET, O. MATUCHANSKY et A. GOUËZEL, *« Actualité du droit des sûretés personnelles », RD bancaire et fin.* 2021, étude 13 ; C. HÉLAINE, Cl.-A. MICHEL, L. BOUGEROL et J.-D. PELLIER, *« Réforme des sûretés , Saison 2, Episodes » Dalloz actualité,* sept. 2021 ; Ph. DUPICHOT, *« Actualité : 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité », JCl. Concu*, Fasc. 17.

[19] Art. 2373 et s. C. civ.

[20] Art. 2374 et s. C. civ.

[21] R. LIBCHABER, *« La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », RJDA* 2006, p. 787 et s., n° 1.

le nouvel article 2297 du Code civil fait désormais du cautionnement un contrat solennel avec l'exigence d'une mention manuscrite sous peine de nullité. Quels enseignement faut-il tirer de ce passage du cautionnement d'un contrat traditionnellement consensuel atténué d'un formalisme seulement *ad probationem* et parfaitement conforme à la liberté contractuelle, à un contrat solennel soumis à des mentions manuscrites requises *ad validitatem* ? *Quid* du formalisme dans les autres autres sûretés, personnelles et réelles ? Toujours au stade de la formation, quel sort le législateur et la jurisprudence réservent-ils au pouvoir de constitution des sûretés dans les sociétés ? Pour le dire autrement, dans quelles conditions l'organe social investi du pouvoir de représenter la société dans ses rapports avec les tiers peut-il constituer une sûreté ? Ces questionnements ne sont cependant pas limités aux interrogations entourant la création et la naissance des sûretés.

5. La liberté contractuelle interroge également le fonctionnement des sûretés. La phase de vie des sûretés, c'est-à-dire la période qui se situe entre leur constitution et leur dénouement, est quasiment ignorée par le législateur, ouvrant ainsi la voie à de nombreuses possibilités pour les parties. Quant au dénouement de l'opération, cette phase est principalement marquée par la « *décadence organisée* »[22] des sûretés réelles traditionnelles en raison de leur inefficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective. Afin de pallier ce manque d'efficacité, la pratique a fait renaître les sûretés-propriétés comme remède à la crise des sûretés-modèles[23], leur permettant ainsi d'échapper à la discipline collective. Face à ce phénomène, quel est donc l'appréhension du droit ? Les Ordonnances jumelles du 15 septembre 2021, l'une relative aux sûretés, l'autre relative aux entreprises en difficulté[24], ont-elles pu établir un équilibre et une cohérence entre les objectifs contradictoires du droit des sûretés réelles et du droit des procédures collectives[25] ?

---

[22] B. OPPETIT, « *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain* », *Mélanges HOLLEAUX,* Litec 1990, p. 321.

[23] P. CROCQ, *Propriété et garanties,* LGDJ, 1995, Bibl. dr. privé, T. 248, préf. M. GOBERT, n° 352 et s.

[24] Ord. n° 2021-1193 du 15 sept. 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce.

[25] Bien que les deux matières soient complémentaires, elles ont des objectifs contradictoires. Les sûretés réelles confèrent, en principe, (hors procédures collectives) une protection individuelle à ses bénéficiaires en cas d'insolvabilité du débiteur. Mais les procédures collectives offrent, en principe, une protection collective et équitable à tous les créanciers pendant cette période dérogatoire du droit commun qu'est le traitement collectif et organisé de la défaillance du débiteur. Les mécanismes de

L'étude de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés soulève ainsi de multiples questionnements.

6. L'analyse détaillée des différents aspects de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés conduit, au préalable, à se pencher sur chacune des notions essentielles, souvent à contenu variable, afin d'aboutir à une contextualisation claire de l'objet de l'étude (**I**). Par la suite, il conviendra d'explorer l'évolution de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés à travers différentes périodes historiques et contextes géographiques (**II**). Ces prolégomènes à l'étude nous permettront d'aller à la recherche de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés (**III**) et de formuler le guide méthodologique (**IV**) nécessaire à notre démarche de recherche.

I. FONDEMENTS CONCEPTUELS

7. L'entame de cette étude présage les nombreuses difficultés que nous devrons affronter lors de l'analyse de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés. En effet, tandis que la notion de sûreté demeure au cœur des débats en raison de sa proximité avec la notion de garantie, remettant ainsi en question l'opportunité de la distinction entre les deux (**A**), celle de liberté contractuelle bénéficie au contraire d'un statut clair et incontesté dans le système juridique français (**B**).

A. L'OPPORTUNITÉ DE LA DISTINCTION ENTRE SÛRETÉ ET GARANTIE

8. L'évocation de la définition des notions de sûreté et de garantie est un sujet embarrassant. À ce jour, aucune de ces notions n'a fait l'objet d'une définition légale dans le droit positif. De manière plus particulière, la notion de sûreté personnelle n'est pas non plus définie[26] ; et il en allait de même s'agissant de la notion de sûreté réelle jusqu'à la réforme du 15 septembre 2021[27]. Comment faut-il interpréter cette absence

sûretés-propriétés conférant l'exclusivité viennent ainsi bouleverser cet objectif de traitement collectif et équitable des dettes du débiteur.

[26] Pour plus de details sur le sujet V. *infra* n° 561 et s.

[27] V. *infra* n° 13.

de définitions sachant qu'un livre entier du Code civil est consacré à ces mécanismes[28] ? Cette absence est-elle voulue par le législateur ? Traduit-elle l'obsolescence de la distinction entre les notions de sûretés et de garanties au regard de l'évolution de la matière et l'intégration récente de nombreux mécanismes de garantie dans la catégorie des sûretés ? Il semble périlleux d'expliquer avec certitude les raisons de ce silence du législateur. Néanmoins, les lignes qui suivent nous permettront de démêler les différentes conceptions des notions de sûreté et de garantie afin de retenir celle qui paraît la plus pertinente dans le cadre de la présente étude.

9. Les deux approches de la notion de sûreté : Approche conceptuelle *vs* approche fonctionnelle. Face au silence du législateur et aux approximations de la jurisprudence[29], c'est naturellement la doctrine qui a endossé la charge de proposer une définition de la notion de sûreté. Mais au sein même de la doctrine il n'y a pas unanimité sur l'acceptation qu'il faut retenir de la notion de sûreté. En effet, deux conceptions s'opposent : l'approche conceptuelle et l'approche fonctionnelle.

10. L'approche conceptuelle de la notion de sûreté. La première définition conceptuelle de la notion de sûreté a été proposée par P. CROCQ. Selon l'auteur, « *une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement* »[30]. Cette définition se distingue par sa technicité et le caractère précis des critères qui déterminent la notion. Parmi ces critères, on peut en recenser trois qui permettraient d'identifier une sûreté selon l'auteur. D'abord, une sûreté s'identifierait par sa finalité, à savoir la garantie d'un paiement. La constitution d'une sûreté doit

---

[28] Avant 2006, les sûretés étaient rattachées aux livres II « *des biens et des différentes modifications de la propriété* » et III « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* ». L'Ordonnance de réforme du 23 mars 2006 a, en effet, consacré l'autonomie du droit des sûretés en dédiant le livre IV « *Des sûretés* ».

[29] La jurisprudence considère par exemple que la propriété réservée est une sûreté : Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811 : *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. P. CROCQ ; Dans le même sens, Cass. com., 23 janv. 2001, n° 97-21.660, *Bull. civ.* 2001, IV, n° 23 : *JCP G* 2001, I, 321, n° 13, obs. M. CABRILLAC. Cependant, elle considère que le droit de rétention n'en est pas une : Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 141, p. 126 : *D. aff.* 1997, p. 763 ; V. également, Cass. com., 9 juin 1998, n° 96-12.719, *Bull. civ.* 1998, IV, n° 181, p. 150 : *JCP G* 1999, I, 116, n° 12, obs. Ph. DELEBECQUE.

[30] P. CROCQ, *Propriété et garanties,* LGDJ, 1995, Bibl. dr. privé, T. 248, préf. M. GOBERT, n° 282, p. 234.

ainsi permettre d'améliorer la situation de son bénéficiaire « *en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général sur les biens de son débiteur* »[31]. Ensuite, la sûreté se distinguerait par l'effet qu'elle produirait au profit du créancier : un effet de satisfaction. Le créancier obtient cette satisfaction à travers le paiement total ou partiel, direct ou indirect de la créance[32]. Enfin, l'auteur identifie un troisième élément caractéristique d'une sûreté : la technique. La constitution d'une sûreté confèrerait au créancier un droit d'agir supplémentaire à son droit de créance initial[33].

Quant aux garanties, elles sont définies par l'auteur comme « *tous les avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution*[34] ». Autrement dit, la notion de garantie se distinguerait de celle sûreté par son caractère fonctionnel. « *La sûreté est une garantie […]. Mais toute garantie n'est pas une sûreté* »[35]. Contrairement à la notion de garantie, qui repose sur une approche plus large et fonctionnelle, l'approche conceptuelle de la sûreté s'attache à des critères plus stricts et précis.

De nombreux auteurs ont par la suite défendu cette approche conceptuelle de la notion de sûreté en proposant des définitions plus concises[36], mais néanmoins proches de la définition donnée par P. CROCQ. En tout état de cause, cette vision restrictive de la notion de sûreté s'oppose à celle plus large, défendue par une partie de la doctrine et qui correspond à l'approche fonctionnelle de la sûreté.

11. L'approche fonctionnelle de la notion de sûreté. Une partie de la doctrine considère en effet que la sûreté doit se définir au regard de sa fonction. En tête de ce courant, on retrouve les professeures Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE qui voient dans la sûreté « *tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes, d'autres*

---

[31] P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.,* n° 268 et s.
[32] P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.,* n° 271.
[33] P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.,* n° 272 et s.
[34] P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.,* n° 287 ; V. également, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, coll. « Sirey université – série droit privé », 5e éd., 2016, n° 9.
[35] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés* LGDJ, Lextenso éditions, 13e éd., 2019, n° 2 ; . CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.,* n° 287.
[36] Par exemple, pour les auteurs J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, dir.* J. GHESTIN, *Droit commun des sûretés réelles,* LGDJ, 1996, n° 5 : « *la sûreté est la combinaison d'une affectation et d'un droit d'agir* » ; Pour S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés, Ellipses,* 3e éd., 2022, n° 17 : la sûreté désigne « *l'affectation de la valeur d'un bien ou du patrimoine d'un tiers à la satisfaction d'un créancier* ».

fonctions[37] ». Pour les défenseurs de cette approche, cette définition serait plus conforme à la réalité puisqu'elle permettrait de ne pas circonscrire les multiples potentialités de la notion de sûreté. En effet, dans cette perspective, la proximité entre la notion de sûreté et celle de garantie est accentuée : toutes deux visent à assurer l'exécution des obligations, et la sûreté est perçue comme un outil parmi d'autres dans la panoplie des garanties disponibles.

12. Le choix de l'approche fonctionnelle de la notion de sûreté. En retenant l'approche conceptuelle - la conception stricte de la notion de sûreté - l'étude entreprise risquerait de ne saisir qu'une partie d'un large phénomène. D'autant plus que l'on sait que de nombreuses garanties d'origine volitives ont réussi, par le truchement du législateur, à intégrer le rang des sûretés au sens strict du terme. Bien que l'approche fonctionnelle présente la difficulté transformer la sûreté en une notion molle susceptible d'accueillir une multitude de mécanismes, elle nous semble présenter l'avantage de pouvoir répondre à de nombreuses questions. Une étude consacrée à la liberté contractuelle dans le droit des sûretés est justement le lieu pour mener ce travail. Ce choix trouvera notamment un écho essentiel dans l'analyse des aptitudes créatrices des parties dans le droit des sûretés, démontrant ainsi que seule une approche fonctionnelle permettra de rendre compte de l'influence de la liberté contractuelle dans l'étude. C'est donc l'approche fonctionnelle de la notion de sûreté qui sera retenue dans le cadre de la présente étude.

13. La définition des sûretés personnelles et réelles. Ce chemin tracé nous permet désormais de nous pencher sur les deux subdivisions principales des sûretés, à savoir les sûretés personnelles et réelles. La seconde ne nous posera guère de difficulté puisque, nous l'évoquions tantôt, l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés en date du 15 septembre 2021 donne désormais une définition de la notion de sûreté réelle. Aux termes de l'article 2323 du Code civil, «*La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* ». Nous verrons, par la suite, à quel point l'intégration par le législateur du

[37] Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière,* Dalloz, 2009, 5e éd., n° 37, p. 29 ; Dans le même sens, M. MIGNOT, *Droit des sûretés,* Cours LMD, Montchrestien, 2e éd., 2010, n° 4.

critère de l'exclusivité sera déterminant dans cette nouvelle définition. Le législateur n'a cependant pas réservé le même traitement aux sûretés personnelles qui n'ont pas encore été définies dans le Code. Selon la doctrine majoritaire, ce qui caractérise une sûreté personnelle, c'est « *l'adjonction d'un ou de plusieurs droits de poursuite contre le patrimoine d'une personne autre que le débiteur* »[38]. Il faut ajouter à ce critère l'absence de contribution à la dette par ce tiers[39]. Une sûreté personnelle se caractérise ainsi principalement par l'accroissement du droit de gage général du créancier[40].
Bien que ce premier aperçu du droit des sûretés puisse être détaillé davantage, il doit s'achever ici car la matière doit être étudiée à la lumière de la liberté contractuelle. On peut espérer une certaine aisance s'agissant de ce second segment de l'étude puisqu'il est solidement établi dans le droit français.

B. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE : UN PRINCIPE SOLIDEMENT ÉTABLI

14. La liberté fait partie de ces notions très difficiles à saisir, non pas parce qu'elle est indéfinissable, mais plutôt parce qu'elle est rétive à se conformer à une seule définition. Dans son célèbre traité de théorie politique « *De l'esprit des lois*[41] », MONTESQUIEU ne disait-il pas qu' « *Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manières, que celui de liberté*[42] » ? Assurément, le cadre restreint de notre étude ne nous permettra pas de proposer une analyse suffisamment fine de cette notion. Néanmoins, on peut s'appuyer sur certaines définitions proposées par les dictionnaires juridiques. Partant, la liberté est notamment entendue comme un « *bienfait suprême consistant pour un individu ou un peuple à vivre hors de tout esclavage, servitude, oppression, sujétion ou domination intérieure*

[38] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 13.
[39] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 2022, 11è éd., n° 23 et s..
[40] Chr. MOULY, « *Les sûretés personnelles traditionnelles en France* », *in* Les sûretés, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 FEDUCI, 1984, n° 6.
[41] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, éd. La Pléiade, 1951.
[42] MONTESQUIEU, *op. cit.*, EL, XI, 2, p. 394.

ou étrangère[43] ». À une échelle plus individuelle, elle correspondrait à l' « *exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité*[44] ».

C'est cette dimension individuelle de la liberté qui occupe aujourd'hui une place essentielle dans l'ordre juridique français. En effet, la philosophie de laquelle s'est inspiré le Code civil en 1804 est profondément individualiste et libérale[45]. Cette influence résulte de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. La liberté y est définie comme le pouvoir de « *faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Garante de l'exercice des droits naturels appartenant à chaque individu, elle « *n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* », et au législateur seul revient le pouvoir de déterminer les bornes de la liberté. Ainsi, la liberté peut se manifester sous différents aspects comme la liberté de la presse, la liberté d'expression, la liberté d'association, la liberté d'établissement, la liberté de circulation etc.

15. Mais qu'en est-il alors de cette liberté dans le domaine contractuelle ? L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.*». « *Principe de la vie juridique* »[46] selon le Doyen CARBONNIER, « *le contrat par nature respire la liberté*[47] ». La liberté contractuelle est ainsi un principe fondamental du contrat[48]. Pourtant, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ne l'évoque pas, même si elle constitue aujourd'hui son fondement constitutionnel[49]. C'est pourquoi, dans le domaine contractuel, pour cerner pleinement la notion de liberté, il faut s'intéresser à

---

[43] G. CORNU, *op. cit.,* V° LIBERTÉ.

[44] G. CORNU, *op. cit., ibis idem.*

[45] Certains auteurs contestent l'idée selon laquelle la codification napoléonienne serait inspirée de la théorie de l'autonomie de la volonté. V. par exemple : L. VARAINE, *La réligion du contrat,* LGDJ, 2019, préf. J.-B. SEUBE, n° 30 : « *Ce serait pêcher par anachronisme que de présenter l'œuvre codificatrice napoléonienne comme inspirée de la théorie de l'autonomie de la volonté* ». V. également, F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats,* PUF, coll. *Droit fondamental,* 2014, p. 19, n° 1. En tout état de cause, le rôle primordial de l'autonomie de la volonté est indéniable à la lecture des dispositions du Code. Ainsi en est-il de l'article 1101 du Code civil.

[46] J. CARBONNIER, *Les obligations, PUF,* t. 4, 22e éd., 2000, n° 16.

[47] P. ESMEIN, *Obligations*, T. IV, 1e partie, *in* M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, éd. LGDJ, 1952, 2e éd., p. 17.

[48] Cons. Constit. Déc. n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Rec., p. 190 ; Cons. Constit. Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances (Contrat première embauche, contrat de responsabilité parentale), cons. 23.

[49] V. P.-Y. GAHDOUN, *Liberté. Liberté contractuelle, JCl. Civ*. annexes, Fasc. 20, n° 35.

la théorie de l'autonomie de la volonté. Fondée sur la philosophie individualiste et le libéralisme économique des XVIIIe et XIXe siècles[50], cette théorie enseigne que *« la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi […] »*[51]. Pour le dire plus simplement, l'autonomie de la volonté est le droit pour l'individu de déterminer librement les règles auxquelles il se soumet. Si l'on fait fi des nombreuses limites objectées à cette théorie[52], la doctrine est unanime sur le fait que la liberté contractuelle représente le bras armé de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle[53]. Ainsi, pour un auteur, *« l'autonomie de la volonté produit l'autonomie du droit des contrats et se confond avec elle dans une symbiose qui a pour nom la liberté contractuelle*[54] *»*. Pour un autre, *« la liberté contractuelle est un des héritiers les plus importants de l'autonomie de la volonté, mais elle lui ressemble tellement que les propos qui seraient tenus sur elle seraient rigoureusement les mêmes*[55] *»*. Ainsi établie, la liberté contractuelle entretien des liens très étroits avec l'autonomie de la volonté, théorie de laquelle elle tire sa source.

16. La valeur constitutionnelle de cette liberté a été ouvertement reconnue comme découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette consécration traduit la reconnaissance de la liberté contractuelle au rang de principe constitutionnel et permet de fonder le caractère supplétif des règles du droit commun des contrats, justifiant dès lors sa diffusion dans de nombreuses branches du droit.

Depuis l'Ordonnance du 10 février 2016 *« portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations »*, le Code civil de 1804 a connu un certain nombre

---

[50] L. LEVENEUR, *« La liberté contractuelle en droit privé », AJDA,* 1998, P. 676.

[51] G. CORNU, *op. cit.*, V° AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ : *« Théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter (liberté contractuelle), celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public et les bonnes moeurs, celle, en principe, d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque, d'où, plus gén., l'affirmation que la volonté des parties est la *source de l'obligation contractée (C. civ., art. 1134, al. 1) et celle de l'interprétation du contrat (art. 1156) ».*

[52] Notre propos vise uniquement ici à établir la liaison entre la théorie de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle.

[53] P.-Y. GAHDOUN, *op. cit.,* n° 32.

[54] F. COLLART-DUTILLEUL, *« Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? , in La nouvelle crise du contrat »* : Dalloz, 2003, p. 225.

[55] N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, 1988, préf. J.-L. AUBERT, p. 235.

de changements[56]. D'un point de vue structurel, la réforme a remodelé le plan ainsi que toute la numérotation du Code. L'ordonnance prévoit un chapitre général intitulé « *Dispositions liminaires* » au sein duquel se retrouvent des définitions (contrat, contrat synallagmatique, à titre onéreux, etc.) et désormais trois principes généraux parmi lesquels on retrouve la liberté contractuelle (article 1102)[57]. À la fois, par une reconnaissance constitutionnelle et par une consécration formelle dans le Code civil depuis 2016, le principe de la liberté contractuelle est incontournable dans de nombreuses matières et le droit des sûretés n'y échappe pas.

17. Concrètement, qu'est-ce que la liberté contractuelle implique pour les parties ? À la lecture de l'article 1102 du Code civil, elle implique en premier lieu la liberté de s'affranchir de la forme constitutive du contrat. Peu importe la forme sous laquelle elle s'exprime, la volonté des parties doit exister[58]. En second lieu, elle implique la liberté de contracter ou de ne pas contracter. En troisième lieu, la liberté de choisir son cocontractant. Et surtout en quatrième lieu, la liberté de déterminer le contenu du contrat. À ces aspects, il faut ajouter la force créatrice de la volonté et la force obligatoire du contrat[59] qui se manifeste précisément lors de l'exécution du contrat. L'exercice de ces attributs de la liberté contractuelle est naturellement conditionné au respect de l'ordre public.

18. Ainsi, dans le cadre de la présente étude, la liberté contractuelle doit être analysée à travers ses attributs, au regard de l'acte juridique constitutif d'une sûreté. Elle doit ainsi être étudiée lors des quatre étapes successives de la vie d'un contrat : Avant la conclusion du contrat, lors de la formation du contrat, puis pendant la phase de l'exécution du contrat et enfin lors du dénouement du contrat.

---

[56] Dont les plus notables portent sur : -La forme : la législation suit désormais un plan construit qui reprend les étapes chronologiques du contrat ; -L'introduction d'un nouveau mécanisme d'actions interrogatoires ; -l'introduction d'une série de mesures visant à protéger la partie considérée la plus faible au contrat : La révision pour imprévision, l'abus de dépendance, la notion de contrat d'adhésion… ; L'introduction de la cession de contrat ; et bien sûr, la disparition formelle de la cause.

[57] Art. 1102 C. civ. : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

[58] A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13e éd., 2012, P. 79.

[59] Art. 1194 C. civ. : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* » ; art. 1193 C. civ., « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.* »

19. Il y a ici quelques éléments fondamentaux qu'il fallait poser avant d'aller plus loin dans l'étude du sujet. Par ailleurs, avant de mesurer l'influence de la liberté contractuelle dans l'acte de sûreté, un détour historique et géographique s'impose.

II. CONTEXTE TEMPOREL ET GÉOGRAPHIQUE

20. La liberté contractuelle dans le domaine des sûretés a connu une évolution significative au fil du temps (**A**) et varie également selon les différentes situations géographiques (**B**). Cette approche temporelle et géographique peut être examinée à travers plusieurs perspectives.

A. ÉVOLUTION HISTORIQUE DE L'ÉTUDE

21. Retracer l'évolution historique de l'influence de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés n'est pas chose aisée. Ce travail requiert, en effet, la localisation de manière très spécifique des marges de liberté ou d'encadrement de la volonté contractuelle[60]. Il s'agira, plutôt ici, de recenser quelques données historiques clés nécessaires à la bonne compréhension du sujet.

22. L'interdiction du crédit à intérêts par les textes religieux. Ce qui conduit à la constitution d'une sûreté, c'est le crédit. Or, la majorité des textes religieux[61] a toujours interdit cette pratique lorsque le crédit est conditionné à l'octroi d'intérêts en faveur du prêteur. Ainsi, dans le livre d'ÉZÉCHIEL[62], la Bible décrit l' « *homme qui est juste et qui agit avec droiture et selon la justice*[63] » comme celui qui « *ne prête pas à un taux usuraire et ne retient pas d'intérêts*[64] *[…]* ». Dans l'Islam, le crédit avec intérêt est considéré comme un grand péché. Le musulman doit s'en écarter car «*Allah anéantit [le produit]*

[60] Les développements spécifiques qui seront consacrés aux thèmes clés de l'étude seront justement le lieu pour effectuer une telle analyse.
[61] Nous visons ici les trois religions monothéistes, à savoir le Judaïsme, le Christianisme et l'Islam
[62] Bible Semeur, EZECHIEL, Chap. 18.
[63] EZECHIEL, Chap. 18, Verset 5.
[64] EZECHIEL, Chap. 18, Verset 8.

de l'usure et Il fait fructifier les aumônes[65] ». Le Coran encourage le musulman à renoncer aux intérêts : « *Ô vous qui avez la foi, renoncez à ce qui vous reste [à récupérer] de l'usure si vous êtes [d'authentiques] croyants*[66] *[…]* » et met en garde ceux qui braveraient cette interdiction absolue : « *Et si vous n'y renoncez pas [attendez-vous] à une guerre sans merci de la part d'Allah et de Son Messager*[67] ». Quant à la religion juive, le jugement de la Torah[68] est plus nuancé. Dans le livre de Deutéronome, au chapitre 23, on peut lire ceci : « *Lorsque tu prêteras de l'argent, des vivres ou toute autre chose à un compatriote, vous n'exigerez pas d'intérêt de sa part. Vous pouvez exiger des intérêts lorsque vous faites un prêt à un étranger, mais vous ne prêterez pas à intérêt à vos compatriotes. Alors l'Éternel votre Dieu vous bénira dans tout ce que vous entreprendrez dans le pays où vous allez entrer pour en prendre possession* »[69].Ainsi, l'interdiction de prêter à intérêt ne s'applique que lorsque le prêteur et l'emprunteur sont juifs.

23. En tout état de cause, l'interdiction de la pratique du prêt avec intérêt par ces fondements textuels religieux repose sur la volonté de protéger l'homme de l'homme, le pauvre du riche. En prêtant avec intérêt, le second s'enrichirait tandis que le premier s'appauvrirait. Cette réprobation morale qui limite la liberté de commercer l'argent n'est plus de mise aujourd'hui, car « *le crédit est indispensable dans tous les rouages de la vie économique, de la production à la consommation*[70] ».

Qu'en est-t-il des garanties ?

24. L'encadrement du gage par les textes religieux. Les textes religieux n'interdisent pas les mécanismes de garantie pour sécuriser le crédit. Le Coran n'y fait certes pas référence, néanmoins dans les Hadith[71] on retrouve des informations notamment sur les conditions de conservation de l'objet gagé avec dépossession. Ainsi, « *L'animal donné en gage peut être monté, comme il est permis de consommer son lait aussi*

---

[65] Le Coran (selon une traduction rapprochée de l'arabe par A. PENOT, Alif éditions, 2011), Sourate 2 Al-Baqara, Verset 276.

[66] Le Coran, *op. cit.*, Sourate 2, Verset 278.

[67] Le Coran, Sourate 2 Al-Baqara, Verset 279

[68] Il faut préciser que la Torah est le nom sémitique du livre de la religion juive. L'expression grecque qui, en français, a donné « Pentateuque » désigne une œuvre en cinq parties : Genèse, Exode, Lévitique, Nombres et Deutéronome. Ces livres forment les cinq premiers éléments du recueil des trente-neuf volumes de l'Ancien Testament.

[69] Bible Semeur, Deutéronome, Chap. 23, Verset 20 et 21.

[70] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 1.

[71] Receuil des récits prophétiques.

longtemps qu'il est nourri. Celui qui monte l'animal mis en gage ou boit son lait doit fournir les frais de son entretien[72] ». La règle est comparable à l'article 2345 du Code civil qui confère au créancier détenteur les fruits du bien gagé. Mais, au lieu de les imputer sur les intérêts ou le capital de la dette, ici, les fruits sont compensés par l'obligation d'entretien de la bête à la charge du créancier. Dans la Bible, il existe de nombreuses références à la pratique du cautionnement et du gage avec dépossession. Si ces pratiques n'y sont pas directement interdites, elles font l'objet de sévères mises en garde. Le livre des Proverbes rappelle à de nombreuses reprises le danger du cautionnement et du gage : « *Celui qui cautionne autrui s'en trouve mal, Mais celui qui craint de s'engager est en sécurité*[73] » ; « *L'homme dépourvu de sens prend des engagements, Il cautionne son prochain*[74] » ; « *Ne sois pas parmi ceux qui prennent des engagements, Parmi ceux qui cautionnent pour des dettes; Si tu n'as pas de quoi payer, Pourquoi voudrais-tu qu'on enlève ton lit de dessous toi?*[75] ». Ce danger est également rappelé par le Deutéronome où il est dit que « *On ne prendra point pour gage les deux meules, ni la meule de dessus; car ce serait prendre pour gage la vie même*[76] ».

Cette mise en garde des textes religieux contre les mécanismes de garanties s'est progressivement évaporée avec la banalisation de la pratique du crédit conjuguée au besoin compulsif des créanciers d'obtenir les meilleures garanties de remboursement. Il s'en est suivi une évolution cyclique du droit des sûretés, évolution dans laquelle la volonté des parties a joué un rôle prépondérant.

25. Le rôle prépondérant de la volonté dans l'évolution cyclique du droit des sûretés. L'histoire enseigne que les sûretés connaissent inexorablement une érosion de leur efficacité au fil du temps[77] qui fait naître dans la pratique une volonté d'adapter les mécanismes préexistant aux besoins des parties ou souvent, de faire apparaître de nouveaux mécanismes. C'est ce que révèle tant l'histoire des sûretés personnelles que celle des sûretés réelles.

---

[72] A. AZ-ZOUBAIDI, *La traduction des significations du résumé de Sahih Al-Boukhâri*, ESSALAM éd., 2012, n° 47-Livre des gages en zone citadine, hadith n° 1137, p. 527.
[73] Bible Semeur, Proverbes, chap. 11, Verset 15.
[74] Bible Semeur, Proverbes, chap. 17, Verset 18.
[75] Bible Semeur, Proverbes, chap. 22, Verset 26 et 27.
[76] Bible Semeur, Deutéronome, chap. 24, Verset 6.
[77] C.-A. MICHEL, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. DUPICHOT, LGDJ, 2018, n° 4.

26. L'évolution des sûretés personnelles[78] oscille entre adoucissement et rigueur des mécanismes de garantie, respectivement sous influence des parties et du législateur. L'ancêtre du cautionnement imaginé par le droit romain primitif – *adpromissior* - était particulièrement rigoureux car l'engagement de la caution était dépourvu de toute solidarité et elle ne pouvait exercer de recours[79]. Mais progressivement, son régime s'est assoupli à la faveur de nombreux aménagements comme l'existence d'un recours après paiement, la répartition de la dette en parts égales entre les différentes cautions ou encore la libération de la caution lorsque la dette était échue depuis deux ans. La trop grande souplesse en faveur du tiers garant a eu raison du mécanisme de l'*adpromissior* puisqu'au début de l'Empire, la *fidejussio* fait son apparition[80], largement préférée par la pratique. À l'origine rigide, la *fidejussio* va, pendant de nombreuses années, s'enrichir des apports de la pratique soucieuse de remédier aux faiblesses de ce nouveau mécanisme de garantie. Le garant se verra ainsi accorder par la jurisprudence un recours contre le débiteur après le paiement de la dette, le bénéfice de cession d'actions et un principe de division des poursuites. Puis au XIVe siècle, avec des traits largement dessinés, la *fidejussio* changera de nom pour devenir le cautionnement tel qu'on le connaît dans notre droit positif. Depuis 1804, la pratique ne cessera d'influencer les mécanismes de sûreté, systématiquement sous le prisme d'une plus grande efficacité. Ainsi, si le législateur introduira de nombreuses dispositions en faveur de la caution[81], les volontés contractuelles vont effectuer de nombreux aménagements visant à restaurer l'efficacité du cautionnement. Elles joueront également de leur pouvoir pour retailler certains mécanismes du droit des obligations et en faire de véritables instruments de garantie. Enfin, plus directement, sous l'impulsion de la pratique, le législateur finira par consacrer d'autres sûretés personnelles : la garantie autonome et la lettre d'intention.

---

[78] V. par exemple, Chr. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement,* préf. M. CABRILLAC, Litec, coll. Bibl. dr. entrep., 1979, n° 8.

[79] R. MONNIER, *Manuel de droit romain, Les obligations,* Domat-Montchrestien, 5e éd., 1954, n° 224 et s.

[80] R. MONNIER, *Manuel de droit romain, Les obligations,* n° 225 ; V. également, A.-E. GIFFARD, *Droit romain français, Les obligations,* par R. VILLERS, Dalloz, coll. Précis, 4e éd., 1976, n° 528.

[81] Avec notamment les bénéfices de discussion et de division.

27. On observe la même évolution cyclique en matière de sûretés réelles[82]. Mais à la différence des sûretés personnelles, leur perte d'efficacité s'explique par la diversification des techniques employées au sein de cette catégorie de sûreté. La volonté contractuelle n'est pas en reste dans cette évolution. En effet, la première sûreté réelle est apparue sous le droit romain qui n'en connaissait qu'une seule : la *fiducia cum creditore*. D'une grande efficacité, ce mécanisme imposait au constituant un transfert de propriété réalisé par un acte abstrait et solennel assorti d'un pacte fiduciaire de rétrocession en cas de paiement à l'échéance[83]. Cependant, malgré quelques assouplissements conventionnels initiés par les parties, notamment au créancier de vendre le bien et de reverser au constituant l'éventuelle différence entre la dette et la valeur du bien, la rigidité et la lourdeur du mécanisme entraîna son abandon au profit du *pignus*[84]. Le *pignus* qui s'établissait par un simple transfert de possession va, à son tour, faire l'objet d'aménagements. La pratique créa, en effet, les *pacta distrahenda*[85] qui autorisaient le créancier à vendre le bien gagé et à se faire payer sur le prix. La création de la technique du gage n'a pas suffit à combler les besoins de la pratique[86]. Ainsi, au début de l'Empire apparaîtra l'*hypoteca*[87], sans dépossession, qui va permettre au créancier de récupérer le bien entre n'importe quelles mains à l'échéance. Les siècles qui vont suivre alterneront entre perfectionnement, disparition et réintroduction de ces deux mécanismes principaux de sûreté réelle. La Révolution française marquera la formalisation de la distinction entre gage et hypothèque, le premier étant réservé aux biens meubles, la seconde aux biens immeubles. Les rédacteurs du Code civil de 1804 vont accueillir cet héritage en définissant l'hypothèque comme un « *un droit réel sur les immeubles*[88] » et le gage comme un contrat réel avec dépossession portant sur les meubles. Mais depuis quelques décennies, les atteintes répétées à l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles reposant sur la technique de la préférence,

---

[82] V. notamment, L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière,* LGDJ, Lextenso, coll. Droit civil, 10e éd., 2016, n° 502 ; L. AYNÈS, *« Les garanties du financement. – Rapport de synthèse du 82e Congrès des notaires », Defrénois* 1986, art. 33779, p. 909 et s., n° 2.

[83] Pour plus de détails, V. J. DERRUPPÉ, *De la fiducie au crédit-bail, Mélanges J. ELLUL,* PUF, 1983, p. 449 et s.

[84] R. MONNIER, *Manuel de droit romain, Les obligations,* n° 230 et s.

[85] R. MONNIER, *Manuel de droit romain, Les obligations, op. cit.*

[86] Le constituant du gage n'avait plus l'usage du bien.

[87] R. MONNIER, *Manuel de droit romain, Les obligations, op. cit.*

[88] Anc. Art. 2393 devenu art . 2385.C. civ.

particulièrement dans le cadre des procédures collectives, ont poussé la pratique (principalement les établissements financiers) à se diriger vers une technique plus solide : la propriété. Ayant déjà joué un rôle de sûreté à Rome, la propriété-sûreté est plébiscitée par les créanciers privés sous le regard bienveillant des lois successives qui en étendirent le domaine jusqu'à forcer les portes du Code civil où la technique se fond désormais dans la masse des sûretés réelles.

B. CLIN D' ŒIL GÉOGRAPHIQUE À L'ÉTUDE

28. Dans le domaine des sûretés, la liberté contractuelle peut varier considérablement d'un pays à l'autre en fonction des traditions juridiques, des pratiques commerciales et des normes culturelles. En particulier, les systèmes de *Common law* et de droit civil ont des approches différentes en ce qui concerne la liberté contractuelle et les mécanismes de sûretés. Le *security interest* américain[89] permet ainsi de mettre en lumière ces différences. L'article 9 du *Uniform Commercial Code (UCC)* des États-Unis promulgué en 1951 a uniformisé le droit des sûretés mobilières en réunissant tous les mécanismes, sans égards quant à leurs différences, sous un concept unique : celui du *Security interest.* Le paragraphe 9-109 de *l'UCC* définit le *Security interest* comme toute convention conclue entre les parties, ayant pour objet la création d'une sûreté sur un bien meuble (*Personal property*) ou sur un immeuble par destination (*Fixtures*) dans le but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation[90]. En d'autres termes, l'article 9 du *UCC* a créé un modèle de sûreté mobilière unitaire en soumettant à un même régime tous les mécanismes conventionnels[91] ayant pour finalité la constitution d'une garantie sur un bien meuble, quelle que soit la

[89] V. A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « *Le droit nord-américain des sûretés mobilières, article 9 du Uniform Commercial Code des États-Unis et Personnel property Security Act de la province canadienne de la Saskatchewan », Revue international de droit comparé,* 1991, Vol. 43, n° 2, p. 502 ; J.-F. RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français, Thèse Clermont-Ferrand* 1995 ; M. BUSSANI, « *Rapport conclusif, Le droit comparé des sûretés réelles et l'intégration juridique », Droit et. Patrimoine,* 2001, 94. 56.

[90] V. le paragraphe 9-109-a-1 de l'*UCC* : « *Except as otherwise provided in subsections (c) and (d), this article applies to: (1) a transaction, regardless of its form, that creates a security interest in personal property or fixtures by contract […] ».*

[91] Les sûretés non conventionnels sont, en effet, exclus par la Section 9-102 et 9-104 (b) et (c).

qualification donnée par les parties à la garantie constituée, ou encore son assiette[92]. Cette flexibilité permet aux parties d'adapter la sûreté aux besoins spécifiques de leurs transactions et de conclure des accords plus personnalisés sans forcément se soucier de la qualification du contrat.

III. À LA RECHERCHE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LE DROIT DES SÛRETÉS

29. Actualité du sujet. La récente crise sanitaire liée à l'épidémie du coronavirus a mis en lumière la flexibilité que la liberté contractuelle insuffle dans le domaine économique, notamment dans le droit des sûretés. En février 2020, la France, comme d'autres États dans le monde, faisait face à l'une des plus graves épidémies de son histoire, le Covid-19. Les conséquences humaines de cette pandémie étaient terribles, et l'action prioritaire des pouvoirs publics était logiquement axée sur la santé publique. Par ailleurs, cette crise présentait également de graves répercussions économiques, avec de nombreuses entreprises ne pouvant plus fonctionner normalement en raison des mesures gouvernementales mises en place.

30. Paradoxalement, les crédits accordés par les banques et les établissements financiers aux entreprises ont atteint des niveaux records en 2020[93] : 139,4 milliards d'euros sur l'ensemble de l'année, portés par des crédits de trésorerie ayant presque doublé par rapport à 2019, selon les données de la Banque de France[94]. Comment fallait-il interpréter une telle augmentation du crédit bancaire?

La réponse réside sans aucun doute dans les mesures mises en place au niveau national[95], au nombre desquelles, le dispositif de prêt garanti par l'État (PGE), instauré par le gouvernement français au lendemain de la crise sanitaire. La loi n° 2020-289 du

---

[92] V. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n° 405 et s.

[93] G. NÉDÉLEC, *« En 2020, le crédit aux entreprises a battu tous les records », Les Échos,* 3 févr. 2021.

[94] Les chiffres du marché français de la banque et de l'assurance 2020, (disponible via le lien suivant : dehttps://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20211012_rapport_chiffres_2020_vf.pdf).

[95] C. KLEINER, *« Quelle coordination internationale en matière bancaire face à la pandémie ? »*, *RD bancaire et fin*. 2020, étude 6.

23 mars 2020[96] a introduit ce dispositif exceptionnel de garantie par l'État, visant à soutenir le financement bancaire des entreprises à hauteur de 300 milliards d'euros. Grâce à cette garantie, le gouvernement a assuré que les banques continueraient de prêter aux entreprises dans le besoin, sans craindre les répercussions de la crise sur leur propre santé financière.

Le PGE a été largement utilisé, bénéficiant à plus de 642 000 entreprises, dont plus de 90 % sont des très petites entreprises (TPE). Avec un taux de refus sur les demandes éligibles particulièrement bas, à seulement 2,8%, le dispositif peut être qualifié de succès[97]. Bien que le PGE ait pris fin en juin 2022, sa nature a soulevé de nombreuses interrogations sur le plan strictement juridique au sein de la doctrine. Ne pouvant entrer dans le moule du cautionnement ou de la garantie autonome, la doctrine considère qu'il s'agissait d'une garantie *sui generis*[98]. Surtout, le PGE met en lumière la force créatrice de la volonté. Il démontre que, par sa puissance, la volonté peut initier la création d'une garantie *ex nihilo*. Pour ce qui concerne le législateur, cela ne fait pas de doute ; mais les particuliers peuvent-ils en faire de même? Et de manière générale, quel emploi peuvent-ils faire de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés?

31. Le déclin contemporain de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Le déclin contemporain de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté est une tendance observable depuis plusieurs décennies, marquée par une régression progressive de la liberté contractuelle, principalement due au recul du rôle de l'autonomie de la volonté[99]. Après la Seconde Guerre mondiale, le concept de la volonté absolue a commencé à être remis en question face aux injustices sociales de plus en plus évidentes. Comme le souligne un auteur, *« la révolution industrielle avec ces conséquences économiques et sociales s'est chargée de montrer l'impraticabilité d'un pareil*

---

[96] L. fin. rect. 2020, n° 2020-289, 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020 : JO 24 mars 2020, texte n° 1 ; V. également, X. DELPECH, *« Coronavirus : adoption en cours d'un projet de loi de finances rectificative pour 2020 », Dalloz actualité,* 20 mars2020 ; La loi a été entérinée par un arrêté du 23 mars 2020, n° ECOT2008090A, accordant la garantie de l'État aux établissements de crédit et sociétés de financement en application de l'article 6 de la loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020 : JO 24 mars 2020, texte n° 10.

[97] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *« Prêt garanti par l'État », Jcl. JurisClasseur Dr. banc. et fin. Fasc.* n° 105.

[98] V. par exemple, M. ROUSSILLE, *« Covid-19 - PGE : le levier prudentiel, antiviral du credit crunchEt la sécurité juridique dans tout cela ? », Rev. dr. banc. et fin.,* n° 3, mai-juin 2020, alerte 43.

[99] V. M. WALINE, *L'individualisme et le droit, Cours donnée à la Faculté du droit de Paris en 1943-1944*, Paris, Domat-Montchrestien, 2e éd. 1949, P. 182 et s.

système ; l'individualisme libéral mettait le faible à la merci du plus fort[100] ». Non seulement la liberté contractuelle ne parvenait pas à réaliser pleinement l'idéal de justice promu par la Révolution, mais elle pouvait également être la cause d'injustices dans les contrats. C'est ainsi que le concept de solidarisme contractuel a émergé dans le droit positif afin de rétablir un certain équilibre entre les parties contractantes. Il est important que la liberté contractuelle soit préservée, mais elle ne doit pas être une source d'injustice dans le contrat. Par conséquent, de nombreuses obligations contractuelles ont été introduites, telles que les obligations d'information, le principe de bonne foi contractuelle, la force obligatoire du contrat, l'exigence de proportionnalité, le devoir de mise en garde, entre autres. Comme le remarque un auteur, « *c'est bien dans cet univers juridique que nous vivons encore aujourd'hui, un univers qui n'affirme plus un principe débridé de liberté contractuelle, comme au milieu du XIX*[e] *siècle, et autorise des interventions plus certainement du législateur que du juge dans plusieurs domaines, quand il s'agit en particulier de préserver une certaine forme d'équilibre social*[101] ». Pendant que la liberté contractuelle fléchissait, l'ordre public connaissait un essor significatif en droit des sûretés, se manifestant par une diversification des valeurs qu'il visait désormais à protéger.

32. La diversification des valeurs protégées par l'ordre public. Jusqu'à une période récente, les interventions du législateur dans le domaine des sûretés ont peu varié. De 1804 au début des années 1980, son intervention se limitait à « *perfectionner les sûretés existantes et les rendre plus adaptées aux besoins des créanciers*[102] ». Mais depuis lors, le créancier a perdu son monopole en matière de protection législative. La perméabilité du droit des sûretés à son espace environnant, comprenant entre autres le droit des procédures collectives et le droit de la consommation, a attiré l'attention du législateur sur le sort de certains individus. Dans cette nouvelle trajectoire, c'est la protection accordée aux entreprises en difficulté et aux personnes physiques qui occupe le cœur des consécrations législatives.

---

[100] H. BATIFFOL, « *La loi et la liberté* », *APD*, 1980, p. 79, spéc. p. 82.
[101] Chr. JAMIN, *Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux* , *in* Repenser le contrat, G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), 2009, p. 197.
[102] P. CROCQ, *« L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », in Mélanges Chr. MOULY,* Litec 1998, p. 317.

33. Le régime dérogatoire du droit des procédures collectives. La loi du 13 juillet 1967[103] est un tournant dans l'évolution du droit des procédures collectives. Elle marque non seulement une évolution terminologique, avec le passage du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté, mais également philosophique, avec la relégation au second plan du désintéressement des créanciers de l'entreprise pour une promotion au premier plan du redressement de l'entreprise. À partir de là, sera instituée une distinction entre le sort du dirigeant et celui de l'entreprise *« dont la survie est d'intérêt général et dont la protection relève, aux yeux du législateur, de l'ordre public économique et social*[104] ». Le redressement de l'entreprise devient une finalité prioritaire qui fera de l'ombre au règlement collectif des créanciers y compris dotés de sûretés. Cette nouvelle philosophie de 1967 sera maintenue par les lois n° 85-98 du 25 janvier 1985 et n° 97-75 du 10 juin 1994 et sera même renforcée par la loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dont l'objectif premier demeure le sauvetage de l'entreprise. La récente Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 n'a pas bouleversé cette idéologie, mais elle permet simplement une plus grande implication des créanciers, en leur conférant un poids décisionnel, dans le processus de redressement de l'entreprise. Ainsi, cette prééminence de l'entreprise s'est traduite par l'institution de tout un corps de règles impératives constitutives d'une discipline collective qui est censée s'imposer à tous les créanciers dès l'ouverture d'une procédure collective. Le créancier détenteur d'une sûreté doit ainsi conjuguer avec des règles dérogatoires et d'ordre public comme l'interdiction des poursuites, l'interdiction des paiements, l'obligation de déclaration de créances à la procédure collective, l'interdiction de constituer de nouvelles sûretés etc.

34. La protection de certaines catégories de personnes. L'ordre public du droit des sûretés a peu à peu intégré de nombreux principes des contrats avec pour justification la protection de certaines catégories de contractants, dont au premier chef le consommateur. Cette protection de l'ordre public a très naturellement pénétré le

[103] Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.
[104] F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 1.

domaine des sûretés avec la loi NEIERTZ du 31 décembre 1989[105] qui, comme le souligne un auteur, portera « *les premières atteintes à la hiérarchie traditionnelle des valeurs défendues en droit des sûretés*[106] » avec l'exigence d'une proportionnalité de l'engagement de la caution. Cette exigence qui ne concernait, dans un premier temps, que les établissements de crédit et ne portait que sur les opérations de crédit à la consommation et de crédit immobilier des particuliers, va par la suite s'élargir à tous les créanciers professionnels et concerner toutes les opérations par la faveur de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique (loi dite DUTREIL)[107]. L'ordonnance de réforme du droit des sûretés en date du 15 septembre 2021 a été l'occasion d'unifier, en partie, le régime de la disproportion de l'engagement de la caution. Le nouvel article 2300 du Code civil[108] régit désormais la sanction du cautionnement manifestement disproportionné lors de sa constitution. Les dispositions spéciales issues du Code de la consommation sont désormais abrogées, la liberté de contracter est en définitive soumise à une exigence de proportionnalité.

Dans le même temps, le législateur a multiplié les mesures de protection en faveur de la caution. Alors qu'on aurait pu penser que le cautionnement est un contrat soumis au principe de liberté de la forme constitutive, conséquence de la liberté contractuelle, le législateur a fini par en faire un contrat solennel[109]. La nature « *profondément*

---

[105] Anc. Art. L. 314-18 du C. consomm. : « *Un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres II ou III du présent titre, 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* ».

[106] N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés, op. cit.*, n° 15.

[107] Anc. Art. L 332-1 C. consomm. « *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* ».

[108] Art. 2300 C. civ. : « *Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date* ».

[109] Art. 2297, al. 1er C. civ. « *A peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres* ».

anormale[110] » pour la caution, a, semble-t-il, justifié la canalisation de la liberté contractuelle par l'ordre public.

La protection de l'ordre public se traduit également par l'encadrement des cautionnements *omnibus*[111], la multiplication des obligations à la charge du créancier comme le devoir de mise en garde[112], les obligations légales d'information lors de l'exécution du contrat[113], la protection du patrimoine familial[114] etc.

35. Le dynamisme du droit des sûretés malgré l'essor de l'ordre public. La diversification des valeurs protégées par l'ordre public a eu pour effet de plonger les sûretés-modèles dans une crise profonde. Cette crise a conduit les parties à redoubler d'imagination de telle sorte que l'apparition de nouvelles sûretés, personnelles comme réelle, est aujourd'hui indéniable.

36. Dans le domaine des sûretés personnelles, la liberté contractuelle occupe une place centrale dans la conception de nouvelles sûretés. Qualifiée comme le terreau fertile à l'éclosion des sûretés personnelles[115], c'est la liberté contractuelle qui est à l'origine de la garantie autonome et de la lettre d'intention[116]. Concurrençant le cautionnement, elles ont été reçues dans l'ordre juridique français[117] au nom de l'article

---

[110] Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. Droit fondamental, 2e éd., 1998, n° 10.

[111] Art. 2292 C. civ. : « *Le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables* ».

[112] Art. 2299 C. civ. : « *Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier.*
A défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci ».

[113] Art. 2302 à 2304 C. civ.

[114] Art. 1415 C.civ. : « « *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* ».

[115] Ch. MOULY, « *Pour la liberté des garanties personnelles* », *Banque et Droit,* 1987, p. 1166 ; Voir également : L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, L.G.D.J, 13e éd., 2019, n°319 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit* LGDJ, 2016, 11è éd., n°34 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes,* Litec, 3e éd., 2000, n°920 ; P. CROCQ, *Propriété et garanties,* LGDJ, 1995, Bibl. dr. privé, T. 248, préf. M. GOBERT.

[115] V. notamment, D. HOUTCIEFF, « *Les sûretés personnelles* », *in Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G,* suppl. au n°20, 17 mai 2006, p. 7 et s. ; N. RONTCHEVSKY, « *Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles* », *in La réforme du droit des sûretés,* Dossier, *D.* 2006, p. 1303 et s.

[116] Pour Ph. DUPICHOT, la garantie autonome et la lettre d'intention sont des « *filles de la liberté contractuelle* », Ph. DUPICHOT, *op. cit. n°15 ;* Déjà en ce sens, avant la réforme de 2006, D. HOUTCIEFF, « *Le droit des sûretés hors le Code civil* », LPA 22 juin 2005, n°123, p. 8, n°2, lorsque l'auteur affirme qu' « *elles (la garantie autonome et la lettre de confort) sont au contraire filles de la liberté contractuelle qu'il consacre* ».

[117] Depuis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

1103 du Code civil[118]. Par ailleurs, à côté des mécanismes consacrés par le législateur, la Cour de cassation a admis que certaines institutions traditionnelles du droit des obligations pouvaient jouer un rôle de garantie. C'est le cas notamment, de la solidarité passive, l'indivisibilité, la délégation imparfaite[119] ou encore la promesse de porte-fort d'exécution[120], la liste étant loin d'être exhaustive. L'influence de la liberté contratuelle dans la catégorie des sûretés personnelles se manifeste enfin par les aménagements conventionnels dont peuvent faire l'objet les mécanismes de garantie.

37. Le domaine des sûretés réelles connaît une dynamique similaire. Alors que cette catégorie de sûretés réelles a longtemps semblé moins perméable à la liberté contractuelle en raison de l'influence du statut impératif du droit des biens[121], l'évolution contemporaine de la matière tend vers une mise en doute de cette affirmation. La liberté contractuelle y est plus que jamais présente, qu'il s'agisse de l'apparition de nouveaux mécanismes concurrents des sûretés réelles traditionnelles, avec la renaissance des sûretés-propriétés, ou qu'il s'agisse des aménagements conventionnelles, avec notamment la diversifiction des modes de réalisation des sûretés réelles[122].

IV. THÈSE ET MÉTHODOLOGIE DE L'ÉTUDE

38. Le problème de l'étude. En fin de compte, liberté contractuelle et ordre public semblent déssiner conjointement le labyrinthe complexe du droit des sûretés. Face à cette dualité, se pose la question de leurs places respectives dans la structure du droit des sûretés : Appartient-il à la sphère des matières où l'ordre public règne en maître, ou bien évolue-t-il dans un domaine imprégné de liberté, guidé par les intérêts individuels en jeu ? Face à la coexistence de ces deux forces, il est ainsi impératif de

---

[118] Anciennement l'article 1134.

[119] Cass. com. 22 juin 1983, *Bull. civ.* IV, n° 183 ; *RTD civ.* 1984, p. 720, obs. J. MESTRE ; Cass. com. 21 juin 1994, *Bull. civ.* IV, n°225 ; *D.* 1995, somm. p.91, obs. L. AYNÈS ; *RTDC civ.* 1995, p.113, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1994, art. 35945, p.1468, note D. MAZEAUD.

[120] Cass. com. 13 dec. 2005, *Bull. civ.* IV, n°256 ; D. 2006, p.298, obs. X. DELPECH ; JCP éd. E 2006, 1342, note P. GROSSER ; RTD civ. 2006, p.305, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RD *bancaire et financier* janv-févr. 2006, comm. 17 obs., D.LEGEAIS ; *JCP éd.* G 2006, , 10021, note Ph. SIMLER ; *Contrats, conc. Consom.* Nov. 2006, comm. 63, obs. L. LEVENEUR ; *RDLC* mars 2006, n°25, p.29, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

[121] Ch. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, LGDJ, 1983, Bibl. dr. privé, T. 180, préf. D. SCHIMIDT, n° 141.

[122] La validité du pacte commisssoire en est un exemple.

comprendre leur interaction et leur influence dans la matière. Le défi majeur de la présente étude est d'appréhender la portée réelle de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés : Quelle est l'influence de cette liberté dans le droit des sûretés ? De quoi est-elle capable ? Quel est l'usage que les parties peuvent en faire ? Quelles en sont les conséquences ?

39. Thèse soutenue. Sans prétendre offrir une réponse tranchée à ces interrogations, l'étude montre une constante variabilité de la liberté contractuelle. Cette fluctuation rend difficile l'identification d'une tendance claire quant à son influence dans le droit des sûretés. Les réformes législatives récentes témoignent de cette oscillation, où tantôt le législateur encadre strictement la liberté contractuelle, tantôt il lui accorde plus de latitude là où elle était traditionnellement moins présente.

40. La démarche adoptée. L'étude de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés présente l'avantage - mais aussi l'inconvénient - d'offrir plusieurs méthodes d'analyse. Pour apprécier l'influence de la liberté contractuelle, la plus évidente consisterait à s'appuyer sur la *summa divisio* traditionnelle des sûretés personnelles et des sûretés réelles. Efficace non seulement pour des raisons pédagogiques[123] mais également historiques[124], cette distinction a servi de fondement dans un précédent travail fort remarquable datant d'avant la réforme de 2006. Avec un intitulé sensiblement proche de la présente étude[125], l'auteur s'est appuyé sur la *summa divisio* des sûretés personnelles et des sûretés réelles. Prenant le contre-pied de l'affirmation traditionnelle selon laquelle « *l'ordre du contrat s'oppose à celui des sûretés réelles, comme le statut impératif des biens s'oppose à la liberté contractuelle*[126] », cet auteur a mis en lumière l'encadrement des volontés individuelles dans les sûretés personnelles et l'affranchissement de ces dernières dans les sûretés réelles. Notre étude doit être envisagée différemment. Tout d'abord parce que les objets sont sensiblement différents, l'auteur le reconnaît lui-même lorsqu'il précise que « *la notion de pouvoir des volontés individuelles recouvre celle de liberté contractuelle […] la notion de pouvoir des*

[123] La majorité des ouvrages qui traitent de la matière opère une distinction entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles.
[124] Le Code civil retient encore aujourd'hui cette distinction.
[125] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volonté individuelles en droit des sûretés* Éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. GRIMALDI.
[126] Ch. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, *op. cit.*, n° 141.

volontés individuelles dépasse celle de liberté contractuelle[127] ». Le champ de notre étude est donc plus restrictif. Ensuite, parce que la thèse de Monsieur DUPICHOT est antérieur aux deux réformes d'envergure du droit des sûretés : l'Ordonnance du 23 mars 2006 et l'Ordonnance du 15 septembre 2021. Ces évolutions impliquent nécessairement un regard plus actuel sur le thème.

41. Une deuxième approche serait d'analyser la liberté contractuelle selon la source des sûretés. Le législateur crée en effet de plus en plus de sûretés légales et judiciaires en faveur de certaines catégories de créanciers qu'il juge dignes d'une protection spéciale. Naturellement, une telle approche du sujet conduirait à l'analyse de la liberté contractuelle selon que la sûreté est conventionnelle, légale ou judiciaire. Elle présenterait néanmoins l'inconvénient de mener une étude dont on imagine à l'avance un déséquilibre en termes d'enjeux. En effet, le cœur de l'analyse de la liberté contractuelle dans la matière porte sur les sûretés conventionnelles. L'ordre public ne se manifeste pas de la même manière selon qu'il s'agisse des sûretés originellement consacrées par le Code civil ou des nouveaux mécanismes de garantie apparus progressivement dans l'ordre juridique. Les sûretés conventionnelles procèdent d'un choix dont l'analyse s'inscrit pleinement dans le champ de réflexion de l'étude. En revanche, les sûretés légales ou judiciaires ne résulte pas d'un choix mais d'une loi ou d'une décision de justice[128]. Elles ne seront dès lors abordées que de façon secondaire. Les sûretés conventionnelles feront donc ici l'objet d'une analyse à titre principal dans le cadre de l'étude.

42. Plan adopté. Ainsi, malgré la pertinence de ces deux approches, notre étude doit procéder différemment. Entre une approche très personnalisée et originale du sujet – la première - et une approche descriptive et très schématique – la deuxième – une voie médiane existe, s'inspirant de la méthode aristotélicienne de la délibération, qui cherche à identifier les moyens les plus pertinents pour explorer la fluctuation de la place de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés[129]. Notre travail placera

---

[127] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volonté individuelles en droit des sûretés, op. cit.*, n° 4.

[128] Concernant les sûretés personnelles légales ou judiciaires, il est vrai que leur constitution demeure en tout état de cause conventionnelle. Néanmoins, leur choix reste imposé par la loi ou la justice : V. Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 6.

[129] ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque,* Le Monde de la philosophie, Traduction, notes et bibliographie par R. BODÉÜS, Flammarion, 2020., n° 2.3.3, p. 89. Selon l'auteur, *« Un médécin qui délibère en effet ne se*

l'acte juridique[130], c'est-à-dire le contrat de sûreté, au centre de la recherche. La liberté dont il est ici question s'inscrit dans un contrat de sûreté dont l'étude commande une analyse détaillée de toute son existence. À cet effet, on peut identifier quatre stades successifs où la liberté contractuelle est susceptible de se manifester : avant la constitution du contrat, lors de sa constitution, durant son exécution et enfin lors de sa disparition. Chacune de ces étapes offre un éclairage particulier sur la portée et les limites de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés.

43. Eu égard à ces considérations, la place variable de la liberté contractuelle se mesure tant au moment de la naissance des sûretés (**Première partie**) qu'au moment de leur fonctionnement (**Seconde partie**).

Première partie. La liberté contractuelle dans la naissance des sûretés

Seconde partie. La liberté contractuelle dans le fonctionnement des sûretés

demande pas s'il doit apporter la guérison, ni un orateur s'il doit se montrer convaincant, ni un politique s'il doit produire une bonne législation, et personne d'autre ne s'interroge sur la fin. Au contraire, une fois qu'on a posé la fin, on regarde la question de savoir comment et par quels moyen on peut l'atteindre et si plusieurs moyens paraissent en mesure de l'atteindre, on examine quel est le plus facile et le plus beau ».

[130] La notion de liberté contractuelle doit être étudiée au regard de l'acte juridique. V. À ce propos S. CHRETIEN, *La notion de liberté contractuelle, thèse* 2008, Dir. J.-Chr. SAINT-PAU, BORDEAUX, p. 128.

Première partie

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA NAISSANCE DES SÛRETÉS

44. Le terme de naissance est pris ici dans son ambivalence : la naissance suppose au préalable la conception, laquelle s'épanouie ensuite grâce au processus de formation. Ce double processus est directement concerné par les libertés contractuelles. En effet, celle-ci suppose tout d'abord le pouvoir de créer des contrats en dehors des cas prévus et régis par la loi. En outre, les libertés contractuelles supposent que la formation du contrat elle-même soit libre, c'est-à-dire que les parties puissent librement choisir le contrat qui leur convient tout en étant soumises au principe du consensualisme.

45. Ainsi dites, la choses paraîssent simples. Mais lorsque l'on scrute le rôle de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés la complexité se fait jour et s'accentue à mesure que l'on avance dans l'étude. En effet, cette naissance soulève une pléthore de questionnements cruciaux : peut-on introduire une sûreté inédite en dehors de celles déjà légalement consacrées ? Les parties contractantes ont-elles la possibilité de choisir entre différentes sûretés, voire même de les cumuler ? Dispose-t-on d'une liberté totale

quant à la forme constitutive du mécanisme choisi ? Dans la constitution d'une sûreté, quel est le degré de liberté accordé au dirigeant d'entreprise ? Ces questions, et bien d'autres encore, ajoutent une couche d'incertitude, d'autant plus complexe que la diversité des techniques de sûretés vient nuancer les réponses à ces interrogations. Ainsi, l'analyse de l'influence de la liberté contractuelle dans ce domaine requiert une méthodologie rigoureuse pour embrasser la richesse de cette phase fondamentale.

46. Cette quête nous mènera ainsi vers le choix d'une approche temporelle et procédurale de l'étude. En d'autres termes, il conviendra, dans un premier temps, de se pencher sur le moment précis de la genèse des sûretés, mettant en lumière le processus initial qui les fait naître. Ici, l'accent sera mis sur la liberté contractuelle au moment même où les parties envisagent et donnent vie à une sûreté, explorant les possibilités créatives à leur disposition. Ce n'est que dans un second temps que notre étude se focalisera sur l'évolution des sûretés après leur conception initiale. Cette phase englobera les différentes étapes et transformations que peuvent connaître ces mécanismes, de leur création à leur pleine maturité. Il s'agira alors de rechercher comment la liberté contractuelle continue d'influencer la sûreté fraîchement constituée, soulignant les choix et les ajustements possibles même après la naissance du mécanisme. Nous mesurerons ainsi la place très variable de la liberté contractuelle en droit des sûretés, l'étude reservant quelques surprises relativement à certaines idées reçues.

47. Afin d'appréhender pleinement l'influence de la liberté contractuelle dans le processus complexe de la naissance des sûretés, nous aborderons donc la liberté contractuelle dans la création des sûretés (**Titre 1**), puis la liberté contractuelle dans la formation des sûretés (**Titre 2**).

Titre 1

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA CRÉATION DES SÛRETÉS

Le droit des sûretés se trouve actuellement au cœur d'une intense activité, marquée par une croissance du nombre de mécanismes et une diversification des techniques. Il en découle que cette évolution constante crée une matière complexe, résistante à toute tentative de synthèse. Malgré cette complexité, la distinction traditionnelle entre sûretés personnelles et sûretés réelles, tout en étant pédagogiquement efficace, semble fournir une base solide pour explorer la puissance créatrice de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés. Rappelons que cette distinction historique s'appuie sur l'opposition traditionnelle entre les droits de créance et les droits réels

Une première analyse de cette *summa divisio* met en lumière une nette différence quant à l'influence de la liberté contractuelle : celle-ci semble animer les sûretés personnelles bien plus que les sûretés réelles. La doctrine majoritaire soutient en effet que la liberté contractuelle a une place prépondérante dans les sûretés personnelles en raison de leurs techniques, tandis que dans les sûretés réelles, cette influence est moindre, principalement pour protéger les droits des autres créanciers. Bien que cette analyse perde de sa pertinence avec l'évolution récente, notamment en raison de la contractualisation des sûretés réelles, elle reste néanmoins tout à fait valable au moment de la création des sûretés. En effet, le contrat prime dans les sûretés personnelles, tandis que les sûretés réelles sont soumises au statut plus impératif des biens.

Ces constats soulèvent d'importantes questions. La liberté contractuelle a-t-elle réellement un pouvoir créatif dans les sûretés personnelles, et, dans l'affirmative, quel

est le processus créatif sous-jacent ? Le statut impératif et institutionnel du droit des biens constitue-t-il réellement un obstacle à la création de sûretés réelles innomées ? Notre analyse démontrera que le principe fondamental de la liberté contractuelle donne effectivement le pouvoir de créer de nouvelles sûretés personnelles. S'agissant des sûretés réelles, en revanche, les liens étroits avec le droit des biens encadrent doublement la liberté de création, à la fois par une soumission au droit des biens et un *numerus clausus* des sûretés réelles.

Les dynamiques subtiles qui président à la naissance des sûretés dans notre système juridique conduisent naturellement à deux constats distincts quant à la place de la liberté contractuelle : l'influence du droit des contrats dans la création des sûretés personnelles s'avère émancipatrice dans la création des sûretés (**Chapitre 1**) alors que le droit des biens a une influence potentiellement conservatrice de ce point de vue (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

L'INFLUENCE ÉMANCIPATRICE DU DROIT DES CONTRATS DANS LA CRÉATION DES SÛRETÉS PERSONNELLES

48. La liberté contractuelle renferme en son sein une force créatrice, capable de donner naissance à de nouvelles sûretés personnelles. Cette capacité résulte de l'influence émancipatrice du droit des contrats, justifiée par son pouvoir libérateur et innovant dans les relations juridiques. Comme le soulignait le Doyen CARBONNIER, *« le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle le principe du contrat*[131] *»*. Comme dans tous les contrats, cette volonté des parties exerce une influence sur le contrat ayant pour objet une sûreté personnelle. En s'appuyant sur les principes fondamentaux du droit des contrats tels que l'autonomie de la volonté, la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la capacité des parties à définir les contours de leurs engagements etc., la liberté contractuelle s'affirme comme une source féconde de création juridique.

49. Pour démontrer cette influence émancipatrice, notre approche consiste à confronter la liberté contractuelle à la théorie et à la pratique. Aussi, nous commencerons par analyser la domination de la liberté contractuelle dans la technique des sûretés personnelles sur le plan théorique (**Section 1**), mettant en lumière son rôle dans la manifestation intérieure et extérieure de la volonté des parties. Ensuite, nous explorerons la reconnaissance pratique de cette liberté (**Section 2**), montrant comment elle stimule l'activité créatrice des parties en l'absence d'un *numerus clausus*, consacrant ainsi des sûretés personnelles d'origine volitives.

[131] J. CARBONNIER, *Les obligations, PUF,* t. 4, 22e éd., 2000, n° 16.

La confrontation de la liberté contractuelle à ces deux perspectives nous permettra alors de dévoiler son pouvoir émancipateur dans la genèse des sûretés personnelles.

SECTION 1

LA RECONNAISSANCE THÉORIQUE DE LA LIBERTÉ DE CRÉER UNE SÛRETÉ PERSONNELLE

50. Le principe de la liberté contractuelle se manifeste traditionnellement à travers trois réalités, désormais mentionnées dans l'ordonnance de réforme du droit des contrats[132]. La première est la liberté de contracter ou de ne pas contracter. La deuxième est celle de choisir son cocontractant. Enfin, la troisième manifestation de cette liberté est celle de déterminer le contenu et la forme du contrat auquel les parties vont se soumettre. Évidemment, les deux premières ont trait aux parties et plus particulièrement à l'expression de leur volonté de s'engager dans une relation contractuelle. La dernière quant à elle, est relative aux conditions de formation du contrat qui, en principe, étant largement d'ordre public, s'imposeront à la volonté des parties.

51. Ces manifestations du principe de la liberté contractuelle au prisme des sûretés personnelles révèlent une prépondérance de la liberté contractuelle dans la technique de cette catégorie de sûreté (**§1**) et une influence limitée de l'ordre public traditionnel du droit des contrats (**§2**).

[132] Art. 1102 Civ., *« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».*

§1. UNE INFLUENCE PRÉPONDÉRANTE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA TECHNIQUE DES SÛRETÉS PERSONNELLES

52. L'influence prépondérante de la liberté contractuelle dans la technique des sûretés personnelles découle avant tout de la nature même de ces garanties. En effet, la mobilisation de la volonté du garant - le tiers - acceptant d'engager son patrimoine pour garantir la dette d'autrui-est au cœur de cette technique. Cette manifestation intérieure de la volonté se distingue par son caractère singulier et mobilisateur, puisqu'il s'agit toujours d'un individu tiers qui prend la décision d'assumer une responsabilité financière au nom d'un autre.

C'est cette même volonté, une fois consolidée, qui va extérioriser en compagnie de certaines manifestations de la liberté contractuelle, comme la liberté de choisir son cocontractant ou celle de contracter tout simplement.

53. L'éclairage de notre analyse se déploiera à travers deux axes : La manifestation intérieure de la volonté de créer une sûreté personnelle (**A**), où nous explorerons la mobilisation distinctive de la volonté du garant ; La manifestation extérieure de la volonté de créer une sûreté personnelle (**B**), où nous nous pencherons sur l'impact des principes de liberté de contracter et de choix du cocontractant.

A. LA MANIFESTATION INTÉRIEURE DE LA VOLONTÉ DE CRÉER UNE SÛRETÉ PERSONNELLE

54. Parmi les conditions de validité d'un contrat, l'article 1128 du code civil place « le consentement des parties »[133]. Élément essentiel dans le domaine contractuel, le consentement désigne originellement et littéralement, le produit de la rencontre de volontés individuelles. Lorsque deux ou plusieurs personnes adhèrent sans réserve, ni condition à un projet prescriptif ayant pour effet de les assujettir, un consentement se forme. Par extension, le mot consentement a fini par renvoyer à la volonté individuelle

[133] Civ., Art. 1128 « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

de chaque contractant d'être juridiquement soumis à la loi de tel acte contractuel déterminé. C'est en ce sens que l'article 1128 l'entend.

Cette volonté de chacun d'être engagé dans la loi contractuelle est le point de départ de l'opération de sûreté. Le droit des sûretés, comme l'ensemble des contrats spéciaux est soumis au droit commun des conventions. Considérer la liberté contractuelle au prisme des sûretés personnelles paraît difficile sans envisager au préalable une analyse primaire de la place de la volonté dans l'opération de sûreté.

Il convient cependant de préciser que le processus menant à la conclusion d'une sûreté par la mobilisation de la volonté existe autant dans les sûretés personnelles que dans les sûretés réelles. Toutefois, on notera que c'est la force avec laquelle la volonté sera mobilisée dans l'opération qui permettra une distinction entre ces deux catégories de sûretés. En réalité cette fluctuation de la force de la volonté est une conséquence directe de la traditionnelle *summa diviso* des sûretés personnelles et des sûretés réelles et conduit nécessairement à une approche différente selon le régime de ces sûretés[134].

55. Partant, en ce qui concerne les sûretés personnelles, on note une mobilisation distinguée et singulière de la volonté (**1**) qui est, en réalité, intrinsèque à leur technique (**2**).

1. Une mobilisation de la volonté distinguée et singulière

56. La conclusion d'une obligation emporte une restriction aux droits de l'individu, mettant le débiteur de l'obligation dans la dépendance du créancier. Aux yeux des rédacteurs du Code civil, une telle atteinte n'est tolérable que si le débiteur y a volontairement consenti. À cet égard, la pensée de DOMAT exprime assez bien le caractère exclusif de la volonté dans les engagements puisque l'auteur, partant du postulat que les engagements sont ou volontaires, ou involontaires, nous explique que seul l'ordre divin est susceptible d'infléchir la force de la volonté ; avant de conclure

[134] La place de la liberté contractuelle et ses manifestations sera, de fait, traité dans l'analyse de « *l'influence conservatrice du droit des biens sur les sûretés réelles* ».

qu'en tout état de cause, « *c'est par sa liberté que l'homme agit dans les uns et dans les autres […]*[135] ».

Cet ordre divin, qui selon la pensée de DOMAT, était seul à pouvoir limiter le pouvoir de la volonté, a cédé la place, dans le cas du droit des sûretés, à la multiplication de règles légales et jurisprudentielles protectrices des garants. Pour autant, en dépit de cette évolution, la liberté contractuelle ne demeure pas moins incontournable et essentielle dans le processus de création des sûretés.

La volonté de contracter consiste dans la décision de devenir sujet d'un ensemble organisé de règle de droit, en les faisant exister comme telles : elle est la décision d'établir une loi et de lui être soumis[136]. On retrouve cette idée d'assujettissement des parties à leurs propres volontés pour donner naissance à ce qui deviendra un acte juridique. Cette volonté occupe une place fondamentale et particulière dans les contrats spéciaux, dont le droit des sûretés est une représentation. On peut ainsi affirmer qu'elle occupe une place plus mobilisatrice à la souche des sûretés personnelles par rapport aux sûretés réelles. Vérifions les différents éléments de cette affirmation.

Toute sûreté a pour but l'amélioration de la situation juridique du créancier en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général sur les biens de son débiteur. Les sûretés personnelles constituent ainsi une opération juridique impliquant au moins trois personnes[137]. On trouvera donc nécessairement un créancier, un débiteur principal et un garant[138].

---

[135] DOMAT, Traité des Lois : Introduction aux lois civiles dans leur ordre naturel : « *Car comme l'homme est libre, il y a des engagements où il entre par sa volonté ; et comme il est dépendant de l'ordre divin, il y en a où Dieu le met sans son propre choix ; mais soit que les engagements dépendent de la volonté, ou qu'ils en soient indépendants dans leur origine,* ***c'est par sa liberté que l'homme agit dans les uns et dans les autres*** *; et toute sa conduite renferme toujours ces deux caractères, l'un de la dépendance de Dieu, dont il doit suivre l'ordre, et l'autre de sa liberté qui doit l'y porter…* » (cités *in* F. CHABAS, Obligation – *Théorie générale*, Montchrestien 1998, 9è éd.

[136] F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil-Contrat, Théorie générale, Quasi-contrat*, PUF 2014, n°33.

[137] Ce qui prive l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), à la tête de deux patrimoines distincts (art. L526-6 et s. C. com), la faculté de constituer une sûreté personnelles sur son patrimoine non affecté afin de garantir une dette grevant son patrimoine affecté et inversement.

[138] Et un ou plusieurs contre-garants, une sous-caution, un ou plusieurs cofidéjusseurs, ou encore un certificateur de caution.

Elles se distinguent des sûretés réelles notamment par la nature personnelle de l'obligation de garantir[139]. Ainsi, le créancier obtient un droit de gage général supplémentaire, mais le garant est poursuivi sur son engagement personnel, sur sa promesse de payer. Ce qui importe ici tient, non pas à l'identité du propriétaire du bien qui répond de la dette, mais à la qualité en laquelle il en répond[140].

Cela étant, nous savons déjà que les besoins du créancier dans cette relation triangulaire s'orientent vers la finalité suivante : accroître ses chances d'être payé en cas de défaillance du débiteur. Quant au débiteur, son intérêt n'est autre que l'obtention du service proposé par son futur cocontractant.

À ce stade, il est opportun de se poser la question de l'intérêt du tiers, garant de l'engagement contractuel du débiteur envers le créancier dans l'opération juridique.

Il ne serait pas saugrenu de s'interroger sur les raisons pour lesquelles ce tiers accepterait de mobiliser de la sorte sa volonté dans une relation contractuelle dont il n'est même pas débiteur.

57. Concernant les sûretés réelles, la question ne pose pas réellement de difficulté puisque comme nous l'avons vu, celles-ci s'exercent directement sur un ou plusieurs biens déterminés, dont la valeur est affectée au paiement de la dette. Aussi, il sera plus fréquent que le débiteur affecte lui-même un bien de son patrimoine en garantie du paiement de la créance[141]. Son attitude semble cohérente car motivée par un intérêt personnel et/ou patrimonial. En revanche celle du garant dans les opérations de sûretés personnelles l'est moins. *A priori* il accepte se s'obliger personnellement, car «*tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* »[142], en risquant donc d'obérer gravement son patrimoine et ce, sans aucune

---

[139] Malgré l'absence d'une théorie générale des sûretés personnelles, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés,* SIREY, 5è éd. 2016, n°47.

[140] J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, dir.* J. GHESTIN, *Droit commun des sûretés réelles,* LGDJ, 1996, n°92.

[141] Il est naturellement fait exception du cas des sûretés réelles pour autrui où l'engagement du constituant, conclu avec le créancier en faveur du débiteur, est réel et non personnel, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n°1188 à n°1216.

[142] Art. 2284 C. civ. « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* », qui définit le droit de gage général dont les créanciers bénéficiaires de sûretés personnelles sont titulaires.

contrepartie en principe de la part du cocontractant. En effet, la rémunération que le garant pourrait obtenir du débiteur en contrepartie de son engagement (en tant que garant) envers le créancier est étrangère à la validité de la technique des sûretés personnelles. Dès lors, il ne fait pas de doute qu'un tel engagement du garant nécessite une plus grande mobilisation de la volonté. C'est pourquoi nous considérons que la volonté du garant est distinguée et singulière dans le processus de conclusion des sûretés personnelles par rapport aux sûretés réelles.

2. Une mobilisation de la volonté intrinsèque à la technique

58. Le mouvement de spécialisation qu'on constate aujourd'hui dans les sûretés personnelles[143] traduit une réponse au risque que court le garant lorsqu'il souscrit une sûreté personnelle au profit du créancier. Alors que l'intervention du tiers n'est qu'occasionnelle dans la technique des sûretés réelles, elle est systématique dans la technique des sûretés personnelles et nous avons vu que cette intervention y mobilisait davantage la volonté du garant. Dans la perspective d'une analyse primaire de la volonté dans les sûretés personnelles, on peut considérer que ce degré de mobilisation tient essentiellement à la technique même des sûretés personnelles. Cette mobilisation de la volonté se vérifie aisément dans la plupart des sûretés personnelles déjà consacrées par le législateur.

L'analyse de cette mobilisation de la volonté dans le cautionnement (**a**) précèdera donc celle des sûretés alternatives au cautionnement (**b**).

a. Dans le cautionnement

59. Selon l'article 2288 du Code civil, le cautionnement est ce contrat par lequel « *une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci* »[144]. Le cautionnement consiste en l'adjonction d'un patrimoine en vue de garantir l'obligation liant le débiteur au créancier. Il constitue le régime de base, le

[143] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n°71.
[144] Art. 2288, al 1er C. civ.

modèle de référence de la sûreté personnelle[145], tant dans la pratique[146] que dans l'esprit du législateur.

Qualifié d'*«anormal »*[147] pour certains auteurs, de *« périlleux »*[148] pour d'autres ou encore d'engagement *« contre-nature »*[149], le moins que l'on puisse dire est qu'il s'agit d'une opération dont la gravité[150] de ne fait pas de doute car elle fait peser sur la caution un risque de surendettement, risque d'autant plus important que le recours dont elle bénéficie contre le débiteur principal est bien souvent illusoire. La gravité s'explique également par le caractère indolore de l'engagement au jour de la conclusion[151]. La défaillance future du débiteur est un évènement inenvisageable pour la caution qui ne s'engage qu'en raison de la solvabilité apparente et actuelle du débiteur. Elle fait ainsi bien souvent un pari sur la bonne santé à venir du débiteur, sans prendre en compte la mesure de la portée de son engagement.

On peut donc affirmer que l'engagement dans une telle opération paraît relever de l'extraordinaire. Aussi, il n'est pas surprenant que la volonté qui sera mobilisé dans l'opération le soit également.

60. Une première illustration du caractère extraordinaire de la volonté mobilisée dans le cautionnement est l'absence de contrepartie en principe de la part du cocontractant. Ce trait du cautionnement renvoie au caractère unilatéral du

---

145 M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 2016, 10è éd., n°30.

146 Selon les auteurs L. AYNÈS et P. CROCQ, aujourd'hui, le mouvement général est plutôt la promotion des sûretés réelles et le recul des sûretés personnelle. Ils affirment ainsi que les sûretés réelles ont la primauté dans les relations civiles tandis que dans les relations d'affaires, ce sont les sûretés personnelles qui conservent beaucoup d'importance, L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n°8 à 12 ; Malgré ce mouvement, d'autres auteurs estiment toutefois que le cautionnement reste *la sûreté la plus usitée, tant dans les rapports entre particuliers, que dans les relations professionnelles* », M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n°77.

147 Formule de Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. Droit fondamental, 2e éd., 1998, n° 10.

148 Ph. SIMLER, « *Une occasion manquée pour le cautionnement* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 12, 25 Mars 2016, n°18.

149 L. AYNÈS, *Le cautionnement*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2è éd., 1997, p.11.

150 Ph. DUPICHOT, *L'efficience économique du droit des sûretés personnelles*, *LPA* 14 avril 2010, n°74, p.3, n°7.

151 Ph. SIMLER, *une occasion manquée pour le cautionnement*, *op. cit. « Il se donne dans l'euphorie de projets séduisants et dans la confiance qu'inspire son bénéficiaire, mais il s'exécute dans la douleur* »,n°18.

mécanisme[152]. En effet, il est, par nature, traditionnellement considéré comme un contrat naturellement unilatéral. Ici, le garant s'engage à effectuer un paiement en cas de défaillance du débiteur au profit du créancier qui, pour sa part, ne contracte aucune obligation. Ce caractère unilatéral s'est, d'ailleurs, renforcé par la faveur de la réforme du 15 septembre 2021 qui a intégré dans la définition même du cautionnement l'alinéa 1er de l'ancien article 2291. On retrouve, désormais, dans le texte qui définit le cautionnement la possibilité qu'il soit souscrit « *à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu* »[153].

61. La question du caractère unilatéral du cautionnement nous intéresse ici particulièrement car il renvoie à l'aspect psychologique[154] de l'engagement de la caution. À ce propos, il est opportun de relever deux manifestations qui justifient ce caractère extraordinaire de la mobilisation de la volonté dans le cautionnement :

D'une part, comme beaucoup de contrats unilatéraux, le contrat de cautionnement donne le sentiment d'instaurer une situation déséquilibrée[155] entre les contractants. Ce déséquilibre n'est en réalité pas recherché par la caution contrairement à d'autres contrats unilatéraux comme la donation ou le prêt à usage, où l'on peut sans difficulté, affirmer que celui à la charge duquel l'obligation pèse, manifeste *a minima* la volonté ferme et spontanée de s'appauvrir. Cette spontanéité volontaire de l'appauvrissement est justement absente du cautionnement. La caution dispose, en effet, d'un recours contre le débiteur, qui lui donne vocation à récupérer ce qu'elle aura payé. La Cour de cassation[156] en déduit notamment que le cautionnement peut, sous le régime de la

---

[152] D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit,* LGDJ, 2016, 11è éd., n°44 et s. ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n°102 à 104 ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n°39 à 43.

[153] Art. 2288, al. 2.

[154] C. MOULY relève cet aspect lorsqu'il affirme, à propos de l'engagement de la caution, que « *ses aspects économiques et psychologiques le distinguent des autres contrats et l'entourent d'un contexte original* », C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Thèse, Montpellier, Librairie techniques, 1979, n°1, dans A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n°39.

[155] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n°103, sur le « *sentiment* » de déséquilibre dans le cautionnement.

[156] *Par ex*. Cass.civ. 1re, 27 janv.1982, Bull. civ. I, n°46 : « *Un cautionnement, même s'il constitue un contrat de bienfaisance, ne peut être assimilé à un acte de disposition à titre gratuit pour lequel le consentement de l'époux est exigé ; en effet, le cautionnement, qui ne comporte pas de dessaisissement immédiat et définitif d'un bien patrimonial, ne confère pas à l'engagement qu'il exprime le caractère d'une libéralité …*».

communauté légale, être consenti par un seul époux[157] ; alors que s'il s'agissait d'une donation, il aurait fallu, sous peine de nullité, le consentement des deux époux[158]. Le caractère unilatéral du cautionnement est donc une justification de ce degré d'engagement de la volonté de la caution dans l'opération.

62. Il convient de préciser néanmoins que l'unilatéralité du cautionnement pose question. Si l'on s'en tient à la définition du contrat unilatéral transmise par les rédacteurs du Code civil à l'article 1106[159], le cautionnement est bien à classer dans cette catégorie. Pourtant, selon certains auteurs, le cautionnement serait un acte « *neutre* »[160] en raison de l'absence de toute intention libérale émanant de la caution. Par ailleurs, une partie minoritaire de la doctrine a pu considérer que le cautionnement était un contrat synallagmatique. C'est le cas de Josserand qui estimait que « *contrairement à l'opinion communément reçue, le cautionnement est une opération synallagmatique et non unilatérale : il fait naître ou il peut faire naître des obligations à la charge du créancier lui-même* »[161]. Cette opinion ne paraît pas avoir prospéré dans le temps et dans les esprits. Le contrat de cautionnement est traditionnellement présenté comme un contrat unilatéral. L'unilatéralité du cautionnement tient essentiellement du fait que « *la cause objective de l'obligation principale du débiteur ne réside pas dans les obligations assumées par le créancier* »[162].

Ainsi les manifestations du caractère unilatéral du cautionnement traduisent en partie le degré d'engagement de la caution dans l'opération juridique. On retiendra donc que

---

[157] Le principe, depuis la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 reste celui de la possibilité pour « *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* » ; V, art. 1415 C. civ.

[158] Art. 1422 C. civ. « *Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté. «Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers.»*

[159] Art. 1106 al. 2 « *Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci* ».

[160] *À propos du déséquilibre que créée l'opération,* L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n°227.

[161] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II Librairie du Recueil Sirey, Paris, 3è éd., 1939, n°1490.

[162] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n°103 « *Le caractère unilatéral d'un contrat ne dépend pas de l'absence totale d'obligation à la charge de l'une des parties.* ***Il résulte uniquement du fait*** que ***la cause objective de l'obligation principale du débiteur ne réside pas dans les obligations assumées par le créancier.*** *Autrement dit, un contrat unilatéral, même si le créancier supporte certaines obligations, dès lors que ces obligations ne constituent pas la cause objective, c'est-à-dire la contrepartie, de l'obligation du débiteur* ».

la sûreté personnelle qui sera conçue *ex nihilo* par les parties peut ne pas recouvrir la forme synallagmatique sans que cela ne pose juridiquement de difficulté.

63. D'autre part, une autre caractéristique du cautionnement, qui est en réalité un prolongement de l'unilatéralité, permet d'expliquer le degré d'implication de la volonté. Il s'agit de la question relative à l'intérêt financier de la caution dans l'opération de cautionnement.

La question du caractère gratuit ou onéreux du cautionnement ne semble pas être aussi évidente à répondre que cela puisse paraître. Peut-être trouverons-nous des réponses si l'on se penche sur les origines profondes de cette sûreté personnelle ?

En effet, le cautionnement est l'un des plus anciennes sûretés qui puissent exister. À l'origine, l'ancêtre de la caution imaginé par le droit romain primitif était une personne qui acceptait d'être retenue en otage jusqu'au paiement de la dette du débiteur[163]. Celui qui se substituait à autrui, acceptait donc, par la force de sa volonté, à se soumettre physiquement au créancier. Cette soumission d'un autre âge finira par laisser la place à la *« sponsio »*[164], un tiers qui donnait sa parole de désintéresser le créancier si le débiteur principal venait à ne pas le faire. Par cet acte, on note une confusion entre la personne du débiteur et celle du sponsor puisque ce dernier d'engageait à contracter la même obligation que le débiteur[165]. Cette technique particulièrement lourde[166] pour le sponsor est peu à peu tombée en désuétude au profit de la fidejussio qui est l'ancêtre direct du cautionnement. En la matière et pour la première fois, cette technique fait naître une dissociation entre l'obligation du débiteur et celle du garant. L'engagement du fidejusseur n'est certes pas indépendant, mais il est tenu d'une obligation propre, de laquelle il sera libéré si la personne pour laquelle il a contracté l'est. En 1804, lors de l'élaboration du Code civil, la fidejussio, qui avait

---

163 D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 11e éd. , 2016, n°37.

164 D. LEGEAIS, *op. cit., idem.*

165 Pour illustrer le degré de manifestation de la volonté dans cette technique, on note que la *sponsio* faisait appel à un rituel très spécial et sacramental puisque le sponsor devait prononcer les mêmes paroles que celles dites par le débiteur principal, l'un après l'autre ; F. ZENATI-CASTAING , T. REVET , *Cours de droit civil , Sûretés personnelles, Coll. Droit fondamental , Puf , 2013* ; Selon L. AYNÈS et P. CROCQ il s'agissait d'un mécanisme qui se distinguait mal de la solidarité, L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit. n°103.*

166 Le sponsor ne disposait d'aucun recours : son engagement n'était pas accessoire à l'obligation principale et ne donnait lieu à aucun bénéfice de discussion ni de division.

déjà changé de nom pour devenir le cautionnement, sera consacré dans le Livre III. Mais les mutations profondes liées à l'essor économique vont engendrer de nouveaux besoins toujours plus pressants, notamment en matière de crédit, contraignant ainsi le cautionnement à s'adapter[167]. Il va alors se « bancariser » et s'ouvrir au monde des affaires[168].

Ainsi, de contrat de bienfaisance, gratuit, conclu entre amis, le cautionnement deviendra une opération de crédit très sollicitée, remettant en question le caractère gratuit du mécanisme.

64. Pour certains auteurs, « *de l'unilatéralisme du cautionnement, l'on peut déduire la gratuité* »[169]. La distinction entre les contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit devrait être calquée sur celle entre contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux[170]. Partant, le cautionnement serait alors nécessairement gratuit, en ce sens qu'intrinsèquement, dans le contrat de garantie (dans la relation contractuelle entre la caution et le créancier), « *la caution ne reçoit rien en échange de la prestation* ».

Cette analyse nous semble être la plus convaincante dans la mesure où la caution n'obtient aucun avantage direct de la conclusion du contrat[171]. L'unilatéralité et la gratuité de principe du cautionnement expliquent ainsi, à notre sens, que la volonté soit autant mobilisée dans cette sûreté personnelle.

Il convient par ailleurs de s'interroger sur le degré de mobilisation de la volonté dans les sûretés alternatives au cautionnement.

---

[167] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n°107.

[168] Ph. SIMLER, « *Patrimoine professionnel, patrimoine privé et le cautionnement* », JCP N. 1987.199 ; A. PIEDELIEVRE, « *L'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement* », Gaz. pal. 1982.

[169] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n°40.

[170] F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations,* Economica, 2008, n°196, p.181. Au contraire certains auteurs pensent que le caractère unilatéral du cautionnement n'implique nullement qu'il soit qualifié de contrat à titre gratuit, En ce sens, Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 1998, n°26 ; V. aussi PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 2e éd., « *Cautionnement* », par R. SAVATIER, 1954, n°1516 ;

[171] Indirectement, il peut bien entendu avoir un intérêt patrimonial, que cela relève du lien contractuel entre le débiteur et le créancier ou tout simplement lorsqu'il est convenu qu'il se fasse rémunérer par le débiteur.

b. Dans les sûretés alternatives au cautionnement

65. Les sûretés personnelles sont incontestablement dangereuses[172] en ce sens qu'elles engagent un tiers dans la relation juridique d'autrui, en principe sans aucune contrepartie du créancier et risquant pourtant d'altérer son patrimoine. La classification traditionnelle des sûretés personnelles renvoie à la distinction entre les sûretés accessoires et les sûretés indépendantes[173]. À ce titre, le cautionnement, qui est la sûreté principale, se distingue par son caractère accessoire car la caution garantie le paiement de la dette principale. La caution dispose ainsi des mêmes droits que le débiteur principal[174].

L'objet d'une sûreté étant d'accroître les chances du créancier d'être payé, il était difficile d'imaginer que le cautionnement reste le seul mécanisme permettant d'arriver à cette fin. Pour remplacer le cautionnement[175], les créanciers devaient rechercher ou imaginer des mécanismes leur conférant un droit contre le garant plus fort que celui susceptible d'être exercé contre la caution. Cette quête a abouti en premier lieu sur le détournement d'un certain nombre de mécanisme du droit commun des obligations[176], avec notamment la solidarité passive, la délégation imparfaite ou encore la promesse de porte-fort. Dans un second temps, sur l'introduction dans le droit français de pratiques issues du droit international des affaires[177].

Si nous avons donc pu précédemment relever le degré de mobilisation de la volonté dans la caution en remontant à ses origines pour justifier l'engagement de la caution,

---

[172] M. BOURASSIN, « *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, (entre droit commercial et protection des consommateurs)* », dans Études de droit contemporain, Contributions françaises au 19e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014), n°1.

[173] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n°1213 à 1216 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 407 et s., M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n°457 et s. ; Un auteur a eu une vision plus ambitieuse en reconstruisant le droit des garanties personnelles à la lumière de la notion d'obligation, J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, 2012, LGDJ, préf. Ph. DELEBECQUE.

[174] La caution peut ainsi se prévaloir de la nullité de l'obligation principale comme le débiteur principal lui-même. La caution ne peut pas être engagée plus sévèrement que le débiteur principal. Par convention, elle peut s'engager dans une moindre mesure. Le cautionnement est toujours conventionnel. Lorsque le cautionnement est légal ou judiciaire, c'est la loi ou le juge qui impose la fourniture d'un cautionnement.

[175] Ph. SIMLER, « *Les solutions de substitution au cautionnement* », JCP, 1990, I. 3427.

[176] D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°321 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 404 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n°457

[177] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., *idem.*

il convient à présent de se demander si cette analyse s'applique également aux sûretés personnelles alternatives au cautionnement.

L'indépendance ou l'autonomie[178] des sûretés alternatives au cautionnement est le caractère principal qui les caractérise. À la question est de savoir s'il est admissible aux créanciers, d'une manière ou d'une autre, d'écarter les règles du cautionnement, principalement le caractère accessoire, la réponse est bien entendu positive[179] ; et cela est rendu possible grâce au principe de l'autonomie de la volonté[180].

66. Parmi ces sûretés personnelles alternatives au cautionnement, la garantie autonome ou la garantie à première demande[181] est la sûreté de référence[182]. Autrefois utilisée principalement dans les relations internationales, elle se développe de plus en plus dans les relations internes[183]où elle joue un rôle d'alternative à un cautionnement plus rigoureux[184] et sûr[185]. Elle n'est plus nécessairement consentie par un établissement de crédit. Il s'agit d'un mécanisme qui tire aujourd'hui toute sa force et son pouvoir d'attraction de son autonomie[186] qui lui confère un automatisme d'exécution justifiant sa similitude avec les opérations cambiaires. Pendant que le cautionnement est affecté aux relations contractuelles initiales, et présente du fait de son caractère subsidiaire et accessoire, trop d'aléas pour le destinataire du projet

---

[178] À propos des termes indépendance et autonomie. Les auteurs divergent sur le terme employé, en tout état de cause, les deux termes renvoient à la volonté du créancier de se libérer du carcan de règles multiples qui entourent le cautionnement. Pour cette raison ils sont synonymes à notre sens.

[179] Nous reviendrons en détail sur la possibilité pour les parties de déroger au caractère accessoire du cautionnement.

[180] Ch. MOULY, « *Pour la liberté des garanties personnelles* » Banque et droit, 1967, 1166.

[181] J. DJOUDI, « *La garantie à première demande et les risques du banquier garant* », RD bancaire et financier, Mars-Avril, 2006, p. 71 ;

[182] En raison de son autonomie ; voir Ph. SIMLER, et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière,* Dalloz, 6e éd., 2012, n°284 : « *Le qualificatif « autonome », loin d'être une simple commodité de langage permettant d'identifier cette forme de garantie, en exprime sa profonde spécificité. Il est aussi lourd de sens que le caractère accessoire en matière de cautionnement. Il constitue le fil conducteur de toute réflexion et de toute recherche de solution.* » ; J.-D. PELLIER, *op. cit.* n°36.

[183] D. LEGEAIS, *op. cit.,* n°335 ; L. AYNÈS et P. CROCQ *op. cit.,* n°330 ;

[184] D. LEGEAIS, *op. cit., idem ;*

[185] À ce titre, l'exemple de l'article 144 du Code des marchés de l'État est assez récurent : il prévoit en substance que la caution du maître d'œuvre « *ne peut différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque cause que ce soit* ».

[186] . À ce propos en droit interne, Cass. com., 20 déc. 1982 D. 1983, p. 365 note M. VASSEUR ; RTD. com. 1983, p. 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE Cass. com., 2 fév. 1988 D. 1988, somm. p. 274, obs. L. AYNES ; D 1988, somm. p. 239. Obs. M VASSEUR.

garanti[187], la garantie autonome offre un mécanisme de paiement automatique où le garant ne s'engage pas à payer la dette principale à la charge du donneur d'ordre, mais où il s'engage à payer au bénéficiaire une somme d'argent sur la demande de ce dernier[188]. Cette sûreté était traditionnellement définie comme l'*« engagement contracté par une personne, le garant, à la demande d'un débiteur, le donneur d'ordre, de verser à un créancier, bénéficiaire, une somme d'argent sur appel de ce dernier »*[189]. L'ordonnance du 23 mars 2006 l'a finalement consacrée en tant que sûreté personnelle à l'article 2287-1[190] et ne s'est guère éloignée de sa définition traditionnelle : *« La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues »*[191].

67. Dans le mécanisme de la garantie à première demande, la volonté du garant est encore plus sollicitée que dans le mécanisme de la caution. En effet le caractère accessoire du cautionnement uni le destin de la caution et du débiteur dans l'opération. L'engagement de la caution est, en principe, calqué sur celle du débiteur[192], de sorte que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions dont le débiteur aurait pu se prévaloir. Les garanties autonomes étant soumises à la règle de l'inopposabilité des exceptions, le garant ne peut opposer au créancier les exceptions qu'il aurait pu opposer au débiteur.

Le caractère autonome de cette garantie est ainsi l'élément du mécanisme qui justifie une telle mobilisation de la volonté du garant. La place de la volonté dans cette sûreté est ainsi originellement importante. Le créancier s'engage à exécuter la dette d'autrui

---

[187] Sur la distinction entre cautionnement et garantie à première demande, DEVEZE, *« Aux frontières du cautionnement lettres d'intention et garanties indépendantes »* : LPA 3 juill., 1991 p. 26 ; F. Meuret, *« Les garanties bancaires à première demande un autre scénario »* RD. aff int., 7/1990, p. 879, spéc. P. 884.

[188] S. PIÉDELIÈVRE, *« Garantie à première demande »,* RD. Com. Juin 2007, n°1 et s.

[189] S. PIÉDELIÈVRE, *« Garantie à première demande »,op. cit. idem.*

[190] Art. 2287-1 C.civ. *« Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ».*

[191] Art. 2321 al. 1er C. civ., Ord. N°2006-346, 23 mars 2006, JO du 24 mars 2006, p. 4475 ; J. STOUFFLET, *« La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention »*, Rev. Sociétés 2006, p. 473.

[192] L'alinéa 2 de l'article 2290 du Code civil prévoit néanmoins qu' *«il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous conditions moins onéreuses ».*

sans rechercher si ce dernier est défaillant ou non[193].

68. Comme la garantie autonome, la lettre d'intention a été consacrée par l'ordonnance du 23 mars 2006, et selon l'article 2322, « *la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ».

En aucun cas l'obligation ne peut consister à payer la dette du débiteur, auquel cas l'opération sera requalifiée en cautionnement[194]. La défaillance du débiteur entraine plutôt le paiement d'une indemnité. Le mécanisme est fondé sur la responsabilité civile contractuelle[195]. La lettre d'intention ne présente ni le caractère *accessoire renforcée* du cautionnement, ni *l'indépendance renforcée* de la garantie autonome[196]. Son caractère serait *médian entre le cautionnement et la garantie autonome*[197]. Le but est de conférer au bénéficiaire quelques assurances de solvabilité du débiteur principal sans pour autant prendre l'engagement d'une caution ou d'un garant à première demande.

Il ne fait pas de doute que la volonté est beaucoup moins mobilisée dans cette sûreté personnelle par rapport au cautionnement ou à la garantie autonome. Le garant ne prend pas autant de risque dans l'opération, par conséquent on peut en conclure que tel son caractère médian, le degré de mobilisation de la volonté est mesuré.

69. Un bon nombre des mécanismes du droit des obligations sont utilisés comme garanties par la pratique. Ces mécanismes sont développés à suffisance par les auteurs[198]. Cependant, toutes ne peuvent être assimilées aux mécanismes communs

---

[193] Notons toutefois qu'il s'agit d'un mécanisme qui peut se présenter sous différentes formes : lorsque la garantie est à première demande, le créancier peut demander le paiement à tout moment sans justification ; lorsqu'elle est à première demande justifiée, la demande doit en ce moment être motivée.
[194] Cass. Com., 21 déc. 1987, n°85-13.173 ; D., 1989, jur. p.112, note J.-P. BRILL ; Rev. Sociétés, 1988, p.398, note H. SYNVET.
[195] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 1421.
[196] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit. n°465.
[197] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit. 466
[198] D. LEGEAIS, *op. cit.*,n°321 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit. n°410 et s. ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.*n°253 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCQ *op. cit.*, n°322 à 324 ; voir aussi A. HONTEBEYRIE, « *Régime général de l'obligation et droit des sûretés* », RLDC 2009, n°57.

employés dans les sûretés personnelles[199], car ils n'impliquent pas l'engagement de la volonté d'un tiers afin de pallier le risque d'insolvabilité du débiteur.

Les mécanismes que l'on peut classer dans la catégorie des sûretés personnelles ont tous en commun de faire intervenir un tiers. Ils induisent une pluralité de débiteurs au profit du créancier. Mais ils s'en distinguent essentiellement par leur absence d'accessoriété.

Ces mécanismes issus du droit des obligations et utilisés au titre de garanties, mobilisent autant la volonté que les autres sûretés personnelles.

B. LE MANIFESTATION EXTÉRIEURE DE LA VOLONTÉ DE CRÉER UNE SÛRETÉ PERSONNELLE

70. Les parties ne seront en capacité de créer une sûreté personnelle qu'en vertu des manifestations que le droit confère au principe de la liberté contractuelle. Ces manifestations impliquent à l'égard des parties, d'une part, la liberté de contracter (1) ; d'autre part, celle de choisir son cocontractant (2).

1. Le principe de la liberté de contracter

71. L'analyse du principe de la liberté de contracter une sûreté personnelle (a) emporte nécessairement celle de son pendant qui n'est autre que celui de la liberté de ne pas contracter (b).

a. La liberté de contracter

72. Les sûretés personnelles font avant tout partie de la catégorie des contrats spéciaux. Alors, comme toute convention, elles doivent répondre aux exigences de l'article 1128 du Code civil. L'existence du consentement est tant déterminante dans

[199] À ce titre on peut par exemple faire référence aux garanties légales des vices cachés, à celles d'actif ou de passif contractuelles…ce qui nous permet de les écarter tient au fait la relation est purement bilatérale. Le risque d'insolvabilité du débiteur n'est pas pallier par l'engagement d'un tiers, mais par le vendeur lui-même.

l'opération de sûreté, comme nous venons de le voir, que la volonté du garant y est fortement mobilisée en raison de la *dangerosité* de l'opération.

À l'instar des contrats de droit commun, l'article 1102 du Code civil[200] est fondamental dans le droit des sûretés. La constitution de toutes les sûretés repose sur un accord de volontés libres et conscientes. Pour contracter, il faut en avoir la volonté. Et si l'on a cette volonté, on peut contracter[201]. Ainsi l'application du principe de la liberté contractuelle implique que les parties au contrat expriment pleinement et entièrement leur volonté d'adhérer à un projet prescriptif. Le garant demeure libre de consentir ou non au contrat *intuitu personae*, que représentent les sûretés personnelles. Cette liberté est d'autant plus justifiée lorsque le garant n'est ni professionnel, ni averti, puisque l'acte est assez grave et dangereux pour qu'il ne puisse y être contraint. Le consentement du garant ne peut être forcé, au même titre qu'on ne peut non plus parler d'un « droit à une garantie »[202].

b. La liberté de ne pas contracter

73. L'article 1102 du Code civil est assez explicite sur la liberté de chacun de ne pas contracter. Elle ne doit pas en principe attirer davantage notre attention puisque ce principe n'est que l'envers de la liberté de contracter. Pourtant un auteur a défendu ce principe pour souligner que la volonté, avec les manifestations de ce principe, serait incontournable pour donner naissance au contrat de cautionnement[203]. Mais selon A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *« l'expression la plus remarquable de la liberté contractuelle est sans doute celle de ne pas contracter contre son gré. Une expression de type négatif, mais ô combien essentielle, qui veut préserver la pureté de l'acte d'adhésion, le volontarisme contractuel »*[204].

---

[200] Art. 1102 C. civ. *« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».*

[201] C'est ainsi que L. LEVENEUR définit simplement cette liberté, *« La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) »*, AJDA, 1998, p.676.

[202] À propos du cautionnement, J. BASTIN, *Le paiement de la dette d'autrui*, LGDJ, 1999, p. 282.

[203] Ph. DUPICHOT, *« Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés »*, Préf. M. GRIMALDI, 2005, n°27.

[204] Les auteurs joignent à ce raisonnement MM. MESTRE ET FAGES ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.*, n°300.

En général, dans la constitution d'une sûreté, le garant a peu de marge de manœuvre, en particulier dans le cautionnement puisqu'en pratique il n'y a pas de phase de négociation. Et cela est un facteur d'augmentation des vices du consentement. En effet, si l'on s'intéresse de plus près au cas du cautionnement, on doit reconnaître qu'il présente de nombreuses caractéristiques du contrat d'adhésion[205]. Dans les contrats d'adhésion, la volonté du cocontractant se limite à la décision d'adhérer ou non aux stipulations du contrat. Il n'est pourtant pas surprenant d'affirmer que qu'il est courant que le contrat de cautionnement se présente sous la forme de contrats-types[206], dont l'ensemble des stipulations est déterminé à l'avance par le créancier, ce qui sera de nature à restreindre le champ de liberté de la caution. Ce dernier ne peut, dans ces cas-là qu'accepter ou rejeter en bloc le contrat, sachant qu'en tout état de cause, il n'est pas en position de force dans l'opération. Pour une caution profane, la situation est délicate.

Néanmoins, cette similitude formelle avec les contrats d'adhésion ne semble pas être une fatalité puisque les auteurs estiment que la volonté de la caution est certainement incontournable[207]. Même « l'adhésion » à un contrat d'adhésion est également une manière d'expression de la volonté[208]. Ce ne serait, finalement, qu'un mode particulier d'acceptation.

74. Le principe de liberté de ne pas contracter a connu, depuis l'ordonnance de réforme du droit des contrats et du régime des obligations, une réaffirmation[209] avec l'introduction d'un article 1143[210], consacrant l'abus de l'état de dépendance. Ainsi, une sûreté obtenue par le créancier sous l'effet d'une telle contrainte risquerait tout simplement l'annulation. Les auteurs soulignent toutefois les difficultés que pourrait

---

[205] Article 1110 al. 2 C. civ. *« Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » ;* Sur les contrats d'adhésion, R. SALEILLES, *« Le contrat d'adhésion »,* par P.-Y GAUTIER et F. CHÉNEDÉ, Revue des contrats, 1996.

[206] A. RIEG, « *Contrat-type et contrat d'adhésion* » , in études de droit contemporain , 1970.

[207] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.,idem.*

[208] À supposer que le cautionnement le soit, car il ne s'agit que de ressemblances ; V. LASBORDES, « *Les contrats déséquilibrés »,* Tome II , PU d'Aix-Marseille , 2000.

[209] À travers le vice de violence économique.

[210] Art. 1143 du C. civ. « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».*

rencontrer le garant à prouver le comportement du créancier de la sûreté[211]. En tout état de cause, ce nouvel article vient consacrer la jurisprudence antérieure[212] en la matière, réaffirmant ainsi le principe de liberté de ne pas contracter.

2. La liberté de choisir son cocontractant

75. « Pour consentir, il faut initialement vouloir »[213] et nous avons vu que la volonté était fortement mobilisée dans les sûretés personnelles. Le consentement des parties à la conclusion d'une sûreté est essentiel à la validité du contrat[214] ; et ce consentement, qui est « la soumission[215] » des parties à la loi contractuelle porte avant tout sur le choix du cocontractant. Ce choix fait partie intégrante de la liberté contractuelle.

En effet, affirmer la liberté de contracter, c'est traditionnellement poser le principe de la libre décision de contracter ou de ne pas contracter, ainsi que celui du principe du libre choix du cocontractant[216]. La liberté du choix du cocontractant représente la deuxième déclinaison de la liberté contractuelle. Ce principe se définit simplement comme la liberté de contracter avec qui l'on veut. Choisir librement le contractant avec lequel on va se lier est essentiel puisque le contrat est par nature prévisionnel[217]. Dès lors, une partie est libre d'opter pour le constructeur automobile de son choix pour l'acquisition d'un véhicule. De même qu'elle est libre de louer un bien immobilier au cocontractant de son choix en fonction de critères prédéfinis comme la solvabilité.

---

[211] P. CROCQ, D. 2016, p. 1957 ; D.LEGEAIS, *« Portée de la réforme du droit des obligations pour le le droit du crédit »*, RTD com. 2016. p. 527.

[212] Il y a quelques décisions antérieures à la consécration légale en ce sens : Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-17672 : Bull. civ. IV, n° 180 ; Defrénois 30 oct. 1991, n° 35119-82, p. 1120, obs. L. AYNÈS ; Defrénois 15 mars 1992, n° 35212-13, p. 318, obs., J.-L. AUBERT ; D. 1991, somm. 385, obs. L. AYNÈS ; D. 1992, p. 166, note P., MORVAN, À propos de l'épouse qui avait cautionné, sous la pression des juges et élus locaux, la reprise d'exploitation directe par la société de son mari d'une activité en cessation des paiements.

[213] La constitution d'une sûreté est avant tout le produit de la rencontre des volontés en premier lieu, et l'échange des consentements, seulement, en second lieu. M-A. FRISON-ROCHE y voit « un lien de filiation » entre les deux notions. Selon l'auteur, *« Le consentement est le fils de la volonté »,* voir en ce sens : M-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement*, RTD Civ. 1995, p.573 ; Voir également : J. GHESTIN, *Introduction à l'échange des consentements*, RJ Com., numéro spécial, 1995, p.14 ;

[214] Cf. Art. 1128 Civ.

[215] Sur l'idée de soumission dans le consentement, voir : M-A. FRISON-ROCHE, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement*, RTD Civ. 1995, p.573, n°

[216] Art. 1102 C. civ.

[217] H. LÉCUYER, *Le contrat, acte de prévision*, *in* L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré, 1999, Dalloz, p. 643 s.

76. En tout état de cause, les critères qui motiveront le choix du cocontractant sont propres aux parties. Dans l'opération de sûreté, c'est le créancier qui a la maîtrise sur le choix qui porte sur la personne du cocontractant (le garant) (**b**). Mais il convient au préalable de revenir sur l'application du principe (**a**).

a. L'application du principe

77. Le principe de la liberté du choix du cocontractant, consacré par l'article 1102 du Code civil implique que chacune des parties puisse choisir librement son cocontractant. C'est ainsi qu'un concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, sans être tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé[218]. Ce principe de libre choix porte non seulement sur la personne du cocontractant mais également sur la liberté de ne pas avoir à motiver ce choix en cas de refus de contracter. En effet, on peut considérer que la Cour de cassation fait une analyse restrictive en s'abstenant de généraliser l'obligation de motivation[219]. Avant la réforme du droit des obligations, elle avait eu l'occasion d'affirmer le principe du libre choix du cocontractant avec un arrêt remarqué où elle a répondu à un contractant, qui se plaignait de ne pas avoir obtenu le renouvellement de son adhésion à une association, que le refus de renouvellement relevait de l'exercice de la liberté contractuelle, et que l'association n'avait pas à justifier des motifs de son refus[220].

78. Le principe est donc celui de pourvoir choisir librement son cocontractant, sans être tenu d'en dévoiler les motifs. Il convient de souligner, à ce titre, que la jurisprudence incite les contractants à ne donner ni les motifs de leur choix ni les critères sur la base desquels leur décision a été pris. En effet, ces motifs, s'ils sont

---

[218] Cass. Com., 7 avr. 1998, n°96-13.219, RTD civ. 1999, n°79, Obs. J. MESTRE ; FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., 2016, PUF, n°64.

[219] Certes, celui qui notifie la résolution du contrat doit systématiquement exposer « les raisons qui la motive » (art. 1226, al. 3, Civ.), alors que ce n'est pas le cas du contractant qui fixe unilatéralement le prix, la motivation n'étant nécessaire qu'en cas de contestation (art. 1164 et 1165 Civ.). Toutefois, celui qui réduit le prix, en raison de la mauvaise exécution de l'autre partie, n'a pour sa part aucune obligation de motivation (art. 1223, Civ.) ; voir sur le sujet : Th. REVET, *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie*, RDC 2004. 579, spéc. N° 4.

[220] Cass. Civ. 1re, 6 mai 2010, n° 09-66.969, Bull. civ. I, n° 101 ; D. 2010. Chron. 2178, obs. D. MAZEAUD; D. 2010. 2413, note G. HELLERINGER ; Rev. sociétés 2010. 511, obs. N. RANDOUX ; LPA 24 oct. 2011, p. 15 s., obs. M. LATINA.

dévoilés, pourront donner lieu à un contrôle destiné à vérifier qu'ils ne sont pas discriminatoires[221].

Il est d'autres cas où le législateur intervient pour limiter le principe du libre choix du cocontractant. En effet, cette liberté n'est pas absolue. Le législateur peut, d'une part, aller jusqu'à interdire le refus de contracter[222] en empêchant par définition le choix du contractant, ou prévoir, d'autre part, des hypothèses dans lesquelles le contractant choisi pourra être évincé au profit d'un tiers. C'est le cas lorsque le tiers en question bénéficie d'un droit de préemption. Le bénéficiaire du droit de préemption pourra alors se substituer au contractant choisi, l'autre partie n'ayant pour seule alternative que d'accepter la poursuite du contrat aux conditions initialement prévues ou d'y renoncer.

Aussi bien le principe de libre choix du cocontractant que les limites portées à ce principe trouvent leur application dans les sûretés personnelles. Par principe, le créancier est libre de choisir le garant de l'opération contractuelle. Cependant cette liberté peut se voir restreinte par la constitution d'une sûreté légale ou judiciaire. En effet, par exemple dans le cautionnement légal[223], cette liberté y est supprimée par l'obligation qu'a le créancier d'accepter la caution qui lui est présentée et qui remplit les conditions légales[224].

79. Une autre manifestation de la liberté de choisir le cocontractant est l'hypothèse de la vente d'un immeuble donné à bail. Ainsi le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur, par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692[225], 2013 et 2015 du Code civil[226].

---

[221] Art. 225-1 al. 1, C. pén., « *Constitue une discrimination toute distinction entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs moeurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* »

[222] C. consom., art. L. 121-11, « *Est interdit le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime […]* », qui protégeant le consommateur.

[223] Art. 2317 à 2320 C. civ.

[224] Art. 2295 et 2296 C. civ.

[225] Depuis la réforme du droit des obligations l'article 1692 a été abrogé. Néanmoins, la caution demeure toujours un accessoire de la créance avec la consécration du nouvel article 1321 C. civ.

[226] Ass. Plén. 6 déc. 2004, n°03-10-713.

b. Le rôle prépondérant du créancier

80. Les sûretés personnelles reposent sur une technique obligationnelle : elles passent par la création d'un lien de droit entre le créancier et un tiers garant, de façon à multiplier les patrimoines sur lesquels le créancier pourra exercer son droit de poursuite. Alors que les sûretés réelles reposent sur l'affectation d'un droit réel en garantie de la créance principale. Elles n'offrent pas, en règle générale, une action en paiement à l'encontre du garant, mais un droit préférentiel ou exclusif sur les biens qui forment l'assiette de la sûreté.

La technique obligationnelle qui fait la particularité des sûretés personnelles par rapport aux sûretés réelles, renforce l'intérêt de l'application du principe de la liberté de choisir son cocontractant. On peut par ailleurs affirmer sans risque que les sûretés personnelles sont, en majorité, des contrats imprégnés d'une forte dose d'*intuitu personae*. Par conséquent, contrairement aux sûretés réelles, orientées principalement vers les qualités du bien affecté[227], dans les sûretés personnelles, les qualités du débiteur et de son garant (leur solvabilité, leur moralité…) importent davantage. Le choix du cocontractant est alors déterminant pour la suite de l'opération de sûreté, en particulier pour le créancier. En effet, dans les relations entre les acteurs des différents mécanismes des sûretés personnelles, bien souvent, le choix du cocontractant est plus décisif pour le créancier par rapport aux autres ; puisque son objectif étant avant tout de palier le risque d'insolvabilité du débiteur, le choix portant sur la personne du garant est essentiel. Pour ce qui concerne le choix portant sur la personne du créancier, il relève peu d'intérêt car d'une part, le caractère *intuitu personae* du cautionnement apparaît particulièrement secondaire et parfois inexistant[228], d'autre part, parce que l'attention du débiteur et du garant est davantage tournée, et à juste titre, vers les stipulations du contrat de sûreté que la qualité du créancier[229].

[227] Toutefois la mauvaise situation financière du débiteur peut conduire le créancier à lui refuser le crédit et par conséquent à refuser la garantie réelle (si cette dernière émane du débiteur lui-même).
[228] Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, 2004, Defrénois, n°273, p. 106.
[229] À propos du cautionnement : O. GOUT, JCP, Ed., 9 mars 2000, n°10, p. 418 ; D. HOUTCIEFF, RTD civ. 2003, n°1, p. 3 ; Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, 1979, n° 333, p. 436.

81. En application du principe de la liberté du choix du cocontractant, le créancier est libre de choisir son garant[230]. Le caractère *intuitu personae* du cautionnement renforce davantage cette liberté puisque le créancier est tout à fait libre d'imposer des critères purement subjectifs, du moment que ces derniers reposent sur des motifs légitimes permettant de palier le risque de l'opération. C'est ainsi que selon un arrêt rendu le 19 mars 2003 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, il n'apparaît pas anormal qu'un bailleur se constitue des sûretés de nature à garantir le paiement des loyers à proportion des risques de possibles difficultés en cas de défaillance des preneurs et, au regard du droit international, il est plus difficile pour un ressortissant d'un état membre de l'Union européenne de faire valoir ses droits à l'extérieur de l'Union[231].

Le principe de la liberté du choix du cocontractant est en réalité principalement exercé par le créancier qui reste extrêmement attentif lors du choix du garant.

82. Comme nous venons de le voir, l'influence de la liberté contractuelle dans les sûretés personnelles est prépondérante. Il était, à notre sens, nécessaire d'étudier cette influence au sein des sûretés personnelles déjà intégrées dans le droit français afin d'être en mesure d'identifier les potentielles sûretés personnelles qui naîtront de la volonté des parties. Cette étude a démontré que la création d'une sûreté personnelle nécessite d'une part, une manifestation intérieure plus mobilisatrice de la volonté par rapport aux sûretés réelles ; d'autre part une manifestation extérieure matérialisée par des principes légaux qui contribuent à la reconnaissance théorique de la liberté de créer une sûreté personnelle.

83. Le principe de la liberté contractuelle et celui de l'autonomie de la volonté dont il est une conséquence justifient ensemble la possibilité pour les parties de créer de nouvelles sûretés personnelles. Cependant, on ne saurait ignorer les manifestations, cette fois-ci, de l'ordre public qui, depuis plusieurs décennies, remettent en cause

---

[230] Exception faite du cautionnement légal ou judiciaire.

[231] C. Cass., 3e civ. 19 mars 2003, n°01-03.730, *Bull. civ.* III n°65 ; L'arrêt souligne néanmoins que serait contraire aux articles 1er de la loi du 6 juillet 1989, 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 26 du Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques, l'exigence d'une caution en raison de l'appartenance du locataire à un groupe ethnique particulier.

l'efficacité des sûretés personnelles traditionnelles. Pour autant, nous verrons que l'influence de l'ordre public traditionnel du droit des contrats est limitée et ne fait point obstacle à l'imagination des parties.

§2. UNE INFLUENCE LIMITÉE DE L'ORDRE PUBLIC TRADITIONNEL DU DROIT DES CONTRATS

84. La reconnaissance théorique des sûretés personnelles créées *ex nihilo* par les parties ne souffre d'aucune contestation dans un système, comme nous l'avons vu, reposant sur la liberté contractuelle. Cela étant, la liberté contractuelle, malgré sa prépondérance, ici, dans la technique, ne saurait « *déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*[232] ». Même si elles constituent des contrats spéciaux[233], les sûretés personnelles ne sont pas moins soumises à l'ordre public traditionnel du droit des contrats. Ainsi, au stade de leur naissance, il convient de rechercher quelle est l'influence de cet ordre public dans la double étape que les parties devront franchir, à savoir : la détermination du contenu[234] et la détermination de la forme que prendra ce contenu. Cette analyse révèle une influence limitée de l'ordre public tant en ce qui concerne le contenu (**A**) qu'en ce qui concerne la forme (**B**).

A. L'INFLUENCE LIMITÉE DES RÈGLES IMPÉRATIVES RELATIVES AU CONTENU DU CONTRAT

85. Le contrat est un accord de volonté destiné à créer des obligations. Or, pour produire cet effet créateur, il doit, aux termes de l'article 1134 du Code civil, être « *légalement formé* ». C'est-à-dire qu'il doit respecter les conditions que la loi exige pour

[232] Art 1102, al. 2, C. civ.
[233] À défaut d'un régime spécial consacré par le législateur, la soumission des sûretés personnelles, *a fortiori,* celles innomées, au droit commun des contrats est évidente et inévitable. En tout état de cause, il s'agit de contrats au sens commun du terme.
[234] Nous considérons, en effet, que la constitution d'un tel acte suppose, au préalable, la conception de son contenu d'un commun accord entre les parties, avant sa mise en forme définitive.

sa validité. Si ces exigences ne sont pas respectées, la sanction, en principe, est la nullité. Depuis l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le législateur a apporté des modifications aux conditions de validité du contrat[235]. Le nouvel article 1128 qui énumère les conditions de validité du contrat s'inscrit en partie dans la continuité du droit antérieur et, en partie, dans une rupture relative par rapport aux textes antérieurs. Ainsi, l'article 1128 énonce que sont nécessaires à la validité d'un contrat : « *1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain* ». On le voit, le consentement et la capacité des parties sont toujours exigés. On notera seulement qu'il n'est plus question du seul consentement ou de la seule capacité de celui qui s'oblige[236]. En revanche, la référence à l'objet et à la cause du contrat est remplacée par la référence à son contenu. Que faut-il comprendre par cette notion de contenu qui, nous dit le texte, doit être licite et certain ?

86. Si l'on se réfère aux autres dispositions issues de l'Ordonnance qui en traitent, on constate que cette modification terminologique est plus apparente que réelle et que la notion de contenu renvoie bien, de fait, à celles d'objet et de cause. En effet, s'agissant de l'objet du contrat, il est inclu en tant que tel dans la notion de contenu du contrat. C'est le cas notamment à l'article 1163[237].

87. S'agissant de la cause, les choses sont plus compliquées. Formellement, le mot ne figure plus dans les textes, de sorte que le concept disparaît véritablement du Code. Mais les fonctions que la cause remplit se trouvent assurées autrement, au sein même des dispositions relatives au contenu du contrat, de sorte que la disparition de la cause est plus nominale que substantielle. Il serait dès lors plus approprié de parler de contrepartie de l'engagement. En effet, l'article 1163 précédemment cité fait par

---

[235] Selon l'ancien article 1108 du Code civil : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :-Le consentement de la partie qui s'oblige ; -Sa capacité de contracter ; -Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; -Une cause licite dans l'obligation.* »

[236] Un contrat peut, en effet, ne prévoir d'obligations qu'à la charge d'une des parties. Pour autant, le consentement ou la capacité de l'autre partie sont tout aussi requis.

[237] Art. 1163 C. civ. : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.*
Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.
La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

exemple référence au « but » du contrat, ce qui correspond, au moins, à la cause subjective de l'engagement, en l'occurrence, du garant.

L'article 1128 n'opère donc pas de modification fondamentale du droit antérieur. Si les termes changent, les concepts sont maintenus.

88. Intéressons-nous, à présent, à l'influence de ces conditions de validité sur le l'activité créatrice des sûretés personnelles. S'agissant du consentement, nous avons déjà développé à suffisance le processus de la rencontre des volontés ainsi que la prépondérance de la liberté contractuelle. Quant à la condition relative à la capacité, elle ne retiendra pas plus que cela notre attention puisqu'elle ne constitue pas un obstacle particulier à l'activité créatrice des parties[238]. D'autant plus que, depuis 1804, par exception à la règle de l'*accessorium principale sequitur,* le législateur[239] a toujours admis le maintien du cautionnement lorsque la caution s'est engagée en ayant connaissance de l'absence de capacité du débiteur principal personne physique[240]. Par contre la condition relative au contenu, qui renvoi, on l'a vu, implicitement à l'objet et la cause, mérite davantage de développements.

89. De prime abord, il faut noter que la réglementation du contenu portant sur l'objet et la cause de l'engagement, n'a qu'une influence limitée sur le cautionnement. Dans le contrat de cautionnement, la cause est double. Objectivement, elle vise à permettre au débiteur principal d'obtenir son crédit[241] mais subjectivement, elle demeure toujours variable et appartient à chaque garant[242]. Le contrôle de la licéité et de la moralité est largement absorbé par le caractère accessoire du cautionnement. En effet, le contrat de cautionnement n'est privé d'effet que si la cause du contrat principal est déclarée illicite ou immorale. Or, l'illicéité ou l'immoralité d'une opération de crédit n'est pas si fréquente[243]. C'est pourquoi, dans la pratique, c'est l'hypothèse de la disparition de la cause de l'engagement qui est le plus souvent avancée[244]. Pourtant, la

---

[238] M. BOURASSSIN, *L'efficacité des garanties personnelles,* préf. JOBARD-BACHELIER (M.-N.) et BRÉMOND (V.), L.G.D.J, coll. Bibl. dr. priv., t. 456, 2006, n° 691.

[239] La finalité de ce tempérament au caractère accessoire vise non pas à protéger les intérêts des créanciers, mais à faciliter l'accès au crédit des incapables. V. M. BOURASSIN, *op. cit.,* n° 588.

[240] La réforme de 2021 reprend la substance de l'ancien article 2289 au nouvel article 2293.

[241] Ph. SIMLER, *« Cautionnement. Caractères généraux et conditions d'efficacité », JCl. Civil Code,* 1er juin 2022, synthèse, n° 31 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 111.

[242] La cause, dans ce cas, peut être professionnelle, familiale etc. V. M. BOURASSIN, th. *op. cit.,* n° 291.

[243] Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 196.

[244] Et non celle de son absence *ab initio.*

jurisprudence est restée ferme à l'égard de ce fondement[245], de sorte que ni la cause objective, ni la cause subjective n'a pu justifier la remise en cause de l'engagement[246]. Il en va de même en ce qui concerne l'objet. Le caractère accessoire du cautionnement réduit l'influence de cette condition de validité. Certes, le contrat de cautionnement sera illicite si l'obligation du débiteur l'est ; par contre l'hypothèse d'une illicéité du cautionnement sans l'illicéité de l'obligation principale est rarissime[247]. Ainsi, dans la sûreté modèle que représente le cautionnement dans la catégorie des sûretés personnelles, la règlementation relative au contenu n'a qu'une influence marginale sur l'engagement de la caution. Qu'en est-il, à présent, des sûretés personnelles imaginées par les parties ?

90. En réalité, à l'instar de l'influence limitée de l'objet et de la cause dans le contrat de cautionnement, les choses ne se présentent guère différemment à l'égard des autres garanties personnelles y compris celles issues de la volonté des parties. En effet, si pendant longtemps l'indépendance opérée par la garantie autonome avec l'obligation principale a suscité l'interrogation de la doctrine[248], sa reconnaissance par la jurisprudence[249] et sa consécration par le législateur en 2006 ont vite dissipé les doutes quant à la validité du mécanisme. Avant que la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 ne confirme la validité de la garantie autonome, la Cour de cassation a validé l'indépendance du mécanisme en jugeant que « *même si l'engagement de la banque avait pour cause le contrat de base dont la nullité était alléguée, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande, ne pouvait se dérober à cette obligation*[250] ». L'article 2287-1 du Code civil issue de la réforme de 2006 a été reproduit à l'identique

---

[245] C'est le cas notamment du dirigeant s'étant porté caution pour une durée illimitée des dettes de la société et qui se voit actionné alors qu'il n'en a plus le contrôle. C'est le cas encore lorsqu'il y a cession des parts sociales, ou encore en cas de divorce des époux cautions l'un de l'autre.

[246] Par exemple : Cass. com. 3 nov. et 6 déc. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 283 et 334 ; *D. 1989,* p. 185, note L. AYNÈS : La banque informée de la cession des parts sociales ne commet pas de faute à ne pas avertir le dirigeant de sa possibilité de résilier son engagement.

[247] N. BORGA, « *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés* », *th.* 2009, Préf. S. PORCHY-SIMON, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, n° 60.

[248] Cette dernière considérait majoritairement qu'une garantie personnelle trouvait sa cause dans le rapport principal d'obligation entre le débiteur et le créancier. Ce détachement avec l'obligation principale peut également être observé dans les mécanismes de la délégation imparfaite, les garanties financières, le crédit documentaire irrévocable…

[249] Cass. com. 20 déc. 1982, deux arrêts, *D.* 1983, Jur., p. 365, note M. VASSEUR ; *RTD com.* 1983, p. 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

[250] Cass. com. 20 déc. 1982 *op. cit.*

par l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021. La formule d'énonciation du texte perdure et conduit ainsi à ne pas exclure que la pratique use d'autres formes de garanties personnelles non codifiées.

91. Ainsi, ni l'objet, ni la cause (ou la contrepartie), ni le caractère accessoire par absorption de l'objet et de la cause ne sont susceptible de faire obstacle à l'activité créatrice des parties dans leur quête de la sûreté personnelle la plus efficace. De même que la règlementation relative au contenu de l'engagement, les règles relatives à la forme constitutive ne présentent pas non plus d'obstacle majeur à la création des sûretés personnelles par les parties.

B. L'INFLUENCE LIMITÉE DU FORMALISME

92. À l'issue de la manifestation intérieure de la volonté de constituer une sûreté personnelle et après avoir déterminé sur quoi portera le contrat, c'est-à-dire son contenu, les parties devront désormais matérialiser l'expression de leur volonté. La forme constitutive du contrat résulte de cette matérialisation de la volonté. Il convient de rechercher si la forme constitutive du contrat peut représenter un obstacle à l'activité créatrice des sûretés personnelles.

93. Les sûretés personnelles sont traditionnellement considérées comme des contrats consensuels. Le seul échange des consentements entre le garant et le créancier suffit, en principe, pour former le contrat. En effet, comme tous les contrats, conformément à l'article 1102 du Code civil, les parties sont libres de choisir « *[…] la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Pour ce qui concerne les limites fixées par la loi en la matière, elles n'ont qu'une influence marginale sur les sûretés personnelles dans la mesure où seul le contrat de cautionnement est soumis à un régime formaliste impératif[251]. Pour ce qui concerne les autres sûretés personnelles codifiées, elles ne connaissent pas un tel régime formaliste. Il en résulte que ces sûretés demeurent des contrats consensuels. Après avoir vérifié la forme consensuelle de ces

[251] Le cautionnement est la seule sûreté personnelle qui fait l'objet de l'exigence de mentions manuscrites requises à titre de validité. En effet, au bout d'une longue construction jurisprudentielle et par des lois spéciales, par la faveur de la réforme du 15 septembre 2021, le législateur a consacré dans le Code civil à l'article 2297 la mention manuscrite *ad validitem.*

sûretés, il conviendra de rechercher quelle forme prendra la sûreté personnelle nouvellement créée par les parties. À l'instar des contrats d'un point de vue général, le principe en matière de constitution des sûretés personnelles, demeure la liberté du choix de la forme constitutive.

Ainsi, le principe du consensualisme a vocation à s'appliquer parfaitement aux sûretés alternatives codifiées par le Code civil, à savoir la garantie autonome et la lettre d'intention. Le Code civil n'exige aucune forme particulière pour l'expression de la volonté des parties. Elles sont soumises au droit commun du contrat en ce qui concerne la forme : l'article 1102 du Code civil.

94. De même, le principe a également vocation à s'appliquer aux autres mécanismes du droit des obligations utilisés par la pratique, dans sa quête de solutions de substitution au cautionnement, pour leur faire jouer un rôle de garantie : tel est le cas du porte-fort[252], de la solidarité[253] ou encore de la délégation[254]. L'application du principe du consensualisme n'a pas suscité au sein de ces mécanismes autant de débats doctrinaux et jurisprudentiels qu'en ce qui concerne le cautionnement. Soulignons cependant que, à l'instar du cautionnement, la combinaison de la mention manuscrite de l'article 1376 du Code civil et de l'article 1204 du même Code consacrant la promesse de porte-fort, a soulevé un débat jurisprudentiel, qui s'est soldé, comme nous le verrons, par un retour à l'orthodoxie juridique réaffirmant le principe de la liberté de la forme constitutive.

Le consensualisme de principe du Code civil en matière de sûreté personnelle contraste avec le formalisme imposé en matière de sûreté réelle, qui vise en réalité à protéger le constituant contre le danger de l'endettement engendré par le crédit dont la sûreté est la condition de l'obtention[255]. L'examen du régime des sûretés personnelles sur la question conduit à une approche différente. En effet, leur régime est traditionnellement commandé par la doctrine de l'autonomie de la volonté. Or,

---

[252] Cass. com. 18 juin 2013, *Bull. civ.* IV, n°105 ; *JCP éd. G* 2013, p. 2186, obs. Ph. SIMLER.

[253] Aux termes de l'article 1310 du Code civil, « *[…] elle ne se présume pas* ». La solidarité être expressément stipulée et doit donc résulter d'une manifestation positive de volonté. Toutefois, à l'instar de l'article 2292 du Code civil, elle ne requiert aucune formule sacramentelle.

[254] Req. 19 déc. 1923 : S. 1924. 1. 111 ; *Gaz. Pal.* 1924. 1. 397 ; *DP* 1925. 1. 9, note H. CAPITANT.

[255] V. M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.* n° 116 ;

cette doctrine conduit *nécessairement* à octroyer aux parties une liberté quant à la forme de la convention. Il ne fait donc pas de doute que la forme constitutive du contrat de garantie personnelle ne présentera pas d'obstacle à la liberté des parties de créer une sûreté personnelle nouvelle. Cependant, elles ne sont pas en mesure de déroger aux termes de l'article 1376 du Code civil.

95. En marge du cautionnement, l'appréciation de la portée de l'exigence manuscrite de l'article 1376 du Code civil au sein des autres garanties personnelles suscite moins de controverses. En effet, s'agissant de la garantie autonome, la mention manuscrite de l'article 1376 a vocation à s'appliquer puisqu'il s'agit bien d'un contrat unilatéral par lequel le garant s'engage à payer une somme au bénéficiaire sans que celui-ci soit tenu d'une contrepartie à son égard[256]. L'acte de garantie autonome irrégulier constitue un commencement de preuve pouvant être complété par des éléments extrinsèques[257].

En ce qui concerne la lettre d'intention, elle ne révèle pas davantage de difficulté. C'est une sûreté dont la formation est profondément consensuelle. Sur le plan de la preuve, aucun formalisme n'est requis. Ceci, pour la simple raison que l'article 1376 du Code civil ne concerne que les contrats unilatéraux et non les obligations de faire ou de ne pas faire[258]. Le texte se trouve, dès lors, exclu du domaine de la lettre d'intention quand bien même l'obligation de l'émetteur de la lettre résulterait d'une obligation de résultat[259].

De même, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en considérant l'obligation de faire du porte-fort d'exécution comme étant une obligation de résultat, en a déduit l'exclusion de l'article 1376 du porte-fort d'exécution[260]. Notons toutefois que le raisonnement opéré par la Cour semble fragile. En effet, déduire de la

---

[256] Cass. com., 22 nov. 1996 : JCP 1997, I, 4033, n°10, obs. SIMLER ; RTD civ. 1997, p. 183, obs. BANDRAC.
[257] Cass. com., 10 déc. 2002 : JCP 2003, I, 176.
[258] Ph. SIMLER, « *Les solutions de substitution au cautionnement* », JCP 1990, I, 3427, n°21 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 461 ; A. BAC, « *La lettre d'intention ou le dilemme liberté/ sécurité* », Droit et patrimoine 1999, n°67, p. 51
[259] Cass. com., 17 déc. 2002 : RD bancaire et financier 2003, n°73, obs. LEGEAIS ; JCP 2003, I, 176, n°13, obs. SIMLER ; RJDA 12/2003, n°1254.
[260] Cass. com., 18 juin 2013, *Bull. civ.*, IV, n° 105 ; *Banque et droit* juill.-août 2013, n° 150, p. 40, N. RONTCHEVSKY ; *RTD civ.* 2013, p. 653, obs. P. CROCQ ; *Dr. et patrimoine* févr. 2014, n° 233, p. 65, obs. Ph. DUPICHOT.

qualification de l'obligation de faire l'inapplicabilité de la mention manuscrite de 1376, c'est altérer le sens du texte. La règle porte sur la nature de l'obligation et non sur l'objet de l'obligation. À cet égard, l'on doit mentionner l'analyse de Ch. GIJSBERS[261]. À partir du moment où la somme due par le porte-fort n'est pas déterminée au jour de la conclusion de l'acte, l'auteur suggère que la jurisprudence transpose le régime du porte-fort sur celui du cautionnement indéfini, pour lequel la jurisprudence exige que la caution « *exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite* »[262].

96. En définitive, au sein des garanties personnelles, la portée de la mention manuscrite de l'article 1376 se limite à une règle de nature probatoire[263]. Comme nous l'avons vu, à l'égard de certaines, elle est même exclue[264] et ce, malgré les critiques portées sur l'interprétation du texte par la jurisprudence dans ces mécanismes. Ainsi, le Code civil, la jurisprudence ainsi que la doctrine parlent d'une même voix et par la même occasion, donnent objectivement la parole aux parties en ce sens que l'expression de leurs volontés n'est point renfermée dans le mode d'expression exclusif des mentions manuscrites. On en déduit que toute sûreté personnelle nouvellement créée par les parties pourra être constituée par le simple échange de consentement des parties, sans formalisme particulier. Les parties devront veiller au respect des dispositions de l'article 1376 du Code civil sans que les manquements à ce texte ne puissent être de nature à remettre en cause leur engagement. Partant, théoriquement, aucune règle juridique n'est de nature à faire obstacle à la liberté de créer une sûreté personnelle.

* *
*

[261] V. obs. sous Cass. com., 18 juin 2013, *RLDC* sept. 2013, n° 107, p. 35, Ch. GIJSBERS.
[262] V. en ce sens, Cass. 1re civ., 4 févr. 1986, *Bull. civ.* I, n°49, p. 46 ; *Précédemment,* Cass. 1re civ., 18 juin 1985 : *Bull. civ.* I, n° 188, p. 169.
[263] Le mandat sous-seing privé de se porter caution est également soumis à la mention manuscrite de l'article 1376 : V. en ce sens, Cass. 1re civ., 31 mai 1988 : *Bull. civ.* I, n° 163, p. 113 ; *D* 1989, somm. p. 289, 1re esp., obs. L. AYNÈS.
[264] Dans cette catégorie on peut mentionner, outre le porte-fort et la lettre d'intention, le cas de la solidarité adjointe. V. en ce sens, Cass. 1re civ., 17 novembre 1999 : *Bull. civ*. I, n°309.

97. Conclusion de la section 1. Sur le plan théorique, la liberté contractuelle s'exprime de manière prépondérante dans la technique des sûretés personnelles. L'analyse détaillée de cette influence au sein des sûretés déjà consacrées par le droit français révèle des éléments essentiels pour appréhender les potentielles sûretés personnelles issues de la volonté des parties. Nous avons constaté que la création d'une sûreté personnelle exige une mobilisation intérieure distinctive de la volonté, se démarquant notamment des sûretés réelles. De plus, cette volonté trouve une matérialisation externe à travers des principes légaux, contribuant ainsi à la reconnaissance théorique de la liberté de créer une sûreté personnelle.

C'est bien le principe de la liberté contractuelle, intrinsèquement lié à l'autonomie de la volonté, qui légitime la possibilité offerte aux parties de concevoir de nouvelles sûretés personnelles. Cependant, il est essentiel de ne pas sous-estimer les manifestations de l'ordre public, qui depuis plusieurs décennies, remettent en question l'efficacité des sûretés personnelles traditionnelles. Néanmoins, notre examen démontre que l'influence de l'ordre public traditionnel du droit des contrats demeure limitée et n'entrave pas significativement la créativité des parties.

La portée de la mention manuscrite de l'article 1376 du Code civil en est un exemple. Cette mention, plutôt qu'une règle contraignante, se profile davantage comme une règle de nature probatoire. L'examen minutieux de son application révèle que son impact est même exclu pour certaines garanties personnelles et ce, malgré les critiques formulées à l'égard de l'interprétation jurisprudentielle. Ainsi, le Code civil, la jurisprudence et la doctrine convergent pour reconnaître la parole des parties, autorisant l'expression de leur volonté en dehors des strictes contraintes des mentions manuscrites.

En conséquence, toute sûreté personnelle créée par les parties peut théoriquement être constituée par un simple échange de consentement, sans formalisme particulier. Les manquements éventuels à l'article 1376 ne devraient pas remettre en cause leur engagement. Aucune règle juridique théoriquement établie ne doit constituer un obstacle majeur à la liberté de créer une sûreté personnelle.

On relèvera, par ailleurs, que les réformes successives du droit des sûretés consacrent de manière plus concrète une conception libérale du droit des sûretés personnelles.

SECTION 2

LA RECONNAISSANCE PRATIQUE DE LA LIBERTÉ DE CRÉER UNE SÛRETÉ PERSONNELLE

98. Bien avant la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006, la majorité de la doctrine reconnaissait déjà aux parties la liberté de créer de nouvelles sûretés personnelles. L'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 n'a pas apporté de modification à l'article 2287-1 qui énonce les sûretés personnelles régies par le Code. L'activité créatrice de la volonté se trouve ainsi stimulée par l'absence de tout *numerus clausus* en la matière (**§1**). Dans la continuité de cette interprétation libérale du texte, on note que le droit positif se refuse d'aligner le caractère accessoire du cautionnement à l'ensemble des sûretés personnelles, pas plus qu'elle n'impose aux parties des critères de qualification précis aux nouvelles formes de garanties personnelles. Une telle conception libérale du droit des sûretés personnelles ne peut conduire qu'à une reconnaissance juridique des sûretés personnelles innomées (**§2**).

§1. UNE ACTIVITÉ CRÉATRICE STIMULÉE PAR L'ABSENCE D'UN *NUMERUS CLAUSUS*

99. L'absence d'un *numerus clausus* des sûretés personnelles (**A**) a ouvert non seulement la voie à la consécration des sûretés personnelles d'origine volitives (**B**), mais également à la reconnaissance de nombreux mécanismes issus du droit commun des contrats (**C**).

A. LA CONSÉCRATION DE L'ABSENCE DU *NUMERUS CLAUSUS*

100. Il est classique de souligner que dans la doctrine, le principe de la liberté contractuelle est le terreau fertile et favorable à l'éclosion des sûretés personnelles[265]. L'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 a renforcé davantage l'emprise du principe de la liberté contractuelle sur la création de nouvelles formes de garanties personnelles. L'article 2287-1 du Code civil dispose que *« les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention »*. Si le texte énonce les trois formes de sûretés personnelles régies par le Code, il n'exclut cependant pas la possibilité pour les parties d'en constituer d'autres. En effet, la doctrine est unanime sur la portée du texte ; elle considère que la liste des sûretés consacrées par le législateur n'est pas limitative[266]. C'est pourquoi, la jurisprudence a admis la validité, outre de la garantie autonome et de la lettre d'intention avant leur consécration par l'Ordonnance de 2006, de celle de nombreux mécanisme du droit commun utilisés par les parties à titre de garantie. C'est le cas notamment de la délégation-sûreté, de la promesse de porte-fort d'exécution, de l'engagement de codébiteur solidaire… Dès lors, la consécration légale des sûretés personnelles d'origine volitives ainsi que la reconnaissance jurisprudentielle de celles issues des mécanismes du droit commun réaffirment l'absence d'un *numerus clausus* et laissent le champ libre à l'imagination des parties.

B. LA CONSÉCRATION LÉGALE DES SÛRETÉS PERSONNELLES D'ORIGINE VOLITIVES

[265] Ch. MOULY, *« Pour la liberté des garanties personnelles », Banque et Droit,* 1987, p. 1166 ; Voir également : L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, L.G.D.J, 13e éd., 2019, n°319 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit* LGDJ, 2016, 11è éd., n°34 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes,* Litec, 3e éd., 2000, n°920 ; P. CROCQ, *Propriété et garanties,* LGDJ, 1995, Bibl. dr. privé, T. 248, préf. M. GOBERT.
[266] V. notamment, D. HOUTCIEFF, *« Les sûretés personnelles », in Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G,* suppl. au n°20, 17 mai 2006, p. 7 et s. ; N. RONTCHEVSKY, *« Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », in La réforme du droit des sûretés,* Dossier, *D.* 2006, p. 1303 et s.

101. Le Code napoléon n'a connu qu'une seule sûreté personnelle : le cautionnement. Longtemps traité par certains auteurs au titre de petits contrats[267], le cautionnement, au fil des décennies sera propulsé au rang de sûreté personnelle de référence. Depuis l'Ordonnance du 23 mars 2006, les sûretés personnelles font l'objet d'un Titre premier du Livre quatrième du Code civil. Notons que cette Ordonnance, en ce qui concerne le cautionnement, s'est contentée d'un simple déplacement assorti d'une renumérotation[268], et donnait à l'article 2288 une définition du cautionnement à partir de la caution[269]. Certes, cela revient au même ; néanmoins il en résulte que la nature volitive par essence du mécanisme et de son influence, même au stade de son appréhension par le législateur[270], semblent incontestables.

Ainsi, nous pouvons affirmer que le droit du cautionnement fait preuve d'une certaine pérennité dans le droit français. Toutefois, il est difficile d'étendre cette pérennité à la stabilité de la matière. En effet la croissance fulgurante du cautionnement depuis 1804 ne s'est pas fait sans heurt et sans distorsion[271]. La multiplication du contentieux en la matière, l'apparition d'une protection accrue au bénéfice de la caution, le manque de prévisibilité… sont tant de raisons qui ont contribué à l'affaiblissement du cautionnement[272]. Ce mouvement d'action, à la tête duquel on retrouve le législateur et la jurisprudence, a fait face à un mouvement de réaction qui est celle de la pratique[273].

---

[267] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n°105 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur,* LGDJ, 10e éd., 2004, p. 339 et s. ; R.- T TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du cautionnement et des transactions,* T.17, 1846 ; L.-V, GUILLARD, *Traité du cautionnement et des transaction*, A. Pédone, 2e éd., 1895 ; Ph. SIMLER, *« Les solutions de substitution au cautionnement »,* JCP G, 1990, I, 3247, n°1.

[268] G. PIETTE, *« Le cautionnement personnel » in La réforme du droit des sûretés*, dir. L. ANDREU, M. MIGNOT, *Coll. Colloques & Essais,* p. 55.

[269] L'essentiel des textes relatifs au cautionnement n'a que peu évolué de 1804. Encore aujourd'hui, nombreux sont les textes rédigés par les rédacteurs du Code Napoléon qui demeurent toujours dans le Code civil.

[270] Les rédacteurs de l'avant-projet de réforme proposent une définition orientée davantage sur le cautionnement que sur son caractère contractuel en l'article 2288-1, selon lequel *« le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci ».*

[271] Ph. SIMLER, *« Les solutions de substitution au cautionnement »,* JCP G, 1990, I, 3247, n°1.

[272] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n°24 et s. ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n°22 ; D. LEGEAIS, *op. cit.* n°39 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n°9 et s.

[273] M. MIGNOT, *op. cit.*, n°39.

C'est ainsi, que la pratique a su tirer parti du principe de la liberté contractuelle qui existe en droit des sûretés, générant la création de garanties personnelles beaucoup plus sévères pour le garant, et par conséquent plus sûres pour le créancier.

102. La garantie autonome et la lettre d'intention ont été reçues dans notre ordre juridique[274] au nom de l'article 1103 du Code civil[275]. La liberté contractuelle est sans aucun doute à l'origine de la garantie autonome et de la lettre d'intention[276]. La reconnaissance de ces sûretés personnelles au sein de notre système juridique a précédé leur consécration législative. En effet, les règles qui gouvernent ces mécanismes faisaient déjà l'objet de discussions au sein de la doctrine et de la jurisprudence. En atteste, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 15 juin 1973[277] où, à la question de savoir si, alors que le Code civil ne règlementait que le cautionnement, les parties étaient libres d'en créer de nouvelles sur le fondement de la liberté contractuelle, les juges du fond ont tranché en faveur d'un *numerus clausus* des sûretés personnelles. Cette position qui, en clair, se résumait au fait qu'il ne pouvait exister qu'une seule forme de sûreté personnelle, à savoir celle prévue par la loi (donc le cautionnement), était opposée à celle de nombreux auteurs[278]. Selon le Professeur VASSEUR, *« pour qu'il ait garantie indépendante, il n'est nullement nécessaire qu'un texte l'ait prévue et consacré […] »*[279]. Dans le même ordre d'idées, J. STOUFFLET et Ch. GAVALDA soulignaient que « *le droit français offre une suffisante souplesse pour accueillir un mécanisme mis au point par la pratique commerciale internationale par référence à d'autres systèmes juridiques […] »*[280]. La consécration jurisprudentielle est finalement venue près

[274] Depuis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.
[275] Anciennement l'article 1134.
[276] Pour Ph. DUPICHOT, la garantie autonome et la lettre d'intention sont des « *filles de la liberté contractuelle* », Ph. DUPICHOT, *op. cit. n°15 ;* Déjà en ce sens, avant la réforme de 2006, D. HOUTCIEFF, « *Le droit des sûretés hors le Code civil* », LPA 22 juin 2005, n°123, p. 8, n°2, lorsque l'auteur affirme qu' « *elles (la garantie autonome et la lettre de confort) sont au contraire filles de la liberté contractuelle qu'il consacre* ».
[277] CA Paris du 15 juin 1973, *Rev. Jur. Comm* 1973 p. 273.
[278] Sur la question de la transposition de la garantie autonome en droit interne, voir Y. POULLET, « *Les garanties contractuelles dans le commerce international* », DPCI, septembre 1979, p.387.
[279] M. VASSEUR, obs. sous Paris, 8 déc. 1977, 22 juin 1978 et 14 nov. 1979, D. 1979, p. 259.
[280] Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, « *La lettre de garantie internationale* », *RTD com.* 1980, p. 1, n°12.

de dix ans plus tard à l'occasion de l'affaire « *Creusot-Loire* »[281]. Dans l'un des deux arrêts du 20 décembre 1982 consacrant la garantie autonome, la Chambre commerciale considère que l'engagement pris par le garant autonome est « *régi par les seules dispositions de la lettre de garantie* ».

103. Avec du recul, on note cependant que l'affirmation est assez largement exagérée car une garantie autonome est soumise, en toute circonstance, au droit commun des contrats et pas uniquement à la lettre du contrat qui lui donne naissance. Cela démontre, au demeurant, la force particulière que la Cour de cassation concède à la volonté dans les sûretés personnelles.

À l'instar des garanties autonomes, la lettre d'intention a également fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle. Dans son arrêt de principe en date du 21 décembre 1987[282], la Chambre commerciale consacrait la force obligatoire de la lettre d'intention en précisant qu' « *une lettre d'intention peut, selon ses termes, […] eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel* ».

Les arrêts de principe ayant validé la garantie autonome et la lettre d'intention mettent en avant l'origine volitive de ces sûretés. Il en est de même des mécanismes issus du droit commun des contrats.

C. LA RECONNAISSANCE DE MÉCANISMES ISSUS DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

104. Le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ne sont pas les seules sûretés personnelles du Code civil. En effet, l'article 2287-1 dispose que « *les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention* », ce qui laisse entendre qu'il y aurait d'autres sûretés personnelles non régie par ce titre.

Il a toujours été admis que subsistaient à côté de la sûreté personnelle qu'est le

[281] Cass. Com., 20 déc. 1982, *Bull. civ.* IV, n°417 (un seul arrêt a fait l'objet d'une publication) ; *RTD* com. 1983, p.446, obs M., CABRILLAC et B., TEYSSIÉ ; *JCP E,* 1983, II, 14001, n°116, obs Ch., GAVADA et J., STOUFFLET ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan., p. 146, Obs. A., PIEDELIÈVRE ; *D.* 1983, p. 365, note M., VASSEUR.
[282] Cass. Com., 21 déc. 1987, *Bull. civ.* IV, n°281 ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 344, *obs.* M.-N., JOBARD-BACHELIER ; *D.* 1989, p. 112, *obs.* J.-P., BRILL ; *Bull. Joly* 1988, p. 194, note J.-P., LABORDE.

cautionnement, certaines institutions traditionnelles du droit des obligations qui pouvaient jouer un rôle de garantie[283]. Parmi ces institutions, figurent : la solidarité passive, l'indivisibilité, la délégation imparfaite[284] ou encore la promesse de porte-fort d'exécution[285]. La liste de ces mécanismes du droit des obligations est loin d'être exhaustive puisque certaines formes d'assurance (comme l'assurance-crédit), l'engagement principal de payer la dette d'autrui, appelé, en raison de ses origines romaines, constitut, la clause de ducroire ou encore la cession fiduciaire de créance peuvent également, suivant les circonstances, être utilisés par les parties au titre de sûretés personnelles.

105. La formule de l'article 2287-1 du Code civil, issu de l'Ordonnance du 23 mars 2006 traduit, d'une part, la consécration du produit de la volonté des parties, d'autre part, laisse le champ libre aux procédés classiques du droit commun des contrats, susceptibles d'être mis en œuvre en tant que techniques de garantie.

La formule retenue par l'Ordonnance réaffirme ainsi l'absence d'un *numerus clausus* dans les sûretés personnelles. Elle ne s'oppose pas non plus à ce que les parties puissent faire œuvre de création par-delà les schémas connus de la loi. Rien ne s'oppose ainsi à la reconnaissance juridique des sûretés personnelles innomées.

§2. LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES SÛRETÉS PERSONNELLES INNOMÉES

106. Pour qu'une sûreté personnelle créée *ex nihilo* par les parties soit reconnue au sein de l'ordonnancement juridique, encore faut-il qu'elle présente « *un degré*

[283] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 1216 et 1472 ; D., HOUTCIEFF, « *Les sûretés personnelles* » JCP G 2006, I 3 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 410 ; A. HONTEBEYRIE, « *Régime général de l'obligation et droit des sûretés* » *RLDC* 2014, n° 113, p.77.

[284] Cass. com. 22 juin 1983, *Bull. civ.* IV, n° 183 ; *RTD civ.* 1984, p. 720, obs. J. MESTRE ; Cass. com. 21 juin 1994, *Bull. civ.* IV, n°225 ; *D.* 1995, somm. p.91, obs. L. AYNÈS ; *RTDC civ.* 1995, p.113, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1994, art. 35945, p.1468, note D. MAZEAUD.

[285] Cass. com. 13 dec. 2005, *Bull. civ.* IV, n°256 ; D. 2006, p.298, obs. X. DELPECH ; JCP éd. E 2006, 1342, note P. GROSSER ; RTD civ. 2006, p.305, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RD *bancaire et financier* janv-févr. 2006, comm. 17 obs., D.LEGEAIS ; *JCP éd.* G 2006, , 10021, note Ph. SIMLER ; *Contrats, conc. Consom.* Nov. 2006, comm. 63, obs. L. LEVENEUR ; *RDLC* mars 2006, n°25, p.29, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

d'originalité suffisant[286] » par rapport aux sûretés personnelles nommées. Pour ce faire, le nouveau mécanisme créé par les parties doit avant tout correspondre à l'appellation d'une sûreté personnelle innomée (**A**). Ensuite, il doit être en mesure de proposer un régime autonome (**B**) et enfin imposer la qualification qu'elles auront choisie pour leur contrat (**C**).

A. LA DÉFINITION D'UNE SÛRETÉ PERSONNELLE INNOMÉE[287]

107. De manière générale, le contrat innomé est celui *« qui n'a reçu de la loi ni dénomination spéciale ni réglementation particulière »*. Il s'agirait de tout accord de volonté *sui generis* élaboré en dehors des catégories nommées[288]. Cette première approche de la définition de l'innomé permet de mettre immédiatement le curseur sur *« l'existence ou l'absence d'une réglementation légale et non d'une dénomination propre*[289] *»*. Ainsi, la sûreté imaginée par les parties revêtira la qualité de sûreté personnelle innomée non pas en raison d'une absence de dénomination au sein de la nomenclature des mécanismes juridiques, mais seulement en raison de l'absence d'une réglementation spécifique.

108. Il va sans dire que pour s'inscrire hors du cadre habituel et légal, le contrat innomé devra faire preuve d'originalité dans la technique par rapport aux mécanismes voisins les plus proches. Cela constitue toute la difficulté de la création des contrats innomés au sein des sûretés personnelles. En effet, une originalité artificielle entre la technique proposée par les parties et celle déjà instituée rendrait impossible la distinction entre les mécanismes et donc de caractériser l'activité créatrice de la volonté en la matière. La sûreté personnelle nouvellement créée par les parties doit ainsi proposer un régime autonome des mécanismes déjà existant.

---

[286] N. BORGA, *« L'ordre public et les sûretés conventionnelles », op. cit.,* n° 398 ; V. également, F. TERRÉ, *« L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.,* n° 565 et 604.
[287] Il faut préciser que les orthographes, *« innomé »* et *« innommé »* sont toutes deux admises.
[288] G. CORNU, *op. cit.,* p. 1145.
[289] M. BOURASSIN, *« L'efficacité des sûretés personnelles », thèse, op. cit.,* n° 229.

B. LA NÉCESSITÉ D'UN RÉGIME AUTONOME

109. Pour que la souscription des sûretés personnelles innomées soit reconnue par le droit, elles doivent être pourvues d'une autonomie réelle car « *toute identité de nature implique une identité de régime et […] toute différence de nature implique une différence de régime*[290] ». Ainsi, la reconnaissance juridique des sûretés personnelles innomées ne sera possible que si elles sont en mesure de s'émanciper des caractéristiques essentielles et fondamentales des sûretés personnelles modèles du Code, à savoir : le caractère accessoire (**1**) et le caractère autonome (**2**). Ce n'est que dans une telle hypothèse qu'elles disposeront d'un régime réellement autonome puisqu'elles seront soumises au droit commun des contrats (**3**).

1. La possibilité de déroger au caractère accessoire

110. « *Le principe de l'accessoire est un élément essentiel du cautionnement, mais il ne répond à aucune norme de portée générale qui imposerait d'en étendre l'autorité à d'autres figures juridiques*[291] », affirmaient déjà MM. GAVALDA et STOUFFLET avant la reconnaissance de la garantie autonome par la Cour de cassation. Cette affirmation signifie que rien n'impose de transposer aux autres types de sûretés personnelles les conséquences particulières issues de la relation d'accessoire à principal entretenue par le cautionnement avec le contrat principal. Le caractère accessoire n'est essentiel qu'au cautionnement et non à toute sûreté personnelle. En effet, il est inhérent à sa technique puisque la caution s'engageant à se substituer au débiteur garanti, son engagement dépend de la dette de ce dernier. Techniquement, donc, le caractère accessoire s'impose[292]. La notion d'accessoire est ainsi une caractéristique propre au cautionnement et ne correspond qu'à un critère de catégorisation des différentes sûretés personnelles[293]. Les parties sont dès lors libres de ne faire jouer aucun déterminant au caractère accessoire dans le contrat de sûreté personnelle avec le rapport principal. L'exemple topique de cette liberté de déroger au caractère accessoire

---

[290] J. L. BERGEL, « *Différence de nature (égale) différence de régime* », *RTD civ.* 1984, p. 255 et s., n° 3.
[291] Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, « *La lettre de garantie internationales* », *RTD com.* 1980, p. 1 et s., spéc. n° 11.
[292] J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, t.* VII, sous la direction de Ch. LARROUMET, *Les sûretés personnelles,* Economica, 2004, n° 305.
[293] D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement,* PUAM, 2001, préf. D. LEGEAIS, n° 190 et s.

du cautionnement est sans doute la reconnaissance de la garantie autonome. Mais à l'instar du caractère accessoire, essentiel dans le cautionnement, les parties doivent également pouvoir se détacher du caractère autonome, critère essentiel dans la garantie autonome.

2. La possibilité de déroger au caractère autonome

111. Depuis l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006, une *summa divisio* des sûretés personnelles a émergé. Elle repose, en effet, sur les caractères accessoire et autonome. Nous avons vu que le caractère accessoire était propre au cautionnement et n'était pas de nature à s'imposer aux autres formes de sûretés personnelles. S'agissant du caractère autonome, le même raisonnement s'impose. Aux termes de l'article 2321 du Code civil, le garant autonome « *s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* ». Le garant autonome est ainsi nécessairement tenu d'une obligation monétaire. Le montant de son obligation est définitivement fixé par les parties au jour de la conclusion du contrat. Il n'y a, de ce fait, aucune corrélation entre la créance garantie et le montant dû par le garant autonome. C'est cela qui caractérise l'autonomie de l'objet de ce mécanisme.

112. Par ailleurs, l'autonomie de ce mécanisme est également caractérisée par les nombreuses conséquences que son régime implique. En effet, tenu d'une somme déterminée par les seules parties au contrat, le garant autonome ne saurait invoquer les exceptions liées au contrat de base pour se décharger de son obligation. Il est tenu à titre personnelle d'une dette qui n'est pas celle du débiteur[294] ; par conséquent il est soumis à l'inopposabilité des exceptions. Il ne peut invoquer les exceptions nées du contrat constitutif de la sûreté. Par conséquent, l'obligation du débiteur ne saurait influer ni sur la nature de l'obligation du garant ni sur son étendue[295].

---

[294] V. Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires,* LexisNexis, coll. Traités, 5e éd., 2015, n° 47.
[295] L. AYNÈS obs. sous Cass. com., 11 juin 2002, *D.* 2002, somm., p. 3332, spéc. p 3333.

113. De la même manière que le caractère accessoire constitue un critère propre au cautionnement, le caractère autonome est constitutif de la singularité de la garantie autonome. L'indépendance de la garantie personnelle est considérée comme un facteur d'efficacité objective[296] car réduisant les risques de contestation du garant. La reconnaissance de la garantie autonome offre aux parties un choix reposant sur une technique différente de celle du cautionnement. Sa figure n'est dès lors pas de nature à s'imposer aux parties qui souhaiteraient constituer une sûreté personnelle innomée.

114. Finalement, ni le caractère accessoire du cautionnement, ni le caractère autonome de la garantie autonome n'a vocation à se transposer aux autres sûretés personnelles innomées. Au contraire, c'est leur émancipation vis-à-vis des caractéristiques essentielles des sûretés personnelles nommées qui attestera de leur originalité. Ce n'est qu'à ce moment qu'elles seront, en tant que sûretés personnelles innomées, soumises au droit commun des contrats.

3. La soumission au droit commun des contrats

115. Nous l'avons vu, l'interprétation *a contrario* de l'article 2287-1 du Code civil induit la possibilité pour la pratique de s'écarter des sûretés personnelles modèles prévus par la loi au profit de celles véritablement nouvelles, fruits de leur propre volonté. Il a également été démontré que ces sûretés nouvelles ne seront véritablement considérées comme telles que si elles présentent suffisamment d'originalité en dérogeant aux critères accessoire et autonome caractérisant respectivement le cautionnement et la garantie autonome. Le régime du fruit d'une telle activité créatrice des parties est soumis aux règles du droit commun des contrats.

116. La soumission du régime des sûretés personnelles innomées au droit commun des contrats se vérifie aisément lorsque l'on se penche sur le fondement des arrêts de la Cour de cassation qui ont validé les mécanismes de la garantie autonome et de la lettre d'intention avant leur consécration par la réforme de 2006. C'est en raison de l'influence de la liberté contractuelle dans la technique des sûretés personnelles dont nous avons démontré la prépondérance[297], que ces mécanismes ont pu intégrer le droit

[296] M. BOURASSIN, « *L'efficacité des sûretés personnelles* », *op. cit.*, n° 374.
[297] V. Chapitre1, Section 1, §1.

français. En effet, le principe de la liberté contractuelle qui résulte lui-même de celui de l'autonomie de la volonté est le fondement employé par la jurisprudence de la Cour de cassation[298]. Ce fut le cas, en ce qui concerne la majorité des arrêts ayant validé la garantie autonome[299]. Sans faire un usage systématique du visa de l'ancien article 1134 du Code civil[300], c'est sur les dispositions du droit commun des contrats consacrant la souveraineté de la loi contractuelle que la Cour de cassation s'est également appuyée pour valider la lettre d'intention[301] et les mécanismes issus du droit des obligations utilisés à titre de garantie[302]. Par conséquent, la sûreté personnelle innomée créée par les parties suivra le même schéma de reconnaissance et d'insertion dans le droit français. Le fondement de cette reconnaissance portera naturellement sur les dispositions du droit commun des contrats consacrant la liberté contractuelle.

C. LA LIBERTÉ DE DÉTERMINER LES CRITÈRES DE QUALIFICATION

117. On sait désormais qu'une sûreté personnelle nouvellement créée par les parties a vocation à être soumise au droit commun des contrats. On sait également que cette subordination au droit commun est conditionnée par l'originalité du mécanisme. L'originalité du mécanisme prend forme à travers les critères de qualification du contrat choisit par les parties. Dans les faits, il est évident qu'en l'absence de tout litige ou de difficulté d'exécution des obligations respectives de chaque partie, aucune objection ne pourra être faite à la création contractuelle. Ainsi, la condition d'originalité ne fera l'objet d'une vérification que si un litige survient entre les parties.

118. Le contrôle de la qualification appartient au juge (**1**) qui devra respecter la loi contractuelle des parties si l'originalité du mécanisme est établie (**2**).

---

[298] Sous le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil (art. 1103 nouv. : *« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »)*

[299] Cass. com. 20 décembre 1982, *op. cit. ;* Cass. com., 2 févr. 1988 : *Bull. civ*. IV, n°55 ; Cass. com., 3 nov. 1992: *Bull. civ.* IV, n°335 ; Com., 20 févr. 1985 : *Bull. civ.* IV, n°74.

[300] Lorsque la Cour de cassation dispose de textes plus précis, susceptibles de fonder la liberté contractuelle des parties, elle n'hésite pas à se passer des termes généraux de l'ancien article 1134 (art. 1103 nouv.).

[301] Sur le fondement de la liberté contractuelle, la Cour de cassation a utilisé le visa des anciens articles 1137 et 1147 (respectivement art. 1197 et art. 1231-1)

[302] À titre d'exemple, la Cour de cassation s'est fondée sur l'ancien article 1120 (art. 1204 nouv.) pour la promesse de porte-fort.

1. Le contrôle de la qualification par le juge

119. La survenance d'un litige fait naître le débat sur les critères de qualification choisis par les parties. Dans une telle hypothèse, le sort du mécanisme se retrouve en les mains du juge qui exerce une mission de contrôle. Ce contrôle peut conduire soit à une validation du mécanisme accompagnée de ses critères de qualifications, soit à une requalification du juge en l'absence d'un degré d'originalité suffisant par rapport aux sûretés personnelles nommées. Les hypothèses de contrôle du juge sont nombreuses. Cependant nous nous focaliseront sur deux hypothèses assez représentatives de ce contrôle : La solidarité passive adjointe (**a**) et la délégation-sûreté (**b**).

a. Le contrôle de la solidarité passive adjointe

120. La première hypothèse de contrôle porte sur le mécanisme de la solidarité passive adjointe[303]. Confronté au cautionnement, la reconnaissance de ce mécanisme a fait débat sur la question de l'autonomie réelle de son régime. Envisagé de manière implicite par l'ancien article 1216 du Code civil, devenu l'article 1318 du Code civil[304], l'engagement du codébiteur solidaire adjoint a pu être présenté comme un concurrent du cautionnement[305]. Comme il a pu être souligné, il permettrait de contourner les règles du cautionnement en ce qu'il constitue *« une formule quasi-miraculeuse, puisqu'il aboutit à placer un garant qui, fondamentalement, joue le rôle d'une caution, dans la situation sensiblement plus dure du codébiteur solidaire[306] »*. Pourtant, la solidarité adjointe repose sur une ambivalence qui compromet son originalité. Ainsi, selon M. MIGNOT, dans les rapports externes, le codébiteur adjoint est un codébiteur solidaire. Dans les rapports internes, il n'est qu'une caution[307]. L'originalité de la technique, si elle existe, ne peut résider que dans les rapports externes. L'auteur en conclut qu'une seule qualité

---

[303] Il s'agit ici de l'hypothèse de la solidarité adjointe d'origine conventionnelle.

[304] La réforme du droit des obligations de 2016 n'a pas modifié la substance du texte mais a procédé à une reformulation. Ainsi, l'ancienne disposition prévoyait que *« si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions »*. Le nouvel article 1318 dispose désormais *« Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui »*.

[305] V. D.-R. MARTIN, *« L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », RTD civ.* 1994, p. 49 et s.

[306] P. ANCEL, note sous Cass. civ. 1re, 17 nov. 1999, *D.* 2000, p. 407.

[307] M. MIGNOT, *« Plaidoyer pour l'abrogation de l'article 1216 du Code civil », RLDC* mai 2006, n° 27, p. 27, et s., spéc. p. 28 *« l'hypothèse de l'article 1216 est en soi une pure contradiction »*.

pouvant être retenue, celle de caution doit s'imposer. Il considère, dès lors, que « *l'article 1216 est inutile. La figure qu'il met en œuvre est strictement identique à celle du cautionnement solidaire. Les deux institutions font double emploi et satisfont la même utilité pratique*[308] ». Pourtant, ce qui est mis en avant pour justifier l'originalité de la technique de la solidarité adjointe est que le codébiteur solidaire adjoint n'étant pas caution aux yeux du créancier, ne peut (à la différence de la caution solidaire) lui opposer les exceptions personnelles aux autres codébiteurs[309]. Sauf que, cette distinction était, jusqu'à la réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021, en voie de disparition en raison de l'usage par la jurisprudence de la notion d'exception personnelle en matière de cautionnement. En effet, avant la réforme de 2021, la notion, évoquée par les anciens articles 2289 et 2313 du Code civil, se caractérisait par un domaine très restreint puisqu'il se limitait à l'incapacité du débiteur. La caution pouvait invoquer toutes les autres exceptions personnelles au débiteur. Sauf que, les décisions de la jurisprudence avaient récemment mis à mal le caractère accessoire du cautionnement. En effet, dans une décision de la Chambre mixte en date du 8 juin 2007, la Cour de cassation a refusé à une caution le droit d'invoquer le dol dont a été victime le débiteur principal en l'obligeant à payer une dette qui, donc, était nulle[310]. En cantonnant les exceptions pouvant être opposées au créancier par la caution à celles uniquement inhérentes à la dette, cette décision de la Cour de cassation faisait disparaître progressivement la distinction entre le régime du cautionnement et celui de la solidarité adjointe. La dernière décision en date qui illustrait cette disparition progressive de la distinction entre les deux régimes fut une décision du 11 décembre 2019 où la Cour de cassation a obligé la caution à payer une dette prescrite[311]. L'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 rétablie l'essence

---

[308] M. MIGNOT, *op. cit., idem.*

[309] Art. 1315 C. civ. « *Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette* ».

[310] Cass. ch. Mixte 8 juin 2007, n° 03-15602 ; *D.* 2007, AJ, p. 1782, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP éd. G*, 2007, II, 10138, note Ph. SIMLER.

[311] Cass. civ. 1re, 11 déc. 2019, n° 18-16.147, Publié au bulletin : « *constitue une exception purement personnelle au débiteur principal, procédant de sa qualité de consommateur auquel un professionnel a fourni un service, la prescription biennale prévue à l'article L. 218-2 du code de la consommation ne peut être opposée au créancier par la caution* ».

du cautionnement qui est de caractère accessoire. Dorénavant, selon le nouvel article 2298[312], la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions (inhérentes à la dette et personnelles du débiteur).

121. La revalorisation de la singularité du cautionnement par son caractère accessoire ne dissipe pas pour autant les doutes quant à la proximité de son régime avec celui de la solidarité passive adjointe. En effet, avant les solutions jurisprudentielles de 2007 et de 2019 ayant conduit le législateur en 2021 à opérer un retour à l'orthodoxie, la décision de la Cour de cassation en 1999 qui consacre la validité de la solidarité passive adjointe[313] n'a posé aucun critère substantiel pour qualifier le mécanisme. La qualification retenue par la décision est purement formelle et se contente de valider la formule mentionnée dans l'acte par les parties[314]. Sur le terrain de l'opposabilité des exceptions la distinction entre les deux mécanismes n'est pas forcément évidente. C'est pourquoi, la Cour de cassation n'a pas été en mesure de poser des critères substantiels. On retrouve un positionnement similaire de la Cour de cassation à propos de la délégation-sûreté.

b. Le contrôle de la délégation-sûreté

122. La délégation-sûreté ou délégation imparfaite[315] est apparue comme un sérieux concurrent au cautionnement qui, depuis plusieurs décennies traverse une crise. En effet, elle produit un effet de garantie puisque le créancier bénéficie d'un second droit de poursuite contre un tiers (le délégué) sans perdre son premier droit de poursuite préexistant contre le délégant[316]. Selon l'article 1338 du Code civil, « *Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur. Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence* ». Classiquement, cet effet de garantie n'est pas secondaire. Mais

[312] Art 2298, al. 1 : « *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293* ».
[313] Cass. civ. 1re, 17 nov. 1999, *Bull. civ.* I, n° 309 ; *D.* 2000, jurispr. P. 407, note P. ANCEL ; *D* 2000, act. Jur. p. 47, obs. J. FRANÇOIS ; *Defrénois* 2000, art. 37188, p. 718, obs. Ph. DELEBECQUE.
[314] En l'espèce, selon les parties, la mention « *avec solidarité, lu et approuvé* » constituait « *non pas un cautionnement, mais un engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette […]* ».
[315] Le mécanisme de la délégation simple ou parfaite ou encore novatoire produit une simple substitution du débiteur. En effet, elle libère le délégant de son obligation et seul le délégué est ténu envers le délégataire. V. anc. art. 1276 C. civ., devenu art. 1340 C. civ.
[316] Ph. SIMLER, « *Les solutions de substitution au cautionnement* », JCP 1990, I, 3427, n° 8 et s.

lorsque le délégué s'engage sans avoir de dette préexistante envers le délégant, l'effet de garantie est l'unique but poursuivi par l'opération. On identifie, alors, assez aisément que le garant s'engage pour la dette d'autrui. Ce qui conduit inéluctablement à faire le rapprochement avec les mécanismes du cautionnement et de la garantie autonome. Si le mécanisme de la délégation-sûreté a été validé par la jurisprudence[317], son degré d'originalité convainc peu car les points de convergence avec le cautionnement et la garantie autonome sont importants.

123. Tel est le cas lorsque le délégué s'engage envers le délégataire dans la mesure de ce que doit le délégant. La délégation est alors dite « incertaine ». La Cour de cassation a considéré que l'objet d'un tel engagement consistait *« dans le paiement de la dette du délégant envers le délégataire[318] ».* Une telle interprétation de la relation contractuelle des parties conduit à considérer que le délégué est en mesure d'opposer au délégataire les exceptions nées des relations délégant-délégataires[319]. Comme le souligne un auteur, *« le délégué calque l'objet de son engagement envers le délégataire (…) sur l'obligation préalable du délégant envers le délégataire[320] ».* Il devient dès lors difficile de faire la distinction entre le régime de la délégation imparfaite et celui du cautionnement.

124. La même confusion des régimes s'observe entre la délégation imparfaite et la garantie autonome lorsque le délégué s'engage à exécuter auprès du délégataire une prestation intangible, définie par avance. Dans une telle hypothèse, il ne peut opposer les exceptions nées des relations délégant-délégataire[321]. On reconnaît immédiatement le caractère de l'indépendance qui est essentiel dans le mécanisme de la garantie autonome.

125. Se rattachant tantôt au cautionnement, tantôt à la garantie autonome, le mécanisme de la délégation-sûreté n'est pas doté d'une originalité suffisante. Ce qui est de nature à faire courir le risque d'une requalification par le juge. Par contre, en

---

[317] V. Cass. com. 21 juin 1994, *Bull. civ.* IV, n°225 ; *D.* 1995, somm. p.91, obs. L. AYNÈS ; *RTDC civ.* 1995, p.113, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1994, art. 35945, p.1468, note D. MAZEAUD.
[318] Cass. civ. 1re, 17 mars 1992, *Bull. civ.* I., n° 84 ; *D.* 1992, jurispr. P. 481, note L. AYNÈS.
[319] L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.,* n° 324.
[320] J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, t.* IV, *Les obligations, op. cit., n° 512.*
[321] V. Cass. com., 25 févr. 1992, n° 90-12863, *Inédit ; JCP éd. G* 1992, II, 21922, 2e esp., note M. BILLAU.

présence d'un mécanisme suffisamment original, les juges doivent valider les critères de qualification retenus par les parties.

2. L'obligation du respect de la loi contractuelle

126. Toute sûreté personnelle innomée présentant une autonomie suffisante par rapport aux sûretés personnelles codifiées devrait recevoir l'approbation du juge. Le juge, dans une telle hypothèse, doit non seulement conférer au mécanisme nouveau les caractéristiques que les parties ont souhaité lui attribuer[322], mais également dégager le critère de son originalité. En effet, lorsque qu'une sûreté personnelle intègre le système juridique, la détermination des critères substantiels de qualification est essentielle dans le processus de validation du mécanisme. Il en a été ainsi pour la reconnaissance de la garantie autonome pour laquelle le premier critère de qualification a été l'inopposabilité des exceptions[323]. Puis, la Cour de cassation a ajouté un second reposant sur l'autonomie de l'objet de l'obligation du garant[324].

127. De même, la reconnaissance de la lettre d'intention a été accompagnée par ses critères substantiels de qualification par la jurisprudence[325]. Elle est qualifiée en présence d'un « *engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement*[326] ».

128. L'originalité du mécanisme nouveau proposé par les parties impose au juge de s'abstenir d'appliquer « *les qualifications téléologiques* » qui conduiraient à « *faire d'un contrat innomé un contrat nommé soumis à des règles légales déterminées*[327] ». En effet, le contrôle de qualification suppose à « *déterminer de manière abstraite les éléments juridiques caractéristiques d'un type de contrat* » et « *relever concrètement dans le contrat*

---

[322] M. BOURASSIN, « *L'efficacité des sûretés personnelles* », *th., op. cit.,* n° 234.
[323] Cass. com., 2 févr. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 55 ; *D.* 1988, somm. p. 239, obs. M. VASSEUR ; *D.* 1988, somm. p. 274, obs. L. AYNÈS. *Adde* Cass. com., 3 nov., 1992, *Bull. civ.* IV, n° 335 ; *D.* 1993, somm. p. 96, obs. M. VASSEUR ; *JCP éd. G* 1993, II, 22082, note Ph. DELBECQUE.
[324] Cass. com., 13 déc. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 375 ; *D.* 1995, p. 209, rapp. H. LEDAUPHIN, note L. AYNÈS.
[325] Cass. com., 21 févr. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 281.
[326] V. également, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Grands arrêts de la jurisprudence civile,* t. 2, Dalloz, 13e éd., 2015, n° 299.
[327] M. BOURASSIN, « *L'efficacité des sûretés personnelles* », *th. op. cit.* n° 234.

conclu par les parties les circonstances de fait qui correspondent à ces éléments de droit[328] ». Dès lors, la qualification retenue par les parties à vocation à s'imposer au juge.

* *

*

129. Conclusion de la section 2. La pratique du droit des sûretés personnelles a démontré qu'au fil des décennies, la force créatrice de la liberté contractuelle était en mesure de permettre aux parties une liberté de création des sûretés personnelles en dehors de celles déjà consacrées par le Code civil. Cette activité créatrice de la liberté contractuelle est largement stimulée par l'absence d'un *numerus clausus* des sûretés personnelles, encore réaffirmée par l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021. La liberté contractuelle offerte par cette absence de limitation légale permet aux parties de concevoir des mécanismes originaux, répondant à des besoins spécifiques et échappant aux catégories préétablies.

Pour qu'une nouvelle sûreté personnelle soit reconnue juridiquement, elle doit présenter un degré d'originalité suffisant par rapport aux sûretés personnelles nommées. Cette originalité se manifeste à travers la correspondance à l'appellation d'une sûreté personnelle innomée, la proposition d'un régime autonome, et l'imposition de la qualification choisie par les parties pour leur contrat.

Cette nouvelle sûreté personnelle doit également disposer d'un régime autonome, ce qui implique nécessairement la possibilité de déroger au caractère accessoire et autonome, caractéristiques des sûretés personnelles nommées. Cependant, cette autonomie doit s'inscrire dans le cadre du droit commun des contrats, ce qui suppose la soumission des sûretés personnelles innomées à l'ordre public du droit des contrats. Dans ce processus de création, le juge exerce une mission de contrôle de l'originalité du mécanisme. N'intervenant qu'en cas de litige, son contrôle peut conduire soit à une validation du mécanisme accompagnée de ses critères de qualifications, soit à une requalification de la sûreté par le juge en l'absence d'un degré d'originalité suffisant par rapport aux sûretés personnelles nommées.

---

[328] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.–Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux,* LGDJ/lextenso, coll. Droit civil, 8e éd., 2016, n° 7.

Ainsi, l'absence d'un *numerus clausus*, combinée à la recherche d'une originalité suffisante, offre aux acteurs juridiques un terrain propice à l'innovation contractuelle dans le domaine des sûretés personnelles innomées.

Conclusion du chapitre 1

130. La technique des sûretés personnelles est traditionnellement considérée comme étant empreinte de liberté. Le bénéficiaire d'une sûreté personnelle détient un droit personnel ou une obligation d'exécuter la prestation contre un garant qui a accepté d'être son second débiteur lors de la constitution du mécanisme. La nature de cet engagement pas très naturel du garant, conjuguée à la technique même de l'opération confèrent au droit des contrats une assise confortable au sein des sûretés personnelles. Notre analyse a ainsi démontré que les principes fondamentaux du droit des contrats, et en première ligne le principe de la liberté contractuelle, étaient dotés d'une force créatrice permettant aux parties de créer des sûretés personnelles innomées. L'ordre public traditionnel du droit des contrats n'exerce *in fine* qu'une influence limitée dans ce processus de création. Par ailleurs, l'analyse attentive de l'intégration des sûretés personnelles innomées ou anciennement innomées dans l'ordre juridique français a révélé non seulement l'absence d'un *numerus clausus* dans cette matière, mais également celle de tout obstacle juridique lors du processus de création d'une sûreté personnelle.

Pour autant, notre analyse se garde d'être naïve. Le droit du cautionnement exerce encore une trop forte emprise sur la catégorie des sûretés personnelles. Son institutionnalisation se confirme au fil des réformes ; en atteste encore récemment la portée de la nouvelle mention manuscrite de l'article 2297 du Code civil. Même si les autres sûretés personnelles demeurent soumises au principe du consensualisme, on peut craindre que le mouvement d'institutionnalisation que connaît le cautionnement ne s'étende aux autres mécanismes. Au-delà, il ne sera guère aisé pour les parties d'obtenir un montage suffisamment original afin de prétendre à la qualification de sûreté personnelle innomée. Le nouveau mécanisme doit en effet déroger aux caractères accessoire et autonome pour être suffisamment original. À ce sujet également, la technique de l'accessoire du cautionnement semble exercer une emprise dans la matière.

Il est ainsi permis de conclure que si on ne peut raisonnablement contester le mouvement croissant de l'encadrement de la volonté au sein des sûretés personnelles, aucun obstacle insurmontable ne s'oppose à la volonté de création des parties d'une sûreté personnelle innomée. Malgré ces évolutions observées, la liberté contractuelle reste fondamentalement préservée.

Chapitre 2

L'INFLUENCE POTENTIELLEMENT CONSERVATRICE DU DROIT DES BIENS DANS LA CRÉATION DES SÛRETÉS RÉELLES

131. Les liens entre le droit des sûretés réelles et le droit des biens sont si étroits que les sûretés réelles sont souvent considérées comme une branche du droit des biens[329]. Certains codes civils étrangers vont même jusqu'à traiter les deux matières dans un même livre, où les sûretés réelles sont intégrées en tant que chapitre du droit des biens[330]. Nous pensons, comme D. LEGEAIS, que *« le droit des sûretés réelles est dans l'orbite du droit des biens[331] »* car l'essentiel des notions exploitées par le droit des sûretés réelles trouvent leur siège dans le droit des biens.

Propriété, droit de suite, droit de préférence, subrogation réelle, fongibilité, biens meubles, immeubles, corporels, incorporels, saisissabilité, insaisissabilité etc., ce sont là toutes des notions exploitées par le droit des sûretés réelles mais dont le domaine n'est, en principe, déterminé que par le droit des biens. Comme le souligne M. SYNVET, *« les sûretés réelles ne sont qu'un chapitre du droit des biens : le régime des sûretés réelles est nécessairement dans la dépendance du régime général applicable à telle ou telle catégorie de biens[332] »*. Or, ce sont ces mêmes biens qui seront affectés en garantie de la dette du débiteur.

Le rapport intime qui unit les deux disciplines pose la question du degré d'influence que le droit des biens exerce sur les sûretés réelles, en particulier dans l'hypothèse de

---

[329] C. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux, op. cit,* n° 1.

[330] Par exemple, c'est le cas des Codes civils allemand, argentin, suisse ou encore tunisien.

[331] D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n° 382.

[332] H. SYNVET, *« Les insuffisances du droit positif et les réformes proposées par le groupe de travail Grimaldi », in « Faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ? »,* Colloque AEDBF, 23 janv. 2006. Disponible sur aedbf-France.fr/colloques.

la création d'une sûreté réelle. Naturellement, l'enjeu est de savoir si les parties ont la possibilité de librement créer de nouvelles sûretés réelles. Pour répondre à cette interrogation, il faut examiner si les critères de patrimonialité définis par le droit des biens s'appliquent également au droit des sûretés réelles. Étant donné que les sûretés réelles sont souvent considérées comme une composante du droit des biens, il nous semble logique que certaines problématiques majeures de la matière, comme celle du *numerus clausus* des droits réels lui soient également confrontées.

132. Notre analyse démontrera que deux obstacles majeurs s'opposent à la liberté de création d'une sûreté réelle : la soumission patrimoniale des sûretés réelles au droit des biens (**Section 1**) et l'encadrement opéré par le *numerus clausus* des sûretés réelles (**Section 2**).

SECTION 1

LA SOUMISSION PATRIMONIALE DES SÛRETÉS RÉELLES AU DROIT DES BIENS

133. En préambule du livre IV du Code civil relatif aux sûretés, l'article 2284 prévoit que « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Ces biens du débiteur, comme le prévoit les dispositions du texte suivant, constituent « le gage commun de ses créanciers[333] ». Tout engagement personnel conduit nécessairement à un engagement du patrimoine de celui qui s'engage. Or, on sait que le patrimoine est composé de deux types de droits : le droit réel et le droit personnel[334]. Si l'on fait fi des débats doctrinaux sur la définition de ces deux notions, on peut au moins observer une unanimité sur la réalité économique qu'elles recouvrent. Le droit réel confère directement à son titulaire une ou plusieurs utilités spécifiques. Contrairement au titulaire d'un droit personnel ou droit de créance qui est en droit d'exiger une

[333] Art. 2285 C. civ.
[334] Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 350.

prestation de la part de son débiteur[335], c'est du bien lui-même que le bénéficiaire d'un droit réel attend la jouissance directe d'une utilité du bien. En effet, les droits réels font naître une relation étroite, qualifiée de « charnelle[336] » par certains, qui permet à l'individu de tirer directement profit des utilités économiques d'une chose[337]. Hormis le droit de propriété, les droits réels ont nécessairement pour objet une chose appartenant à autrui et confèrent à leur titulaire des pouvoirs sur cette chose[338]. Une telle conception de l'exploitation des biens ne sied pas aux sûretés réelles. D'une part, le créancier d'une sûreté réelle ne dispose assurément d'aucune prérogative telle que décrite par l'article 544 du Code civil[339]. Il n'a ni droit de jouir, ni droit de disposer à sa guise du bien grevé mais dispose au contraire d'une propriété[340] « vidée de son contenu économique[341] » et même « purifiée de toute trace d'utilité[342] » selon certains auteurs. D'autre part, si exploitation des biens il y a, elle ne peut que porter sur la valeur pécuniaire de celle-ci et seulement en cas de non-paiement du débiteur. Il va sans dire que cette exploitation de la valeur des biens par le droit des sûretés réelles suppose au préalable la construction d'un statut juridique pour ces biens. Tel est le rôle du droit des biens, d'où la dépendance du droit des sûretés réelles à la matière.

Cette dépendance au statut juridique des biens s'observe également lorsque l'on se penche sur l'architecture générale du droit des sûretés réelles. Malgré l'émergence de valeurs nouvelles[343] conduisant à la multiplication de régimes particuliers en dehors du Code civil, c'est la classification traditionnelle des biens qui a conduit à l'édification de celle des sûretés réelles.

---

335 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit., idem*.

336 C. CARON, et H. LÉCUYER, *Le droit des biens,* Dalloz, Connaissance du droit, 2002, p. 56.

337 En effet, le droit réel est classiquement défini par la doctrine comme *« le pouvoir juridique qu'a une personne de retirer directement tout ou partie des utilités économiques d'une chose »,* V. J. CARBONNIER, *Droit civil,* T. II, *Les biens, Les obligations,* PUF, réed. Quadrige, 2004, n° 700, p. 1580.

338 C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux, op. cit.,* n° 439.

339 Art. 544 C. civ. : *« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».*

340 En particulier dans les hypothèses où elle confère un droit exclusif à son bénéficiaire. Il en est de même des sûretés réelles traditionnelles qui ne donnent accès à aucune utilité dans le sens de l'article 544 du Code civil.

341 G. BLANLUET, *« Brèves réflexions sur la propriété économique, in Dossier : Renouveau du droit de propriété ?*, *Dr. et pat.* mars 2001, n° 91, p. 80 s., spéc. p. 82.

342 A. SÉRIAUX, *« Propriété »*, *Rép. Civ.*, sept. 2009, n° 66.

343 V. D. HOUTCIEFF, *« Le droit des sûretés hors le Code civil »*, *LPA* 22 juin 2005, n° 123, p. 8, spéc., n° 3.

134. C'est ainsi que la soumission patrimoniale des sûretés réelles se traduit par un alignement non seulement sur le statut légal des biens grevés (**§1**) mais également sur la nature des biens grevés (**§2**).

§1. L'ALIGNEMENT DES SÛRETÉS RÉELLES SUR LE STATUT LÉGAL DES BIENS GREVÉS

135. Les parties qui souhaitent, en vertu de leur liberté contractuelle, constituer une nouvelle sûreté réelle en dehors de celles déjà reconnues dans le système juridique français, seront confrontées, en premier lieu, à la question du statut juridique du bien objet de l'affectation en sûreté. Doit-on considérer que tout bien susceptible d'avoir de la valeur puisse faire l'objet d'une garantie réelle ? Si cela est le cas, peut-on envisager qu'une personne humaine puisse être affectée en garantie ? Ou bien peut-on affecter en garantie sa propre force de travail ? Encore, si l'on admet qu'on puisse constituer une hypothèque sur un bien immobilier, peut-on envisager l'affectation également du volume d'air au-dessus de l'immeuble en garantie ? Le droit des sûretés réelles n'est en mesure d'apporter de réponse à aucune de ces questions car toutes dépendent du régime juridique des richesses tel qu'arrêté en amont par le droit des biens (**A**). Ce n'est que postérieurement que le droit des sûretés réelles interviendra en mettant en scène une opération patrimoniale certes originale, mais qui ne portera que sur la valeur du bien (**B**).

A. LA DÉPENDANCE À LA PATRIMONIALITÉ PRÉALABLEMENT DETERMINÉE PAR LE DROIT DES BIENS

136. Quel que soit le degré d'originalité de l'opération contractuelle conduisant à la constitution d'une sûreté réelle[344], son assise repose sur les éléments qui composent le patrimoine du débiteur : ses biens. Ces biens forment l'assiette des différentes sûretés

[344] Il est vrai que si l'on se focalise sur les prérogatives qu'exerce un sujet de droit sur les biens, on ne peut nier une certaine autonomie du droit des sûretés réelles vis-à-vis du droit des biens : L'accès uniquement à la valeur du bien ; attribution d'un droit de préférence ou exclusif ; la singularité du formalisme des sûretés réelles par rapport aux droits réels etc.

réelles consacrées par le législateur[345]. Or, pour constituer l'assiette de ces sûretés, encore faut-il être en mesure de déterminer si ces biens sont susceptibles d'intégrer l'ordre patrimonial ou s'ils doivent en être préservés pour des raisons notamment morales. C'est justement le droit des biens qui régit ces richesses susceptibles de servir à l'usage des hommes[346]. Cela suffit à établir le lien de dépendance des sûretés réelles à l'égard du statut légal des richesses.

137. Il convient, préalablement, de noter qu'il ne s'agit pas, ici, de démontrer de manière « négative » les hypothèses d'impossibilité d'affecter un bien en garantie. Un tel procédé ne conduirait qu'à identifier de manière linéaire toutes les hypothèses d'interdiction sans pour autant identifier les critères juridiques qui permettraient aux parties candidates à la création d'une nouvelle sûreté réelle d'appréhender la valeur d'un bien. Il s'agit, au contraire, de tenter d'identifier de manière « positive », les qualités que doivent posséder un bien pour intégrer l'ordre patrimonial dégagé par le droit des biens afin que les parties puissent y constituer une nouvelle sûreté réelle.

138. Pour ce faire, le bien qui devra supporter la charge d'une sûreté réelle nouvelle devra être susceptible d'appropriation (**1**), se situer dans le commerce juridique (**2**), être susceptible d'aliénation (**3**) et enfin être saisissable (**4**).

1. La dépendance à l'appropriabilité du bien

139. Le premier critère de qualification d'un bien est sa faculté à être approprié par une personne[347]. En effet, seules peuvent être qualifiées de biens les richesses qui peuvent donner lieu à une appropriation. Sont ainsi exclues de la qualification de biens les choses communes dont le régime est décrit à l'article 714 du Code civil[348]. Elles sont jugées inappropriables car elles servent à l'usage de tous, de sorte qu'elles ne peuvent être « capturées » par le biais de la propriété individuelle. Ainsi, l'air nous est utile à tous : il n'est donc pas possible qu'un individu se l'approprie. Il en est ainsi de la mer, de la lumière, du génome humain etc.

---

[345] K.-F. R. AGBEKPONOU, *« L'efficacité des sûretés réelles conventionnelles dans l'espace OHADA, Etude comparée du droit de l'OHADA et du droit français »*, Préf. D. LEGEAIS, n° 9.
[346] Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 4.
[347] Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.*, n° 164 et s.
[348] Art. 714 C. civ., *« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».*

140. À travers ces exemples, on aurait pu être tenté de considérer que l'appropriabilité d'un bien ne relèverait finalement que de la loi de la nature. Dans une telle hypothèse, aucun lien de dépendance ne pourrait être établi entre le droit des sûretés réelles et le droit des biens puisque chacune des deux matières ne ferait qu'exploiter le bien tel qu'elle le trouve. La réalité est que la faculté d'appropriation n'est pas uniquement la conséquence d'une donnée naturelle ou le fruit d'une configuration objective qui destine naturellement certaines choses à l'usage de tous. Comme le souligne M. LIBCHABER, *« il appartient à chaque système de distinguer ce qui est appropriable de ce qui ne l'est pas*[349] *»*. Pour s'en persuader, il suffit d'observer les hypothèses où la distinction des choses communes et des biens perd en épaisseur. En effet, alors même qu'elles sont inappropriables, les choses communes peuvent faire l'objet d'une occupation. Certaines choses communes n'échappent pas systématiquement à l'appropriation privative. Il en va ainsi par exemple de l'air ou de l'eau qui peuvent être conditionnés dans des bouteilles et vendus. Leur conditionnement et leur capture par l'homme en fait alors des biens appropriables. Ainsi, le champ de l'appropriation est circonscrit et pleinement organisé par le droit.

141. Il s'agit dès lors d'une aire pleinement juridique[350] qui s'impose au droit des sûretés réelles. Les parties qui souhaitent créer une nouvelle sûreté réelle devront prendre en compte la faculté d'appropriation du bien. Cependant, l'appropriabilité est insuffisante si le bien est hors du commerce juridique.

---

[349] R. LIBCHABER, *« La recodification du droit des biens »,* in *Le Code civil 1804-2004, Le livre du bicentenaire,* Dalloz-Litec, 2004, n° 45.

[350] M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes,* Préf. G. LOISEAU, LGDJ, Bibl. dr. priv., T. 464, 2006, n° 108 et s.

2. La dépendance à la reconnaissance du bien dans le commerce juridique

142. Un bien peut être susceptible d'être l'objet d'une appropriation sans pour autant pouvoir faire l'objet d'une convention. En effet, certaines choses ne sont pas dans le commerce parce qu'elles font l'objet d'un interdit. Ce sont les choses qui sont, selon les termes de l'ancien article 1128 du Code civil[351], hors du commerce. Le nouvel article 1162 du même Code[352], issu de l'Ordonnance de réforme du droit des obligations n'emploie pas des termes aussi explicites que l'ancien texte, mais la substance reste inchangée[353].

143. Il faut comprendre le terme « commerce » dans son sens le plus vaste. Le « commerce » ne se résume pas à la vente. La chose hors commerce n'est pas uniquement celle hors du marché. En effet, la chose hors du commerce est celle qui ne peut pas faire l'objet d'un acte juridique, quel qu'il soit, qu'il s'agisse d'une convention ou d'un acte juridique unilatéral qu'il soit gratuit ou onéreux. C'est le cas notamment des marchandises contrefaites[354] ou encore de certaines choses particulièrement dangereuses dont toute circulation est prohibée. Ces choses sont appropriables mais ne peuvent faire l'objet d'une convention.

Ainsi, pour qu'une richesse puisse être considérée par l'ordre juridique comme un bien susceptible d'être affecté en garantie, elle doit pouvoir circuler entre les individus au moyen de conventions, translatives ou non[355].

144. Pourtant, la reconnaissance du bien dans le commerce juridique ne suffit pas. En effet, à titre d'exemple, on range classiquement dans la catégorie des choses hors du commerce les tombeaux et sépultures qui ne peuvent circuler à titre onéreux[356]. Par contre, ils peuvent faire l'objet de conventions à titre gratuit[357]. Dès lors, on peut se demander quel serait l'intérêt de constituer une sûreté sur un bien invendable. C'est

---

[351] Art. 1128 C. civ. : *« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».*

[352] Art. 1162 C. civ. : *« Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».*

[353] En effet, la convention des parties reste soumise à l'ordre public. Nous traitons plus en détail la question dans les développements relatifs aux « *contraintes tenantes au droit commun du contrat et des obligations* », V. *infra* n° 364 et s.

[354] V. par ex. Cass. com., 24 sept. 2003, *D.* 2003, p. 2683, note C. CARON.

[355] V. G. LOISEAU, *« Typologie des choses hors du commerce », RTD civ.* 2000, p. 47 et s.

[356] Cass. civ. 1re, 17 mai 1993, *Bull. civ.* I, n° 183.

[357] Cass. civ. 1re, 23 oct. 1968, *Bull. civ.* I, n° 245.

pourquoi, outre sa reconnaissance dans le commerce juridique, le bien doit être aliénable à titre onéreux pour pouvoir constituer une sûreté réelle.

3. La dépendance à l'aliénabilité du bien à titre onéreux

145. Qu'il s'agisse d'une sûreté réelle codifiée ou d'une sûreté réelle originale issue de l'activité créatrice des parties, l'assise du mécanisme doit reposer sur un bien susceptible d'être transféré à titre onéreux. La propriété ou l'utilité d'un bien qui ne peut pas se monnayer par le moyen d'un acte d'aliénation ne serait d'aucune utilité pour le bénéficiaire du mécanisme dans la mesure où, comme nous l'avons vu, seule la valeur est convoitée par le droit des suretés réelles. En effet, l'évaluation pécuniaire étant devenue incontournable dans le commerce contemporain, l'onérosité constitue un palier décisif dans la qualification de bien[358]. Cette position était déjà partagée par de nombreux auteurs du droit Moderne qui soulignaient par exemple en ce qui concerne l'hypothèque que « *tout ce qui peut faire l'objet d'une vente peut aussi faire celui d'une hypothèque*[359] ». La finalité de l'hypothèque étant la vente de la chose hypothéquée pour être payé sur le prix, cela suppose la saisissabilité du bien ; à défaut le créancier serait dans l'impossibilité de mettre en œuvre sa sûreté.

4. La dépendance à la saisissabilité du bien

146. Outre la faculté d'aliénation du bien à titre onéreux, celle de saisissabilité semble nécessaire afin de délimiter l'assiette du gage du créancier. En effet, seuls les biens susceptibles de faire l'objet d'une saisie constituent le gage du créancier conformément à l'article 2285 du Code civil[360]. Or, le dénouement d'une sûreté réelle se faisant par le biais d'une voie d'exécution, seuls peuvent logiquement faire l'objet d'une sûreté réelle les biens susceptible d'une telle mesure[361].

147. Le « quadriptyque » d'appropriabilité, de commercialité, d'onérosité et de saisissabilité constituerait ainsi les conditions permettant à la technique des sûretés

---

[358] A. SÉRIAUX, « *La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir* », *RTD civ.*, 1994, p. 801, n° 2.
[359] R.-T. TROPLONG, *Des privilèges et hypothèques*, T. I, II et III, 5e éd. Hingray, Paris, 1854, n°403.
[360] Art. 2285 C. civ. : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ».
[361] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 665 et 504 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *Droit spécial des sûretés rélles, op. cit.*, n° 798, p. 222.

réelles de produire effet. On peut identifier chacune de ces qualités au sein des mécanismes déjà consacrés par le Code civil. Naturellement, tout bien affecté en garantie réelle par les parties devra recouvrer ces quatre caractéristiques déterminées en amont par le droit des biens. Ce n'est que postérieurement que la technique du droit des sûretés réelles permettra au créancier d'accéder à la valeur du bien.

B. L'ACCÈS À LA VALEUR DU BIEN POSTÉRIEUREMENT EXPLOITÉE PAR LES SÛRETÉS RÉELLES

148. La technique des droits réels, nous l'avons vu, repose sur un accès direct et immédiat à un ou plusieurs utilités de la chose au profit de son bénéficiaire. Ce mécanisme du transfert d'utilité ne prospère pas au sein des sûretés réelles. Sa constitution ne donne donc pas accès aux utilités du bien. L'usage que cette matière fait des biens n'est pas direct mais indirect puisqu'elle donne accès à ce qu'on appelle la valeur par le biais d'un acte d'aliénation.

149. Recourir à la notion de valeur pour analyser le processus de conception d'une sûreté n'est pas chose aisée. En effet, la valeur n'est pas, *a priori,* un concept juridique[362]. Pourtant, elle revêt une certaine importance en droit puisque tout rapport de droit se noue nécessairement autour d'un objet ayant pour le titulaire une certaine valeur, économique ou morale[363].

150. La valeur est définie, en général, comme ce qui est estimable, appréciable. De manière plus particulière, elle correspond à « ce que vaut, en argent, une chose ; le montant de la somme d'argent qu'elle représente, sa valeur pécuniaire, en général calculée d'après sa valeur vénale[364] ». Cette définition ne nous est pas d'une grande aide dans notre quête de l'usage que fait le droit des sûretés réelles du bien qui vient d'intégrer l'ordonnancement juridique. La raison en est que la valeur en droit est souvent assimilée au prix ou à la valeur vénale. Or, ces notions sont purement

[362] Sont toutefois couramment employées en droit, les expressions comme « valeurs mobilières », « affectation en valeur », « dette de valeur » ou encore « gage de valeur ».
[363] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français, Essai sur les biens, la propriété et la possession,* L'Harmattan, 2009, Préf. C. ATIAS, n° 1.
[364] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* V° Valeur.

subjectives et ne nous permettent pas, ici, d'identifier objectivement la richesse du bien exploitée par le droit des sûretés réelles. C'est en allant chercher dans des domaines voisins du droit mais, bien souvent, en lien direct avec le droit des sûretés qu'on obtient des réponses : l'économie. En la matière, les pouvoirs d'un individu sur un bien sont de deux ordres. On distingue, d'une part, le pouvoir direct qui porte sur la matérialité de la chose et se concrétisant par des actes de jouissance : la valeur d'usage. D'autre part, le pouvoir indirect qui est puisé dans la contre-valeur du bien et qui n'est accessible que par un acte d'aliénation : la valeur échange[365].

151. Nous l'avons déjà évoqué, la constitution d'une sûreté réelle traditionnelle ne permet pas à son bénéficiaire de profiter de la valeur d'usage du bien grevé (**1**). Par contre, on considère classiquement que l'utilité à laquelle donne accès la sûreté réelle serait la valeur d'échange du bien. Mais cette conception de la valeur retenue par une grande partie de la doctrine nous semble douteuse (**2**) dans la mesure où elle se confond facilement avec le prix, notion subjective que nous avons déjà écartée. Une autre piste serait de considérer que la constitution d'une sûreté réelle confère à son bénéficiaire une valeur crédit (**3**). Bien que la piste comporte des failles, elle semble potentiellement correspondre au critère objectif de la valeur que nous cherchons.

1. L'inaccessibilité à la valeur d'usage des biens

152. La valeur d'usage d'une richesse correspond à tous les services qui peuvent être retirés d'un bien par son utilisation directe et par les fruits qu'il est susceptible de produire. En droit des biens, on parle de jouissance, entendue comme les *« bénéfices et avantages divers attachés à la possession (au sens large) d'un bien ou d'un patrimoine[366] »*. Cette jouissance conférée au bénéficiaire constitue un droit réel sur la chose d'autrui, traditionnellement classé dans la catégorie des démembrements de la propriété. En est-il, ainsi, du droit d'utiliser une chose (droit d'usage, art. 625 et s. C. civ) ou du droit d'habitation, qui est un droit d'usage appliqué à la jouissance d'une habitation (art. 625 et s. C. civ), de l'usufruit qui confère à son bénéficiaire la jouissance d'un bien dont un autre en a la propriété (art. 578 et s. C. civ), de la servitude qui permet au

[365] A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations,* Livre I, Chap. IV, 1776.
[366] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V. Jouissance.

propriétaire d'un fonds dominant de retirer une partie de l'utilité du fonds d'autrui, le fonds servant (art. 637 C. civ.) etc.

153. Le bénéficiaire d'une sûreté réelle ne peut prétendre à ces avantages sur les biens que nous venons de décrire brièvement. En effet, il n'est censé ni bénéficier des fruits des biens ni se servir de la chose. Cette affirmation est bien établie au sein de la doctrine qui considère que « *contrairement aux droits réels principaux (propriété, usufruit, droit d'usage, servitudes, emphytéose, droit de superficie), elles (les sûretés réelles) ne confèrent à leur titulaire aucune des utilités économiques de la chose : jouissance, usage etc.*[367] ».

154. Il va sans dire que les sûretés réelles constituées sans dépossession ne posent aucune difficulté puisque le créancier ne dispose même pas d'une emprise matérielle sur le bien. Le propriétaire du bien conserve l'exercice de toutes les facultés inhérentes au droit de propriété sous réserve de ne pas diminuer la sûreté conformément à l'article 1305-4 du Code civil[368]. Au-delà, le propriétaire n'est soumis à aucune restriction jusqu'à la mise en œuvre de la sûreté réelle qui aura pour effet, à ce moment, de rendre indisponible les fruits, de restreindre les droits d'usage…

155. Les choses ne sont pas si évidentes en cas de dépossession. Bien entendu, le principe demeure le même. Même si le créancier a le bien entre ses mains, il ne dispose d'aucun droit d'usage ou de jouissance. Si la convention des parties prévoit que le créancier, par exemple gagiste dispose de la faculté de percevoir les fruits du bien gagé, il reste néanmoins tenu, en principe, de les imputer sur la dette garantie[369]. D'ailleurs, cette faculté de perception des fruits, outre l'expression de la liberté contractuelle des parties, est intrinsèque à la nature du bien objet de la sûreté et bien souvent spontanée[370]. C'est justement là que se situe les difficultés que nous évoquions tantôt, puisqu'un tel mécanisme suscite forcément l'objection de la sphère économique qui n'y verra qu'un « *gaspillage inutile des richesses du constituant*[371] ». Le législateur admet

---

[367] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, op. cit.* n° 400.

[368] Art. 1305-4 C. civ. : « *Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* ».

[369] Art. 2345 C. civ. : « *Sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette.* »

[370] V. Cass. com., 12 juillet 2005, *Bull. civ.* IV, n° 175 ; rapport C. cass. 2005, p. 325 : « *la dépossession, qui fait perdre au constituant une partie de ses prérogatives sur la chose donné en gage, ne les confère pas pour autant au créancier nanti, qui dispose, en sa qualité de dépositaire de cette chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de la garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer* ».

[371] Ph. DUPICHOT, « *L'efficience économique du droit des sûretés réelles* », *LPA*, avr. 2010, n° 76, spéc. n° 1.

que le créancier de certaines sûretés puisse percevoir les fruits du bien affecté en garantie. C'est le cas du créancier gagiste d'un bien immobilier (art. 2381), du créancier gagiste mobilier avec dépossession (art. 2345) ou encore du créancier gagiste avec dépossession sur les choses fongibles (art. 2341, al. 2). Mais contrairement au bénéficiaire d'un usufruit ou de n'importe quel droit de jouissance, le créancier ne s'enrichit point. Il est systématiquement tenu d'imputer les fruits perçus sur les intérêts de la créance garantie.

156. Cela nous permet d'entériner définitivement l'absence de tout accès à la valeur d'usage du bien au profit du bénéficiaire d'une sûreté réelle. Une grande partie de la doctrine considère que si le créancier n'exerce sur la chose aucun pouvoir direct d'utilisation, il disposerait, par contre, d'une valeur d'échange sur la chose.

2. L'exploitation douteuse de la valeur d'échange des biens

157. Parmi les utilités d'un bien on peut distinguer celles qui sont matérielles et celle qui sont immatérielles. Pour ce qui concerne les premières, elles constituent ce que nous venons d'exposer, à savoir l'ensemble des pouvoirs directs et immédiats sur la chose, notamment la jouissance. Les secondes ont une manifestation plus abstraite et reposent sur l'exploitation de la contre-valeur[372]. Cette contre-valeur est considérée en économie comme la valeur d'échange. En effet, *« la valeur d'échange d'une chose est mesurée par la quantité d'autres choses contre laquelle elle peut s'échanger[373] »*. La doctrine majoritaire considère donc que la valeur d'échange serait la richesse du bien exploitée par le droit des sûretés[374].

158. Pourtant, si on peut difficilement remettre en cause l'exploitation de la valeur d'échange par le droit des sûretés réelles, on a du mal à dissocier cette conception fondée sur la valeur et le prix ou la valeur quantitative d'un autre bien. En effet, comme le souligne M. GIDE, *« l'échange est une pesée et qui se fait aussi à la balance chacun des coéchangistes, dans son for intérieur, pèse ce qu'il doit céder contre ce qu'il veut acquérir et se détermine selon que ceci ou cela lui paraît plus lourd ou plus léger[375]*. Or, le caractère subjectif

[372] R. LIBCHACHER, sous cass. com., 20 mai 1997, *D*. 1998, p. 115.
[373] Ch. GIDE, *Principes d'économie politique,* 1931, éd. électr., SIREY, p. 166.
[374] R. LIBCHACHER, sous cass. com., 20 mai 1997, *D*. 1998, p. 115.
[375] Ch. GIDE, *Principes d'économie politique, op. cit. idem.*

de la valeur d'échange est naturellement un facteur d'instabilité dans notre quête d'identification de la portion de richesse réellement exploitée par le droit des sûretés. C'est pourquoi, afin de contourner cette frontière poreuse entre la valeur d'échange et le prix, un auteur a emprunté une autre voie conduisant à considérer que la sûreté réelle confère au créancier un accès à la valeur de crédit.

3. L'exploitation potentielle de la valeur de crédit des biens

159. M. MIGNOT propose une alternative à la conception de l'exploitation de la valeur d'échange. Selon l'auteur, la constitution d'une sûreté réelle donnerait accès non pas à la valeur d'échange mais à la valeur de crédit du bien[376]. La valeur de crédit serait « *la quantité de crédit (au sens de monnaie) obtenue du créancier par le débiteur en raison de la constitution d'une chose lui appartenant comme objet d'une sûreté réelles*[377] ». Cette valeur dépendrait de la nature de la sûreté à constituer, de ses modes de réalisation et également du rang attribué au créancier qui en bénéficie par rapport aux autres créanciers[378]. Après cet exposé sommaire de la nature de la richesse exploitée par le droit des sûretés réelles proposé par M. MIGNOT, on observe aisément le contraste qu'il opère par rapport à la conception défendue par la majorité de la doctrine. En effet, l'auteur semble situer l'exploitation de la richesse du bien en amont de l'opération, dès sa naissance. C'est parce que le bien dispose d'une valeur de crédit, que le créancier acceptera d'accorder le prêt au débiteur en constituant une sûreté réelle sur le bien de ce dernier. Or, la valeur d'échange ne se matérialise que lors de la mise en œuvre de la sûreté réelle, ce que souligne d'ailleurs M. MIGNOT lorsqu'il affirme que « *le créancier peut seulement, en cas de défaillance du débiteur, mettre en œuvre la sûreté réelle afin d'affecter la valeur de la chose au règlement de la créance garantie*[379] ». L'auteur ne nie donc pas l'existence d'une valeur d'échange exploitée par le droit des sûretés réelles, mais celle-ci demeurerait, semble-t-il, en état de sommeil jusqu'à ce que le débiteur devienne insolvable et que la sûreté produise ses effets.

---

[376] M. MIGNOT, *Droit des sûretés, op. cit.,* n° 1204 et s.
[377] M. MIGNOT, *op. cit., idem.*
[378] M. MIGNOT, *« La notion de bien – Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », RRJ 2006,* vol. 31, p. 1805 et s., spéc. n° 91.
[379] M. MIGNOT, *Droit des sûretés, op. cit., idem.*

160. En réalité, nous pensons que le droit des sûretés réelles exploite à la fois la valeur de crédit et la valeur d'échange du bien mais à des stades différents. Lors de sa constitution, elle mobilise la valeur de crédit du bien : cette valeur ne peut s'apprécier indépendamment de la nature et des effets de la sûreté réelle à constituer. Les biens n'ayant pas tous la même nature, les mécanismes employés par les sûretés réelles ont tendance à s'accommoder à cette diversité[380]. Mais dans l'hypothèse d'une insolvabilité du débiteur, la mise en œuvre du mécanisme conduit nécessairement à affecter la valeur d'échange du bien au règlement de la créance garantie.

161. Dans un système libéral tel que nous le connaissons aujourd'hui, le crédit occupe une place prépondérante. Les grandes orientations politiques dans ce domaine convergent vers la lutte contre le gaspillage du crédit. Tout élément d'actif doit pouvoir être mobilisé en garantie par son propriétaire[381]. Mais encore faut-il qu'en amont cet élément ait obtenu du droit des biens son brevet de patrimonialité ou, du moins, que le droit des biens n'ait pas opposé de veto à l'introduction de ce bien dans l'ordre patrimonial. Ce n'est qu'à l'issue de ce premier test, que le droit des sûretés réelles sera en mesure d'entrer en scène afin de tirer profit de la richesse du bien. De cette richesse, le droit des sûretés réelles n'en tire que la valeur. Cette valeur ne porte jamais sur l'usage du bien, mais uniquement sur celle d'échange selon la doctrine majoritaire. Pourtant, comme nous avons tenté de le démontrer, la conception reposant sur l'exploitation de la valeur de crédit défendue par M. MIGNOT, se conjugue, nous semble-t-il, parfaitement avec celle reposant sur la valeur d'échange, pourvu que l'on identifie le moment où l'une et l'autre interviennent.

162. Après avoir démontré l'alignement du droit des sûretés réelles sur le statut légal des biens, il convient, à présent, de se pencher sur la nature des biens grevés.

---

[380] Naturellement, l'opération consistant à constituer une sûreté réelle sur un immeuble n'est pas identique celle consistant à constituer une sûreté réelle sur un bien indivis par exemple.

[381] M. CABRILLAC, *« Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vielles outres »*, *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle – Études offertes à P. CATALA,* Litec, 2001, p. 709 et s., spéc. n° 12.

§2. L'ALIGNEMENT DES SÛRETÉS RÉELLES SUR LA NATURE DES BIENS GREVÉS

163. Il relève de l'évidence que l'on n'hypothèque pas un immeuble comme l'on gagerait un véhicule automobile ; on ne nantit pas une créance comme l'on hypothèquerait un bien futur. De même, la nature des biens suscite des interrogations quant à la nature des sûretés réelles mobilisées par les parties. Peut-on employer un même type de sûreté réelle indistinctement pour un bien meuble et un bien immeuble ? L'hypothèque peut-elle porter sur un bien meuble et un bien immeuble ? Ces interrogations ne trouvent réponse qu'au sein de l'organisation des biens et des différentes sûretés. Or, les caractéristiques des biens étant nombreuses, chacune, à sa façon, peut influer sur le fonctionnement, l'efficacité des sûretés réelles. Comme le souligne M. DABIN « *il est inéluctable que la forme des droits soit marquée par la forme des choses sous-jacentes […]. Nécessairement, l'objet impose sa loi*[382] ». Comme nous l'avons déjà évoqué, l'intervention du droit des biens sur la chose précède celle du droit des sûretés réelles. Le législateur, par souci de réalisme, a établi des distinctions, élaboré des cadre juridiques adaptés à chaque type de biens. Cet ordonnancement a vocation à se répercuter sur le régime des sûretés réelles qui les prennent pour assiette. En clair, la diversification croissante des biens conduit à une multiplication des régimes des sûretés.

164. Notre objectif n'est pas d'étudier dans le détail l'ensemble des différentes catégories de biens et encore moins ce qu'on doit attendre d'une *summa divisio* parfaite. Mais il s'agit simplement d'exposer un aperçu de l'influence de la classification des biens depuis le Code civil ainsi que ses évolutions sur le droit des sûretés réelles.

165. Consubstantiellement dépendant de la nature des biens grevés, la règlementation des sûretés réelles est nécessairement diverse à l'image des richesses qui en forment l'objet. En 1804, l'architecture de la matière a été bâtie sur la classification traditionnelle du droit des biens (**A**). Si cette classification traditionnelle perdure encore, la diversification des richesses, de leur statut et surtout leurs

[382] J. DABIN, *Le droit subjectif, Dalloz*, 1952, p. 167.

insuffisances ont conduit à une évolution de la classification traditionnelle dans les deux matières (**B**).

A. LA SOUMISSION ORIGINELLE AUX CLASSIFICATIONS TRADITIONNELLES

166. Les rédacteurs du Code de 1804 ont construit le droit des sûretés sur la classification traditionnelle du droit des biens reposant sur la *summa division* des biens meubles/immeubles (**1**). Cette classification a longtemps été préférée à celle reposant sur la distinction biens corporels et incorporels (**2**). L'explosion contemporaine des richesses incorporelles a conduit le législateur à doter le droit français d'un arsenal impressionnant de sûretés sur les meubles incorporels.

1. La summa divisio biens meubles/biens immeubles

167. L'opposition biens meubles et immeubles en droit des biens ne prend en réalité une réelle importance que sous l'ancien régime. En effet, l'immeuble y est considéré comme la source principale des richesses dans la mesure où la situation sociale des individus était étroitement liée à ce qu'ils possédaient. La richesse mobilière ne bénéficiait pas d'une telle valorisation dans le système féodal[383], d'où la maxime *res mobilis, res vilis*[384]. Malgré la révolution politique survenue en 1789, dissociant le statut des personnes de celui des biens[385], le Code napoléonien reprendra la distinction des biens meubles et immeubles. Ainsi, dès 1804, l'article 516 du Code civil prévoyait déjà que « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ».

168. C'est sur cette césure initiale des biens que le législateur a choisi de distinguer entre les sûretés réelles sur les biens meubles et sur les biens immeubles. Qu'il s'agisse de la classification des biens ou de celle des sûretés réelles, l'empreinte de l'ancien régime sur les dispositions du Code est flagrante en 1804. Les meubles ne disposent pas de la voie hypothécaire, exclusivement réservée aux immeubles. C'est pourquoi

---

383 V. J. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du Droit privé :à l'usage des étudiants en licence et en doctorat*, 1908, 108, p. 201.

384 Littéralement, « chose mobilière, chose vile ».

385 E. ACOLLAS, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos Codes et notamment le Code de Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, 2e éd., Paris, 1866, p. 50.

l'ancien l'article 2298 prévoyait que « *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*[386] ». En effet, la conception de l'hypothèque en 1804, est conçue comme une sûreté publique et non occulte. Le mécanisme doit être public par le biais d'une inscription. Or, c'est l'immeuble qui présente toutes les qualités pour faire l'objet d'une telle publicité en raison de sa stabilité dans le temps et dans l'espace. L'objectif étant d'assurer une protection des tiers contre la mauvaise foi du constituant. Inversement, les meubles étaient considérés comme des choses fuyantes et difficilement identifiables qui semblent rebelles à l'instauration d'un registre publicitaire[387]. C'est pourquoi, le législateur napoléonien a souhaité faciliter et sécuriser les transactions mobilières en dispensant l'acheteur de toute investigation sur la situation juridique exacte du bien acquis, d'où la maxime « *en fait de meubles, la possession vaut titre*[388] ». Cette règle permet à l'acquéreur entré en possession de bonne foi de se prémunir contre toute prétention concurrente sur le bien acquis. En réalité, les dispositions de l'ancien article 2298 selon lesquelles « *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* », ne sont que l'application de celles de l'article 2276 selon lesquelles « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». C'est ainsi que, pour pallier les difficultés relatives à la publicité mobilière et vu le rôle acquisitif reconnu à la possession, le législateur a considéré que la seule manière sérieuse de donner les meubles en garantie était d'en transmettre la possession au créancier. Le dessaisissement permettait ainsi d'informer les autres créanciers de l'existence de la sûreté tout en protégeant efficacement le créancier contre la disparition du bien ou de son aliénation entre les mains d'un acquéreur de bonne foi. D'où la figure du gage qui s'impose, en 1804, comme la voie obligée d'affectation en garantie des meubles avec les inconvénients que l'on sait liés à la dépossession obligatoire du constituant.

---

[386] Depuis l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, cette disposition a été abrogée. Si en 1804 elle était exacte, elle était, désormais, devenue inexacte dès lors qu'il est possible de constituer une hypothèque sur des meubles. Par ex. l'hypothèque maritime.

[387] Y. PICOT, *Le droit des sûretés*, PUF, Thémis, 1re éd., 2006, n° 239, p. 290 : « *Lors de la rédaction du Code civil, l'exclusion de l'hypothèque mobilière trouvait sa principale raison dans l'impossibilité d'organiser pour les meubles une publicité que les Révolutionnaires avaient définitivement imposée* »

[388] Art. 2276 C. civ.

169. Mais, très vite, face à la diversification des richesses, une classification alternative reposant sur les biens corporels et incorporels a fait son apparition dans le système juridique français.

2. La summa divisio biens corporels/biens incorporels

170. La *summa divisio* des biens corporels et incorporels est beaucoup plus ancienne qu'elle n'y paraît. En effet, dès le IIe siècle après J.-C., les Institutes de Gaius opposaient clairement les *res corporales* et les *res incorporales*, les premières étant *« celles qui peuvent être touchées, tel un fond, un homme, un habit, l'or, l'argent »*, contrairement aux secondes *« qui consistent dans un droit, telles qu'une hérédité, un usufruit, des obligations de toute sorte*[389] *»*. De nombreux auteurs ont plaidé, en 1804, en faveur de la distinction des biens corporels et incorporels qui, selon eux, serait la seule véritable division naturelle des biens et la plus générale qui soit[390].

171. Si cette distinction n'a pas été celle retenue par les rédacteurs du Code, elle finira par s'intégrer naturellement dans la nomenclature des catégories de richesses aussi bien en ce qui concerne le droit des biens que le droit des sûretés réelles. Dès 1804, on pouvait déjà identifier quelques dispositions qui prenaient en compte la spécificité des biens selon cette distinction. En effet, l'ancien article 2397, 2° du Code civil[391] envisageait déjà l'hypothèque de l'usufruit. De même, les anciens articles 2075 et 2081 envisageaient l'hypothèse du gage des créances. Seulement, ces références aux biens incorporels étaient insignifiantes dans un régime reposant sur la corporalité des biens.

172. Il fallut attendre l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 pour que soit réellement reconnue la distinction entre les biens corporels et incorporels. Depuis 2006, le Code civil fait une distinction entre le gage spécialement

---

[389] L. DOMENGET, *Institutes de GAIUS, contenant le texte et la traduction en regard avec le commentaire au-dessous,* A. MARECQ, Paris, 1866, p. 121-122.

[390] Par ex., V. MARCADÉ, *« Explication théorique et pratique du Code Napoléon,* T. II, Cotillon, Paris, 1859. n° 339, p. 327 ; M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil,* T. IV, Thorel, Paris, 1844, n° 11.

[391] Anc. Art. 2397, 2° : *« Sont seuls susceptibles d'hypothèques :[…] 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée […] »*. Cette disposition est, depuis la réforme de 2021, devenue l'article 2390. Il dispose en des termes plus généraux : *« L'hypothèque s'étend aux intérêts et autres accessoires de la créance garantie. Cette extension profite au tiers subrogé dans la créance garantie pour les intérêts et autres accessoires qui lui sont dus ».*

dédié aux meubles corporels[392] et le nantissement, spécialement dédié aux meubles incorporels[393].

173. C'est ainsi que la catégorie des sûretés sur les biens incorporels, largement négligée par le Code civil de 1804, s'est progressivement faite une place autonome dans la classification des sûretés réelles, sous la figure du nantissement.

174. Ainsi, la nature des biens a eu une influence prépondérante sur l'organisation du droit des sûretés réelles dans le Code civil napoléonien. Les mécanismes du gage et de l'hypothèque ne sont que le reflet de l'opposition de statut juridique entre les meubles et les immeubles dans le droit des biens en 1804. La diversification des richesses a, quant à elle, conduit à un mouvement de diversification des sûretés réelles. La reconnaissance du caractère incorporel de certains biens a convaincu le législateur de consacrer le nantissement comme un mécanisme de sûreté réelle en réponse à cette catégorie de bien. Pourtant, la distinction des biens reposant sur les oppositions biens meubles/immeubles et biens corporels/incorporels n'est pas exempte de critiques. À tel point qu'aujourd'hui, l'insuffisance des classifications traditionnelles est difficilement contestable, en droit des biens comme en droit des sûretés réelles.

B. L'INSUFFISANCE DES CLASSIFICATIONS TRADITIONNELLES

175. La distinction d'inspiration féodale des biens meubles et immeubles ne semble plus incarner aux yeux du législateur, comme en 1804, la *summa divisio* la plus complète des biens. La preuve en est la consécration, en droit des sûretés réelles, du gage sur les choses dites corporelles et du nantissement sur les choses dites incorporelles. Plusieurs auteurs ont émis le souhait de voir triompher cette nouvelle division au sein du droit des biens dans le Code[394]. Pourtant, qu'il s'agisse de la *summa divisio* meubles/immeubles ou corporelles/incorporelles, la réalité économique de la société moderne semble avoir eu le pas sur ces classifications.

---

[392] Art. 2333 et s. C. civ.
[393] Art. 2355 et s. C. civ.
[394] Par ex. F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.,* n° 88, p. 146.

176. Elles s'avèrent aujourd'hui insuffisantes autant en droit des biens (**1**) qu'en droit des sûretés réelles (**2**).

1. En droit des biens

177. La maxime *res mobilis, res vilis* que nous évoquions tantôt a aujourd'hui cessé de correspondre à la réalité économique. C'est pourquoi le législateur s'est efforcé de corriger les différences qui existaient entre le régime des biens meubles et celui des biens immeubles. Par ailleurs, le développement exponentiel des richesses immatérielles a soulevé une autre problématique, celle de savoir comment faire entrer ces richesses dépourvue de corps dans la catégorie des biens. L'intégration des biens incorporels a conduit à la prise en compte d'une nouvelle classification qui à son tour a très vite montré ses limites.

178. Ainsi, le développement des richesses a peu à peu révélé les insuffisances des classifications traditionnelles des biens, qu'il s'agisse de la *summa divisio* des biens meubles et immeubles (**a**) ou de la *summa divisio* des biens corporels et incorporels (**b**).

a. Les insuffisances de la *summa divisio* des biens meubles et immeubles

179. En 1804, la *summa divisio* des biens était assise sur une inégalité profonde de protection entre les biens meubles et les biens immeubles. Progressivement, la légitimité de cette protection a été remise en cause en raison de l'évolution économique de la notion même de la valeur dans la société. L'immeuble n'est plus seule à pouvoir emmagasiner la richesse. Il a donc fallu que le législateur opère des aménagements qui ont, par moments, conduit à un alignement du régime de protection des biens immeubles sur celui des biens meubles. On peut en citer quelques exemples.

180. L'exemple le plus illustrateur de cet alignement résulte, sans doute, du déclin de la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Si cette règle, peu protectrice de la propriété[395], n'est, *a priori,* pas forcément néfaste pour la fortune mobilière[396], elle a très vite montré son inadaptabilité face à certains meubles. En effet, elle paraît inadaptée aux objets mobiliers dont la valeur est significative et non conçus

[395] En effet, elle fait dépendre la propriété du simple fait de possession.
[396] Lorsqu'elle vise les meubles destinés, par nature, à la circulation, elle contribue d'une certaine manière à l'attractivité économique.

pour passer matériellement de mains en mains mais plutôt pour durer dans les patrimoines[397]. C'est le cas des bateaux, des navires ou encore des aéronefs etc. C'est pourquoi pour ces catégories de biens meubles d'importance, le législateur a créé un régime publicitaire proche de celui des immeubles[398]. Cette évolution vers le régime des immeubles est à mettre en relation avec la progression du domaine de l'hypothèque. En effet, lorsque ces biens sont affectés en garantie, on parle d'hypothèque[399] et non de gage.

181. Une autre illustration des aménagements opérés par le législateur en raison des insuffisances de la distinction résulte du régime de la lésion que le Code napoléonien ne réservait qu'au seul profit du vendeur d'immeuble. Depuis, plusieurs dispositions spéciales sont venues opérer un alignement en faveur de certains propriétaires de meubles. C'est le cas notamment lorsque le législateur impose au vendeur de fonds de commerce d'indiquer un certain nombre d'informations dans l'acte de cession[400]. C'est le cas également lorsque le législateur ouvre à certains propriétaires le droit de demander la rescision du contrat lésionnaire. Par exemple, cette faculté est offerte par la loi à l'emprunteur d'une somme d'argent à taux usuraire[401].

182. Les exemples de ces aménagements visant à aligner le régime des biens meubles et des biens immeubles sont nombreux. Ces interventions légales pourtant nécessaires ont pour conséquence de fragiliser la frontière entre les biens meubles et immeubles. Au-delà, nous l'avons vu, cette distinction ne permet pas d'y classer certains types de biens. La distinction des meubles et des immeubles ne joue donc plus pleinement son rôle de *summa divisio*. On peut en dire autant de la distinction des biens corporels et incorporels.

---

[397] J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé,* Paris, Recueil Sirey, 1935, p. 175.

[398] V. M. PICARD, *« L'évolution du régime des biens depuis le Code civil »,* in *Le droit civil français : livre souvenir des journées du droit civil*, *SIREY,* 1937, p. 59 et s., spéc. p. 63-64.

[399] L'hypothèque sur les aéronefs, l'hypothèque sur les navires etc.

[400] Art. L. 141-2 C. com.

[401] Art L. 314-6 C. consomm.

b. Les insuffisances de la *summa divisio* des biens corporels et incorporels

183. L'opposition biens corporels et incorporels souffre également de nombreuses insuffisances. La pertinence de la distinction du corporel et de l'incorporel pour structurer parfaitement l'ordre juridique des biens convainc difficilement. En effet, admettre l'inverse doit conduire à observer non seulement une certaine unité dans la catégorie des biens incorporels mais également des points de rupture nets et tranchés avec les règles gouvernant les biens corporels. Or, la diversité des biens composant la catégorie de l'incorporel semble s'opposer à toute idée d'unité. Par ailleurs, la frontière entre le corporel et l'incorporel est bien souvent difficile à percevoir.

184. M. PÉRINET-MARQUET écrivait au sujet de la dispersion des biens incorporels : « *La catégorie des biens incorporels peut apparaître, à certains égards, comme un tiroir de rangement où l'on peut entasser, pêle-mêle, les choses ou les droits les plus disparates. Qu'y a-t-il de commun entre un numéro de carte bancaire, un droit d'auteur, un lot de copropriété à construire, une information… ?. Le régime juridique de chacun de ces biens incorporels est trop différent pour que leur regroupement dans une catégorie unique présente un avantage décisif*[402] ». En effet, la diversité des biens incorporels est la première chose qui saute aux yeux lorsque l'on tente d'analyser en profondeur l'aptitude de la distinction des biens corporels et incorporels à constituer une véritable summa divisio. La diversité des richesses incorporelles rend impossible la détermination d'un ensemble de règles ou de principes communs pour cette catégorie de biens. Il est même d'usage, dans les ouvrages, au sein même de la catégorie des biens incorporels, de distinguer entre les droits incorporels[403] et les choses incorporels[404]. Les premiers correspondraient à un lien établi entre deux personnes ou une personne et une chose[405] tandis que les secondes correspondraient à des choses réelles immatérielles mais perceptibles[406]. Dès lors, une telle absence d'harmonie et de cohérence conduit à difficilement considérer les biens incorporels comme une catégorie pouvant constituer

[402] H. PÉRINET-MARQUET, « *Regard sur les nouveaux biens* », *JCP G.* 2010, p. 352 et s., n° 17.
[403] Il s'agirait des créances, usufruit, servitudes etc.
[404] Elles concerneraient plutôt les brevets, fonds de commerce, marques etc.
[405] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, op. cit.*, n° 31, p. 18.
[406] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, op. cit., idem.* L'auteur critiquait néanmoins cette distinction dans la distinction.

un volet d'une summa divisio parfaite, d'autant plus qu'il est des cas où la distinction avec les biens corporels n'est pas si évidente.

185. Une illustration de la frontière poreuse entre les biens corporels et incorporels pourrait résulter d'une comparaison entre le régime de l'usufruit portant sur un immeuble, considéré comme un droit incorporel et celui d'un fonds de terre, bien corporel. D'abord, ces deux richesses sont toutes deux soumises aux mêmes formalités de publicité[407] ; Ensuite, les principes de l'usucapion s'appliquent aux deux de la même manière[408] ; Enfin, c'est le cas également concernant les règles de compétence juridictionnelle[409] et de voies d'exécution[410]. On se demande alors ce qui pourrait bien justifier qu'on les isole dans des catégories différentes.

186. En définitive, les classifications traditionnelles des biens révèlent nombre d'insuffisances que le législateur s'efforce tant bien que mal de corriger. Or, nous l'avons vu, le statut juridique et l'ordonnancement des biens exercent une influence prépondérante sur les sûretés réelles, en l'occurrence sur leur organisation. Il ne faisait, dès lors, pas de doute que le tâtonnement observé en droit des biens sur la classification des richesses allait se répercuter sur celle des sûretés réelles.

2. En droit des sûretés réelles

187. Les classifications traditionnelles des biens en droit des sûretés réelles ne sont plus aussi franches qu'en 1804. La principale raison de ce déclin des distinctions classiques repose sur la diversification des biens. Si la matière du droit des biens, elle-même, peine à mettre en place une *summa divisio* accomplie, que dire du droit des sûretés réelles dont les biens constituent le sous-bassement ? Ainsi, à l'instar du droit des biens, les classifications traditionnelles prédominant en droit des sûretés réelles souffrent de nombreuses insuffisances. Cela se vérifie autant dans la *summa divisio* des sûretés réelles meubles et immeubles (**a**) que dans celle des sûretés réelles corporelles et incorporelles (**b**).

---

[407] Art. 1690 et s. C. civ.
[408] Art. 2272 C. civ.
[409] Art. 44 CPC.
[410] Art. L. 311-6 CPCE.

a. Les insuffisances de la *summa divisio* des sûretés meubles et immeubles

188. Nous savons déjà que les réalités économiques et la revalorisation des richesses mobilières ont fortement impacté la conception napoléonienne de la classification des biens. Un bien meuble est aujourd'hui susceptible de permettre à son propriétaire autant de crédit qu'un bien immeuble[411]. C'est ainsi que l'on a assisté à la reconnaissance juridique de mécanismes hybrides en droit des sûretés réelles, associant le schéma hypothécaire avec les biens mobiliers. C'est le cas des hypothèques maritimes, fluviale et aériennes[412]. Le mariage entre la technique hypothécaire et les richesses mobilières a singulièrement altéré la pertinence de la *summa divisio* des biens meubles et immeubles[413]. Du point de vue des sûretés, la distinction est, dès lors, artificielle dans la mesure où les meubles sont « *assimilés à des immeubles*[414] ». Les réformes successives du droit des sûretés notamment celles de 2006 et de 2021 n'ont point remis en cause la division meuble et immeuble. Pourtant, la réalité est que certaines sûretés mobilières sont beaucoup plus proches de l'hypothèque immobilière qu'elles ne le sont du gage mobilier, qu'il soit avec ou sans dépossession[415].

189. Inversement, alors que l'appellation du gage était initialement réservée aux sûretés réelles portant sur les biens meubles, la loi de simplification du droit du 12 mais 2009 va remplacer le mot « antichrèse », jugé peu intelligible, par l'expression de « gage immobilier » qui le serait davantage[416]. Cette loi fragilise, ne serait-ce que sur la forme, la distinction assignant à chaque type de richesse une catégorie de sûreté réelle[417].

---

411 Déjà, P. VOIRIN, « *La composition des fortunes modernes au point de vue juridique* », *Rev. gén. De droit,* 1930, p. 102 et s.

412 « *L'hypothèque conventionnelle maritime fonctionne dans ses grandes lignes comme l'hypothèque des immeubles.* » V. R. JAMBU-MERLIN, « *Le navire, hybride de meuble et d'immeuble ?*, *Études offertes à Jacques Flour, Defrénois,* 1979, p. 305 et s.

413 P. VOIRIN, « *La composition des fortunes modernes au point de vue juridique* », *op. cit., idem*.

414 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* LGDJ, Paris, 1960, n° 55.

415 V. D. HOUTCIEFF, « *Le droit des sûretés hors le Code civil* », *LPA* 22 juin 2005, n° 123, p. 8 et s., spéc. n° 13 : l'auteur souligne que « *l'admission des gages sans dépossession et l'émergence des hypothèques mobilières rendent par exemple difficile la distinction de ces deux sûretés* ».

416 L. n° 2009-526, 12 mai 2009, art. 32 à 37.

417 V. en ce sens, F. PÉROCHON, « *Gage immobilier, antichrèse, nantissement : la valse des étiquettes* », *Rev. proc. Coll.* Mars 2010, comm. 64 ; également, N. BORGA, « *L'autonomie conceptuelle de l'antichrèse, source d'effets imprévus* », *D 2006*, p. 2090.

190. Même si nous ne nous en tiendrons qu'à ces hypothèses, les exemples d'insuffisances de la division meubles/immeubles en droit des sûretés réelles sont nombreux. Elle ne représente plus la colonne vertébrale de la classification des sûretés réelles. Ses conséquences principales ont décliné au fil des décennies. L'hypothèque n'a plus le monopole des immeubles, de même que le gage n'a plus le monopole des meubles. La quête de la division des richesses la plus complète a conduit vers celle reposant sur ce qui est matière et ce qui ne l'est pas. Pourtant elle ne fait pas mieux que la précédente puisqu'elle révèle également de nombreuses insuffisances.

b. Les insuffisances de la *summa divisio* des sûretés corporelles et incorporelles

191. Nous l'avons vu, certains biens mobiliers sont apparus suffisamment stables, grâce à leur rattachement fictif à un point fixe, et suffisamment identifiables, grâce à leur immatriculation, pour se prêter à un système complet de publicité et, corrélativement se soustraire du domaine de la règle de l'article 2276 du Code civil[418]. Dans le même temps, le législateur a créé des sûretés réelles sans dépossession d'autres biens corporels dont l'immobilisation constituait un frein à leur exploitation économique. Il s'agit du gage automobile, mais aussi du nantissement du matériel et outillage, des warrants agricoles, hôteliers etc., la plupart ayant été supprimé depuis l'Ordonnance de réforme de 2021. Pourtant, contrairement aux meubles dits d'importance pouvant faire l'objet d'une hypothèque, ces biens n'ont pas été soustraits de l'empire du régime de la règle selon laquelle « *en fait de meubles, la possession vaut titre* », les excluant ainsi du régime hypothécaire appliqué aux navires et bateaux… Concrètement, on a vu émerger dans le paysage juridique des garanties réelles, une *troisième famille de sûretés contractuelles*[419], ni vraiment gage dans le sens traditionnel[420], ni vraiment hypothèque[421]. Cette inversion de ce qui constituait les principaux effets de ces mécanismes occupant l'avant-garde des sûretés réelles ne pouvait que fragiliser l'opposition sûretés réelles corporelles et incorporelles. Ainsi, la diversification des biens corporels a été un facteur de multiplication des sûretés réelles, ce qui a eu pour

[418] Art. 2276 al. 1, C. civ. : « *En fait de meubles, la possession vaut titre* ».
[419] M. CABRILLAC, « *Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vielles outres* », *op. cit.*, n° 17, p. 715.
[420] En raison de la substitution de la dépossession par la publicité.
[421] En raison de l'absence de droit de suite.

conséquence directe de porter atteinte à la pertinence de la distinction fondée sur la corporalité et l'incorporalité des biens affectés en sûreté.

192. Le même mouvement de diversification peut être observé en ce qui concerne les biens incorporels. En la matière également, leur multiplication a entraîné un foisonnement de sûretés réelles. On songe notamment aux différentes créations de l'esprit comme le nantissement de film (art. L. 124-1 et s. C. cin.) ou de logiciel (art. L. 132-34 CPI). C'est le cas également du nantissement de polices d'assurance-vie (art. L. 132-10 C. ass.) ou encore de marchés publics (art. 106 et 107 C. march. pub.).

193. La reconnaissance par le législateur, au compte-goutte, d'une multitude de sûretés sur les meubles incorporels, illustre l'absence d'homogénéité interne qui règne en la matière. Il n'existe aucun régime unitaire ni même seulement commun des sûretés sur biens incorporels[422]. En effet, il semble que les richesses incorporelles soient trop hétérogènes pour s'accommoder d'un régime unique d'affectation en garantie.

194. En définitive, il apparaît que les divisions des richesses, traditionnellement en usage en droit des biens et en droit des sûretés ne semblent plus en mesure d'assumer le rôle de *summa divisio.* On a ainsi pu observer que la nature juridique des biens se répercute sur le fonctionnement des sûretés réelles qui les prennent pour assiette. De sorte que l'inaptitude du droit des biens à instituer une césure parfaite des richesses a entrainé un désordre dans la classification des sûretés réelles déjà existantes. Que dire alors de celles que les parties voudront créer *ex nihilo ?* À défaut de s'aligner sur les schémas déjà existant, le moins que l'on puisse dire est qu'il est, à l'heure actuelle, difficile de prédire quel sera l'accueil du droit.

* *
*

195. Conclusion de la section 1. Les liens entre les sûretés réelles et le droit des biens se révèlent étroits et complexes. Notre étude démontre une certaine soumission patrimoniale des sûretés réelles au droit des biens à travers un double alignement. D'une part, le mécanisme de sûreté réelle doit obtenir le "brevet" de patrimonialité

[422] D. HOUTCIEF, *« Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? » in L'appréhension par le droit de l'incorporalité, RLDC* 2009, 65, p. 33 et s., spéc. p. 35.

délivré par le droit des biens avant d'accéder à la valeur du bien qui sera affecté en garantie. D'autre part, les sûretés réelles demeurent fortement influencées par les classifications traditionnelles adoptées par le droit des biens. Bien que celles-ci soient anachroniques, elles continuent à servir de base pour diviser les richesses en matière de sûretés.

Notre étude met surtout en lumière les nuances de cette soumission patrimoniale. En effet, si la patrimonialité du bien qui fera, par la suite, l'objet d'une affectation en garantie est déterminée au préalable par le droit des biens, son exploitation par les sûretés réelles est autonome. La constitution de ces dernières ne donne accès qu'à la valeur du bien. Contrairement aux droits réels, cette valeur ne porte jamais sur l'usage du bien, mais uniquement sur celle d'échange selon la doctrine majoritaire. Notre analyse a révélé qu'en réalité, le droit des sûretés réelles exploite à la fois la valeur de crédit et la valeur d'échange du bien, mais à des stades différents. Lors de la constitution, il mobilise la valeur de crédit du bien, mais lors de la mise en œuvre, il mobilise la valeur d'échange du bien.

De la même manière, l'insuffisance des classifications traditionnelles en droit des biens souligne les défis posés à la classification des sûretés réelles, tant existantes que potentiellement nouvelles. En tout état de cause, il semblera difficile pour les parties qui souhaiteront créer une nouvelle sûreté réelle de se défaire totalement des schémas de classification déjà existants, de même qu'elles ne pourront s'affranchir des critères juridiques de patrimonialité des biens déterminés à l'avance par le droit des biens.

SECTION 2

L'ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE PAR LE *NUMERUS CLAUSUS* DES SÛRETÉS RÉELLES

196. Comme toute sûreté, la constitution d'une sûreté réelle produit des effets entre les parties en permettant à son bénéficiaire de se prémunir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. Pourtant, il ne s'agit pas là de la finalité première de la matière. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la définition nouvellement consacrée par l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 à travers l'article 2323 du Code civil selon lequel sa constitution confère à son bénéficiaire « *un paiement préférentiel ou exclusif*[423] ». Or, la préférence et l'exclusivité, ici, n'ont d'intérêt qu'en présence d'une menace extérieure qui, en l'occurrence, représente les concurrents du bénéficiaire de la sûreté réelle. On comprend alors que l'intérêt de la sûreté se mesure à l'aune des pouvoirs dont elle investit le créancier contre les autres créanciers et les ayants cause du débiteur. Ces derniers sont, de leur point de vue, ceux qui en subissent de plein fouet les effets. En effet, les effets principaux des sûretés réelles sont essentiellement dirigés contre le patrimoine des tiers. C'est pourquoi, le législateur a construit l'institution dans un cadre légal permettant de protéger les tiers.

197. Le cadre légale destiné à encadrer cette institution susceptible d'aggraver la situation patrimoniale des tiers n'a pas empêché la matière de connaître un phénomène de « balkanisation[424] ». Cependant, ce phénomène demeure le monopole du législateur, les parties n'ayant d'autre choix que de choisir parmi les mécanismes préalablement consacrés par la loi. Ce choix politique se traduit par ce qu'on appelle le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles qui se trouve encore réaffirmé (**§1**) par l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021. Plus qu'une

---

[423] Art. 2323 C. civ. : « *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* ».

[424] J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. III, vol. 1, *Sûretés, Publicité foncière*, par Y. PICOD, Montchrestien, 7e éd., 1999, n° 5.

réaffirmation du principe, la nouvelle réforme vient, nous semble-t-il, élargir le champ d'application du *numerus clausus* en consacrant le mécanisme de l'exclusivité que l'on croyait en dehors du carcan législatif. Une telle évolution mérite une analyse de la portée du nouveau *numerus clausus* des sûretés réelles (**§2**).

§1. LA RÉAFFIRMATION DE LA CONSÉCRATION LÉGALE DU *NUMERUS CLAUSUS*

198. La source principale de l'encadrement de l'activité créatrice des sûretés réelles par les parties résulte du principe du *numerus clausus.* Profondément ancré dans le droit français, ce principe cantonne les volontés individuelles dans les sentiers légaux comme l'illustre à merveille les dispositions de l'article 2386 qui demeurent inchangées depuis 1804 : « *L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi* ».

Ce régime impératif contraste fortement avec celui plus libéral du droit des biens, matière qui, jusqu'à ce stade de notre démonstration, dominait le droit des sûretés réelles. En effet, il est vrai que la matière est classiquement considérée comme une discipline entièrement impérative et animée par l'unique préoccupation de protéger les tiers contre la constitution de droits réels réputés dangereux car dotés d'une opposabilité *erga omnes*[425]. Cela étant, le régime légal et jurisprudentiel des droits réels est dominé par un principe de liberté des volontés. En tout état de cause, le *numerus clausus* des droits réels ne constitue pas une menace pour l'activité créatrice des sûretés réelles.

199. Afin de réduire la liberté contractuelle des parties relativement à la création de nouvelles garanties réelles, on a souvent tendance à traiter ensemble la question des limitations légales des sûretés réelles et celles des droits réels que le propriétaire peut consentir sur son bien. Pourtant, dans ce domaine, les sûretés réelles s'émancipent du

[425] C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, op. cit.*, n° 511 et s.

carcan du droit des biens puisque si l'existence du *numerus clausus* des droits réels principaux est controversée (**A**), celle du *numerus clausus* des sûretés réelles est certaine (**B**).

A. L'EXISTENCE CONTROVERSÉE D'UN *NUMERUS CLAUSUS* DES DROITS RÉELS

200. Le fait d'imaginer un nouveau démembrement sur une chose dont on est propriétaire ne heurte les droits de personne si n'est ceux du propriétaire lui-même en limitant son droit de jouissance. C'est pourquoi, après de longs débats doctrinaux, la jurisprudence a retenu le principe de la liberté de créer les droits réels dès lors que ces derniers demeurent temporaires (**2**). Cette position du droit positif est d'autant plus justifiée que les fondements légaux censés consacrer ce *numerus clausus* ont dès 1804 été unanimement déclarés insuffisants (**1**).

1. L'insuffisance des fondements légaux

201. Les fondements textuels invoqués au soutien de l'existence du *numerus clausus* des droits réels ne sont pas nombreux. Au contraire, ils ne portent que sur un texte du Code civil énumérant les démembrements des biens dont seule une partie infime de la doctrine a soutenu la portée impérative et limitative[426]. Il s'agit de l'article 543 du Code civil selon lequel : « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre* ». Mais la grande majorité de la doctrine conteste la portée limitative du texte. Avant d'évoquer dans le détail les positions doctrinales sur la question, notons au préalable qu'une simple analyse formelle des dispositions de l'article 543 démontre son inconsistance par rapport au dessein qu'on lui attribuerait.

202. Il faut noter que la formule employée par le législateur n'implique pas grammaticalement une volonté d'énumérer limitativement les droits réels. Le

[426] V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Thorel Paris, 1844, T. XI, p. 41 et 49.

législateur n'a pas écrit : « *On ne peut avoir sur les biens […]* » mais « *On peut avoir sur les biens […]* ». Ce qui laisse entendre la possibilité de créer d'autres droits réels que ceux déjà énumérés par l'article 543[427]. Par ailleurs, à considérer que la liste du texte soit limitative, le moins que l'on puisse dire est que celle-ci est incomplète puisqu'elle n'évoque pas les droits réelles accessoires que sont les sûretés, ni l'emphytéose ou encore le droit de superficie.

203. Au-delà, nombreux sont les auteurs, au sein de la doctrine, à avoir rejeté toute porté normative à ce texte[428]. Pour n'en citer que quelques-uns, selon M. DROSS il ne s'agirait que d' « *une simple précaution littéraire, dépourvue en tant que telle de toute portée normative* »[429]. L'auteur précise par ailleurs que le texte n'a fait l'objet d'aucune consécration jurisprudentielle, si ce n'est quelques *lapsus calami*[430]. De même, dans leur ouvrage, MM. BERGEL, BRUSCHI et CIMAMONTI relèvent également cette absence de normativité de l'article 543 du Code[431]. Ils observent l'absence de texte interdisant la création de droits réels innommés et considèrent que fondamentalement, le droit de propriété peut se décomposer librement et que l'on peut en attribuer à titre de droit réel quelque prérogative que ce soit.

204. Il faut cependant reconnaitre que d'autres auteurs ont soutenu l'argument inverse, ou émis des réserves à la possibilité de créer librement des droits réels[432]. Ces partisans du *numerus clausus* des droits réels opposent le fondement politique, selon lequel la liste limitative des droits réels éviterait un retour à l'exclusivisme et la perpétuité du système féodal. En effet, Ph. DUPICHOT considère que le risque d'un rétablissement des services féodaux est aujourd'hui peu pertinent puisque l'ordre

---

427 P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.,* n° 244 ; V. également, M. CHAUVEAU, « *Classification nouvelle des droits réels et personnels », Rev. crit. Lég. Jur.* 1931, p. 539 et s., spéc. n° 19.

428 R. LIBCHACHER, « *La recodification du droit des biens », in Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire,* p. 297 et s. ; P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.,* n° 244 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique du droit civil français,* T. III, *Les biens,* par M. PICARD, LGDJ, 1952, n° 48 ; Chr. ATIAS, *Droit civil, Les biens,* Litec, 9e éd., n° 71 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, op. cit.,* n° 355.

429 W. DROSS « Biens, Droits dont les biens peuvent être l'objet », JurisClasseur, Art. 543, 22 Nov. 2010, n° 1.

430 Ainsi Cass. 3e civ., 3 mai 1962 où l'article 543 est manifestement visé en lieu et place de l'article 545 du Code civil, ou encore Cass. com., 10 juill. 2001, n° 98-19.491 visant l'article 543 du Code civil alors qu'il s'agissait du Code de procédure civile.

431 J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, L.G.D.J, 2e éd., 2010, n° 53.

432 Par ex., Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon,* t. I, n° 515, p. 431 ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens,* PUF, 1989, n° 208-220 ; J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, th.* Paris II, LGDJ, 1981, préf. H. BATIFFOL, n° 114 et s.

public des articles 530 et 686 du Code civil s'opposera à toute création d'un démembrement du droit de propriété ou à tout service foncier qui prétendrait assujettir en réalité davantage une personne qu'un fonds[433]. De même l'auteur estime, sur la question de l'utilitarisme, que l'article 544, qui confère le « *droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* », doit être entendu comme permettant à son titulaire de démembrer son droit comme bon lui semble, à la seule condition de ne pas en faire « *un usage prohibé par les lois et les règlements* ». Il rejette l'interprétation restrictive selon laquelle le droit de propriété conférant à son titulaire l'ensemble des utilités économiques de la chose, il ne saurait être question d'en décomposer certaines, de dégager de nouvelles utilités, ou d'en délimiter spatialement l'assiette. En effet l'idée sous-jacente du texte vise à affirmer la plénitude de la propriété ; elle confère le plus d'attributs à son titulaire, donc il n'est pas possible de créer des droits réels d'où découleraient pour leur titulaire des pouvoirs que le législateur ne leur permet pas d'avoir. Or, de ce point de vu, les données se sont profondément transformées[434]. C'est ce que soulignent MM. CAPITANT, TERRE et LEQUETTE, lorsqu'ils expliquent que la propriété a connu une certaine métamorphose. Ainsi, soulignent-ils, le Conseil constitutionnel l'avait déjà rappelé en considérant que si le droit de propriété n'avait pas été atteint dans son essence, il avait toutefois « *changé dans ses finalités et ses conditions d'exercice*[435] ». La tendance serait donc de développer et d'encourager l'exploitation des utilités du bien, et ce malgré un affaiblissement de la propriété.

Telle est la position adoptée par la jurisprudence qui s'est montrée favorable à la création de nouveaux droits réels. Seule, resterait en suspens, la question de la potentielle perpétuité de ce droit réel de jouissance spéciale.

2. La consécration jurisprudentielle de la liberté de créer des droits réels temporaires

205. L'insuffisance des justifications textuelles avancées au soutien du *numerus clausus* des droits réels a rapidement conduit la Cour de cassation à prendre, très tôt,

---

[433] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, *in* Le patrimoine au XXIème siècle: Regards croisés franco-japonais, Coll. Droit Etrangers, vol. 12, 2012, p. 373.

[434] H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* t. 1, Dalloz 12ème éd., 2013, n°65, p.424.

[435] Cons. Const. 16 jan. 1982.

position en faveur de la liberté contractuelle. En effet dès 1834, celle-ci a rejeté le dogme du *numerus clausus*, ouvrant ainsi la voie aux volontés individuelles. Mais cet arrêt n'a pas eu l'effet escompté en pratique. Il a donc fallut attendre d'autres décisions importantes pour tempérer le débat sur la question. Néanmoins le débat reste vif encore s'agissant de la durée de ces droits réels *sui generis.*

206. L'arrêt « Caquelard »[436], comme nous l'avons souligné précédemment, fut le précurseur de la consécration jurisprudentielle de la thèse du caractère non limitatif des droits réels défendu par de nombreux auteurs. Son célèbre attendu de principe, toujours actuel, mérite d'être rappelé : *« les articles 543, 544, 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété mais ne sont pas prohibitifs. Ni ces articles, ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ».* Il est permis aux particuliers de créer autant de droits réels et de faire autant de décompositions et de fractionnements du droit de propriété, que bon leur semble, étant donné que les articles relatifs aux possibilités de démembrements de la propriété ne sont pas prohibitifs. La motivation de la Cour ne laisse aucun doute sur sa volonté de reconnaître la licéité de droits réels en dehors de la nomenclature légale.

207. Depuis l'arrêt « Caquelard », la discussion sur la question du *numerus clausus* des droits réels s'était plus ou moins éteinte. En effet, hormis quelques applications de la solution[437] n'ayant pas suscitées de réactions particulières au sein de la doctrine, les juges n'avaient pas été appelés réellement à se prononcer sur la question.

208. Il a fallu attendre qu'un arrêt relativement récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation vienne dissiper définitivement tous les doutes dans son retentissant arrêt « *Maison de Poésie* » rendu le 31 octobre 2012[438] dans lequel elle

---

[436] Cass. req. 13 févr. 1834, *DP* 34, 1, 118 ; S. 34, 1, 205 ; *GAJC,* n°65.

[437] Par ex. Cass. req. 25 oct. 1886, *S.* 1887, 1, p. 373 : *« il est permis de déroger par des conventions particulières aux lois qui règlent les attributs de la propriété, et de restreindre, au profit d'autrui, les droits qui en dérivent » ;* Cass. 8 mars 1887, *S.* 1988, 1, 109 ; Dijon, 30 déc. 1896, *DP* 1898, 2, 100, *à propos de la faculté de renonciation par le propriétaire de la surface à percevoir l'indemnité due par l'exploitant d'une mine en cas de dommage ;* Dans le même sens, ROUEN, 28 nov. 1925, *DP,* 1927, II, 172, note J. LEPARGNEUR ; Plus récemment : Cass. civ. 3e, 25 mars 1992, *Bull. civ.* III, n° 106, *D.* 1993.65, *RDI* 1993, p. 532, obs. Ph. DELBECQUE et Ph. SIMLER.

[438] Cass. 3e civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304 : *JurisData* n° 2012-024285 ; *Bull.* III, n° 159 ; *D.* 2013, p. 53, note A. TADROS et note L. D'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT ; *JCPG* 2012, II, 1400, note F. X. TESTU ; *RLDC* 2013/101, p. 7 et s., note J. DUBARRY et M. JUILLENNE ; *RDC* 2013, p. 584 et s., obs. R. LIBCHACHER ; *LPA* 12 juin 2013, n° 117, p. 11 et s., note J.-F. BARBIÈRI.

affirme, au visa des articles 544 et 1134 (ancien) du Code civil que, *« le propriétaire peut consentir, sous réserve des dispositions d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien »*. Ces solutions jurisprudentielles montrent, à suffisance, qu'il n'existe pas de *numerus clausus* des droits réels dans le droit positif français.

Bien que cette question soit désormais considérée comme réglée depuis notamment l'arrêt « Maison de Poésie », une autre difficulté est apparue : celle de l'éventualité d'une liberté contractuelle source de droits réels perpétuels. En effet, aussitôt la question de l'absence du *numerus clausus* des droits réels résolue, il fallait se pencher sur celle relative à la durée de ces droits réels originaux.

209. Sur la question, étrangement, l'arrêt « Maison de Poésie » n'est pas la première décision ayant soulevé cette problématique. En effet, la Cour de cassation a eu l'occasion à plusieurs reprises[439] de se prononcer en faveur de la possibilité de conférer le caractère perpétuel à un droit réel de jouissance spéciale. Mais, ces décisions sont passées sous silence comme ce fut le cas de celle rendue sur la question du *numerus clausus* avant l'arrêt « Maison de poésie ». Cependant, la jurisprudence n'a pas une position tranchée sur la question puisqu'encore très récemment dans une décision en date du 4 mars 2021 rendue par la troisième chambre civile, la Cour de cassation a refusé d'accorder au droit de jouissance spéciale toute nature perpétuelle[440]. Pourtant, quelques années auparavant, une autre décision de la Haute juridiction considérait qu'était *« perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot[441] »*.

210. En conclusion, il faut retenir qu'il n'existe pas en droit français de principe interdisant au propriétaire de concéder des droits réels non prévus par la loi dès lors que ces droits ne violent aucune règle impérative. Cependant, tel n'est pas le cas des

---

[439] À propos de la nature perpétuelle du droit de jouissance exclusif octroyé à un copropriétaire ou même à un tiers sur une partie commune. La première étant : Cass. civ. 3e, 4 mars 1992, *Bull. civ.* 1992, III, n° 73 ; *Defrénois* 1992, art. 35349, n° 107, obs. H. SOULEAU ; *D.* 1992, p. 386, note Ch. ATIAS ; *RTD civ.* 1993, p. 162 note ZÉNATI ; Plusieurs fois réitérée depuis : par ex. Cass. civ. 3e, 17 juin 1997, n° 96-10.506 ; Cass. civ. 3e, 1er mars 2006, n° 04-18.547 Cass. civ. 3e, 24 oct. 2007, *Bull. civ.* 2007, III, n° 183, *RTD civ.* 2007, p. 693, obs. Th. REVET ; Cass. civ. 3e, 2déc. 2009, *Bull. civ. 2009,* III, n° 266, *RD imm.* 2010, p. 315, J.-L. BERGEL.

[440] Cass. civ. 3e, 4 mars 2021, n° 19-25.167 : *JurisData* n° 2021-002991 : *« Lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du code civil »*.

[441] Cass. civ. 1re, 7 juin 2018, n° 17-17.240 : *JurisData* n° 2018-009366.

sûretés réelles. Elles ne se prêtent guère à l'idée d'une liberté contractuelle triomphante qui ne serait qu'exceptionnellement contrainte.

B. L'EXISTENCE TRADITIONNELLE D'UN *NUMERUS CLAUSUS* DES SÛRETÉS RÉELLES

211. Contrairement à ce qu'on a pu observer dans le domaine des droits réels, le législateur se réserve le monopole de la création des sûretés réelles. Comme le souligne M. JESTAZ, *« le législateur s'est […] réservé le maniement de ces droits parce que, par définition, ils "nuisent" au tiers. Ce qui explique que les conventions, a priori libres puisque dotées d'effet relatif, ne le sont plus lorsqu'elles établissent des sûretés*[442] *».*

De même, contrairement à ce qu'on a pu observer dans le domaine des droits réels dont les fondements légaux sont insuffisants, ceux du *numerus clausus* des sûretés réelles manifestent une ferme consistance (**1**) dont on peut identifier sans difficulté les justifications (**2**) face aux critiques.

1. Les fondements légaux du numerus clausus des sûretés réelles

212. Les fondements textuels du *numerus clausus* des sûretés réelles figurent en premier lieu au sein des dispositions générales du livre IV du Code civil consacrant le principe d'égalité entre les créanciers. En second lieu, l'Ordonnance de réforme du 23 mars 2006 a introduit deux articles qui viennent consolider le principe dans le droit des sûretés.

Le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles est une conséquence directe de l'égalité des créanciers prévue par les articles 2284 et 2285 du Code civil[443]. Malgré l'absence d'une consécration du principe en des termes explicites, une analyse rapide de ces dispositions permet d'identifier aisément le *numerus clausus* des sûretés réelles.

213. Il résulte, en effet, de l'article 2284 et de l'article 2285 que le droit de gage général est une prérogative attachée à toute créance personnelle. L'article 2285 pose *in fine* un

---

[442] G. MARTY et P. RAYMON, *Les sûretés, La publicité foncière,* 1e éd., 1971, par Ph. JESTAZ, n° 8, p. 12.

[443] Art. 2284 C. civ. : *« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».*

Art. 2285 C. civ. : *« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».*

principe d'égalité des créanciers chirographaires dans la distribution du prix des biens du débiteur en prévoyant que : « *le prix s'en distribue entre eux par contribution* ». Tel qu'il est rédigé, il faut comprendre que le texte suppose que le bien a fait l'objet d'une saisie et d'une vente suivie d'une procédure de distribution. Ensuite, la deuxième partie du texte prévoit les exceptions à ce principe d'égalité : « *les causes légitimes de préférence* », énumérées un peu plus loin par l'article 2323 du Code civil[444] selon lequel la constitution d'une sûreté réelle confère à son bénéficiaire le droit à un « *paiement préférentiel ou exclusif* ». Ce texte issu de l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 propose une nouvelle définition qui vient légalement ouvrir à cette catégorie l'exclusivité. En effet, avant la réforme, les causes légitimes de préférence visées par l'article 2323 (ancien)[445] désignaient seulement les privilèges et l'hypothèque. Dorénavant, les exceptions au principe de l'égalité des créanciers portent sur les techniques légalement consacrées par le législateur, à savoir le droit de préférence et le droit exclusif[446]. C'est donc logiquement que l'on en a déduit le *numerus clausus* des sûretés réelles.

214. Au-delà des articles 2284, 2285 et 2323 du Code civil, l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 a introduit deux nouveaux articles qui ont été reproduits sans modification par la réforme du 15 septembre 2021. D'une part, l'article 2329 du Code civil dispose : « *Les sûretés sur les meubles sont : 1° Les privilèges mobiliers ; 2° Le gage de meubles corporels ; 3° Le nantissement de meubles incorporels ; 4° La propriété retenue ou cédée à titre de garantie* ». D'autre part, l'article 2375 (anc. art. 2373 C. civ.) du Code civil prévoit que « *Les sûretés sur les immeubles sont les privilèges, le gage immobilier et les hypothèques. La propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie* ». Ces deux dispositions consacrées par l'Ordonnance de 2006 énumèrent limitativement les espèces de sûretés réelles selon la *summa divisio* des sûretés mobilières et immobilières, réaffirmant plus que jamais le *numerus clausus*.

---

[444] Art. 2323 C. civ. : « *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* ».

[445] Art 2323 anc. C. civ. : « *Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques* ».

[446] La consécration légale de l'exclusivité comme technique des sûretés réelles n'affecte point l'existence du *numerus clausus.* Au contraire, cette consécration vient élargir son champ. Nous y reviendrons.

215. Le *numerus clausus* des sûretés réelles a toujours été plus clairement affirmé que celui des droits réels[447]. La règle bénéficie d'un fondement précis qui tient au caractère impératif du principe de répartition égalitaire des actifs du débiteur défaillant entre ses différents créanciers. C'est pourquoi, face aux critiques de la doctrine, le principe a toujours su affirmer sa consistance.

2. La justification rationnelle du numerus clausus sûretés réelles

216. En dépit d'un fondement légal solide, de nombreuses critiques ont pu être formulées à l'encontre du *numerus clausus* des sûretés réelles au sein de la doctrine. Parmi ces critiques, on peut par exemple citer celle de Chr. MOULY qui déplorait la prédominance des règles impératives sur l'autonomie de la volonté : « *Que la force légale soit nécessaire pour remplacer le consentement dans un privilège, cela se conçoit sans peine. En revanche cette force légale est inutile là où la volonté humaine peut tenir lieu de loi à ceux qui y ont consenti*[448] ». L'auteur considérait, ainsi, que les sûretés réelles devaient être « *de création contractuelle libre* » au nom de la liberté d'exploiter ses actifs au mieux. À cet argument militant pour la liberté des conventions, certains ont ajouté que la libre constitution des sûretés réelles ne représenterait un danger pour les tiers que si ces tiers n'étaient pas avertis ; or il serait tout à fait possible de mettre en place des mesures de publicité efficace pour informer les tiers[449]. Enfin, il est souvent avancé que le *numerus clausus* des sûretés réelles nuirait à l'attractivité économique et donc au développement du crédit[450].

217. Les critiques adressées au *numerus clausus* des sûretés réelles ne résistent pas aux justifications rationnelles qui légitiment son existence dans le droit français. D'une part, sous le prétexte que règne au sein des droits réels une liberté de création, on ne saurait transposer aveuglement cette tendance aux sûretés réelles. En effet, dans les premières, seul le propriétaire assume directement les conséquences patrimoniales en limitant sa propre liberté de jouissance. Par contre, pour les seconde, les sûretés réelles,

---

[447] P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 234 et 237.
[448] Ch. MOULY, *Procédures collectives ; assainir le régime des sûretés », Études Roblot, LGDJ,* 1984, p. 529 et s., spéc. n° 31, p. 548.
[449] L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les obligations, op. cit.*, n° 406, p. 176.
[450] M. MIGNOT, *« Le rapport Doing business et l'analyse économique du droit français des sûretés réelles », in Pratique des affaires*, Lamy, 2010, p. 33 et s., spéc. p. 48.

ce n'est plus le propriétaire qui subit au premier chef les conséquences de l'acte mais tous ceux qui avaient vocation à se faire payer sur le bien. Ainsi, en privilégiant l'un des créanciers, le débiteur crée une inégalité entre ses créanciers, ce qui est formellement interdit par les dispositions impératives de l'article 2285 du Code civil. Seule la loi est en mesure de prévoir les exceptions à ce principe. C'est pourquoi la liberté contractuelle est impuissante à justifier la libre création des sûretés réelles.

218. D'autre part, la publicité d'une sûreté réelle nouvellement créée par les parties ne suffit pas à protéger les tiers de la dangerosité de l'acte. En effet, bien qu'informé de l'existence de la sûreté, les tiers restent vulnérables face à un mécanisme inédit dont les contours peuvent échapper à la loi. Ainsi, bien qu'informés, ils seraient impuissants face à un mécanisme d'exclusivité perpétuelle. La loi se doit donc de contrôler la naissance des sûretés réelles.

219. En définitive, contrairement aux droits réels, abandonnés à l'imagination créatrice des volontés individuelles, les sûretés réelles ne permettent pas aux parties de s'aventurer hors des sentiers légaux. Reste maintenant à s'entendre sur la portée de la règle ; d'autant plus que depuis l'entrée en vigueur de l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, l'exclusivité, jusque-là exclue du *numerus clausus*, fait désormais partie des causes légitimes qui font exception au principe de l'égalité des créanciers.

§2. LA PORTEE DU « NOUVEAU » *NUMERUS CLAUSUS* DES SÛRETÉS RÉELLES

220. Si l'on considère que l'Ordonnance de réforme de 2006 a consolidé le principe du *numerus clausus* en droit des sûretés réelles, alors l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 l'a définitivement enraciné dans la matière. En effet, conformément à ses objectifs de clarification et de simplification, l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés a été l'occasion d'apporter de nombreuses améliorations aux dispositions. Les sûretés réelles n'y ont pas échappé. On peut le constater dès le premier article relatif aux sûretés réelles et rangé dans le sous-titre 1er consacré aux dispositions générales. Ainsi, l'article 2323 du Code civil propose une nouvelle définition des sûretés réelles qui, nous semble-t-il, bouleverse la conception traditionnelle que l'on se faisait du principe du *numerus clausus*. Selon le texte, « *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou*

d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier ». Or, antérieurement à la réforme de 2021, on considérait unanimement que l'application du *numerus clausus* des sûretés réelles se limitait aux seuls droits de préférence. Avec la reconnaissance légale de la technique de l'exclusivité, le champ d'application du *numerus clausus* s'en trouve élargi. Pour autant, faut-il en déduire que l'activité créatrice des parties s'en trouverait désormais absorbée ? On peut en douter dans la mesure où les réformes de 2006 et de 2021 ont progressivement réduit le domaine de la qualification de sûreté réelle sans pouvoir interdire certains mécanismes qui produisent les mêmes effets qu'une sûreté réelle.

221. Partant, la réforme du 15 septembre 2021 opère un renouvellement du *numerus clausus* des sûretés réelles (**A**) qui fragilise la notion de sûreté réelle laissant entrevoir une brèche pour l'expression de la volonté créatrice des parties (**B**).

A. LE RENOUVELLEMENT LÉGAL DU *NUMERUS CLAUSUS* : LES APPORTS DE LA RÉFORME DU 15 SEPTEMBRE 2021

222. Il faut souligner, de prime abord, que la consécration de la technique de l'exclusivité dans le Code civil ne résulte pas de l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 mais plutôt de celle du 23 mars 2006. En effet, c'est cette dernière réforme, dont l'un des objectifs principaux était de rassembler au sein du livre IV les principales sûretés, qui a consacré légalement le mécanisme de l'exclusivité à travers la reconnaissance de la propriété-sûreté[451]. S'en suivront, alors, plusieurs réformes[452] qui viendront compléter la réforme de 2006 jusqu'à la dernière réforme en date.

223. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 s'inscrit dans la continuité de l'activité créatrice effrénée du législateur[453] puisque deux nouvelles figures des sûretés-propriétés font leur entrée dans le Code. À l'inverse, l'activité créatrice de la liberté contractuelle se trouve considérablement amoindrie par le nouvel article 2323 qui élargi le *numerus clausus* des sûretés réelles à la technique de l'exclusivité.

---

[451] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 751.

[452] Par ex. la Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie ; également, L'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

[453] N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, th. op. cit.,* n° 243 et s.

224. De manière incidente, il se pourrait que le travail de simplification et de clarification du législateur ait été de nature à élargir le *numerus clausus* des sûretés réelles et corrélativement réduire la liberté de création des parties. On passe d'un *numerus clausus* traditionnellement limité à la technique préférentielle (**1**) à l'extension nouvelle du *numerus clausus* à la technique de l'exclusivité (**2**).

1. Un numerus clausus traditionnellement limité à la technique préférentielle

225. La consistance des fondements légaux du *numerus clausus* des sûretés réelles laisse peu de place au doute et à la controverse. L'état du principe est aujourd'hui le résultat de l'évolution de la technique des sûretés réelles. Jusqu'à la réforme de 2021, la doctrine et la jurisprudence ont considéré que si l'existence du *numerus clausus* des sûretés réelles ne pouvait être contestée, il ne saurait s'étendre au-delà de la technique préférentielle.

226. Nous l'avons suffisamment souligné, l'analyse conjointe des articles 2284, 2285 et 2323 du Code civil conduit à reconnaître le *numerus clausus* en raison du principe impératif de l'égalité des créanciers devant le paiement. Seul le législateur détient le pouvoir de déroger à ce principe, nous dit la loi. Or, le seul moyen par lequel le législateur dérogeait à ce principe était la technique préférentielle[454]. Les causes de préférences, classiquement interprétées au sens strict et technique, sont considérées comme les prérogatives permettant à un créancier d'être préféré aux créanciers chirographaires et de bénéficier d'une position privilégiée dans la procédure de distribution. Ainsi tout mécanisme qui produit ces effets violerait le monopole du législateur : « pas de préférence sans texte ». Cette analyse a très tôt été confirmée par la jurisprudence qui considère qu'*« aucune cause de préférence ne peut, par dérogation au principe d'égalité, exister qu'en vertu d'une disposition de la loi*[455] ». De manière encore plus explicite, la Cour de cassation interviendra pour préciser que la convention des parties ne peut *« porter atteinte à la règle d'ordre public de l'égalité de ses créancier*[456] ». Ces

[454] Anc art. 2323 C. civ.
[455] Cass. civ., 31 mai 1880, *DP* 1880, 1, p. 271 ; V. également, Cass. civ. 12 févr. 1923, *DP* 1924, I, p. 129, note ROUAST.
[456] Cass. com. 19 avr. 1985, *Bull civ.* IV, n° 120 ; *D.* 1986, somm. p. 9, obs. M. VASSEUR ; Il en est de même pour le juge qui ne peut créer de sûretés sans texte : Cass. req., 18 mai 1831, *GAJC,* n° 283.

consécrations jurisprudentielles du *numerus clausus* ont toutes été rendues sous le prisme du mécanisme du droit de préférence.

227. La doctrine également a toujours considéré que le champ d'application du *numerus clausus* se limitait à l'interdiction pour les parties de créer de nouvelles causes de préférence. Selon M. CROCQ, *« le principe du numerus clausus ne concerne que les garanties réelles traditionnelles, au sens de conférant un droit de préférence, un droit réel sur la chose d'autrui, et non les garanties fondées sur la propriété du bien qui, par définition ne peut entrer en concours avec d'autres droits*[457] ». Dès lors que l'on ne se trouve pas dans une situation de concours entre plusieurs créanciers, nous dit l'auteur, le principe du *numerus clausus* n'a pas vocation à s'appliquer[458]. De même, la plupart des partisans de la liberté contractuelle qui nient l'existence du *numerus clausus,* justifient leur position, en avançant la possibilité de créer des garanties reposant sur une technique autre que celle du droit de préférence[459]. L'argument ne remet pas en cause l'impossibilité de créer contractuellement un droit de préférence, mais défend la possibilité de créer une sûreté réelle « *par voie détournée*[460] ».

228. Sous l'empire du droit antérieur donc, seule la technique préférentielle représentait un obstacle à l'activité créatrice des volontés individuelles dans le droit des sûretés réelles. Ainsi, tous les mécanismes reposant sur la technique de l'exclusivité étaient considérés comme libres de création. Toutefois, les choses semblent désormais avoir évolué puisque la réforme récente consacre dans la définition des sûretés réelles la technique de l'exclusivité. Le *numerus clausus* s'en trouve ainsi élargi à la technique de l'exclusivité.

2. L'extension nouvelle du numerus clausus à la technique de l'exclusivité

229. Aux termes du nouvel article 2323 du Code civil, « *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* ». Dorénavant, les causes légitimes (visées à l'article 2285) permettant de déroger au principe de l'égalité entre les créanciers sont au nombre de deux : la

---

457 P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 236.
458 P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 253.
459 Ch. MOULY, *Procédures collectives ; assainir le régime des sûretés », op. cit.*, n° 31.
460 M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *op. cit.*, n° 594 ; également, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 352.

préférence et l'exclusivité. En ce qui concerne la première cause légitime, nous avons suffisamment démontré qu'elle résultait du monopole du législateur. Pour la seconde, à savoir l'exclusivité, la plupart des mécanismes reposant sur sa technique ont intégré le Code civil sous l'impulsion de la pratique. Il convient de démontrer en quoi cette nouvelle définition conduit à l'extension du numerus clausus des sûretés réelles.

230. À l'origine, la concurrence entre les titulaires de sûreté réelle se soldait par la seule confrontation de leurs rangs respectifs, selon un classement déterminé en toute transparence par le législateur. Mais, au cours du XXe siècle, le développement considérable des privilèges des créanciers publics bénéficiant systématiquement d'un rang avantageux par rapport aux créanciers du privé[461], a conduit ces derniers à faire preuve d'ingéniosité en sollicitant des procédés d'éviction pure et simple de la concurrence et du classement. C'est ainsi qu'ont vu le jour certains mécanismes parmi lesquels la technique de l'exclusivité. Selon M. CROCQ, « *le caractère exclusif d'un droit signifie non pas que seul le titulaire du droit peut exercer celui-ci […] mais que le titulaire du droit est seul à jouir de toutes les prérogatives reconnues par la loi sur l'objet du droit*[462] ». La technique permet ainsi à son bénéficiaire de « camoufler » le prix du bien et donc d'éviter ensuite sa distribution suivant la hiérarchie légale des préférences.

231. Jusqu'à la réforme de 2006, la technique de l'exclusivité avait toujours été considérée, nous le soulignions tantôt, comme un mécanisme dont les effets ne méconnaissaient pas le principe du *numerus clausus.* L'argument se justifiait dans la mesure où les fondements du principe reposaient, en premier lieu, sur le concours des créanciers. Or, exclusivité évite tout concours entre créanciers. En second lieu, le mécanisme ne repose pas sur la technique du droit de préférence mais sur l'exclusivité caractérisant le droit de propriété, dans le cas de la sûreté propriété. Cette analyse tout à fait convaincante a mal vieillie depuis la réforme de 2006 qui, nous l'avons vu, a introduit les articles 2329 et 2375 consacrant la propriété retenue à titre de garantie. L'Ordonnance de 2021 va plus loin puisque la définition légale de la sûreté réelle contient désormais la technique de l'exclusivité aux côtés de celle du droit de préférence.

---

461 M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français : sûretés réelles,* 1, Vol. 12, 1927, p. 65.
462 P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 303.

232. Cette nouvelle définition élargie le champ d'application du *numerus clausus*, mais conduit, nous semble-t-il, *in fine,* à retenir une approche restrictive de la définition des sûretés réelles. Tout mécanisme qui confèrerait au créancier un droit de préférence ou un droit exclusif pourrait donc désormais être qualifié *stricto sensu* de sûreté réelle. Ce qui signifie qu'on peut tout à fait imaginer que l'activité créatrice des volontés individuelles puisse œuvrer en dehors des deux techniques légales, comme cela est déjà le cas de certains mécanismes qui produisent les mêmes résultats que les techniques employées par ces sûretés.

B. LA CONCEPTION RESTRICTIVE DE LA NOTION DE SÛRETÉ RÉELLE, UNE BRÈCHE POUR LES LIBERTÉS CONTRACTUELLES

233. La réforme du 15 septembre 2021 place le curseur sur la définition légale de la sûreté réelle pour déterminer le champ d'application du *numerus clausus*[463]. *A priori*, si l'on s'en tient à cette définition, il n'y a plus de place pour le doute : toute technique qui confère une préférence ou une exclusivité au créancier constitue une sûreté réelle. Pourtant, les choses ne sont pas si simples, un bon nombre de mécanismes offrant une garantie réelle au créancier et non visés par la liste dressée aux articles 2329 et 2375 du Code civil parviennent à se soustraire du *numerus clausus* (**1**). Par ailleurs, en se penchant sur les finalités de la règle de prohibition des sûretés réelles sans texte qui portent essentiellement sur la protection des tiers, l'activité créatrice de la volonté devrait être en mesure de prospérer dès lors que cet objectif est préservé par la convention des parties (**2**).

1. La soustraction de certains mécanismes au numerus clausus

234. La jurisprudence et même le législateur ont validé certains modes originaux de garanties réelles conventionnelles sans que cela ne puisse être considéré comme une

[463] On observait déjà les prémices d'une telle approche du *numerus clausus* en 2006. Avec la réforme de 2021, il ne fait plus de doute que la qualification de sûreté réelle est déterminante pour l'expression de l'activité créatrice des parties.

atteinte au principe du *numerus clausus* des sûretés réelles. N'étant pas considérés comme des sûretés réelles *stricto sensu*, l'énumération des articles 2329 et 2375 du Code civil n'entraîne pas l'éviction de ces garanties réelles. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible d'identifier plusieurs mécanismes qui échappent à la qualification de sûreté réelle et donc au *numerus clausus.*

235. Le plus célèbre, depuis la consécration de la propriété retenue à titre de garantie, est sans doute le droit de rétention. La soustraction de ce mécanisme au *numerus clausus* des sûretés réelles est difficilement contestable dans la mesure où la différence entre le droit de rétention et le droit de préférence est clairement affirmée, tant en jurisprudence qu'en doctrine. Traditionnellement, son efficacité est conditionnée par l'existence d'un lien de connexité matérielle ou juridique entre la créance et la détention du bien[464]. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la qualification du droit de rétention. Elle s'est fermement refusé à lui attribuer la qualification de sûreté réelle[465]. Cette position est convaincante puisqu'il suffit de constater que la seule prérogative du rétenteur est le pouvoir de refuser de libérer le bien de son pouvoir de blocage, en clair, de délivrer le bien. Il ne dispose d'aucun droit véritable sur la chose elle-même[466]. De même, le mécanisme ne permet pas non plus le paiement préférentiel du créancier sur le prix de vente du bien. Encore, si le créancier prétend saisir le bien et participer à une procédure de répartition, il perd d'office le bénéfice du droit de rétention[467], ce qui, par voie de conséquence, le prive également des effets de la technique de l'exclusivité. En tout état de cause, si la technique du droit de rétention ne peut être considérée comme étant une sûreté réelle au sens strict, il

---

[464] J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* T. III, vol. 1, *Sûretés, Publicité foncière,* par Y. PICOD, Montchrestien, 7e éd., 1999, n° 114-115 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *Droit commun des sûretés réelles, op. cit.,* n° 66 et s.

[465] Cass. com., 20 mai 1997 (Guérin), *Bull. civ.* IV, n° 141 ; *Defrénois* 1997, 1427, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1997, 707, obs. M. BANDRAC et P. CROCQ ; *JCP G* 1998, I, 103, n° 23, obs. Ph. DELBECQUE ; *D.* 1998, somm. 102, obs. S. PIÉDELIÈVRE.

[466] P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.,* n° 274, selon l'auteur, le mécanisme ne confèrerait aucun droit d'agir ; dans le même sens, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.,* n° 72et s.

[467] Cass. com. 15 janv. 1957, *Bull. civ.* III, n° 21 et 22 ; *D.* 1957, 267, note J. HÉMARD ; *RTD civ.* 1957, 556, obs. H. SOLUS ; *JCP G* 1957, II, 10006, note J. BECQUÉ ; V. également, Cass. civ. 1re, 10 oct. 1962, *JCP G* 1962, II, 12926, obs. J. A. ; *D.* 1963, somm. 49.

s'agit néanmoins d'un droit réel sur la chose d'autrui[468]. La nouvelle définition des sûretés réelles n'a, ainsi, aucune incidence sur le statut du droit de rétention qui demeure dans le livre quatrième du Code civil et prend place au sein des dispositions générales[469]. Il faut donc en conclure qu'il s'agit bien d'une garantie sans techniquement revêtir la qualification de sûreté réelle.

236. Au-delà du droit de rétention, un autre mécanisme échappe potentiellement au champ d'application du *numerus clausus* : il s'agit du mécanisme de la compensation. Une convention de compensation est une convention par laquelle les parties choisissent d'affecter les dettes de l'une à la garantie des créances de l'autre, éventuellement réciproquement, créant ainsi entre elles un lien de connexité en vue de leur compensation future[470]. Le fait que les parties envisagent l'extinction réciproque de leurs obligations dans le futur a conduit à désigner cette convention par l'expression « convention de compensation *in futurum* ». Les parties « *organisent par avance des conditions favorables à la survenance d'une compensation*[471] ». Le critère de l'organisation future permet de faire la distinction entre la compensation conventionnelle et la compensation immédiate des créances qui ne présente aucune affectation en garantie. En effet, dans la compensation immédiate, il s'agit pour les parties, de conférer conventionnellement aux créances réciproques les conditions nécessaires à l'effet extinctif de la compensation de droit commun, c'est-à-dire la liquidité et l'exigibilité.

237. La doctrine a toujours considéré que la nature conventionnelle de la compensation ne portait pas atteinte à l'ordre public[472]. Un courant jurisprudentiel fréquemment invoqué au soutien de la validité des conventions de compensation est relatif au compte courant. En effet, la validité de la compensation n'est pas contestable

---

[468] J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* T. III, vol. 1, *Sûretés, Publicité foncière,* par Y. PICOD, Montchrestien, 7e éd., 1999, n° 129 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *Droit spécial des sûretés rélles, op. cit.*, n° 60.

[469] Art. 2286 C. civ. : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ; 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ; 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ; 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire.* »

[470] J. FLOUR, J.- L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation,* 7e éd., Sirey, 2011, n° 463.

[471] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés,* Éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. GRIMALDI, n° 949.

[472] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 1409.

lorsque ses effets entre les créances sont issus du même contrat[473]. La difficulté survient lorsqu'il existe des doutes quant à l'existence d'une connexité entre les dettes. Ainsi, la Cour de cassation admet la validité de la convention de compensation même en présence de contrats juridiquement distincts, mais économiquement liés[474].

238. Ainsi, le mécanisme de la compensation, lorsqu'il procède de la volonté contractuelle, peut être employé à des fins de garantie tout en échappant au *numerus clausus* des sûretés réelles. Dès lors que la connexité des dettes n'est pas artificielle, la reconnaissance du mécanisme ne posera pas de difficulté.

239. En définitive, les parties peuvent toujours faire usage de certains mécanismes qui demeurent encore en dehors du *numerus clausus*. C'est le cas, comme nous l'avons vu, du droit de rétention et de la convention de compensation, la première ayant même fait l'objet d'une consécration légale. Dans l'absolu, le nouvel article 2323 du Code civil qui réduit les sûretés réelles aux techniques de la préférence et de l'exclusivité, laisse le champ libre aux parties dès lors que le fruit de leur imagination se détache de ces deux techniques. Au-delà, lorsque l'on change de postulat, en remontant aux fondements du *numerus clausus*, des brèches de liberté apparaissent. En effet, ces fondements portent sur l'égalité des créanciers, *in fine* la protection des tiers, comme nous l'avons déjà évoqué. Ainsi, on pourrait arriver à la conclusion que dès lors que l'originalité du mécanisme ne heurte pas l'intérêt des tiers, la technique doit être validée.

2. L'activité créatrice de la volonté conditionnée à l'objectif de protection des tiers

240. Si l'activité créatrice de la volonté est considérablement anesthésiée par l'écrasante place qu'occupe l'ordre public, elle dispose néanmoins, par intermittence, de phases de réveil qui lui permettent de conserver une certaine liberté d'action. En effet, en considérant que la finalité du *numerus clausus* repose sur la protection des tiers, tout mécanisme ou tout montage qui verrait le jour sans contrevenir à cet objectif devrait être licite. Les travaux de Ph. DUPICHOT[475] sur la question permettent

[473] V. par ex. Cass. 19 déc. 1989, *D.* 1991, Jur., p. 60, note J.-P. SORTAIS.
[474] Cass. com., 5 avr. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *D.* 1995, Somm., p. 215, obs. A. HONORAT ; également dans le même sens, Cass. com. 9 mai 1995, *Bull. civ.* IV, n° 130.
[475] Ph. DUPICHOT, *« Regards sur le pouvoir de la volonté en droit des biens et des sûretés », in Le patrimoine au XXIe siècle. Regards croisés Franco-Japonais, Société de législation comparé,* T. 12, 2012, p. 367 et s.

d'identifier en réalité plusieurs séries de montages encore ouverts à la liberté contractuelle. Nous nous appuierons sur deux exemples, à notre sens, suffisamment illustrateurs de la capacité de la liberté contractuelle à s'émanciper du carcan impératif.

241. Le premier montage sur lequel nous nous appuierons porte sur ce qu'on appelle les sûretés dites « négatives »[476]. Qualifiées de « *garanties fourre-tout*[477] » ou encore de « *pseudo-sûretés*[478] », en raison de son hétérogénéité, elles désigneraient un ensemble d'engagements disparates pouvant être pris par le débiteur afin de sécuriser le recouvrement du créancier. L'essentiel de ces engagements constituerait des interdictions conventionnelles imposées au débiteur. Le montage ne semble *a priori* pas s'inscrire en contradiction avec la finalité de protection des tiers. En effet, il n'est pas ici question de privilégier ou d'accorder un droit exclusif à un créancier au détriment des autres, mais de limiter la liberté du débiteur lui-même. Ce dernier, libre d'attenter à sa propre liberté d'action, pourra se voir tenu d'obligations contractuelles de ne pas faire qui n'ont point d'autres limites que l'imagination de la pratique. Ainsi pourrait-il par exemple s'engager à ne pas constituer de sûretés réelles ou d'aliéner un ou plusieurs de ses biens. La licéité de ces sûretés négatives est difficilement contestable dans la mesure où elles ne violent aucune règle impérative. Elles sont donc valides dès lors que le débiteur demeure libre de disposer de ses biens et qu'il ne souscrit pas sous la contrainte par exemple physique ou morale du bénéficiaire.

242. Le second montage que nous souhaitons évoquer résulte également de la restriction volontaire de la liberté, mais cette fois-ci des tiers eux-mêmes. Ces tiers dont le *numerus clausus* est censé protéger, peuvent, en toute liberté, renoncer à leurs droits pour avantager un créancier en particulier. En effet, si le principe d'égalité des créanciers est d'ordre public, comme nous l'avons vu, aucune règle n'interdit aux créanciers de renoncer à la protection qu'il confère[479]. D'ailleurs, la jurisprudence

---

[476] V. sur les sûretés négatives ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *Droit commun des sûretés réelles, op. cit.,* n°122 et s. ; Y. CHAPUT, *« Les sûretés négatives », in Annales de la Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand,* LGDJ, 1974, p. 167 et s. ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés contractuelles en droit des sûretés, th. op. cit.,* n° 872 et s. ; M. VASSEUR, *« Les garanties indirectes du banquier », in L'évolution du droit des sûretés, R.J com.* févr. 1982, n° spécial, p. 104.

[477] J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *op. cit.,idem.*

[478] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *op. cit.,* n° 628.

[479] V. sur ce sujet, C. PÉRÈS, *« La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », D.* 2009, p. 381 et s., spéc. n° 7.

admet la validité des accords dits de « subordination de créances » qui consistent, pour un créancier chirographaire, à accepter d'être payé après les autres[480].

243. Au final, la conception fonctionnelle et restrictive de la définition des sûretés réelles depuis la réforme de 2021 maintien ouverte la brèche dans laquelle se sont engouffrés nombres de mécanismes depuis 2006 (et avant). Profitant d'une définition de la notion de sûreté réelle strictement envisagée par le législateur, des techniques parviennent à se frayer un chemin pour accéder à la catégorie des garanties réelles sans pour autant être considérées comme des sûretés réelles *stricto sensu.*

* *
*

244. Conclusion de la section 2. En intégrant la technique de l'exclusivité dans la définition des sûretés réelles, l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 opère une extension significative du champ du *numerus clausus*. Traditionnellement, les parties étaient considérées comme libres de créer une sûreté réelle, pourvu que le mécanisme élaboré par elles ne repose pas sur la technique de la préférence. De ce fait, de nombreux mécanismes utilisant l'exclusivité prospéraient dans la matière, tout en étant considérés comme échappant au *numérus clausus*. Cependant, le législateur a progressivement restreint cette liberté contractuelle, d'abord avec l'Ordonnance de 2006, introduisant les articles 2329 et 2375 consacrant la propriété retenue à titre de garantie, puis avec l'Ordonnance de 2021, qui intègre la technique de l'exclusivité dans la définition légale des sûretés réelles.

Cette extension a des conséquences directes sur la force créatrice des volontés. L'exclusivité et la préférence sont désormais des techniques réservées au seul législateur. Cependant, l'approche fonctionnelle et restrictive de la nouvelle définition des sûretés réelles adoptée par le législateur en 2021 maintient une brèche ouverte pour la liberté contractuelle. Depuis 2006, de nombreux mécanismes ont su s'engouffrer dans cette ouverture. Des techniques telles que le droit de rétention, la compensation ou encore les sûretés dites "négatives" parviennent à atteindre la catégorie des garanties réelles sans être considérées *stricto sensu* comme des sûretés réelles.

---

[480] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés contractuelles en droit des sûretés, th. op. cit.*, n° 903 et s. ; Cass. civ. 1re, 15 févr. 1972, *Bull. civ.* I, n° 50, *à propos d'un cas de renonciation à un droit de gage général.*

Ainsi, bien que le législateur restreigne progressivement les voies empruntées par la liberté contractuelle, celle-ci trouve toujours des chemins détournés pour s'exprimer dans la création des sûretés réelles.

Conclusion du chapitre 2

245. L'examen détaillé du lien étroit entre le droit des sûretés réelles et le droit des biens révèle une interdépendance complexe entre ces deux disciplines. La confrontation met en lumière une certaine dépendance des sûretés réelles à l'égard d'une bonne partie du régime du droit des biens.

Le bien qui fera l'objet d'une nouvelle sûreté réelle devra satisfaire aux conditions de patrimonialité prédéterminées par le droit des biens. Notre analyse démontre que le « quadriptyque » d'appropriabilité, de commercialité, d'onérosité et de saisissabilité constitue les conditions permettant à la technique des sûretés réelles de produire effet. En effet, chacune de ces qualités peut être identifiée au sein des mécanismes de sûretés réelles déjà consacrés par le Code civil. De même, malgré l'insuffisance des différentes classifications proposées par le droit des biens, bousculées par les réalités économiques de la société moderne, celles-ci restent des piliers dans l'organisation des mécanismes de sûretés réelles.

Cela étant, la complexité de l'interaction entre les deux disciplines réside dans le fait que la dépendance dont souffre le droit des sûretés réelles à l'égard du droit des biens n'est pas absolue. En effet, bien que le droit des sûretés réelles ait besoin de l'assentiment du droit des biens pour s'approprier un bien, l'usage qui en est fait demeure tout à fait autonome. Nous avons, à ce titre, démontré que le droit des sûretés réelles ne tirait du bien que sa valeur de crédit au moment de la constitution du mécanisme. De même, le droit des sûretés réelles prend ses distances avec le droit des biens sur la question du *numerus clausus*. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 l'a encore réaffirmé en élargissant le domaine du *numerus clausus* des sûretés réelles. Pour créer une nouvelle sûreté, les parties devront faire preuve d'imagination en proposant des techniques différentes, à l'image des sûretés négatives ou du droit de rétention, le tout sans porter atteinte aux droits des tiers.

Conclusion du titre 1

246. L'exploration des potentialités de création des sûretés révèle une dualité fondamentale entre les sûretés personnelles et réelles. Alors que la liberté contractuelle se déploie avec une influence émancipatrice dans la genèse des sûretés personnelles, elle se heurte à des barrières plus strictes dans le domaine des sûretés réelles. Notre analyse a, en effet, démontré la puissance créatrice de la liberté contractuelle dans la conception des sûretés personnelles. Malgré les évolutions récentes qui semblent encadrer davantage cette liberté, elle demeure un moteur essentiel dans la mobilisation des volontés internes et externes, créant ainsi des mécanismes inédits qui se distinguent des sûretés personnelles règlementées par le Code civil. En revanche, l'examen de la catégorie des sûretés réelles révèle un paysage différent. Le droit des biens se présente comme un ascendant direct des sûretés réelles. Partant, ces dernières ne peuvent se défaire de certains gènes transmis par leur parent le plus proche. Ainsi, les sûretés réelles sont soumises à une double contrainte : la soumission patrimoniale et le *numerus clausus*. Cette influence conserve un caractère contraignant, laissant moins de marge de manœuvre à la liberté contractuelle dans la création de sûretés réelles.

Bien que la distinction entre sûretés personnelles et réelles ait été un guide précieux, la complexité croissante de la matière invite à une réflexion constante. Si la liberté contractuelle continue de sculpter les contours des sûretés personnelles, son pouvoir dans le domaine des sûretés réelles est plus restreint.

L'analyse met donc en lumière l'opportunité d'une réflexion continue sur l'interaction entre la liberté contractuelle et les mécanismes de sûretés, afin d'assurer un équilibre entre innovation juridique et protection des intérêts légitimes des parties prenantes.

Les intérrogations soulevées trouvent leur prolongement au niveau de la formation de la sûreté.

Titre 2

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA FORMATION DES SÛRETÉS

247. Pour un contrat, la formation désigne aussi bien « *la phase d'élaboration du contrat que l'aboutissement de celle-ci, marquée par la réunion de toutes les conditions nécessaires à la perfection de l'accord et à la naissance de l'obligation*[481] ». Les conditions nécessaires à la validité d'un contrat résultent principalement de la compétence de la loi. Aussi, suivant la nature de la convention, ces conditions peuvent être plus ou moins strictes. Dans le domaine des sûretés, l'actualité peut susciter l'étonnement. Alors que, sous l'impulsion de la pratique, la volonté gagne en autonomie dans le domaine des sûretés réelles, elle semble s'assoupir au sein des sûretés personnelles, plus particulièrement en matière de cautionnement. En effet, la réforme du 15 septembre 2021 a parachevé le mouvement de solennisation du cautionnement avec la consécration du nouvel article 2297 du Code civil, qui exige, à peine de nullité, une mention manuscrite de l'engagement de la caution, personne physique.

Mais si l'on prend encore plus de hauteur sur la question de la formation des sûretés sous le prisme de la liberté contractuelle, on se rend compte assez vite que les implications de cette dernière sont certes nombreuses mais très fluctuantes. Pour y voir plus clair, il est essentiel de distinguer deux moments clés, à savoir celui du choix et celui de la constitution de la sûreté. Le choix représente la première étape où les parties impliquées décident des garanties qu'elles souhaitent mettre en place pour sécuriser leurs engagements. Cette étape englobe la sélection des modalités, des types de sûretés et des conditions qui répondent le mieux à leurs besoins spécifiques. En revanche, la constitution de la sûreté intervient après le choix, marquant le passage à l'acte concret de mise en place des garanties convenues. C'est lors de cette étape que les formalités requises sont accomplies, que ce soit par la rédaction d'un contrat, la réalisation d'actes juridiques spécifiques ou le respect de formalités légales. La distinction entre le choix et la constitution nous semble essentielle car elle permettra d'aboutir à une bonne

[481] G. CORNU, *op. cit.*, V° FORMATION.

compréhension de la dynamique de la liberté contractuelle à deux niveaux distincts mais interconnectés.

Or, la difficulté réside dans le fait que le droit des sûretés demeure depuis plusieurs décennies sous l'influence manifeste du législateur qui cherche à protéger les parties contre les risques de leur propre engagement. Partant, la liberté contractuelle peine à se libérer de ce cadre légal contraignant.

248. Ce constat s'évince aussi bien de l'étude de la liberté contractuelle lors du choix des sûretés (**Chapitre 1**) que de l'étude de la liberté contractuelle lors de la constitution des sûretés (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LE CHOIX DES SÛRETÉS

249. Caractériser une liberté contractuelle dans le choix des sûretés ne peut se faire sans l'existence d'une pluralité de sûretés. Or, cette diversité n'était pas envisageable jusqu'à une période récente. Ce n'est qu'au début des années 1980, sous l'influence de la pratique, que des sûretés personnelles de substitution aux modèles traditionnels ont fait leur apparition. La liberté contractuelle a été le catalyseur initial de la création de nouvelles sûretés personnelles[482]. En ce qui concerne les sûretés réelles, le gage et l'hypothèque, bien que fondamentaux, ne suffisent pas à justifier pleinement l'existence d'une réelle liberté de choix. Il a fallu l'introduction d'autres sûretés pour perturber l'ordre déjà établi. Sous l'impulsion de la liberté contractuelle, certaines ont été créées pour remédier à l'inefficacité des sûretés-modèles pendant les procédures collectives, comme les sûretés-propriétés dont la catégorie s'est élargie depuis l'Ordonnance de 2021. D'autres ont émergé dans le but de contourner les insuffisances des sûretés-modèles, à l'exemple des sûretés mobilières sans dépossession. En outre, des mécanismes de garantie issus du droit des obligations, ainsi que des garanties indemnitaires comme l'assurance-crédit interne ou internationale, viennent compléter ce panorama diversifié.

Cependant, cette abondance de mécanismes de garantie n'implique pas une totale liberté pour les parties. Au contraire, l'exercice de cette liberté de choix est jalonné de nombreuses restrictions d'ordre public. La loi et la jurisprudence n'hésitent pas à imposer des tempéraments à la liberté de choix des parties, tels que l'exigence du principe de proportionnalité ou l'introduction de sûretés légales et judiciaires.

[482] V. *supra* n° 97 et s.

250. Ainsi, le choix des sûretés oscille entre la volonté exprimée par les parties elles-mêmes (**Section 1**) et celle qui leur est imposée par la loi et la jurisprudence (**Section 2**).

SECTION 1

LE CHOIX RÉSULTANT DE LA VOLONTÉ DES PARTIES

251. En théorie, les parties devraient jouir de la liberté de choisir la sûreté la mieux adaptée à leur transaction. Cependant, cette liberté n'est pas consacrée de manière explicite et générale, mais plutôt morcelée entre divers domaines juridiques. Pour autant, l'absence d'une telle consécration générale du principe ne doit pas remettre en cause son existence dans l'ordre juridique français car elle est justifiée par la transversalité et la nature fondamentalement conventionnelle de la matière.

252. Ainsi, le choix de la sûreté résulte, en principe, de la volonté des parties (**§1**), souvent guidée par des considérations d'efficacité. En revanche, cela n'est pas le cas du législateur qui cherche plutôt à établir un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté, tempérant ainsi le choix des parties à travers des interventions législatives visant à moduler la force de leur expression (**§2**).

§1. LE PRINCIPE THÉORIQUE DE LA LIBERTÉ DE CHOIX

253. Le principe de la liberté de choix ne se résume pas seulement à celui de choisir entre un mécanisme plutôt qu'un autre. C'est également celui de ne même pas faire de choix. Mieux, les parties sont également libres de cumuler plusieurs mécanismes de garantie. Pourtant, malgré les apparences, ce choix n'est pas des plus faciles. Le garant et le créancier ne partagent ni les mêmes préoccupations ni les mêmes critères de choix. Notre analyse démontrera qu'en réalité, le choix de la garantie qui remplit les critères

d'efficacité attendus par les parties appartient avant tout au législateur. Dans cette perspective, les avantages et inconvénients des sûretés doivent être appréciés avec nuance. Cette relativité permet aux parties d'exercer pleinement leur liberté de choix à partir d'éléments intrinsèques à leur relation contractuelle, ce qui témoigne clairement de la subjectivité de leur choix.

254. Par conséquent, si l'on peut identifier aisément les fondements et les manifestations du principe de la liberté du choix (**A**), les critères de ce choix sont à relativiser d'autant plus qu'ils demeurent, en tout état de cause, subjectifs (**B**).

A. FONDEMENTS ET MANIFESTATIONS DU PRINCIPE

255. S'il est un principe de la liberté du choix, il est essentiel d'identifier et d'analyser tant ses fondements (**1**) que ses manifestations concrètes (**2**).

1. Les fondements du principe

256. Ni le Code civil, ni les différends Code de la législation française dans lesquelles le droit des sûretés est dispersé ne prévoient explicitement un principe général de liberté de choisir une garantie. Cependant, de manière particulière, nombreux sont les textes qui admettent expressément qu'un choix puisse être opéré entre plusieurs garanties. C'est ainsi que les articles L 313-23 et suivants du Code monétaire et financier octroient aux parties la faculté de choisir entre la cession ou le nantissement à propos des créances professionnelles[483].

Par ailleurs, une disposition de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, permet expressément aux parties de faire un choix entre la garantie autonome et le dépôt de garantie dans le bail d'habitation. En effet l'article 22-1-1 de cette loi dispose : « *La garantie autonome prévue à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22*[484] *et que dans la limite du montant résultant*

[483] Art. L 313-23, al. 2 du Code monétaire et financier prévoit par exemple que « *peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme […]* ».

[484] Art. 22, al. 1 : « *Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire, il ne peut être supérieur à un mois de loyer en principal. Au moment de la signature du bail, le dépôt de garantie est versé au bailleur directement par le locataire ou par l'intermédiaire d'un tiers* ».

des dispositions du premier alinéa de cet article ». Certes, le recours ici à la garantie autonome se trouve restreint par la loi, néanmoins, il s'agit là d'une illustration particulière mais expresse de la liberté de choix entre plusieurs garanties.

257. Cette liberté de choix se vérifie également en matière d'exécution des travaux de construction dans les relations entre le sous-traitant, l'entrepreneur et le maître d'œuvre. Ainsi, selon l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, « *à peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1338 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant* ». En clair, le texte laisse expressément la place à un choix entre le cautionnement et la délégation.

Dans la même lignée, la liberté de choix apparait également dans le domaine des marchés publics en permettant à l'acheteur de recourir aux garanties financières prévues dans la règlementation des marchés publics[485]. L'article L. 2191-7 du Code de la commande publique dispose : « *Les marchés peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'État* ». Autrement dit, afin de se prémunir contre toute mauvaise exécution de son cocontractant, l'acheteur peut recourir soit à une retenue de garantie[486], soit à une garantie autonome, soit à une caution personnelle et solidaire. Un choix est ici expressément offert entre ces trois garanties.

---

[485] Avant 2019, les marchés publics relevaient de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et les contrats de concession relevaient de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Depuis le 1er avril 2019 avec l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, leurs dispositions y ont été intégrées à droit constant. Désormais il s'applique à l'ensemble des marchés et des contrats de concession pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication à partir de cette date.

[486] Ces systèmes de garanties des marchés publics classiques (par opposition aux marchés de défense ou de sécurité) sont traités respectivement aux art. R. 2191-32 à art. R. 2191-35, art. R. 2191-36 à art. R. 2191-42 et aux art. R. 2191-43 à art. R. 2191-44 du Code de la commande publique.

258. Cela étant dit, on peut légitimement se poser la question de la réalité d'un principe de la liberté du choix de la garantie dans la mesure où cette liberté de choix est, malgré une consécration expresse, fragmentée entre de nombreuses matières du droit. Des admissions ponctuelles peuvent–elles suffire à ériger cette liberté de choix en un principe ? D'une façon précautionneuse, on peut aborder la question en parlant d'une liberté implicitement admise pour différentes raisons dont il convient d'apporter quelques éclaircissements.

D'une part, le droit des sûretés est une discipline dont la transversalité ne fait nul doute. Sa présence est nécessaire dans bien des domaines tant son utilité est manifeste. Le Code civil n'étant pas *le seul siège de la matière*[487], il est, de fait, logique que la liberté de choix soit consacrée selon la spécificité de chaque matière[488].

D'autre part, le droit des sûretés constitue autant que le droit des obligations, le droit des biens ou le droit de la famille, une branche majeure du droit civil. La nature conventionnelle, par essence, du droit des sûretés l'oblige à se soumettre au droit commun des conventions.

C'est pourquoi l'absence d'une consécration générale d'un principe de la liberté du choix de la garantie ne doit pas remettre en cause son existence dans l'ordre juridique français. Cette consécration « éparpillée » est justifiée par la transversalité et la nature conventionnelle de base de la matière.

259. Ainsi envisagées, les dispositions qui consacrent expressément la liberté de choix de la garantie doivent être analysées comme des manifestations ponctuelles d'un principe plus général : celui de la liberté contractuelle[489]. En effet, l'article 2287-1[490],

---

[487] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 1.

[488] Il s'agit là d'un défaut majeur de l'organisation législative actuelle française de la matière (et ce, malgré la réforme d'ampleur opérée par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006) résultant d'une trop forte compartimentation de matières qui intéresse le droit des sûretés. En moins d'une décennie, ont été reformé le droit de la sauvegarde, du redressement et de la liquidation des entreprises, une partie du droit des sûretés et la saisie immobilière de manière isolée et indépendante, sans faire de véritables passerelles entre elles. Il en résulte nécessairement certaines incohérences.

[489] A. GOUËZEL, « *Le choix de la garantie* », *in Jurisclasseur Contrats-Distribution*, fasc. 2810, n° 9.

[490] Art. 2287-1 C. Civ. « *Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention* ».

issu de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés et reproduit tel quel par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, qui énonce les sûretés personnelles n'institue aucune hiérarchie formelle entre celles-ci. Il laisse les parties libres du choix de la sûreté personnelle qui convient le mieux à leur relation contractuelle. Le titre II du livre IV relatif aux sûretés réelles ne dispose pas d'un tel article mais, à l'instar des sûretés personnelles, aucun texte n'institue une hiérarchie entre les sûretés réelles. Les règles qui régissent cette relation contractuelle comme toute convention sont, depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, gouvernées par le principe de la liberté contractuelle, formellement consacrées par l'alinéa premier de l'article 1102 du Code civil : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Les parties sont libres de choisir entre les garanties personnelles de l'article 2287-1 du Code civil ou celles régies par le titre II du livre IV du même Code ou celles issues des mécanismes du droit des obligations ou selon la nature de leur relation contractuelle, opter pour des mécanismes des garanties indemnitaires (telle l'assurance-crédit interne ou internationale[491]) dès lors que la loi les y autorise.

2. Les manifestations du principe

260. Le principe de la liberté du choix va bien au-delà de la simple possibilité de choisir entre différents mécanismes de sûreté ; il englobe aussi la liberté de ne pas choisir (**a**). Nous illustrerons cette liberté de non-choix à travers une affaire emblématique dite « Médiapro » qui démontre comment, dans certaines circonstances, le créancier peut décider de ne pas exiger de garantie. En outre, le principe se manifeste également par la liberté de cumuler plusieurs mécanismes de garantie (**b**), démontrant

[491] Comme celle offerte par la Compagnie française d'assurances pour le commerce extérieur, dite COFACE, créée par le décret n° 46-1332 du 1er juin 1946, pris sous la base de la loi n° 45-015 du 02 décembre 1945, et aujourd'hui régie par le décret n° 94-376 du 14 mai 1994, codifié aux articles R. 442-1 et suivants du Code des assurance. De même que les établissements de crédit, elle garantit les importateurs et les exportateurs.

ainsi la diversité des options offertes aux parties dans l'exercice de leur liberté contractuelle

a. La liberté de ne pas choisir : L'exemple de l'affaire dite « *Médiapro* »

261. Le principe de la liberté de choix ne se résume pas seulement à la possibilité pour les parties de choisir entre les sûretés. La représentation du choix dans l'opération peut résulter aussi de l'absence même d'un choix. Libre au créancier qui estime que son débiteur est parfaitement solvable, que donc l'opération contractuelle envisagée ne l'expose à aucun risque, de ne pas lui demander une garantie. Cette décision du créancier ne résulte pas seulement de sa situation de profane dans l'opération. En effet, il est des cas où le débiteur dispose notoirement d'une situation financière solide et intègre[492], de sorte que le créancier n'éprouve ni le besoin, ni se trouve en position de demander une quelconque garantie. Tout au plus, les questions relatives au risque d'insolvabilité du débiteur sont reléguées à la rubrique des sujets soulevant le moins d'inquiétude. Dans ce genre de situations, on est souvent confronté à de grands groupes qui, s'appuyant sur leurs investisseurs, leur assurant une sécurité financière presque infaillible, parviennent à décrocher des contrats d'envergure. Cela fait écho à l'affaire dite « Médiapro ».

Courant 2018, des appels d'offres concernant la commercialisation des droits de retransmission du championnat de football de France ont été lancés par la Ligue de football professionnel (LFP)[493]. À la surprise générale, c'est un groupe de média

[492] C'est le cas par exemple des établissements financiers.

[493] Les droits de retransmissions télévisées du championnat de football en France appartiennent à la Fédération Française de Football (FFF) selon les dispositions des articles L 333-1, L 333-2 et L 333-3 du Code du sport. Ces articles fixent, respectivement, les règles relatives à la propriété des organisateurs de compétitions sur les droits de diffusion et la possibilité de céder ses droits aux sociétés sportives ; celles relatives aux grands principes de commercialisation par les ligues, des droits cédés aux sociétés sportives ; et enfin celles qui prévoient les principes de répartition du produit de ces droits. C'est par l'application du premier article L 333-1 du Code du sport que la FFF a cédé ces droits de diffusion aux clubs professionnels qui se disputent ces derniers. Cependant c'est la LFP qui commercialise ces droits selon les principes fixés par L 333-2 et R 333-2 du même Code ; En ce sens V. la réponse la ministre des sport à un député, publiée au JO le 30/10/2018, *« Attribution à Mediapro des droits de la ligue »*, (https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-11443QE.htm).
C'est ainsi que la LFP a lancé un appel d'offres le 25 avril 2018 au titre de l'attribution des droits de retransmission du championnat de football de France ; V. Procès-Verbal du Conseil d'Administration du 25 avril 2018 sur le site officiel de la LFP (https://www.lfp.fr/proces-verbaux/conseil-administration).

espagnol, Médiapro[494], encore inconnu du grand public, mais très connu dans le monde du marketing sportif, qui s'offre les droits de diffusion de la ligue 1 et de la ligue 2 pour la période 2020-2024[495], le tout pour un montant d'un milliard cent cinquante-trois millions d'euros par an.

Mais voilà qu'en décembre 2020, seulement quatre mois après le début du championnat, la société sino-espagnole annonçait par la voix de son président son intention de ne pas honorer le second versement annuel prévu au contrat et sa volonté de renégocier le montant dû à la LFP pour la saison à venir[496]. Cette décision a eu pour conséquence immédiate, en raison notamment des enjeux économiques pour la ligue et du montant colossal des engagements de Mediapro, de se pencher sur les garanties financières qui avaient été négociées lors de la conclusion du contrat. Il a fallu très peu de temps pour s'apercevoir que le créancier, qui n'est autre que la LFP, ne disposait, en réalité, d'aucune garantie solide. Les montants évoqués étant considérables, il était surprenant de constater qu'une institution aussi notable et avertie que la LFP n'ait pas demandé à son débiteur une garantie suffisamment efficace pour s'assurer de l'éventualité d'une insolvabilité de ce dernier.

262. En réalité, si une garantie a existé dans le contrat en question, on peut aisément considérer que celle-ci a brillé, dans cette affaire, par son inutilité et son inefficacité pour un engagement d'une telle envergure. On peut considérer qu'il s'agit là d'une application du principe de la liberté du choix des garanties et dans le prolongement de celui-ci, celui de ne pas choisir une sûreté. Il convient de se pencher sur le contexte et les circonstances de la signature de ce contrat qui nous conduirons à considérer qu'aucune attention particulière n'avait été portée sur le risque d'insolvabilité du

[494] Mediapro est un groupe audiovisuel sino-espagnol, détenu à 53.5 % par un fonds d'investissement chinois, Orient Hontai Capital pour un milliard d'euros. Inconnu du public français, le groupe détient la majeure partie des droits de diffusion du football en Espagne. Depuis février 2018, sous l'impulsion du fonds chinois, le groupe semble avoir adopté une stratégie d'incursion à international en obtenant les droits de diffusion des championnats locaux ; (https://www.echosdunet.net/dossiers/mediapro).
[495] La société espagnole a largement remporté l'appel d'offres avec 80% des droits ; V. Journal *L'ÉQUIPE*, du 30 mai 2018, n°23318, p. 2 à 7 ; V. également le site lequipe.fr, (https://www.lequipe.fr/Medias/Actualites/Droits-tv-canal-perd-toute-la-ligue-1/905772).
[496] Ch. LEPETIT, « *Football professionnel : Mediapro sème la panique* », Jurisport, n°213, p.10.

débiteur, ce qui par voie de conséquence nous amène à penser qu'il n'y avait aucune réelle volonté de demander une garantie.

En 2018, au moment où la LFP décide de lancer l'appel d'offre des droits de retransmission de la ligue, le football français traverse une période d'un point de vue économique assez fragile[497] et morose[498]. À l'époque les dirigeants du football français ont la pression pour faire fructifier les droits télévisés du football. L'ancien appel d'offre, celui de 2016-2020 avait remporté environs sept millions d'euros annuel, ce qui était résolument insuffisant pour ces dirigeants[499]. Le football et la télévision entretiennent, à ce titre, des liens très étroits, cherchant réciproquement à tirer profit du marché de l'autre[500]. L'objectif principal était donc de faire en sorte que le football français puisse prospérer sur cette somme. On est dans un contexte où les droits télévisés sont en pleine expansion[501]. S'employant donc avec vigueur pour atteindre cet objectif, les décideurs du football français vont faire confiance au groupe sino-espagnol en se focalisant essentiellement sur le montant de l'offre, sans porter égard à la faisabilité du projet et par conséquent aux stratégies de rentabilisation des droits sur le marché français du groupe. Pourtant, à peine quelques jours plus tard, le 05 juin 2020, le groupe sino-espagnol se voyait refuser l'acquisition des droits de diffusions du championnat italien (la série A) en raison de garantie financière insuffisante[502]. Porteur d'un projet différent en France, le groupe lance début juin une nouvelle chaine

---

[497] M. LLORCA, « *L'économie du football français* », Droit fiscal n°36, 6 sept. 2018, 370.
[498] Ch. LEPETIT, *op. cit.*
[499] Les droits télévisés pour la période 2020-2024 enregistre une hausse de 60% par rapport à la période 2016-2020 ; V. M. LLORCA, *op. cit.* n°1.
[500] M. AGLIETTA, W. ANDREFF, B. DRUT, « *Bourse et Football* », Revue d'Économie politique, 2008, n° 2, vol. 118, p. 255 à 296, n°73.
[501] Alors que les dirigeants de la ligue français convoitaient la barre symbolique du milliard, ceux du Royaume-Uni génèrent plus de cinq milliards, tandis qu'en Allemagne ils génèrent un plus d'un milliard ; V. Site de lequipe.fr (https://www.lequipe.fr/Football/Actualites/Droits-tv-a-l-etranger-un-milliard-de-plus-pour-la-premier-league/1021275).
[502] Cette annulation intervient alors que Mediapro avait obtenu les droits diffusions du championnat en Italie en février 2018. Elle intervient également suite à une décision de justice du Tribunal de Milan du 09 mai 2018, saisie par un média concurrent, SKY ITALIA, pour concurrence déloyale. Ce dernier a obtenu gain de cause en raison de la « *position de monopole qui inhiberait la liberté des autres opérateurs et en les forçant à payer davantage pour les services de télévision* ». La stratégie de Mediapro reposant uniquement sur un système d'achat et de revente des droits aux autres médias ; Le groupe optera pour une autre stratégie en France ; Sur la décision, V. SKY ITALIA s.r.l. c/ MEDIAPRO ITALIA s.r.l., TRIBUNALE DI MILANO, N° 18406/2018 R.G.

de télévision diffusant uniquement du football français[503]. Si le groupe honore en aout 2020 sa première échéance, très vite, dès le mois d'octobre, il annonce ne pas être en mesure de régler les prochaines ainsi que son intention de renégocier le contrat à la baisse. La LFP n'a pas tardé à annoncer la mise en œuvre de la sûreté consentie dans l'accord. Mais face à son insuffisance manifeste et l'échec des voies d'exécution, car insignifiants par rapport au reste à payer, la LFP s'est finalement résolue à négocier la rupture de l'accord avec Mediapro. Le 22 décembre 2020, le Tribunal de Commerce de Nanterre a homologué un accord[504] entre la LFP et Mediapro qui prévoit le retrait du diffuseur espagnol et la réattribution des droits[505]. Cette renonciation hâtive de la LFP au contrat en dit long sur l'efficacité de la sûreté consentie. Cela nous permet de nous pencher sur la structuration de la sécurité financière de l'accord[506].

Soulignons de prime abord que l'accord conclu en la LFP et Mediapro se singularise par le montant faramineux de l'engagement. Pourtant, la LFP a, dès la signature de l'accord, adopté une posture de sérénité, voire de « naïveté », jusqu'au défaut de paiement du débiteur[507]. Deux ans plus tard, c'est la question relative au choix de la garantie financière qui s'est retrouvée au centre des débats.

Le protocole de conciliation fait état de l'existence d'un cautionnement assorti d'une solidarité entre Mediapro et une société (Joye Media SL), un actionnaire du diffuseur[508]. Cette sûreté personnelle va très vite montrer son inefficacité lorsque le

---

[503] Cette stratégie a beaucoup interrogé les acteurs du football et des médias car les objectifs (à savoir qu'une chaine de football dédié uniquement au championnat français atteigne au moins 3,5 millions d'abonnés au tarif de 25€ par mois) annoncés par le groupe étaient difficilement atteignables, voire irréalisables ; V. Ch. LEPETIT, « *Football professionnel : Mediapro sème la panique* », Jurisport, 2020, n° 213, p. 10.

[504] T. com. Nanterre, 22 déc. 2020, n° 2020L03472.

[505] La LFP a également obtenu de Mediapro le paiement d'une somme globale, forfaitaire et définitive de cents millions d'euros ; V. Procès-Verbal du Conseil d'Administration de la LFP du 11 décembre 2020 sur le site officiel de la LFP (https://www.lfp.fr/proces-verbaux/conseil-administration).

[506] Les stipulations de cet accord ne sont, pour l'heure, pas encore publiques. Cependant, celles relatives au choix de la garantie, qui nous intéressent tout particulièrement ici, sont mentionnées dans le protocole de conciliation que les deux parties signeront et qui, par la suite, sera homologué le 22 décembre 2020 par le Tribunal de Commerce de Nanterre.

[507] En atteste les propos de l'ancien directeur général de la LFP, Didier QUILLOT qui déclarait au lendemain de l'attribution des droits qu' « *une garantie bancaire de de 3,2 milliards d'euros, cela n'existe pas et n'a jamais existé* » (https://www.challenges.fr/sport/droits-tv-de-l1-derriere-le-fiasco-mediapro-a-qui-la-faute_742839).

[508] Pendant les deux ans qui ont suivi la signature de l'accord, on a pu lire dans les médias que le cautionnaire solidaire de Mediapro était son actionnaire de référence à savoir, le fonds d'investissement

créancier cherchera à la mettre en œuvre puisque l'actionnariat des deux entités, cautions solidaires, trouve son siège au sein de la même holding, Imagina Media Audiovisuel.

263. Dans cette affaire, on peut reconnaître, sans difficulté, que le montant important des engagements du débiteur a placé le créancier dans une situation où la garantie idéale ne pouvait qu'être difficile à obtenir[509]. Si le choix d'une sûreté personnelle se trouve être pleinement justifié, celui porté sur la caution solidaire ne l'est pas autant.

Il s'agit d'un contrat à exécution successive au profit d'un créancier (la LFP) qui lui-même reverse immédiatement une partie de ces revenus aux détenteurs des droits de diffusion du championnat (Les clubs de football). La santé financière de ces clubs dépendant principalement de ces revenus, seule une sûreté dont la réalisation permet dans un très bref délai de pallier l'insolvabilité du débiteur pouvait répondre aux besoins du créancier. Par contre, le choix d'une caution solidaire obtenue d'une filiale, qui se trouve ne même pas être l'entité la plus solvable du groupe était pour le moins surprenant au vu du montant des engagements. Clairement, la légèreté de la ligne du créancier ne peut être justifiée que par « l'appât du gain » projeté à la conclusion de l'accord, évacuant ainsi toute éventualité de l'insolvabilité d'un débiteur qui n'avait pas la superficie financière pour mener à bien ce contrat.

264. C'est cela qui nous conduit à retenir « l'absence » d'une sûreté personnelle mais raisonnablement l'existence d'une sûreté « artificielle », sinon « bancale » au regard de la complexité et des risques encourus dans l'opération. Selon nous, la sécurité de cette opération devait s'opérer en deux phases. Dans un premier temps, l'engagement du

---

chinois Orient Hontai Capital qui détient 53.5 % du capital du groupe et dont la solvabilité ne faisait pas de doute ; Cette croyance va perdurer même au-delà du défaut de paiement de Mediapro. Mais le 18 octobre 2020, les journalistes E. MOATTI et A. HERMANT, qui ont eu l'accord en main, révèleront que la caution solidaire n'est pas l'actionnaire majoritaire du groupe mais la société Joye Media SL. Cette dernière qui fournit le cautionnement solidaire à la ligue sur l'ensemble de l'engagement de Mediapro n'est autre qu'une filiale de la société mère du groupe, Imagina Media audiovisuel mais absente de l'actionnariat majoritaire ; V. Journal *L'ÉQUIPE*, du 18 octobre 2018, n°24188.

[509] La ministre des Sports d'alors, R. MARACINEANU déclarait le 16 octobre 2020 à propos de la garantie financière : *« elle est difficile à avoir en France pour de tels montants et ça n'a jamais été le cas ni pour Canal ni pour BeIn"* ; V. le site de francetvinfo (https://www.francetvinfo.fr/sports/foot/ligue-1/aucune-garantie-bancaire-un-systeme-a-la-papa-laffaire-mediapro-revele-lamateurisme-du-football-francais-avec-les-droits-tv-de-la-ligue-1_4143145.html).

débiteur dépassant le milliard à l'année, le créancier aurait été bien inspiré d'imposer une somme forfaitaire payable à la signature du contrat. Ce procédé, très courant dans le droit anglo-saxon qu'on appelle le *Upfront payment*[510] consiste à imposer au débiteur le versement d'un pourcentage de la somme à payer au moment de la signature du contrat.

265. Dans un second temps, la constitution d'une garantie à première demande de l'actionnaire majoritaire du groupe, à hauteur du montant global de l'engagement, au profit du créancier, aurait sans doute été suffisant pour pallier les risques inhérents à l'éventuelle insolvabilité du débiteur principal. Or, cela supposait une maitrise parfaite de la structure assez complexe du groupe, ce qui vraisemblablement ne fut pas le cas de la LFP.

Ainsi, ce moyen de prévention contre le risque d'insolvabilité du débiteur combiné à une garantie à première demande aurait assurément placé le créancier dans une situation bien plus confortable.

Cette combinaison entre plusieurs sûretés nous conduit naturellement vers une autre conséquence du principe de la liberté de choix parmi les sûretés à savoir, la liberté de cumuler les sûretés.

b. La liberté du cumul des sûretés

266. Le fondement du cumul des garanties résulte, au même titre que le principe de la liberté de choisir les garanties, du principe fondamental de la liberté contractuelle. Dans l'opération contractuelle, le créancier, pour des raisons d'ordre purement subjectives, reste totalement libre de ne pas demander à son cocontractant une garantie. De même qu'il a la faculté de ne demander qu'une seule garantie à son cocontractant lorsqu'il estime que celle-ci est suffisamment protectrice des ses intérêts. Mais, il peut également s'interroger sur l'efficacité de la garantie constituée à la signature du contrat, au moment où l'éventualité de l'insolvabilité du débiteur se présentera. C'est cette inquiétude rationnelle du créancier qui peut le conduire à

[510] À l'instar du dépôt de garantie, cette somme est versée lors de la signature du contrat, cependant elle considérée comme un paiement anticipé, par conséquent déduite du montant de l'engagement global.

demander à son cocontractant une pluralité garanties qui vont produire l'effet d'un cumul.

267. On en retrouve une illustration à travers le cautionnement et ses variants. Nous le savons, au sein de cette catégorie de sûreté personnelle, le cautionnement simple demeure la principale[511]. Cependant bien que ce soit la sûreté personnelle par excellence, il est devenu très rare en pratique[512]. Mais attardons-nous sur l'hypothèse qui nous intéresse tout particulièrement ici : celle d'une pluralité de cautions[513]. Le créancier peut obtenir de son débiteur plusieurs cautions. Il y a lieu, ici, de distinguer singulièrement deux situations : les cautions peuvent être engagées soit par plusieurs contrats, soit par un seul contrat de cautionnement[514].

Dans cette dernière figure, on parlera de cocontrat de cautionnement[515]. La structure conventionnelle du cocontrat est celle où l'engagement de plusieurs cautions va résulter d'un seul et même contrat. Ainsi, l'acte juridique est unique et l'engagement de tous ses protagonistes forme un seul bloc[516]. On peut aisément qualifier les cautions de cofidéjusseurs puisqu' il y a solidarité entre le débiteur principal et les cautions, mais également entre les différentes cautions[517]. Néanmoins, il ne s'agit en aucun cas

---

511 Cette figure principale renvoie à un cautionnement unique engeant une seule caution ; les variantes étant celles où sont engagées, une pluralité de cautions.

512 A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 169 ; D. LEGEAIS, *op. cit.* n°73, selon l'auteur *« Le cautionnement solidaire est devenu le cautionnement de droit commun » ;* déjà, P. ANCEL *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé,* th., Dijon, 1981, n°73 : *« Bien que, dans le Code civil, le cautionnement simple soit présenté comme le principal, le cautionnement solidaire est aujourd'hui pratiquement le seul utilisé […] ».*

513 La figure d'une pluralité de caution renvoie à la problématique des différents degrés qui peuvent exister dans la solidarité. Cette solidarité est envisagée de trois manières selon la pratique contractuelle : V. en ce sens, A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 174 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 121 et s. ; D. LEGEAIS, *op. cit.* n° 277 et s. ; M. MIGNOT, *op. cit.,* n° 80 et s.

514 Intrinsèquement, la différence entre ces deux variantes ne résulte que de l'organisation des obligations des cautions les unes par rapport aux autres.

515 V. entre autres M. MIGNOT, *« La distinction entre le cocontrat de cautionnement et la pluralité de cautionnements »,* n°31, *RLDC,* 2006.

516 L'engagement des cautions est ici collectif. Ainsi, cette variante se caractérise par l'interdépendance des engagements des différentes cautions ; La jurisprudence a ainsi pu estimer, pour illustrer cette interdépendance que l'absence de la signature d'une caution initialement prévue au contrat était une cause de nullité de l'acte à l'égard de toutes les parties ; V. CA Dijon, 1re Ch., 1re Sect., 10 déc. 1986, *Juris-Data* n° 1986-046020 ; V. également Cass. com., 24 nov. 1981 n°80-10.205 où la Cour ne rejette la demande en nullité qu'au motif que la caution ne rapportait pas la preuve que l'absence de la signature de la caution manquante était déterminante de son engagement.

517 En pratique, l'engagement des cautions se matérialise en principe par leur souscription dans un seul unique acte, avec ou sans le débiteur principal.

d'un cumul des engagements des cautions. C'est le principal effet du cocontrat de cautionnement dès lors que les cautions se sont engagées ensemble à payer une somme globale au créancier en cas d'insolvabilité du débiteur. Un arrêt majeur de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 15 février 2005[518] a confirmé ce principe de non-cumul des engagements. Lorsqu'il ressort que les cautions agissent et s'obligent conjointement et solidairement entre elles au profit du prêteur, la jurisprudence à tendance à écarter le cumul des engagements. L'unicité de l'acte d'engagement, la désignation des cautions en des termes claires et précises et la mention manuscrite des cautions portant sur une somme globale à payer au créancier, sont les fondements que la jurisprudence retient pour rejeter le cumul des engagements des cautions[519].

L'analyse des fondements de cette tendance jurisprudentielle nous amène à soutenir que la haute juridiction réaffirme la liberté contractuelle des parties dans l'opération puisque l'admission ou l'absence du cumul en présence d'un engagement solidaire ne dépend *in fine* que de la volonté commune des parties[520].

La jurisprudence admet cependant sans difficulté, dans une autre configuration du cautionnement, le cumul des engagements des cautions. C'est cette configuration qui nous intéresse spécifiquement pour appuyer la thèse de la liberté du cumul des sûretés personnelles, à l'inverse du cumul des cautionnements ayant pour objet un seul et même contrat. Ainsi, lorsqu'il y a cumul des engagements, il y a autant de contrat de cautionnement que de cautions. On note une réelle indépendance et une réelle autonomie de chaque contrat de cautionnement par rapport à l'autre. En clair, l'objet de cette figure du cautionnement est que chaque caution assume le risque d'insolvabilité du débiteur puisque chaque engagement est distinct et surtout se cumule à l'autre[521]. L'identification des engagements distincts qui s'additionnent au

[518] Cass. 1re Civ. 15 févr. 2005, n° 03-20.621 ; V. également Cass. com., 11 févr. 2014, n° 12-16.632.
[519] En ce sens V. CA Besançon, 2e Ch. Civ., 29 avr. 1998 : *juris-Data* n° 1998-041414 ; V. également CA Angers, Ch. Com. Sect. A, 20 sept. 2016 : n° 14/00442.
[520] En atteste notamment le choix des visas opéré par la jurisprudence dans de nombreuses décisions : anc. Art. 1134 Civ., art. 1103 Civ. nouv. (Cass. 1re Civ. 15 févr. 2005, n° 03-20.621 ; Cass. com., 11 févr. 2014, n° 12-16632).
[521] V. M. MIGNOT, *« La distinction entre le cocontrat de cautionnement et la pluralité de cautionnements »*, n°31, *RLDC,* 2006.

profit du créancier résulte essentiellement[522], à l'instar du cocontrat, de l'intention commune des parties. L'engagement des cautions dans des *instrumentum* différent ne conduit pas forcément à un cumul. C'est la volonté des parties qui constitue le fondement principal des effets qui seront attribués au cautionnement[523]. C'est ainsi que, pour caractériser un cumul *réel* des cautionnements, la jurisprudence va rechercher dans la volonté commune des parties, l'existence de clauses contractuelles qui stipulent, de manière claire et explicite, une autonomie[524] ou plus directement un cumul[525] des engagements.

Il résulte ainsi du principe de la liberté de choix parmi les sûretés, la possibilité pour le créancier d'obtenir de son débiteur plusieurs cautions qui s'engagent de manière autonome sans que le paiement de l'un d'entre eux n'affecte de quelle que manière que ce soit l'engagement des autres. L'admission de cette figure cumulative du cautionnement, qui offre une sécurité optimale au créancier, ne puise sa force que dans la souveraine volonté des parties. Cette place de la volonté dénote *in fine* l'influence émancipatrice des fondements du droit des contrats sur les sûretés personnelles.

268. Le cumul des cautionnements n'est pas la seule manifestation du cumul des sûretés dans le droit positif français. On en retrouve une illustration, certes assez particulière, mais sans aucun doute établie, pour ce qui concerne l'exercice d'un certain nombre de professions (notaires, avocats, huissiers de justice, commissaires-priseurs etc.). Ce cumul peut même résulter d'une obligation légale pour ces professions dont l'exercice est, la plupart du temps, libérale[526]. Ainsi, afin d'assurer la protection la plus complète, à la fois aux professionnels de ces métiers mais également à leurs clients, la

---

[522] Cependant la jurisprudence a pu considérer, selon un critère purement matériel, que lorsque les cautions s'engageaient séparément dans des actes et notamment sans référence les uns par rapport aux autres, le cumul des engagements devait être retenu. Il s'agit d'une sorte de présomption de cumul : V. en ce sens, Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-11.433 ; CA Paris, 14 juin 1994, *Juris-Data* n°1994-023437.

[523] On note une absence totale d'appréhension de cette question par le législateur et peu de certitudes dans la doctrine et la jurisprudence. Toutefois, ce dont on ne peut douter, c'est que la volonté des parties reste le facteur essentiel permettant de déterminer les effets du cautionnement.

[524] V. CA Paris, 9 mai 1989 : *Juris-Data* n°1989-021952.

[525] V. en ce sens, Cass. com., 30 oct. 2000, n° 96-18.163, Bull. civ. IV, n° 167, D. 2000, AJ, p. 436, RD bancaire et fin. 2000, comm. 220, obs. Legeais D. ; Cass. 1re civ., 8 oct. 1996, n° 94-19.986, Bull. civ. I, n° 341, Defrénois 1997, art. 36526, D. 1997, somm., p. 163, obs. Aynès L.

[526] Par exemple, pour la profession de notaire : V. Art. 11 à 24 du D. n°55-604 du 20 mai 1955 relatif aux officiers publics ou ministériels et à certains auxiliaires de justice ; Pour la profession d'avocat : V. Art. 27 de la L. n°71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

loi impose la souscription d'une assurance de responsabilité professionnelle qui cohabite avec une garantie financière.

Ainsi, la loi prescrit, pour l'exercice de l'activité professionnelle de l'avocat, la souscription obligatoire d'une assurance de responsabilité civile professionnelle couvrant les fautes et négligences commises dans l'exercice de leurs fonctions[527]. Conjointement, la loi impose également la souscription d'une garantie financière destinée à prémunir les clients contre le risque d'insolvabilité de l'avocat[528]. Cette garantie va être mise en œuvre lorsque, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, l'avocat qui reçoit des fonds, effets ou valeurs manque de les restituer à son client[529].

Au-delà de la sécurité qu'offre ces garanties aux clients et aux professionnelles de ces métiers, ce cumul des garanties imposé par la loi, semble être justifié par la nature distincte de deux mécanismes de protection. En effet, la garantie financière couvre certains agissements dolosifs que l'assurance de responsabilité professionnelle ne couvre point[530].

269. De manière notable, on retrouve une manifestation législative de ce cumul, qui représente sans doute son utilisation la plus fréquente, en matière de baux d'habitation. Le bailleur soucieux de l'insolvabilité éventuelle de son locataire peut, en effet, obtenir sous certaines conditions un dépôt de garantie au moment de la signature du bail ainsi que le cautionnement d'un tiers. En effet, ce cumul des garanties personnelles est régi par l'alinéa 1er de l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989[531] tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986[532]. Notons cependant que ce cumul des sûretés n'a pas tout à fait la

[527] Art. 27, al. 1er, L. du 31 déc. 1971.
[528] Art. 27, al. 2, L. du 31 déc. 1971.
[529] Sur le cumul de la garantie et de l'assurance de responsabilité du professionnel des avocats, V. : M.-L. DEMEESTER, *« Avocat : responsabilité »*, RDC, Dalloz, janv. 2009, n° 163 à 170.
[530] Sur l'admission jurisprudentielle du cumul, V. Cass. 1re civ., 26 févr. 1991, n° 89-16.588 ;
Sur la distinction des deux mécanismes, V. Cass. 1re civ., 22 juin 1977, n° 74-14.644, D. 1978, p. 485, note C. GAURY.
[531] *« Le cautionnement ne peut pas être demandé, à peine de nullité, par un bailleur qui a souscrit une assurance, ou toute autre forme de garantie, garantissant les obligations locatives du locataire, sauf en cas de logement loué à un étudiant ou un apprenti. Cette disposition ne s'applique pas au dépôt de garantie mentionné à l'article 22. […]»*.
[532] Modifiée par la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 (art.134).

même forme que celui des cautionnements. En effet, lorsque le bailleur obtient de son locataire un dépôt de garantie et le cautionnement d'un tiers, les deux garanties n'ont pas la même nature juridique. Si celle du cautionnement est claire et ne soulève point de discussion, celle du dépôt de garantie semble plus obscur et peut être source de confusion[533].

Le montant du dépôt de garantie, son versement et sa restitution sont encadrés par la loi du 6 juillet 1989[534]. Toutefois, son institution est presque ignorée du Code civil. Mais si l'on se réfère aux alinéas premier et troisième de l'article 22 de la loi de 1989, qui le définissent comme étant la somme versée initialement au bailleur par le locataire ou un tiers afin de garantir l'exécution de ses obligations locatives, on ne peut classer l'institution du dépôt de garantie que dans la catégorie des sûretés réelles et plus précisément dans celle du gage[535]. Dès lors, l'adjonction de ces deux mécanismes lors de la conclusion du bail d'habitation revêt la nature d'un cumul *mixte* entre sûreté personnelle et sûreté réelle. Toutefois, notons que l'article 22-1-1 de la loi du 6 juillet 1989[536], précitée, prévoit la possibilité de substituer au dépôt de garantie, une garantie autonome « *dans la limite du montant résultant* ». Cela veut dire que, *in abstracto*, à l'occasion de la souscription d'un bail d'habitation, on peut observer un cumul *réel* des sûretés personnelles. Seule la volonté des parties peut être à l'origine d'une telle opération.

270. À l'instar de cette hypothèse, ce cumul existe également dans l'exécution des marchés publics et privés où la loi laisse la liberté aux parties contractantes (maître d'ouvrage, maître d'œuvre, sous-traitant etc.) des marchés de travaux de pouvoir cumuler plusieurs sûretés. Il s'agit du cumul entre la retenue légale de garantie et

---

[533] En pratique, il est en effet fréquent, dans le cadre de la conclusion d'un contrat de bail d'habitation, que le dépôt de garantie soit improprement et à tort appelé dans le langage commun « *caution* » ou « *dépôt de caution* ». En réalité, il n'en est rien. La nature juridique du dépôt de garantie est différente de celle du cautionnement.

[534] Al. 1 et 3 de l'Art. 22 L. n° 89-462 du 6 juillet 1989.

[535] C. civ. Art. 2333 à 2337 ; Sur la nature juridique du dépôt de garantie V. : J. DUPICHOT, « *Observations sur la nature juridique du dépôt de garantie* », note ss. Cass. com., 28 juin 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, pan. jur. p. 26.

[536] « *La garantie autonome prévue à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 et que dans la limite du montant résultant des dispositions du premier alinéa de cet article* ».

garantie de bonne fin de travaux, que nous avons brièvement abordé précédemment à propos de la liberté de choix[537]. La retenue de garantie en matière de marchés est régie par la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779-3 du code civil. Dans le contrat d'exécution du marché, elle est d'ordre public. Elle prend la forme d'un gage puisque selon l'article 1er de cette loi, il s'agit d'une somme d'argent n'excédant pas 5% du montant du marché et qui doit être consignée, entre autres, entre les mains d'un consignataire. Parallèlement, elle peut se cumuler avec la garantie de bonne fin de travaux, qui relève du plan purement contractuelle et qui, peut prendre la forme soit d'un cautionnement ou d'une garantie à première demande[538]. La seule condition étant qu'elle n'ait pas le même objet que la retenue de garantie. C'est ce qui résulte d'un arrêt important de la troisième chambre civile de la cour de cassation en date du 17 juin 2015[539] qui, pour admettre le cumul de ces deux mécanismes de sûreté, souligne que *la garantie de bonne fin à première demande visant l'exécution par le sous-traitant des travaux jusqu'à la réception est distincte de la retenue légale, garantissant l'exécution des travaux pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage, car leurs objets respectifs sont distincts.*

Toutefois, on note que les parties peuvent tout à fait décider de substituer, dans cette opération, la retenue de garantie à un cautionnement personnel et solidaire[540]. Auquel cas, on se retrouverait, par la force de la volonté des parties, dans un cas de cumul *réel* des sûretés personnelles.

271. Finalement, si d'un point de vue théorique, la liberté contractuelle s'exprime à suffisance en consacrant non seulement un principe de liberté de choix mais également une liberté du cumul des sûretés dans le prolongement du premier, le créancier conserve, en principe, malgré tout, la qualité de créancier chirographaire à l'égard de chaque garant. La solvabilité du garant est donc au cœur des préoccupations du

[537] Art. L. 2191-7 du Code de la commande publique.
[538] Cass. com. 3 nov. 1992 n° 90-16.271.
[539] Cass. 3ème civ., 17 juin 2015, n° 14-19.863.
[540] Art. 1er, al. 4, L. n° 71-584 du 16 juillet 1971 : « *Toutefois, la retenue de garantie stipulée contractuellement n'est pas pratiquée si l'entrepreneur fournit pour un montant égal une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier figurant sur une liste fixée par décret* ».

créancier. Or, la sûreté personnelle ne portant que sur ce que vaut l'actif net du patrimoine du garant, nous y voyons là une explication de la pratique du cumul entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles pour garantir certaines opérations.

C'est pourquoi, il nous semble essentiel d'analyser les critères pris en compte par les parties lors du choix d'une sûreté[541].

B. RELATIVITÉ ET SUBJECTIVITÉ DES CRITÈRES DU CHOIX

272. La liberté du choix n'est pas synonyme de facilité du choix. Au-delà de la diversité du choix, le débiteur principal, le garant et le créancier ne partagent ni les mêmes préoccupations ni les mêmes critères de choix. Partant, au regard de cet antagonisme originel, il est fort probable que leurs choix divergent. Cela dit, ils partagent malgré tout le dessein commun de s'engager sciemment dans une relation contractuelle dont ils espèreront en tirer profit[542].

Il convient de noter, de prime abord, que lorsque la question du choix porte sur la constitution d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle, la plupart du temps l'issue résulte de l'évidence. Ce premier choix peut s'imposer naturellement en raison de la composition même du patrimoine du débiteur. Pour que le créancier obtienne de son débiteur la constitution d'une sûreté réelle, encore faut-il que ce dernier dispose de biens susceptibles d'être grevés. S'agissant des sûretés personnelles, leur constitution à ce stade dépend de la capacité, pour le débiteur, de présenter au créancier un tiers qui non seulement accepte de s'engager personnellement à garantir la dette du débiteur, mais également qui dispose d'un patrimoine jugé suffisamment

---

[541] Indépendamment de l'aspect psychologique de l'engagement des parties dans les sûretés personnelles : V. *supra* n° 53 et s.

[542] Les intérêts respectifs du créancier et du débiteur sont clairement identifiés dans l'opération. Ceux du garant ne doivent pas susciter davantage d'interrogations car, hormis l'hypothèse d'un garant qui entretient des liens affectifs avec le débiteur, telle que le cautionnement familial (dont l'efficacité peut être très incertaine) ou celui du dirigeant pour sa société, la plupart du temps la constitution de la garantie est rémunérée. Pour s'en apercevoir, il suffit de consulter de près, en particulier les contrats de prêt immobilier où la souscription auprès d'une société de cautionnement aux frais de l'emprunteur est systématique et arrive déjà insérée dans l'offre de prêt. Indépendamment du risque, le profit financier du tiers garant est donc avéré.

sécurisant pour le créancier.

Toujours est-il que le droit des sûretés, selon la classification traditionnelle sûreté personnelle, sûretés réelles, est assujetti au régime qui correspond à la catégorie envisagée. Ainsi, les sûretés réelles obéissant au régime du droit des biens vont traditionnellement restreindre la volonté des parties en raison de la rigidité de la matière. Cela n'est *a priori* pas le cas des sûretés personnelles qui sont en liaison directe avec le droit des contrats dont l'influence est émancipatrice vis-à-vis de la matière. Il est dès lors essentiel de vérifier les manifestations de ces influences à travers les critères de choix des sûretés.

273. La question du choix de la garantie est largement abordée par les manuels de droit des sûretés[543]. Elle soulève en réalité une autre question sous-jacente qui est celle de savoir quels sont les critères de choix des différentes sûretés. Ces critères sont censés correspondre aux qualités que devrait revêtir une sûreté idéale. Les différentes analyses à ce sujet paraissent convergentes à quelques détails près. En effet, il en ressort qu'une sûreté idéale doit revêtir essentiellement trois qualités : d'abord elle doit être de constitution simple ; ensuite, elle doit être économe du crédit du débiteur ; enfin, et c'est la plus décisive, elle doit être de réalisation efficace, rapide et peu onéreuse. Par ailleurs, sont pris en compte dans l'appréciation des qualités d'une garantie idéale, la proportionnalité entre l'efficacité de la sûreté constituée et ses effets sur les biens et revenus du constituant, ainsi que l'effet psychologique que sa simple constitution peut avoir sur le débiteur en l'incitant à payer.

Les auteurs s'accordent également sur l'idée que la sûreté idéale n'existe pas puisqu'aucune n'offre de sécurité absolue. C'est donc au regard des forces et faiblesses de chacune qu'il reviendra aux parties d'arbitrer. Néanmoins, ce choix n'est pas moins subordonné à de nombreux facteurs relatifs à la nature du contrat et la situation de chaque cocontractant.

---

[543] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 34 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n° 8 ; S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.,* n° 6 à 9 ; D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 5 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 7.

274. Il est ainsi nécessaire de tempérer la portée des critères du choix surtout lorsqu'ils reposent exclusivement sur les avantages et inconvénients de chaque garantie.

Les critères selon lesquels les parties optent pour une sûreté plutôt qu'une autre sont donc nombreux[544]. La classification qui en est faite au sein de la doctrine l'est tout autant[545]. Une analyse détaillée de ces critères et classifications y découlant manquerait d'intérêt au stade de notre étude dans la mesure où son objet repose principalement sur l'influence de la liberté contractuelle des parties lorsque celles-ci optent pour la sûreté de leur choix. Partant, la portée des critères du choix se doit d'être relativisée et envisagée comme les auteurs M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER le soulignent avec pertinence lorsqu'ils affirment que *« la qualité d'une sûreté est subordonnée à une situation donnée, à un débiteur donné, à une dette donnée, à une créance donnée... »*[546].

275. Au-delà du caractère relatif, on note également une subjectivité des critères lors du choix des parties qui est inhérente à la technique même des sûretés. En effet, le choix des sûretés réelles, dont la technique permet au créancier de bénéficier d'un droit de préférence sur un bien ou un ensemble de biens qui composent le patrimoine du débiteur[547], va exprimer dès sa constitution, la volonté des parties de s'orienter vers un mécanisme de protection du risque insolvabilité exclusivement à partir de ces biens du débiteur. Or, cette volonté dépend avant tout de la composition même du patrimoine du débiteur. L'existence de biens rendant possible la constitution d'une sûreté réelle n'empêche pourtant pas les parties d'opter pour une sûreté personnelle

---

[544] La simplicité de la constitution, le coût, l'efficacité, la proportionnalité, la simplicité et la rapidité de la réalisation etc. sont tous autant des critères décisifs dans le choix d'une sûreté.

[545] Selon certains auteurs le choix des parties est guidé par des considérations intrinsèques (celles-ci étant liées à la technique de chaque catégorie de sûretés) extrinsèques (celles-ci relèvent du fait du législateur, à l'image du coût, de la sécurité ou encore des mécanismes de mise en œuvre), V. en ce sens A. AYNES, *« Sûretés réelles, sûretés personnelles…Lesquels choisir ? – Propos conclusifs »*, JCP N 2012, n°40, p. 1343 ; V. également à propos des garanties personnelles, M. BOURASSIN, *« L'efficacité des garanties personnelles »*, th. 2004, n° 6 à 27 et n° 58 et s., où l'auteur explique que le choix des parties est guidé par un objectif d'efficacité des garanties personnelles. Or, toujours selon l'auteur, cette efficacité doit satisfaire les attentes objectives et subjectives des bénéficiaires. Autrement dit, les critères du choix sont repartis entre les attentes objectives et les attentes subjectives des parties.

[546] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 35.

[547] Où en se réservant la propriété du bien jusqu'au complet paiement de la dette par le débiteur en ce qui concerne les propriétés-sûretés.

dans la mesure où la technique de cette dernière consiste en l'adjonction d'un patrimoine supplémentaire à celui du débiteur principal. Elle porte sur l'ensemble de l'actif du garant. Alors que la sûreté réelle vaut sur ce que vaut la chose qui en est l'objet, la sûreté personnelle vaut sur ce que vaut l'actif net du patrimoine du débiteur. Il y a là, l'expression de la subjectivité du choix des parties en ce qui concerne la technique des sûretés.

276. Simplicité, rapidité, souplesse tant dans la constitution que dans la réalisation sont traditionnellement les qualités qui justifient l'attractivité des sûretés personnelles. Il est ainsi fréquent que, pour garantir les relations commerciales les plus importantes, les parties optent pour les sûretés personnelles. Cette préférence va s'expliquer par la souplesse et la rapidité de leur constitution par rapport aux sûretés réelles qui, malgré leur efficacité, impliquent des formalités longues et onéreuses. Elle va s'expliquer également par le mode de réalisation qu'on juge *aisé*[548] car son droit de poursuite porte sur l'ensemble de l'actif net du garant.

277. Les critères du choix des parties sont *in fine* intimement liés au cas spécifique de leur relation contractuelle. La nature de la relation, sa durée, la situation des parties, le calcul des probabilités, les données statistiques…sont tant d'informations sur lesquelles les parties porteront attention, de sorte que leur décision ne peut se résumer simplement à un choix prédéterminé ou machinal[549]. Ces éléments doivent être mis en relation avec les conséquences psychologiques de l'engagement pour les parties. L'effet psychologique[550] joue un rôle fondamental dans l'opération. Il est difficile de contester que la simple constitution d'une hypothèque, figure principale des sûretés réelles, soit un moyen de pression pour le débiteur[551]. De même, le créancier ne peut se sentir *a priori* que dans une situation confortable et de supériorité certaine puisqu'il

---

[548] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 36.

[549] Même s'il est des cas où, notamment en matière de crédit à la consommation, lorsque les frais relatifs à la constitution de la sûreté dépasse le montant du crédit, les organismes de crédit font appel à des instruments de calcul de probabilité pour déterminer l'octroi ou le refus du prêt.

[550] Même si l'on convient naturellement qu'il peut être extrêmement difficile de mesurer un caractère psychologique, il n'en demeure pas moins que, lorsque l'on analyse l'expression d'une volonté contractuelle conjuguée à l'attente qu'on espère de cet engagement, l'impact psychologique doit être pris en compte.

[551] Dès la signature du contrat, le débiteur subit la pression du risque d'insolvabilité qui entrainerait la perte de son bien, surtout si l'hypothèque porte sur sa résidence principale. Nul doute que cet effet psychologique le poussera à déployer tous les moyens pour éviter sa propre défaillance.

bénéficie d'un privilège au regard des autres créanciers. À titre de comparaison, d'un point de vue psychologique, le cautionnement est presque « indolore » pour le débiteur car le risque n'est pas immédiat[552]. S'il est défaillant, la caution paiera à sa place. Bien évidemment, le créancier ne dispose pas de la même sécurité que dans l'hypothèse de la constitution d'une hypothèque.

Cela étant, on peut voir les choses autrement. En effet, les sûretés sont à mettre en relation avec le droit du crédit qui n'est autre que celui de la confiance[553]. Foncièrement leur objet est de placer le créancier dans une relation contractuelle de confiance avec l'assurance d'être payé. Alors, indépendamment des critères d'efficacité, dès lors que le garant offre cette confiance au créancier, ce dernier n'a aucune raison de se soustraire à la signature du contrat. Il peut, à raison, voir en la constitution et la mise en œuvre de l'hypothèque un mécanisme complexe, long, couteux, rigide et *in fine* décourageant. Et par contre, considérer le cautionnement comme plus simple et, *a priori,* moins formaliste autant dans la constitution que dans la mise en œuvre.

Le choix de la garantie qui remplit les critères d'efficacité attendus par les parties appartient avant tout au législateur[554]. Or, ce dernier ne raisonne pas exclusivement en terme d'efficacité des mécanismes des sûretés, mais entretien plutôt le dessein d'un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté. Les avantages et les inconvénients des sûretés sont dès lors à relativiser. Cette relativité permet aux parties d'exercer pleinement leur liberté de choix à partir d'éléments intrinsèques à leur relation contractuelle, ce qui témoigne clairement de la subjectivité de leur choix.

---

[552] Le même raisonnement étant applicable à la caution.

[553] Les auteurs L. AYNÈS et P. CROCQ soulignent la racine commune des termes « créancier », « crédit », « confiance », issues étymologiquement du latin « *credere* », qui signifie « croire », « avoir confiance ». V. L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n° 1.

[554] F. PEROCHON, « *Le choix des garanties efficaces* », Bull. Joly Ent. Diff., 2012, n° 05, p. 321, n°2.

§2. LES TEMPÉRAMENTS AU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE CHOIX

278. Les tempéraments au principe de la liberté de choisir parmi les sûretés ne peuvent résulter que de la volonté des parties ou de celle du législateur. Ceux résultant de la volonté des parties ne sont que l'expression de leur volonté dans l'engagement et n'attirent point notre attention. Cependant, ceux qui résultent de la volonté du législateur méritent un examen particulier quant à leur portée dans le choix des parties lors de la formation de la garantie.

À ce stade, il ne s'agit pas de répertorier toutes les hypothèses où la liberté de choix des parties est entravée par loi[555]. Il est simplement, ici, question de se focaliser sur les situations où le choix des parties est encadré par des interventions législatives destinées à tempérer, voire « moduler » la force de l'expression de la volonté des parties. C'est ainsi que le législateur, soucieux de la protection du garant, va subordonner la formation d'une garantie à l'exigence de proportionnalité de l'article L. 650-1 du Code de commerce, lors du choix des parties (**A**). De même, le législateur intervient de manière ponctuelle pour restreindre la liberté de choix des parties mais cette fois-ci, seulement concernant certaines situations spécifiques (**B**).

A. UN TEMPÉRAMENT DE PORTÉE GÉNÉRALE : L'EXIGENCE DE PROPORTIONNALITÉ DE L'ARTICLE L. 650-1 DU CODE DE COMMERCE

279. Initialement ancré dans le droit de la consommation pour protéger les cautions, le principe de proportionnalité s'est étendu aux sûretés personnelles, établissant une exigence générale. D'une portée bien plus large, il englobe tous les mécanismes de garantie et s'applique à tous les créanciers sans exception, et intervient au moment de la constitution de la garantie, notamment lors de procédures collectives. Son avènement traduit la volonté du législateur de consacrer l'équilibre contractuel dans le domaine des sûretés. Cela se manifeste par le pouvoir conféré au juge, à travers

[555] Dans le sens où certaines sûretés sont imposées à la volonté des parties. Dans d'autres hypothèques il leur est tout simplement interdit de constituer une sûreté sur certains biens. V. *infra.*

l'article L. 650-1 du Code de commerce, d'exercer un contrôle sur les choix des parties lors de la conclusion de contrats de sûreté. Cette mesure vise à prévenir les excès de sûreté, restreignant la liberté des créanciers de fournir des garanties excessives dès la constitution de la garantie. La nécessité de prouver la faute du créancier souligne l'intention du législateur de responsabiliser les parties, inscrivant ainsi cette exigence de proportionnalité dans une logique dissuasive plutôt qu'une interdiction stricte.

280. Ainsi, l'analyse de la portée de l'article L. 650-1 du Code de commerce (**1**) révèle une politique de contrôle dissuasive (**2**).

1. La portée de l'article L. 650-1 du Code de commerce

281. En droit des contrats, l'exigence de proportionnalité est un principe[556] qui, depuis la fin du XIXe siècle n'a cessé de se développer au fil des décennies et occupe aujourd'hui une place essentielle au sein de la matière[557]. La proportionnalité était restée longtemps absente du vocabulaire juridique[558] mais a fait une soudaine apparition en droit des contrats sous l'influence du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine. L'interdépendance entre le droit des contrats et le droit des sûretés a eu raison de son extension dans cette dernière branche du droit.

282. Sous l'influence du droit de la consommation soucieux de la protection des consommateurs, la loi du 31 décembre 1989[559] a été la première à poser le principe de proportionnalité en droit des sûretés pour certains cautionnements souscrits par les consommateurs[560]. Puis, le législateur a, par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour

---

[556] La doctrine majoritaire s'accorde à considérer la notion de proportionnalité comme un principe, V. en ce sens : Dossier : « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », LPA, 30 sept. 1998, V. D. LEGEAIS, « *Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie* », LPA, 30 sept. 1998, n° 117, p. 38 ; S. PESENTI, « *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés* », LPA, 2004, p. 12, n°4 ; J. ETTER, S. GOBIN, « *Sûretés consenties en garantie d'un crédit et proportionnalité* », Rev.banc.fin., sept. 2015, n°5.

[557] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, op. cit., n° 247.

[558] Sur la définition de la proportionnalité, V. S. PESENTI, *op. cit.* n° 2.

[559] Loi NEIERTZ n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

[560] À l'origine, le texte prévoyait déjà un principe de proportionnalité qui empêchait les établissement de crédit ayant octroyé un crédit à la consommation ou un crédit immobilier, de se prévaloir du 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* » C. consom. art. L. 314-18 : « *Un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un contrat*

l'initiative économique (loi dite Dutreil), généralisé la règle et introduit l'article L. 332-1 du Code de la consommation[561] (anciennement l'article L. 341-4).

283. C'est donc sur le terrain des sûretés personnelles que le principe de proportionnalité a fait son apparition en droit des sûretés. Cette reconnaissance du principe s'explique sans doute par l'évidence de l'importance de son rôle en la matière par rapport aux sûretés réelles[562]. En effet, d'une part le risque pris par le garant est plus grand que celui de l'emprunteur qui octroie une sûreté réelle car l'étendue de la garantie peut être supérieure à son patrimoine ou ses ressources. D'autre part, l'application du principe de spécialité et de l'indivisibilité en matière de sûreté réelle implique que la valeur de la chose donnée pour sûreté[563] ne puisse excéder ce qui est dû par le débiteur[564].

284. Le législateur a encore élargi le champ d'application du principe en droit des sûretés en introduisant une exigence générale de proportionnalité prévue à l'article L. 650-1 du Code de commerce[565]. Initialement, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui a introduit dans le Code de commerce ce nouvel article L. 650-1 posait un principe de non-responsabilité des créanciers pour des crédits

---

de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres II ou III du présent titre, 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 » (anciennement C. consom. L. 313-10).

[561] C. consom. Art. L. 332-1 : *« 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 ».*

[562] Rajoutons, par ailleurs, que l'influence du principe de proportionnalité n'est significative qu'à l'égard des sûretés conventionnelles dans la mesure où il s'oppose à un autre principe qui est celui de la liberté contractuelle. Cela, contrairement aux sûretés légales (qui résultent de la seule initiative du créancier) et judiciaires (qui résultent d'une autorisation du juge) où le contrôle judiciaire s'impose naturellement.

[563] Le droit de gage du créancier muni d'une sûreté réelle ne porte que sur la valeur du bien ou de l'ensemble des biens grevés.

[564] Ce qui nous conduira naturellement à analyser l'exigence de proportionnalité, essentiellement, au prisme des sûretés personnelles.

[565] C. com. Art. L. 650-1 : *« Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.*
Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge », légèrement modifié par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 (art. 129).

octroyés avant ou après l'ouverture d'une procédure collective[566]. Mais le texte, dont le projet de loi date du 26 janvier 2004, ne prévoyait que seulement deux exceptions (la faute et le comportement manifestement abusif) et a largement été amendé à l'occasion des débats parlementaires[567] si bien qu'il comporte trois exceptions : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et le défaut d'adéquation entre les sûretés et la créance garantie.

285. L'article L. 650-1 du Code de commerce qui consacre l'exigence de proportionnalité lui confère une portée générale en droit des sûretés pour trois raisons. D'abord, contrairement à l'exigence de proportionnalité consacrée par le Code de la consommation, qui vise uniquement le cautionnement, le principe de proportionnalité du Code de commerce, de par sa rédaction particulièrement large concerne tous les mécanismes de garantie, que celle-ci soit accessoire, autonome ou encore à caractère indemnitaire, qu'elle émane d'une personne morale ou d'une personne physique, profane ou avertie, qu'elle ait été consentie par acte sous seing privé ou par acte authentique[568]. Ensuite, tous les créanciers sans exception sont visés par le texte de l'article L. 650-1 du Code de commerce. Les établissements de crédits sont, certes, les cibles privilégiées des actions en responsabilité du fait des concours consentis à une entreprise en difficulté ; néanmoins le texte s'applique à l'ensemble des créanciers[569], qu'ils soient fournisseurs, une société du même groupe (dans le cas des crédits inter-entreprises) ou bien de l'État lorsqu'il accorde des aides aux entreprises en difficulté[570]. Enfin, l'exigence de proportionnalité s'apprécie au moment de la constitution de la garantie et, n'est visé par le texte, que le débiteur faisant l'objet d'une procédure collective[571].

---

[566] La volonté du législateur était ici d'inciter les créanciers, principalement les établissements de crédit, à soutenir financièrement les entreprises en difficulté. Le texte ne concerne que les concours consentis à une entreprise en difficulté.

[567] D. ROBINE, « *L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?* » D 2006, p. 69, n° 21.

[568] Qu'il s'agisse des sûretés personnelles ou des sûretés réelles, toutes sont concernées.

[569] Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993, JurisData n° 2012-023578.

[570] V. M. JEANTIN, P. LE CANNU, « *Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté* », Dalloz, 6e éd., 2003, spéc, n° 520 s.

[571] Une entreprise en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. V. en ce sens, pour la liquidation judiciaire : Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-21.871, JurisData n° 2013-019741 ; Un raisonnement téléologique nous conduit à considérer que l'article L. 650-1 du Code de commerce pourrait s'appliquer à la procédure de sauvegarde accélérée et de sauvegarde financière accélérée.

286. Le texte de l'article L. 650-1 du Code de commerce invite les parties à mettre en rapport la garantie et les concours consentis et par conséquent, à rechercher si le créancier n'est pas en train de se couvrir de manière excessive. Son étude dans les sûretés personnelles et, *a fortiori*, dans l'ensemble du droit des sûretés implique une analyse plus détaillée du fonctionnement du mécanisme dont nous nous abstiendrons à ce stade. En effet, notre étude porte ici une attention particulière à l'influence de ce principe, dont l'appréciation est fixée au moment de la souscription de la garantie, sur la liberté de choix des parties. De fait, cette exigence vient remettre en question la loi contractuelle des parties et nous amène à y voir une stratégie dissuasive du législateur plus qu'une stricte interdiction.

2. La révélation d'une politique de contrôle dissuasive

287. L'avènement du principe de proportionnalité laisse apparaître la volonté du législateur de consacrer l'équilibre contractuel en droit des sûretés. Le développement du principe obéi également à une tendance générale de *judiciarisation*[572] du droit privé dont la conséquence principale en droit des sûretés serait de permettre au juge d'exercer un contrôle *a posteriori* de l'opportunité du choix d'une garantie dans tous ses aspects, eu égard à une situation donnée.

288. Le législateur, par le moyen de l'article L. 650-1 du Code de commerce confère au juge le pouvoir d'exercer un contrôle sur la décision des parties de conclure un contrat de sûreté. L'esprit de cette mesure grave qui, *in fine*, permet au juge d'évaluer l'opportunité de la constitution d'une sûreté et le risque pris par le créancier, est sans doute la volonté du législateur de lutter contre l'excès de sûreté. Autrement dit, quand bien même les parties auraient la liberté de choisir la sûreté qu'elles souhaitent, ce choix ne doit pas créer une confiscation de la liberté de gestion du constituant ou une situation de dépendance vis-à-vis du créancier. L'exigence de proportionnalité instaure dès lors une restriction à la liberté du choix des parties au stade de la formation de la garantie.

289. Cette restriction est plus exactement l'affaire du créancier sur lequel le législateur fait peser la charge de l'opportunité d'apporter un concours assorti de la

[572] L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.* n°18.

constitution d'une garantie susceptible d'aggraver la situation du débiteur déjà en état d'infériorité[573]. Si cela s'avère être le cas, le comportement du créancier est, dès la constitution de la garantie, fautive[574]. Ce comportement fautif venant s'ajouter au caractère disproportionné des garanties prises en contrepartie du concours.

290. La nécessité de prouver la faute du créancier peut certes être analysée comme une limite portée aux exceptions de l'article L. 650[575], mais on peut y voir également une manière pour le législateur d'endiguer la liberté du créancier à consentir au débiteur un concours *ruineux,* pourvu que ce dernier lui fournisse toutes les garanties qu'il souhaite. Toutefois, l'exigence du comportement fautif du créancier reste essentielle dans la mesure où le texte se contente de l'existence d'une disproportion simple, sans exiger que celle-ci soit manifeste ou caractérisée[576] ; sans doute parce que l'appréciation du caractère fautif du créancier et de la disproportion des garanties par rapport aux concours consentis ne posent pas de difficulté étant donné que le concours visé doit avoir été consenti à une entreprise en difficultés[577].

291. Cela étant, il n'est pas aisé en pratique de constituer une garantie parfaitement proportionnée au concours consenti. Il est même fréquent que la garantie soit d'un montant supérieur à la créance[578] compte tenu des différents coûts inhérents notamment à la mise en œuvre. Le cumul des garanties qui procède de la liberté de choix des parties est naturellement le terrain d'élection de l'article L. 650-1 du Code

---

[573] Mais c'est bien sur la caution que pèsera la charge d'établir cette éventuelle disproportion.

[574] Sur la nécessité de prouver la faute du créancier, V. en ce sens : Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, où la chambre commerciale a décidé que la responsabilité du créancier ne pouvait être retenue *« que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs »* : V. JCP E 2012, 1274, note D. LEGEAIS ; V. également, Cass. com., 11 déc. 2012, n° 11-25.795 : V. JCP E 2013. 1282, obs. J. STOUFFLET ; V. plus récemment, Cass. com., 4 Mai 2017, n° 15-18.259 : où la cour a écarté le contrôle même de la disproportion (selon la lettre de l'article L. 650-1) dès lors que la faute du créancier avait été écartée : *« qu'ayant écarté toute faute dans l'octroi par la Caisse du prêt litigieux, la cour d'appel n'était pas tenue de procéder à une appréciation d'ensemble du caractère disproportionné des garanties qui l'assortissaient »*.

[575] Notamment parce que la faute du créancier ne peut être retenue, en application de l'article L.650-1 du Code de commerce, qu'en ce qui concerne l'octroi des concours et non leur retrait : V. en ce sens, Cass. com., 23 sept. 2020, n° 18-23.221, JurisData n° 2020-014741 ; D. 2020, Actu., p. 1886 ; JCP E 2020 et Cass. com., 23 sept. 2020, n° 19-12.542, JurisData n° 2020-014757 ; JCP E 2020.

[576] Comp. par ex., C. consom., art. L. 332-1, (anciennement art. L. 341-4), qui exige un cautionnement « *manifestement disproportionné* ».

[577] L'article L. 650-1 du Code de commerce ne s'applique donc pas à un crédit octroyé à un moment où l'entreprise était en parfaite santé financière et les tiers seront fondés à rechercher, le cas échéant, sa responsabilité sur le fondement du droit commun.

[578] Par ex. pour le cautionnement, C. civ., art. 2290 al. 3 : « *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* ».

commerce. Comme nous l'avons vu, il résulte du principe fondamental de la liberté contractuelle. Le créancier, par crainte de l'inefficacité ou de l'insuffisance de la garantie souscrite ou encore tout simplement de manière discrétionnaire motivée par la quête d'un confort psychologique dans l'opération, peut obtenir de son débiteur une pluralité de garanties qui vont donc produire l'effet d'un cumul. Or, ce cumul peut très rapidement conduire à un excès de sûretés. D'où l'intervention du juge qui, dans cette hypothèse, nous semble-t-il, est plus enclin à exercer un contrôle.

292. Nous l'avons vu, la liberté du cumul demeure le principe et ne trouve sa limite qu'en l'intervention du législateur, soit de manière directe et explicite[579], soit à travers le juge. Dans ce dernier cas donc, le juge appréciera le comportement du créancier lors de l'octroi du concours et exercera un contrôle de proportionnalité entre les garanties et le concours. La disproportion n'étant pas subordonnée au simple constat d'un cumul, d'une pluralité de garanties, il convient de s'interroger sur le seuil à partir duquel le cumul peut être considéré par le juge comme disproportionné.

293. Dans un arrêt important du 13 janvier 2015[580], la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la question. En l'espèce, une banque ayant consenti un prêt d'un montant de 80 000€ à une société, avait obtenu de cette dernière un nantissement sur le fonds de commerce et les cautionnements solidaires de la gérante et de son mari sur un montant plafonné à la somme de 98 435€. Par la suite, la société débitrice ayant été mise en redressement judiciaire, la banque a assigné les cautions en exécution de leur engagement. La Cour d'appel avait écarté le principe d'irresponsabilité du créancier au motif que « *le nantissement sur le fonds de commerce et les cautionnements qui avaient vocation à se cumuler étaient manifestement disproportionnées avec le montant du prêt consenti* » et que « *le cumul des garanties conduisait incontestablement à protéger excessivement* » le créancier. La Chambre commerciale a

[579] Il s'agit d'interventions ponctuelles du législateur pour interdire explicitement le cumul entre certaines sûretés. Par ex. l'art. 22 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 (tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986) interdit au bailleur, sauf exception (qui ne concernent que les étudiants et les apprentis), de cumuler le cautionnement à une autre garantie couvrant les obligations locatives.

[580] Cass. com., 13 janv. 2015, n° 13-25.360, JurisData n° 2015-000277 ; RD bancaire et fin. 2015, comm. 80, obs. D. LEGEAIS ; Dr. et patrimoine sept. 2015, p. 78, obs. A. PRÜM et J.-P. MATTOUT ; Dr. et patrimoine oct. 2015, p. 89, obs P. DUPICHOT ; RPC mai-juin 2015, p. 53, obs. A. MARTIN-SERF ; Gaz. Pal. 19 mars 2015, p. 15, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND.

censuré l'arrêt : « *en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir en quoi le cumul de deux cautionnements et d'un nantissement était disproportionné aux concours consentis, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

294. La solution retenue par la Cour de cassation met en évidence deux critères essentiels dans l'appréciation de la disproportion de l'article L. 650-1 du Code de commerce. D'une part, l'existence d'une pluralité de garanties en contrepartie des concours octroyés ne constitue pas nécessairement une disproportion. D'autre part, la simple affirmation du caractère excessif de la garantie ou des garanties ne suffit pas à établir la disproportion. La position de la Cour de cassation semble être justifiée puisque le cumul des garanties est un montage couramment pratiqué par les organismes de crédit qui en font un usage[581]. Cela signifie que l'appréciation de la disproportion doit nécessairement se faire au cas par cas. De toute évidence, la nature de la sûreté, le montant, la bonne foi des parties ou encore le coût de la réalisation seront des critères déterminants dans l'appréciation. Sans doute, la censure de la Cour de cassation est motivée également par la situation financière difficile de l'entreprise au moment où les différentes garanties ont été mises en œuvre, de sorte que le cumul était nécessaire pour assurer au créancier une protection satisfaisante.

295. L'article L. 650-1 du Code de commerce pose un principe de non-responsabilité du créancier assorti des trois exceptions dont l'exigence de proportionnalité entre les garanties constituées et les concours octroyés. Cette exigence de proportionnalité s'impose aux parties, mais essentiellement au créancier qui, par son comportement fautif, peut voir sa responsabilité engagée et ses garanties annulées ou réduites. On peut considérer que si la sanction envisagée de la disproportion conduit à la nullité des garanties concédées, on pourrait en conclure que la proportionnalité est une condition de validité du contrat. Ce qui, par conséquent, porterait directement atteinte à la volonté des parties. Mais l'alinéa 2 de l'article L.650-1 dudit Code est plus subtil que cela puisque l'idée même d'une sanction, outre la reconnaissance de la

[581] Cass. 1re civ., 4 juill. 1995, n° 93-16.822, où la Cour de cassation, pour retenir la responsabilité du banquier, a validé le raisonnement des juges du fond qui faisaient référence à un « *usage reconnu et pratiqué par tout le système bancaire, en matière de prêt aux particuliers, selon lequel l'endettement ne doit pas dépasser le tiers des ressources de l'emprunteur* ».

responsabilité du créancier, est facultative pour le juge[582]. La nullité des garanties n'est pas systématique[583], son opportunité est appréciée selon le cas de l'espèce par le juge qui, au lieu d'anéantir totalement la garantie, peut décider de seulement réduire son montant.

296. Même si l'esprit du texte va, *in fine,* à contre-courant du principe de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat puisque limitant la volonté des parties, selon nous, l'intention du législateur de responsabiliser les parties dans leurs choix prévaut. Cela correspond davantage à une stratégie de dissuasion que d'interdiction.

Au-delà de l'article L.650-1 du Code de commerce, le législateur intervient pour limiter de manière particulière et spéciale la liberté de choix des parties.

B. DES TEMPÉRAMENTS LÉGISLATIFS SPÉCIAUX

297. Le principe de la liberté de choix est tempéré par de nombreuses restrictions légales. Chaque tempérament, qu'il s'agisse de l'exigence de proportionnalité dans le cautionnement, de l'interdiction du cumul entre certaines sûretés, de la prohibition de la garantie autonome dans certains contrats, ou de la subsidiarité de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier, répond à des enjeux particuliers. Malgré leur diversité, ces mécanismes partagent un objectif fondamental : la protection des parties impliquées dans les transactions juridiques liées aux sûretés.

Ainsi, nous aborderons successivement l'exigence de proportionnalité spécifique au cautionnement (**1**), l'interdiction du cumul entre certaines sûretés (**2**), la prohibition de la garantie autonome dans certains contrats (**3**) et enfin, la subsidiarité de l'article L.

---

[582] Initialement, le texte de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises n'envisageait que l'hypothèse de la nullité et était ainsi rédigée : « *Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles* ». Cette sanction jugée radicale et excessive a, par la suite, été modifiée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 qui prévoit désormais que les garanties « *peuvent être annulées ou réduites par le juge* ». Cette évolution reflète la volonté du législateur de simplement dissuader les parties à souscrire à des engagements excessifs.

[583] En cas de disproportion, l'alinéa 2 de l'article L.650 du Code de commerce constitue une seconde sanction. En effet, en engageant sa responsabilité pour soutien abusif, le créancier est déjà sanctionné par la réparation du préjudice causé du fait de l'aggravation du passif de l'entreprise résultant de sa faute : V. Cass. com., 11 mai 2010, n° 09-12.906, n° 09-13.347. La sanction de l'alinéa 2 de l'article L.650-1 est facultative.

313-21 du Code monétaire et financier (**4**).

1. L'exigence de proportionnalité spécifique au cautionnement

298. C'est dans le domaine du cautionnement que l'exigence de proportionnalité fait son apparition pour la première fois en droit des sûretés[584]. Y occupant une place essentielle, jusqu'à la réforme du 15 septembre 2021, nombreuses étaient les dispositions qui protégeaient la caution contre la souscription d'un engagement disproportionné. Le Code civil[585], le Code de la consommation et le juge à travers le droit commun de la formation des contrats imposent au créancier de *minimiser* l'engagement de la caution, c'est-à-dire le proportionner avec les biens et revenus de la caution[586]. Cette méthode d'appréciation de la proportionnalité est commune à tous ces mécanismes de protection dont le but est donc de lutter contre le surendettement. Seuls les moyens d'y arriver diffèrent. Leur application, à l'instar de l'exigence de proportionnalité générale aux sûretés émanant du Code de commerce, constituent un frein à la liberté de choisir des parties et les conduit à ne pas raisonner du point de vue de leurs intérêts strictement personnels.

299. L'ordonnance de réforme du droit des sûretés en date du 15 septembre 2021 a été l'occasion d'unifier, en partie, le régime de la disproportion de l'engagement de la caution. Le nouvel article 2300 du Code civil régit désormais la sanction du cautionnement manifestement disproportionné lors de sa constitution. Les

---

584 V. en ce sens, Y. PICOD, « *Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe* », *in Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004 ; P. CROCQ, « *Sûretés et proportionnalité* », *in Étude offertes au Doyen Ph. SIMLER*, LexisNexis-Litec-Dalloz, 2006.

585 Avant la réforme de 2021, on pouvait déduire des dispositions du Code civil l'exigence de proportionnalité. Ces dispositions s'appliquaient à toutes les cautions. Elles se trouvaient être fort utiles pour les cautions ne bénéficiant pas des dispositifs du Code de la consommation, notamment les cautions personnes morales. Plusieurs articles du Code civil consacraient implicitement l'exigence de proportionnalité : D'abord, l'ancien article 2290, du Code civil prévoyait, en raison du caractère accessoire du cautionnement, une proportion dans les engagements des parties et imposait, le cas échéant, la réduction du cautionnement à la hauteur de l'obligation principale. De même, l'ancien article 2295 du Code civil imposait au débiteur souhaitant être cautionné de présenter une caution « *qui ait la capacité de contracter et qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation* ». Le second critère renvoyait implicitement à la proportion de l'engagement de la caution par rapport à ses biens. Et plus spécialement, concernant la caution personne physique, on mentionnera l'ancien article 2301, alinéa 2 du Code civil qui affirmait qu'« *en toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'article L. 331-2 du Code de la consommation* ».

586 Contrairement au texte de l'article L. 650-1 du Code de commerce qui apprécie la disproportion au regard de l'existence d'un équilibre entre la garantie et les concours consentis.

dispositions spéciales issues du Code de la consommation sont désormais abrogées. Il convient cependant, au préalable de retracer l'évolution du droit français sur la question avant de porter un jugement sur la consécration du nouveau texte.

300. La proportionnalité du Code de la consommation prévoyait deux dispositifs : un dispositif de portée plus spécifique dans le cautionnement et un dispositif de portée plus général. Le dispositif spécifique du Code de la consommation est issu, comme mentionné précédemment, de la loi NEIERTZ n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. Selon l'ancien article L. 314-18 du Code de la consommation : « *Un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres II ou III du présent titre, 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* »[587]. Cette disposition prive le créancier qui obtiendrait de son débiteur un cautionnement d'une personne physique manifestement disproportionné aux biens et revenus de cette dernière. Le texte est assez restrictif car il ne vise pas tous les créanciers mais uniquement les établissements de crédit[588] et ne porte que sur les opérations de crédit à la consommation et de crédit immobilier des particuliers. N'étant pas une condition de validité du contrat de cautionnement, la disproportion était sanctionnée non pas par la nullité[589], mais par la déchéance[590]. Par une telle sanction, le législateur privait purement et simplement le créancier de son droit de réclamer le paiement à la caution. Cet acte[591] qui a pourtant fait l'objet de discussions, de négociations et auquel toutes les parties y ont adhéré librement se

[587] Anciennement C. consom. art. L. 313-10.
[588] Ou du moins qui exercent de manière professionnelle une activité de financement.
[589] Civ. 1re , 22 oct. 1996, *Bull. civ.,* I, n°362. En effet, quand bien même la disproportion serait appréciée au moment de la conclusion du contrat, le texte tient compte de la santé financière de la caution au moment de l'appel de la garantie. Par conséquent, si la caution est en capacité d'honorer ses engagements, le texte ne peut être invoqué par cette dernière. Par suite, la disproportion doit être constatée au jour de l'engagement et au jour des poursuites.
[590] D. LEGEAIS, *Dr. Banc. et fin.* 2000, comm. 150.
[591] Le texte ne donnant pas de précision quant à la forme de l'acte, il concerne tout aussi bien l'acte sous-seing privé que l'acte authentique.

retrouvait dépourvu d'effets de droit au motif de l'existence d'une disproportion entre l'engagement de la caution et ses biens et revenus. Il s'agissait concrètement d'une limitation législative de la liberté de choix des parties qui intervenait certes *a posteriori*, mais qui n'en demeurait pas moins restrictive.

301. Fidèle à cette ligne de conduite, le législateur est allé plus loin en introduisant dans le Code de la consommation l'article L. 332-1[592], issu de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique (loi dite DUTREIL). Selon l'ancien texte, *« 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 »*. Par rapport au dispositif plus spécial, l'article reprenait l'ensemble des règles relatives à la sanction et au moment de l'appréciation de la disproportion. Cependant, il élargissait celles relatives au créancier : tous les créanciers professionnels sont visés par le texte et pas uniquement les établissements financiers ; et celles relatives à la nature de l'opération : désormais, toutes les opérations sont concernées.

302. Naturellement, nous en tirons les mêmes conclusions, s'agissant de l'ancien article L. 332-1 du Code de la consommation, que celles résultant de l'exigence de proportionnalité plus spéciale de l'ancien article L. 314-18 dudit Code, à une différence près mais non moins importante : l'article L. 332-1 étant par définition plus général (en ce qui concerne notamment le statut du créancier et de la nature de l'opération), la force de la loi contractuelle se trouvait être davantage fragilisée.

303. L'article 2300 nouveau du Code civil[593] issu de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 unifie le régime de la sanction de l'exigence de proportionnalité au sein du Code civil[594]. Il est intéressant de noter que l'introduction du principe d'exigence de proportionnalité dans le droit du cautionnement dans le Code civil n'a pas fait l'objet d'une quelconque modification par le législateur. Mieux, il n'a pas jugé

---

[592] Anciennement C. consom. Art. L. 341-4.

[593] Art. 2300 C. civ. : *« Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date. »*

[594] Le nouvel article 2300 du Code civil est applicable aux cautionnements souscrits à compter du 1er janvier 2022. Le droit antérieur reste en vigueur pour les cautionnements antérieurs à cette date.

utile de redéfinir le principe, pas plus que son champ d'application. Il s'agit de la preuve qu'il s'agit désormais d'un principe suffisamment encré dans le droit des sûretés. Par contre, s'agissant des conséquences de la disproportion de l'engagement de la caution, le législateur a pris ses distances avec les solutions du droit antérieur.

304. En premier lieu, sur le terrain de la sanction, le Code civil abandonne la déchéance prévue par le droit antérieur au profit d'une réduction à juste proportion. En effet, la sanction des anciennes dispositions, aujourd'hui abrogées, conduisaient à priver le cautionnement de tout effet. Une telle sanction pouvait être source d'injustice. Ainsi, on pouvait imaginer sans difficulté qu'une caution ayant un patrimoine substantiel s'engage en connaissance de cause pour une somme largement supérieure à son patrimoine. Dans une telle hypothèse, l'application de l'ancien régime de la sanction de la disproportion conduisait à libérer totalement la caution de son engagement manifestement disproportionné tout en lui permettant de conserver sa fortune[595]. Dorénavant, la sanction de la disproportion de la caution n'est plus l'inefficacité pure et simple, mais la réduction de l'engagement à hauteur du montant pour lequel la caution pouvait s'engager.

305. En second lieu, le Code civil n'a pas repris le mécanisme du retour à une meilleure fortune qui existait sous l'ancien droit aux articles L. 314-18 et L. 332-1 du Code de la consommation. En effet, nonobstant l'existence d'une disproportion manifeste de l'engagement de la caution au moment de sa souscription, ce dernier en demeurait tenu s'il s'avérait qu'au moment des poursuites, ses biens et revenus lui permettaient d'honorer ses engagements. La consécration du nouvel article 2300 du Code civil permet désormais d'apprécier de manière effective la disproportion dès le stade de la constitution du cautionnement[596]. En supprimant, de manière inattendue[597], le mécanisme dit du retour à meilleure fortune, quelles qu'en soient les

---

[595] Il faut cependant reconnaître que, hormis ces hypothèses spécifiques, lorsque l'engagement était souscrit par des cautions ayant des revenus modestes, la déchéance était tout à fait appropriée.

[596] V. Ph. SIMLER, *« Synthèse - Cautionnement. Caractères généraux et conditions d'efficacité »*, *Jcl.* 1er juin 2022, n° 46 et s.

[597] En effet, cette clause du retour à meilleure fortune figurait dans le projet d'ordonnance, cet alinéa du texte était encore présent : V. en ce sens l'article 2299 de l'avant-projet de réforme qui dispose : *« Si le cautionnement souscrit par une personne physique était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager. Toutefois, la caution demeure tenue de la totalité de son engagement lorsqu'elle est en mesure d'y faire face au moment où elle est appelée »*. C'est donc dans la version finale du texte que la clause a disparu.

capacités financières de la caution au moment des poursuites, la disproportion sera constatée et le montant de l'engagement sera réduit.

306. Au-delà, nous l'avons dit tantôt, le législateur n'a pas souhaité apporter de modification au champ d'application de l'exigence de proportionnalité. À ce titre, la jurisprudence a joué un rôle essentiel dans l'essor du principe. En effet, la proportionnalité d'origine jurisprudentielle a contribué à la définition des contours du champ d'application de l'exigence de proportionnalité en ayant recours au droit commun et tout en s'inspirant des textes du Code de la consommation. C'est ainsi que la Cour de cassation a annulé des cautionnements pour erreur en raison de la disproportion de l'engagement du garant[598]. Elle a également sanctionné sous le fondement du dol le créancier qui trompe la caution sur le montant de la dette principale ou sur la solvabilité du débiteur[599]. De même, elle a opéré des évolutions majeures quant au champ d'application de la proportionnalité en passant d'une conception large de cette exigence[600] à une conception plus restrictive[601].

307. Plus récemment, la Cour de cassation est intervenue pour élargir le champ d'application de l'ancien article L. 332-1 du Code de la consommation à propos de la caution. Plus exactement, l'arrêt de la première chambre civile en date du 26 septembre 2018[602], soulève un nouveau débat puisqu'il ne s'agit pas du créancier professionnel, mais précisément d'une autre entité qui est le cofidéjusseur. Les faits de cette jurisprudence étaient assez simples. Face à un engagement principal, plusieurs cautions étaient engagées. L'une des cautions était une personne morale, les autres étant des personnes physiques. Mais chose intéressante, le créancier avait été désintéressé par la personne morale. Cette dernière, la caution *solvens*, a par la suite exercé un recours récursoire (le recours entre cofidéjusseurs) en remboursement contre les autres cautions, personnes physiques. C'est ainsi qu'au moment de l'exercice de ce recours, les autres cautions personnes physiques vont, pour se défendre, invoquer l'article L. 332-1 du Code de consommation pour être déchargées de leur engagement.

---

[598] Cass. 1re civ., 4 juill. 1979 : D. 1979, inf. rap, p. 536.
[599] Cass. 1re civ., 21 janv. 1981, n° 79-15.443 : JurisData, n° 1981-700196 ; Cass. 1re civ., 10 mai 1989, n° 87-14.294 : JurisData, n° 1989-001467.
[600] Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Macron : Bull. civ.* IV, n° 188, p. 165.
[601] Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Nahoum : Bull. civ.,* IV, n° 136, p. 152.
[602] Cass. com., 1re ch. Civ, 26 Sept. 2018, n° 17-17.903.

La question qui se posait était assez simple : L'article L.332-1 du Code de consommation peut-t-il être invoqué comme moyen de défense par une caution pour obtenir une décharge de son engagement dans le cadre du recours récursoire intenté par la caution *solvens*.

308. Dans une jurisprudence de la chambre mixte en 2015[603], la Cour de cassation était déjà intervenue pour expliquer que la caution poursuivie en paiement pouvait opposer comme moyen de défense la disproportion manifeste de son engagement dans le cadre du recours intenté par son cofidéjusseur. Mais à la différence de l'arrêt du 26 septembre 2018, le recours exercé par la caution *solvens* était un recours subrogatoire. La solution donnée par la chambre mixte était dès lors cohérente puisque la caution *solvens* qui agit dans le cadre du recours entre cofidéjusseurs prend la place du créancier. L'élargissement du champ d'application de l'exigence de proportionnalité au recours subrogatoire ne posait donc pas de difficulté. Mais dans l'arrêt du 26 septembre 2018, la Cour de cassation va plus loin. Il s'agissait très clairement d'un recours personnel exercé par la caution *solvens* contre les cofidéjusseurs. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour de cassation d'affirmer que la caution personne physique, dans le cadre même d'un recours personnel exercé par une caution *solvens,* peut opposer l'article L. 332-1 du Code de la consommation pour se décharger d'un engagement manifestement disproportionné.

309. On en déduit que l'article L. 332-1 du Code de la consommation, dorénavant intégré au sein du Code civil à l'article 2300, profite à la caution personne physique, peu important qui agit contre elle, qu'il s'agisse du créancier, d'un cofidéjusseur dans le cadre d'un recours subrogatoire ou d'un cofidéjusseur dans le cadre d'un recours personnel. Les apports du nouveau dispositif ne doivent toutefois pas nous détourner des problématiques que le législateur a passées sous silence. Ainsi, peut-on s'interroger sur l'application de l'exigence de proportionnalité à toutes les sûretés et en particulier aux autres sûretés personnelles, terrain plus favorable à la disproportion par rapport aux sûretés réelles pour les raisons que nous avons déjà évoquées. Le moins que l'on puisse dire est qu'il serait incongru d'analyser de manière identique, en les mettant sur le même plan, les engagements d'un garant autonome et ceux d'une

[603] Cass. Ch. Mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13.709.

caution ou encore d'un cofidéjusseur. Cette altérité quant à la nature de ces garanties personnelles implique un traitement naturellement différent. Il s'agit, ici, d'une première explication au silence du législateur concernant les autres sûretés personnelles. Une seconde explication en est également la possibilité pour les parties d'invoquer de manière autonome le principe de proportionnalité sur le fondement du droit commun de la responsabilité, de la même manière qu'ont été rendus les arrêts *Macron et Nahoum*[604]. En effet, l'exigence légale de la proportionnalité n'empêche pas la caution de se placer sur le terrain du droit commun. Naturellement, il en sera de même pour les autres sûretés. Si l'on peut expliquer l'absence d'une intervention législative sur la question, elle aurait cependant été bienvenue, ne serait-ce que pour clarifier le régime du principe dans ces sûretés.

310. Finalement, la sanction nouvellement consacrée par le législateur fait entièrement basculer l'appréciation de la disproportion du cautionnement au stade de sa formation alors que sous l'empire du droit antérieur elle était abordée sous l'angle de l'extinction.

De toute évidence, la protection de la caution personne physique, contre les engagements jugés excessifs prime sur la force obligatoire du contrat. Cela a pour conséquence principale, *in fine*, de substituer la volonté des parties[605] à celle du législateur et du juge soucieux du risque de surendettement de la caution auréolé du sceau du protectionnisme contractuel.

2. La prohibition du cumul entre certaines sûretés

311. Le cumul des sûretés résulte du principe de la liberté contractuelle et permet au créancier, soucieux de l'efficacité de sa garantie, de multiplier ses chances d'être désintéressé. Pour autant, il ne dispose pas d'une totale liberté dans le cumul des garanties. Il est des cas spécifiques où le législateur intervient afin d'interdire le cumul entre certaines garanties. Pour illustrer ce cas de figure, nous aborderons l'interdiction

---

[604] V. S. PIEDELIÈVRE, *« Le cautionnement excessif », Defrénois,* 1998, p. 849 et s. : *« cette solution a donc vocation à s'appliquer semble-t-il à l'ensemble des sûretés personnelles » ;* V. également, P. CROCQ, obs. sous Cass. com., 17 juin 1997, *RTD civ.* 1998, p. 157 et s., spéc. p. 160.

[605] Essentiellement le créancier contre lequel le texte est invoqué.

du cumul entre les garanties couvrant les obligations locatives et le cautionnement à l'occasion de la souscription d'un bail d'habitation.

312. C'est la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion qui a introduit dans le droit positif l'interdiction de ce cumul. Le texte a, en effet, modifié l'alinéa 1er de l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, précitée, en indiquant que : « *Le cautionnement ne peut pas être demandé par un bailleur qui a souscrit une assurance garantissant les obligations locatives du locataire* ». Autrement dit, la loi du 25 mars 2009 vient interdire au bailleur le cumul entre une assurance qui garantit les dettes locatives et le cautionnement d'un tiers. Il doit choisir entre les deux mécanismes de garanties personnelles.

On situe assez aisément la volonté du législateur avec cette interdiction. Son objectif est de favoriser l'accès au logement en allégeant les contraintes liées aux risques d'insolvabilité du locataire[606]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur est, seulement quelques mois après l'entrée en vigueur de ladite loi, intervenu à nouveau pour exclure du champ d'application de cette prohibition les étudiants et les apprentis[607]. Ces deux catégories de locataire sont naturellement jugées à risque par le bailleur car ils ne sont pas en mesure de justifier de ressources financières stables et suffisantes. En écartant l'interdiction du cumul, le législateur entend dissuader les bailleurs de renoncer ou d'être réticents à louer leurs biens à cette catégorie de locataire.

313. Poursuivant la même logique, la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi « ALUR », est intervenue par la suite pour élargir le champ d'application du principe d'interdiction initié par la loi de 2009. Désormais l'alinéa 1er de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 dispose : « *Le cautionnement ne peut pas être demandé, à peine de nullité, par un bailleur qui a souscrit une*

---

606 C'est dans cette optique que le législateur impose même au bailleur de ne pas « *refuser la caution présentée au motif qu'elle ne possède pas la nationalité française ou qu'elle ne réside pas sur le territoire métropolitain* », V. Art. 22-1, al. 3 de la L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

607 L. n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

assurance, ou toute autre forme de garantie, garantissant les obligations locatives du locataire, sauf en cas de logement loué à un étudiant ou un apprenti. Cette disposition ne s'applique pas au dépôt de garantie mentionné à l'article 22 ». Il ne s'agit plus uniquement de l'assurance couvrant les dettes locatives, mais de toute forme de garantie ayant le même objet[608].

314. Corrélativement à l'élargissement du champ d'application de l'interdiction du cumul, la loi *ALUR* a introduit la sanction du non-respect de la prohibition[609] : *« Le cautionnement ne peut pas être demandé, à peine de nullité […] ».* La lettre du texte semble établir une hiérarchie temporelle dans la constitution de ces garanties. En effet, la nullité envisagée comme sanction du non-respect de la prohibition législative du cumul semble correspondre uniquement à l'hypothèse où le cautionnement est souscrit postérieurement à la garantie couvrant les dettes locatives. Ce raisonnement nous semble logique et justifié dans la mesure où la sanction de la nullité est relative à la formation du contrat. C'est la constitution postérieure du cautionnement à la garantie couvrant les dettes locatives qui vient altérer la formation du contrat. La constitution même du cautionnement est jugée *fautive* dès lors qu'elle intervient postérieurement à une autre garantie ayant le même objet.

Par contre, l'hypothèse où la constitution du cautionnement est antérieure à celle de la garantie couvrant les dettes locatives, semble avoir été omise par le législateur. Or, on ne peut pas déduire de cette omission de la loi que le cautionnement doit pouvoir continuer à produire des effets sur le seul fondement qu'il a été souscrit antérieurement. L'esprit de la loi doit conduire à retenir que le cautionnement cesse de produire des effets à partir de la souscription de la garantie couvrant les dettes locatives.

315. Soulignons, enfin, une autre interdiction prévue à l'alinéa 2 de l'article 22-1 de la loi de 1989 qui certes, ne résulte pas du cumul des garanties mais est relative au bail

---

608 L'intérêt étant d'intégrer non seulement tous mécanismes de garanties dès lors que leur objet est de garantir les obligations locatives, mais également tout type de dispositif à vocation sociale et visant à favoriser l'accès au logement. Par exemple : le Visa pour le Logement et l'Emploi (VISALE). Pour plus d'information V. www.visale.fr.

609 La version initiale du texte ne prévoyait aucune sanction. V. (CA Versailles, 1re ch., 24 sept. 2013, n° 13/01934, JurisData n° 2013-021744, où les juges du fond ont souligné qu' *« il n'y a donc pas lieu de prononcer la nullité de la caution souscrite antérieurement, la loi n'ayant de toutes façons, pas prévu de sanction spécifique ».*

d'habitation. Selon ce texte : « *si le bailleur est une personne morale autre qu'une société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, le cautionnement ne peut être demandé que : - s'il est apporté par un des organismes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat ; - ou si le logement est loué à un étudiant ne bénéficiant pas d'une bourse de l'enseignement supérieur* ». En clair, lorsque le bailleur est une personne morale[610], il ne peut obtenir de son locataire que le cautionnement d'un certain nombre d'« *organismes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État*[611] », sauf si le locataire est « *un étudiant ne bénéficiant pas d'une bourse de l'enseignement supérieur* ».

3. La prohibition de la garantie autonome dans certains contrats

316. L'essor du protectionnisme contractuel issu du droit de la consommation[612] a fini par convaincre le législateur français, lors de la consécration de la garantie autonome et de la lettre d'intention, a qui posé des restrictions à la constitution de la première. En effet, pour certains types de contrat, le législateur prévoit purement et simplement l'interdiction de souscrire une garantie autonome. L'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a, en même temps qu'elle l'a consacrée, proscrit sa constitution dans deux types de contrat.

D'une part, l'ordonnance de 2006 a introduit dans le Code de la consommation un nouvel article L. 314-19 (anciennement C. consom. L. 313-10-1) qui interdit la souscription d'une garantie autonome « *à l'occasion d'un crédit relevant des chapitres II et III du présent titre* ». Ces deux chapitres sont relatifs aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers. L'intérêt de l'interdiction est double : En premier lieu, le but du législateur est de protéger les personnes physiques s'engageant dans un cadre non professionnel face aux professionnels hautement spécialisés dans leur domaine. En second lieu, la logique même du mécanisme de la garantie autonome veut qu'aucune exception ne soit opposable par le garant au créancier. En raison donc du caractère profondément indépendant de la garantie autonome et de l'absence d'une réglementation détaillée, le législateur a voulu l'interdire dans ces contrats.

---

610 Exception faite de la « *société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus* ».

611 V. Décret n° 2009-1659 du 28 décembre 2009.

612 Ch. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil : Les obligations, le contrat, op. cit.* n° 111.

D'autre part, l'ordonnance de 2006 a interdit une nouvelle fois la garantie autonome dans le bail d'habitation, domaine pourtant suffisamment réglementé par le législateur. En effet, l'article 22-1-1 de la loi du 6 juillet 1989 précitée, dispose : « *La garantie autonome prévue à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 et que dans la limite du montant résultant des dispositions du premier alinéa de cet article* ». En clair, le bailleur ne peut obtenir de son locataire une garantie autonome en lieu et place du cautionnement. Sa souscription est interdite dans le bail d'habitation. Elle ne peut servir de substitue qu'au dépôt de garantie sans jamais pouvoir dépasser « *un mois de loyer en principal*[613] ».

4. La subsidiarité de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier

317. Pour limiter la liberté de choix des parties, le législateur semble faire preuve d'une certaine dextérité en diversifiant les moyens pour y parvenir. C'est ainsi que le premier alinéa de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier dispose : « *A l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit ou la société de financement qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une société de financement ou d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution. L'établissement de crédit ou la société de financement indique, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir* ». Le législateur met en place une sorte de hiérarchie dans le choix des sûretés dans le but de protéger le patrimoine de l'entrepreneur individuel qui sollicite un concours financier dans le cadre de l'exploitation de son activité professionnelle. Ainsi, la loi incite les parties à constituer en priorité les garanties réelles portant sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ou les garanties personnelles

[613] L. n°89-462 6 juill. 1989, art. 22, al. 1er, « *Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire, il ne peut être supérieur à un mois de loyer en principal. […]* ».

consenties par un professionnel du crédit. Cependant, elles restent libres de constituer à défaut les sûretés réelles constituées sur les biens non nécessaires à l'exploitation ou vers les sûretés personnelles consenties par des personnes physiques[614].

Sans interdire explicitement aux parties la constitution de telle ou telle sûreté, le législateur fait preuve d'ingéniosité en orientant le choix des parties.

* *
*

318. Conclusion de la section 1. En définitive, il apparaît clairement que le principe théorique de la liberté de choix n'est pas absolu. Les tempéraments, qu'ils soient généraux ou spécifiques, viennent modérer cette liberté et introduisent des nuances importantes.

Le principe théorique de la liberté de choix repose sur des fondements solides et trouve diverses manifestations dans les relations contractuelles. Cependant, son application est tempérée par des mécanismes de régulation de portée générale comme ceux prévus par l'article L. 650-1 du Code de commerce, ou par d'autres textes, plus spécifiques, comme l'article 22-1-1 de la loi du 6 juillet 1989, qui interdit aux parties de porter leur choix sur la garantie autonome lors de la soucription d'un bail d'habitation. Ces tempéraments révèlent une volonté du législateur de contrôler certaines facettes du choix des parties.

SECTION 2

LE CHOIX IMPOSÉ À LA VOLONTÉ DES PARTIES

319. Dans la vaste toile des transactions juridiques, le choix des sûretés n'est pas laissé à une liberté totale. Diverses contraintes, à la fois circonstancielles et spécifiques au droit des sûretés, imposent des orientations particulières aux parties engagées dans

[614] D'ailleurs, le débiteur reste libre de proposer la garantie qu'elle souhaite, le texte ne s'appliquant qu'aux garanties demandées par l'établissement de crédit. V. en ce sens : CA Bordeaux, 4 avr. 2001, JurisData n° 2001-144691 ; Banque et Droit 2002, p. 62, obs. J.-L. GUILLOT.

le processus de formation des sûretés. Parmi ces contraintes, certaines découlent du choix politique du législateur, exprimé à travers les sûretés légales, où la volonté des parties est délibérément mise de côté. Les prérogatives qui y sont attachées, de même que le rang des créanciers, tout semble préétabli, laissant peu de marge à la négociation.

Cependant, ces contraintes ne se limitent pas aux seules sûretés légales. Les sûretés judiciaires introduisent également une dimension coercitive, jetant une lumière particulière sur la manière dont le choix des parties peut être orienté par des mécanismes judiciaires. Au-delà de ces spécificités, le droit commun du contrat et des obligations érige lui-même des barrières que les parties ne peuvent ignorer. Des interdictions strictes, telles que la constitution de sûretés sur les biens d'autrui, sur les biens hors du commerce, ou encore sur les biens publics, fixent les limites du champ des possibles.

320. Ainsi, lors du choix de la sûreté, la volonté des parties est confrontée à de nombreuses contraintes. Ces dernières peuvent être circonstancielles (**§1**), résulter des spécificités du droit des sûretés (**§2**), ou encore du droit commun du contrat et des obligations (**§3**).

§1. LES CONTRAINTES CIRCONSTANCIELLES

321. Le droit français offre une grande variété de sûretés et garanties aux parties. Les techniques qu'offre cette diversité sont tout aussi variées. Les mécanismes de garantie sont divers par leurs sources (légales, judiciaires ou conventionnelles) mais également par leurs techniques (sûretés personnelles ou sûretés réelles selon la distinction traditionnelle). Cautionnement, garantie autonome, lettre d'intention, hypothèque, gage, nantissement, propriété garantie, privilèges…la liste des sûretés à la disposition des parties est longue, sans compter le droit de rétention qui a un statut particulier au sein des sûretés[615].

[615] D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.* n° 425.

Face à cette multitude de mécanismes, très vite la question du choix des sûretés va se poser aux parties. Dans la pratique, les motivations de ce choix vont varier selon que l'on se situe du point de vue du créancier ou du débiteur. Dans l'opération de crédit, le créancier va surtout raisonner, en premier lieu, en considération de l'ensemble des mécanismes susceptibles de lui conférer une protection optimale, quelle que soit leur technique ou leur qualification juridique. À l'inverse, l'objectif du débiteur, est avant tout d'obtenir le financement, le crédit *stricto sensu,* la sûreté représentant pour lui l'accessoire de l'opération principale[616]. Mais pour atteindre cet objectif, encore faut-il que les parties s'entendent sur le choix de la garantie.

Généralement, le temps de la réflexion quant à ce choix ne dure pas bien longtemps car, bien souvent, le débiteur ne sera pas en mesure de lui proposer plusieurs garanties[617]. Ainsi, le débiteur qui n'est pas en mesure de trouver un tiers qui remplit les critères de solvabilité du créancier, ne pourra pas prétendre constituer une garantie personnelle. De même, le débiteur qui ne dispose pas, dans son patrimoine, de biens dans son patrimoine susceptibles d'être grevés, ne peut envisager une garantie réelle. C'est pourquoi en l'absence de la possibilité de constituer une sûreté, les parties auront vocation à se tourner vers des solutions alternatives telles l'assurance, comme le souligne judicieusement un auteur[618].

322. Par contre lorsque le débiteur a plusieurs richesses en sa possession, la formation d'une garantie va être possible, restera alors à résoudre la question du choix entre elles. En effet, même en présence de plusieurs richesses, les critères du choix sont multiples et variés. Le coût[619] de la sûreté est un critère qui peut entrer en jeu. Son

---

[616] Ph. DUPICHOT, « *Les sûretés du financement d'acquisition immobilière* », *in La vente d'immeuble, JCP éd. N* 2015, 1095, n° 2.

[617] A. AYNES, *« Sûretés réelles, sûretés personnelles… Lesquelles choisir ? Propos conclusifs* » : *JCP N* 2012, p. 1343, n° 1.

[618] A. AYNES, *op. cit.*.

[619] Même s'il faut reconnaître qu'il est réducteur et difficilement exploitable car il dépend de faits variables que l'on ne peut pas systématiser. En effet, des éléments aussi divers que la durée du crédit, les liens ponctuels que peuvent entretenir le prêteur et le garant ou encore l'inflation doivent être pris en considération ; V. déjà, M. DAGOT, *« Sûretés réelles contre sûretés personnelles »* : *JCP N* 1986, I, p. 93 et s. ; V. également, Ph. DUPICHOT, *« Les sûretés du financement d'acquisition immobilière »*, in *La vente d'immeuble, JCP éd. N* 2015, 1095, n° 30.

efficacité également, notamment pendant les procédures collectives[620]. Encore, la constitution de la garantie en tant que telle peut-être une source de contrainte pour le débiteur et conduire les parties à choisir une autre garantie. C'est le cas de la garantie réelle avec dépossession dont la constitution fait perdre au constituant l'usage du bien[621]. Si le bien sur lequel les parties avaient l'intention de constituer la garantie réelle avec dépossession est indispensable à l'activité du débiteur, il va s'en dire qu'elles se tourneront vers une autre technique de garantie comme les garanties personnelles.

323. En tout état de cause, la présence d'un tiers engageant la globalité de son patrimoine pour la garantie de la dette du débiteur s'oppose radicalement à l'affectation par le débiteur de l'un de ses biens en garantie de sa propre dette. En présence d'un débiteur disposant de plusieurs richesses, les parties devront se décider entre une garantie personnelles et une garantie réelle ; entre plusieurs garanties personnelles ou entre plusieurs garanties réelles. Partant, le choix de la sûreté par les parties est certes volontaire, mais en pratique, il dépend fortement des contingences et surtout de la composition du patrimoine du débiteur.

§2. LES CONTRAINTES SPÉCIFIQUES AU DROIT DES SÛRETÉS

324. La *summa divisio* du droit des sûretés selon ses sources conduit à opérer une distinction entre les sûretés conventionnelles, légales et judiciaires[622]. L'examen de la place de la liberté contractuelle à l'aune de cette distinction conduit naturellement vers le constat d'une plus grande présence dans la première catégorie citée[623]. En effet, le

[620] De même que le critère relatif au coût, l'efficacité des sûretés pendant la procédure collective est difficilement exploitable tant le sort des sûretés est disparate ; V. O. GOUT, *« Les sûretés face aux procédures collectives », in Sûretés réelles, sûretés personnelles… Lesquelles choisir ?, JCP éd. N* 2012, 1339.

[621] Par exemple un gage des stocks, C. com., art. L. 527-1 à L. 527-9 ; V. A. GOUËZEL, *« Le choix de la garantie », JCl., Fasc. 2810,* 2016, n° 48.

[622] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés,* SIREY, 5è éd. 2016, n°17.

[623] La créativité contractuelle est l'une des premières justifications de cette infusion. En effet, il est classique d'affirmer que le principe de la liberté contractuelle est le terreau fertile et favorable à l'éclosion des sûretés. Au-delà, la liberté contractuelle continue à s'infuser relativement le long de la vie

législateur, soucieux de la situation de certains créanciers qu'il juge d'intérêt et de protection, a fait le choix d'imposer à la volonté des parties les sûretés légales et judiciaires. Alors que la liberté imprègne les sûretés conventionnelles, les sûretés imposées par la loi poursuivent une logique protectionniste et use de règles rigides[624].

325. Le choix des sûretés dévient, dès lors, impossible lorsqu'elles sont imposées par la loi qui en prévoit de deux sortes : Les sûretés légales (**A**) et les sûretés judiciaires (**B**).

A. LES SÛRETÉS LÉGALES

326. De prime abord, il convient de se demander ce qu'on entend par sûretés légales. Le moins que l'on puisse dire est que les sûretés légales brillent par leur grande diversité[625]. En effet, certaines ont une assiette mobilière, d'autres une assiette immobilière ; certaines encore ont une assiette générale, d'autres, une assiette plus spéciale ; alors que certaines sont opposables de plein droit, d'autres sont soumises à publicité. Même leurs dénominations n'échappent pas à cette hétérogénéité puisqu'on parle tantôt d'hypothèque tantôt de privilège pour les désigner[626].

327. Pourtant, malgré cette hétérogénéité, on constate une certaine unité des sûretés légales qui ont toutes en commun trois caractéristiques principales : D'abord, comme leur nom l'indique, elles ont pour seule source la loi[627]. Ensuite, elles présentent pour caractéristique commune de toujours constituer des sûretés réelles[628] et, plus

---

de la sûreté, de sa constitution à son extinction. Voir notamment : Ch. MOULY, *« Pour la liberté des garanties personnelles », Banque et Droit,* 1987, p. 1166 ; Voir également : L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, L.G.D.J, 13ème éd., 2019, n°319 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit* LGDJ, 2016, 11è éd., n°34 ;Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes,* Litec, 3e éd., 2000, n°920 ; P. CROCQ, *Propriété et garanties,* LGDJ, 1995, Bibl. dr. privé, T. 248, préf. M. GOBERT. Sur l'évolution du droit des sûretés réelles ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. GRIMALDI ; D. LEGEAIS, *op. cit.* n° 19 ;

[624] Si l'objectif est de conférer une protection particulière à certains créanciers en raison de la nature de leurs créances, c'est la loi elle seule qui organise cette protection. Ainsi, à quelques exceptions près, de la constitution de ces sûretés légales à leur réalisation, les parties ne jouent qu'un rôle résiduel.

[625] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés,* SIREY, 5è éd. 2016, n° 783 et 784 ; M. MIGNOT,*op. cit.* n°2560.

[626] La formule retenue par l'Ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés est plus large à la différence des anciens textes qui ne désignaient que les privilèges.

[627] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 777 et s.. ; D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 651 ; M. MIGNOT, *op. cit.* n° 1800.

[628] Ce qui, de fait, permet d'exclure de son champ d'application les sûretés personnelles. En effet, les sources des sûretés personnelles sont toujours conventionnelles. Bien que la formule anciennement consacrée par le Code civil laissait entendre l'existence par exemple d'un cautionnement légal ou

précisément des sûretés réelles conférant un droit de préférence à leur titulaire[629]. Enfin, elles confèrent à leur titulaire des prérogatives et avantages qui excèdent ceux que lui apporte son droit de gage général en raison de la « *qualité de la créance* »[630].

328. Parce que la loi concède directement, de manière arbitraire, un droit de préférence à une catégorie de créanciers sur tout ou partie du patrimoine de leur débiteur, les sûretés légales obéissent à une politique législative (**1**) qui prive les parties non seulement de choisir parmi ces sûretés légales (**2**) mais également celui de leurs prérogatives (**3**) et leurs rangs (**4**).

1. Un choix politique

329. Force est de constater que le voile de l'unicité des sûretés légales n'est pas bien épais et laisse très vite transparaître une liste interminable de privilèges. A ce propos, certains affirmaient encore récemment que « *Les privilèges pullulent*[631] ». En effet, dresser une liste des privilèges peut être une mission périlleuse. De façon schématique, toutes les sûretés légales sont des sûretés réelles. Et ces sûretés réelles légales sont pour l'essentiel des privilèges. A côté des privilèges on retrouve les hypothèques légales qui se divisent en deux catégories : on distingue les hypothèques légales ordinaires [632] et les hypothèques légales spéciales[633] (anciennement appelées privilèges spéciaux immobiliers).

---

judiciaire au titre de la section IV du chapitre consacré au cautionnement (anc. art. 2317 à 2320), il n'en est rien au sens où la sûreté est « créée » par la loi ou le juge. L'appellation était trompeuse puisque, contrairement aux sûretés réelles légales ou judiciaires qui sont imposées, ici la loi ou le juge imposent simplement la fourniture, la plupart du temps, d'un cautionnement et celui qui y est tenu doit trouver une caution qui souscrit bien alors un contrat de cautionnement. Aucune obligation émanant de la loi ou du juge ne pèse sur la caution avant la constitution du cautionnement. Voir : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 17, 92 et 93 ; D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 19 et 46 ; L'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés n'a certes pas consacré de titre au cautionnement légal ou judiciaire, mais a toutefois maintenue la formule dans les dispositions relatives à « *la formation et de l'étendue du cautionnement* » en modernisant la formulation des anciens articles 2295, 2297, 2317 et 2318 au sein de l'article 2301. Pour ce qui concerne leur substance, elle n'est point bouleversée.

[629] Même si les hypothèques légales confèrent à leur titulaire une faculté d'attribution judiciaire de l'immeuble grevé, les sûretés légales ne confèrent pas de droit exclusif.

[630] Anc. Art. 2324 c. civ.; Le nouvel article 2324 issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021, propose une formulation plus large contrairement à l'ancien article 2324 restrictivement centrée sur les privilèges.

[631] Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 7e éd., 2016, no 757.

[632] Art. 2393 c. civ.

[633] Art. 2402 c. civ.

330. Toutefois, il convient d'intégrer dans la catégorie des sûretés réelles légales, l'hypothèque résultant d'un jugement de condamnation, anciennement appelée « hypothèque judiciaire »[634]. En effet, depuis la réforme du 15 septembre 2021, le nouvel article 2401 a purgé l'ancien texte de la référence impropre à une « hypothèque judiciaire »[635]. Il s'agit bien d'une sûreté d'origine légale puisque c'est la loi qui assortit de plein droit la décision du juge d'une sûreté[636].

Les sûretés légales sont donc composées majoritairement de privilèges. Le nouvel article 2324 du Code civil prévoit que «*La sûreté réelle est légale {…]* (lorsqu') *elle est accordée par la loi, à raison de la qualité de la créance {…] »*[637]. Le législateur accorde explicitement[638] une faveur[639] à un créancier en raison de l'importance de sa créance.

331. Le Code civil opère différentes distinctions s'agissant de leur assiette. Ils peuvent être mobiliers[640] ou immobiliers[641]. Les privilèges mobiliers peuvent être généraux ou spéciaux[642]. Il est général lorsqu'il porte sur un ensemble de biens appartenant au débiteur. Il est spécial lorsque le droit qu'il confère est localisé sur un (ou plusieurs) bien(s) déterminé(s) du débiteur.

L'institution des sûretés légales traduit sans aucun doute l'expression d'une volonté politique. Nous pouvons aisément relever l'empreinte du législateur à travers nombre de privilèges qui, souvent, rompent même avec l'objet traditionnelle des sûretés : à savoir la garantie du crédit.

Ainsi, celui qui détient une créance de salaire à l'encontre de son employeur se voit reconnaître par la loi un privilège pleinement général aux créances de salaire[643]. Cette préférence se matérialise par une double protection : Un privilège simple, qui bénéficie

---

[634] Anc. Art. 2412 « *L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus […] ».*

[635] Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés*, Table de concordance commentée, LGDJ, 2022, p.94.

[636] *Sur l'origine légale des hypothèques attachées aux jugements de condamnation :* Voir L.AYNES, P. CROCQ., *op. cit.*, n° 710 ; S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 575 ; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 469.

[637] Art. 2324 al. 1 c. civ.

[638] La source des privilèges est légale et leur interprétation est stricte.

[639] Le terme « *Privilège* » vient du latin « *Privilegium* » qui est la contraction des termes « *privius* » et « *lex* » et qui signifie : « *la loi exceptionnelle prise en faveur d'un particulier* » ; voir : A. REY, M. TOMI, T. HORDÉ, C. TANET, *Dictionnaire historique de la langue française*, Coll. Dictionnaire Le Robert, Paris, 1992.

[640] Art. 2330 c. civ.

[641] Art. 2376 c. civ.

[642] Art. 2330 c. civ.

[643] Art. 2330 c. civ.

à tous les salariés et qui couvre les six derniers mois de salaire ainsi que leurs accessoires ; Un « *super-privilège* » pour les rémunérations dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail précédant l'ouverture d'une procédure collective[644]. La volonté du législateur de privilégier le paiement des salaires s'explique non seulement par le caractère alimentaire de la créance mais également par la dimension humanitaire de cette protection[645].

C'est dans cette même logique que s'inscrit l'institution du privilège des frais de justice[646]. Ainsi, le créancier qui commet un huissier pour réaliser les biens de son débiteur est favorisé.

332. Partant, le législateur confère un privilège de paiement au créancier ayant engagé les frais de justice indispensables à la conservation ou à la réalisation du patrimoine du débiteur[647].

C'est l'illustration d'une autre sûreté légale qui rompt avec la logique de sûreté « classique » au sens de garantie de crédit et traduit une politique législative[648].

On peut en dire autant d'autres sûretés légales, à l'instar des privilèges mobiliers spéciaux[649]. En effet, ceux qui reposent sur les fondements doctrinaux de l'introduction d'une valeur économique par le créancier et la conservation d'une valeur dans le

---

644 Il convient y ajouter l'assurance obligatoire des employeurs contre le risque de non-paiement des salaires. En effet, afin d'assurer le paiement des salaires des employés, une loi du 27 décembre 1973 a organisé la prise en charge de ce super-privilège par le recours à une assurance obligatoire pour les employeurs : l'Association nationale pour la gestion du régime d'assurance des salaires (AGS) verse au représentant des créanciers les sommes manquantes afin de régler les créances dues à la date du jugement ouvrant la procédure collective.

645 Voir Th. THERY, *op. cit.*, p. 341, qui souligne que dans le cas spécifique des privilèges des salaires, la préférence est justifiée « *davantage en considération de la personne que de la qualité de la créance* ».

646 Art. 2331, 1° c. civ. « *[…] Les frais de justice, sous la condition qu'ils aient profité au créancier auquel le privilège est opposé ; […]* ».

647 Tous les frais de justice ne sont pas privilégiés. Le nouvel article 2331 du c. civ. précise, dorénavant, que la préférence dans le paiement des frais de justice ne profite qu'aux créanciers seulement si les frais sont engagés dans l'intérêt commun des créanciers du débiteur. Il s'agit ici de la reconnaissance, par le législateur, d'une jurisprudence constante : Cass. req., 1er avr. 1890 : DP 91, 1, 364 ; Cass. req., 17 sept. 1940 : S. 1941, 1, p. 37 ; Cass. com., 17 nov. 1970, n° 69-11386 : Bull. civ. IV, n°305. Lorsque cela n'est pas le cas, aucune faveur n'est accordée au créancier puisque les frais engagés ne l'ont pas été dans l'intérêt de tous.

648 D'ailleurs, ce privilège se distingue des autres par l'absence de toute créance entre le créancier poursuivant et son débiteur.

649 Art. 2332 c. civ. Le nouvel article maintien les principaux privilèges mobiliers spéciaux et modernise la liste en supprimant ceux qui sont devenus obsolètes. Il s'agit de la créance sur le gage dont le créancier est saisi (anc. art. 2332, n°2, qui n'était pas un privilège), des privilèges mobiliers spéciaux de l'hôtelier (anc. Art. 2332, 5°), les abus de prévarications commis par les fonctionnaires (anc. Art. 2332, n°7) et les créances nées d'un accident au profit des tiers lésés (anc. Art. 2332 n°8).

patrimoine du débiteur[650], traduisent la volonté du législateur d'imposer, plus qu'une protection, une « justice » dans les effets de la convention[651]. Cette idée est présente également pour ce qui concerne les privilèges fondés sur l'idée de gage tacite entre les mains du créancier[652]. En effet, la maîtrise directe de la marchandise par commissionnaire et la maîtrise indirecte des meubles appartenant au preneur par le bailleur justifient, selon le législateur, qu'une préférence soit accordée au paiement de la créance de ces créanciers. L'idée de garantie du crédit est encore une fois absente et semblerait même incompatible à l'institution puisque la jurisprudence se refuse d'accorder ce privilège au crédit-bail[653]. En effet, la somme payée par le crédit-preneur recouvre en partie le prix de l'acquisition qui est payé progressivement. Or, les privilèges étant d'interprétation stricte, le crédit-bail ne peut être assimilé au bail car il s'agit d'une opération de financement[654].

333. Depuis la réforme du 15 septembre 2021, le législateur a transformé les privilèges spéciaux immobiliers en hypothèques légales[655], l'objectif principal étant de préserver la sécurité juridique[656]. La loi confère à certains créanciers une hypothèque et ce, de plein droit. Il s'agit d'un choix délibéré du législateur en faveur d'une catégorie de personne qu'elle juge digne de protection.

---

650 Visés par l'article 2332, les privilèges mobiliers spéciaux se justifient, selon la doctrine, par trois motifs : soit par l'idée de gage tacite, soit par l'idée d'entrée d'une valeur dans le patrimoine du débiteur, soit pas l'idée de conservation de ce patrimoine : v. M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Éd. 2010, *Lextenso éditions*, *Coll. Cours*, MONTCHRETIEN, n° 1880 et s.

651 Concernant le privilège du vendeur de meubles, selon la doctrine, ce n'est que justice de privilégier ce dernier dans la mesure où l'acheteur s'enrichit de la chose en en devenant directement propriétaire. Le cas échéant, les autres créanciers pourraient saisir la chose, vendre la chose et se faire payer sur le prix aux dépens du vendeur non payé. De même, en ce qui concerne le privilège du conservateur, la doctrine considère que les créanciers profitent nécessairement, quoique indirectement, de la conservation du bien grâce aux frais engagés à cet effet par le conservateur. Il est donc juste que ce dernier soit privilégié dans le paiement de sa créance.

652 Le privilège du bailleur d'immeuble et celui du commissionnaire.

653 Cass. com., 9 avr. 1991 : *Bull.* civ. IV, n° 124, p. 88 ; *RD imm.* 1991, p. 371, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

654 M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Éd. 2010, *Lextenso éditions*, *Coll. Cours*, MONTCHRETIEN, n° 1882 ; CA Paris, 3e Ch. A., 5 mars 1985 : *D.* 1985 ;

655 Art. 2392 c. civ. On distingue désormais les hypothèques légales générales, constituées d'anciens privilèges immobiliers généraux (art. 2393 c. civ.). Et les hypothèques légales spéciales, constituées des anciens privilèges immobiliers spéciaux (art. 2402 c. civ.).

656 En effet, avant l'ordonnance de réforme, les privilèges spéciaux immobiliers étaient caractérisés par la rétroactivité de leur inscription lorsque celle-ci avait lieu dans un certain délai (anc. Art. 2379 c. civ.). Cette rétroactivité qui présentait un risque d'insécurité juridique a, depuis la réforme, été transformée en hypothèque légale. De sorte que, dorénavant, la sûreté ne prend rang qu'à sa date d'inscription.

Le choix politique opéré par le législateur est encore plus flagrant lorsque l'on observe que la protection des droits du créancier ne constitue pas systématiquement le fondement des privilèges. En effet, il est des cas où la faveur est faite au débiteur pour lui permettre d'engager des dépenses « *que le législateur estime dignes d'un intérêt particulier ; par exemple, le privilège des frais funéraires n'a pas été conçu en faveur des entreprises de pompes funèbre mais plutôt des proches du défunt* »[657]. Cela était le cas, également, du privilège des dernières subsistances (ancien article 2331 n°5) avant que l'ordonnance de réforme des sûretés du 15 septembre 2021 ne vienne abroger ce dernier.

Ainsi le privilège peut être fondé sur d'autres considérations dont celles permettant au débiteur de se procurer un crédit renforcé auprès d'éventuels créanciers. Le législateur va alors offrir une protection au débiteur dans certaines situations en assurant la protection également de ses créanciers.

334. Les sûretés légales traduisent la volonté du législateur d'accorder une protection particulière à certains créanciers pour certaines créances bien déterminées. Nous l'avons vu, cette politique législative transcende l'ensemble des sûretés légales et rompt avec l'idée d'une sûreté constituée pour garantir un crédit. La finalité d'un tel traitement de faveur du législateur est d'assurer à ces créances une protection en raison de l'intérêt général[658] ou privé[659]. Seule la loi peut les créer et règlementer leur régime juridique. Ainsi, la volonté des parties est exclue dans le choix des sûretés légales.

2. L'exclusion de la volonté dans le choix des sûretés légales

335. Les parties n'ont pas la possibilité de choisir parmi les sûretés légales. Au mieux, leur choix de s'engager dans une opération peut être motivé par l'assurance de bénéficier d'une préférence de paiement en cas de défaillance du débiteur. Mais la préférence de paiement réservée à ces catégories de créance précède ce choix. Car en

---

[657] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n° 647.

[658] Les privilèges qui garantissent le recouvrement des créances fiscales et autres n'ont d'autres objectifs que de préserver les intérêts de l'Etat.

[659] Par contre, le privilège accordé aux particuliers résulte de la volonté du législateur de garantir une justice sociale dans les relations contractuelles.

effet, ces sûretés ont une origine exclusivement légale. Ainsi, à l'instar de l'hypothèque légale, un privilège ne peut exister que s'il a été formellement crée par le législateur. Il s'ensuit que les règles instaurant les sûretés légales obéissent à un principe d'interprétation stricte et doivent être restreintes aux cas expressément prévus par la loi. Si l'ensemble des sûretés légales obéissent à ces deux principes, les privilèges représentent l'archétype de leur expression. Par conséquent, nous nous appuierons sur ces derniers pour faire la démonstration de notre raisonnement.

336. La doctrine considère que la reconnaissance d'un privilège à une catégorie de créancier constitue une dérogation à la règle de l'égalité des créanciers[660]. C'est pourquoi, il est admis que l'existence d'un privilège suppose au préalable un texte comme l'indique l'adage *« pas de privilège sans texte »*[661]. De ce caractère nécessairement légal découlent deux principales conséquences. D'une part, le privilège ne peut résulter que d'une disposition expresse. D'autre part, cette disposition doit être restrictivement interprétée.

337. Les privilèges ne peuvent exister sans une disposition expresse de la loi[662]. Par conséquent ils sont limitativement établis par le législateur qui va décider, pour des raisons sociales, de service public ou d'efficacité économique, d'accorder une situation préférentielle à un type de créancier ou à une créance particulière. Par conséquent, en l'absence de texte, ils ne peuvent résulter d'une convention, encore moins être crées par les parties. En effet, la jurisprudence reste vigilante sur le contrôle de l'origine légale des privilèges. Ils ne peuvent résulter ni d'une cause contractuelle résultant d'un cahier des charges[663], ni de la mise en œuvre d'un droit[664], ni d'une décision de justice[665].

---

660 M. CABRILLAC, *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida,* Dalloz, 1991, p. 31 et s. ; L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *« De l'application stricte des privilèges »*, *D*. 1994. 13.

661 R. RODIERE, Droit maritime, *Le navire*, Dalloz, 1980, n° 140 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du Droit Français*, Litec, 4e éd., n°318.

662 L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés ne donne pas de définition générale des privilèges mais les nouveaux articles 2330 et 2376 du code civil disposent que les privilèges mobiliers et immobiliers sont accordés par la loi.

663 Civ., 4 mars 1889, DP 1889. 1. 426 ; Civ. 3e, 17 févr. 1988, *JCP* 1988. II. 21069 ; Civ. 3e, 6 mai 1991, D. 1992. 113, note SOULEAU ; Civ. 2e, 2 déc. 1992, *Bull.* civ. II, n° 296, *D*. 1994. 116, note VERSCHAVE.

664 Civ. 3e, 26 mai 1922, *Bull. civ. III,* n°173, RD *imm.* 1992. 532 ; Com. 10 juill. *D*. 1987. 256, note BENABENT.

665 En effet le juge ne peut ni l'instaurer, ni le modifier : voir, com. 19 juill., 1880, *Bull.* civ. IV, n°255.

338. Du caractère légal des privilèges résulte l'interprétation stricte des dispositions les consacrant. Il n'est pas admis d'étendre les textes aux cas qui ne sont pas expressément prévus. Ainsi, les parties sont soumises au principe d'interprétation stricte. Ce principe conduit ici à l'impossibilité d'adopter un raisonnement par analogie pour étendre les situations de privilège[666]. De même, les parties ne peuvent étendre le privilège à d'autres créances que celles qui sont expressément garanties[667], ni convenir de l'augmentation de l'assiette du privilège[668], ni accorder le privilège à un créancier qui n'est celui que la loi vise[669].

339. L'exigence d'une source légale, ainsi que l'interprétation restrictive des dispositions consacrant les privilèges s'appliquent tout autant aux hypothèque légales. Ces dernières tirent toutes leur source de la loi. Il s'agit d'une caractéristique notable qui les différencie des hypothèques conventionnelles[670]. Elles ne peuvent résulter que d'un texte particulier qui les institue en raison de la qualité de la créance et ce, qu'il s'agisse d'une hypothèque légale générale, spéciale ou résultant d'une condamnation judiciaire. D'ailleurs s'agissant de ce dernier cas, ni le débiteur, ni le juge ne peut s'opposer à leur naissance. Dès lors, on ne peut contraindre un créancier muni d'une décision de condamnation à accepter une autre sûreté que l'hypothèque judiciaire[671]. Par ailleurs, l'hypothèque résultant d'une condamnation judiciaire obéit à un principe de spécialité quant à la créance garantie. En effet, une partie ne saurait se prévaloir de l'inscription prise à la suite d'un précédent jugement lui reconnaissant l'existence

---

Les sûretés accordées par le juge sur la demande d'un créancier pour garantir spécifiquement une créance sont celles qui sont les véritables sûretés réelles judiciaires. Elles sont limitativement prévues par le législateur. Il s'agit de l'hypothèque judiciaire conservatoire, l'hypothèque sur les biens de l'époux qui a transmis l'administration de ses biens à son conjoint ; le nantissement judiciaire du fonds de commerce et le nantissement judiciaire des droits d'associés.

666 Cass. Req., 18 mai 1831 : *Jur. Gen.,* Tome 37, V° Privilèges et hypothèques, n° 398 ; *Grands arrêts*, 12e éd., t. 2, n° 302 : « *tout privilège doit être strictement restreint dans les cas expressément spécifiés par les actes législatifs qui l'ont établi et il n'est pas permis de l'étendre à d'autres cas par voie d'analogie* » ; L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, « *De l'application stricte des privilèges », D.* 1994, p. 13.

667 Cass. civ., 13 mai 1931, DH 1931, p. 379.

668 Cass. civ., 30 juill. 1946, *D*. 1946, jur., p. 393 ; Cass. civ., sect. soc., 30 nov. 1951, D. 1952, jur., p. 121, note VOIRIN.

669 Cass. Req., 20 juin 1922, *DP* 1923. I. 18 : le privilège du voiturier ne bénéficie pas au déménageur.

670 Les hypothèques légales générales, outre leur source légale, ne présentent aucune particularité par rapport aux hypothèques conventionnelles. Par contre, les privilèges immobiliers spéciaux présentaient une spécificité qui les permettait, à la différence des autres hypothèques, de prendre rang à la date de la naissance de la créance. Cette spécificité qui était source de perturbations et d'insécurité juridique a été supprimée par l'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021.

671 CA Aix-en-Provence, 1re Ch., 3 déc. 1928 : *Sem. Jur.* 1929, p. 309.

d'une créance de réparation pour garantir une autre créance née d'un second jugement sans rapport avec la première[672]. Cette hypothèque ne garantit que la créance reconnue par le jugement en cause.

Les prérogatives attachées aux sûretés légales relèvent également du domaine du législateur qui circonscrit les effets de chacune d'elles.

3. L'exclusion de la volonté dans la détermination de la nature des prérogatives attachées aux sûretés légales

340. En dépit de la grande hétérogénéité des sûretés légales, beaucoup d'ouvrages qui traitent de la matière étudient ensemble[673] ou consécutivement[674] l'hypothèque et les privilèges. Pourtant, ils ne confèrent pas les mêmes prérogatives aux créanciers auxquels ils profitent. En effet, les privilèges ont la particularité de ne conférer qu'un droit de préférence tandis que l'hypothèque, elle, emporte droit de préférence et droit de suite. Ces prérogatives résultent des dispositions de la loi et s'imposent aux parties dont les actions sont très limitées.

341. Avant l'ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021, l'une des différences notables entre les hypothèques légales et conventionnelles, était que certaines, en l'occurrence les privilèges immobiliers spéciaux, pouvaient primer les hypothèques de droit commun si elles étaient inscrites dans les délais requis.

Depuis la transformation des privilèges immobiliers spéciaux, les hypothèques légales ne présentent presque aucune particularité par rapport aux hypothèques conventionnelles, si ce n'est qu'elles tirent leur source de la loi. C'est ainsi que le législateur a pris le soin de consacrer, au sein de la section relative aux effets des hypothèques, une nouvelle sous-section intitulées « *Du droit de préférence et du droit de suite*[675] ». Les dispositions de cette nouvelle sous-section, qui n'existait pas dans le dispositif légal antérieur, régissent les prérogatives du créancier hypothécaire. Ainsi, il dispose non seulement d'un droit sur la valeur de l'immeuble grevé en priorité sur

---

[672] CAss. 3e civ., 25 oct. 1976 : *Bull. civ.* III, n° 368, p. 279 ; *Defrénois* 1977, art. 31350, p. 449, obs. J.-L. AUBERT.

[673] Par exemple : M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Éd. 2010, *Lextenso éditions*, *Coll. Cours*, MONTCHRETIEN ; Ph. SIMLER, et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière,* Dalloz, 6e éd., 2012.

[674] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, L.G.D.J, 13ème éd., 2019.

[675] Art. 2450 à 2460 c. civ.

les créanciers chirographaires du débiteur, mais également d'un droit de suite, qui l'autorise à saisir ce bien, en quelques mains qu'il passe[676]. Les parties n'ont aucune mainmise sur les prérogatives conférées par le législateur au créancier hypothécaire. De même, la loi règlemente totalement leur régime juridique. L'intervention des parties y est, dès lors, marginale et cela est encore plus remarquable au sein des privilèges.

Les privilèges, nous l'avons vu, n'emportent qu'un droit de préférence. L'ordonnance de réforme a été l'occasion de réaffirmer qu'ils ne confèrent pas de droit de suite. Le Code civil le rappelle à propos des privilèges mobiliers à l'article 2330[677] du Code civil, mais également à propos des privilèges immobiliers généraux à l'article 2376[678] du même Code. La liberté contractuelle est notablement résiduelle au sein des privilèges depuis la transformation des privilèges immobiliers spécieux en hypothèques légales. En effet, l'inscription aux services de la publicité foncière de ces privilèges constituait la seule intervention des parties.

342. Aujourd'hui, aucun comportement, ni même acte n'est particulièrement exigé des parties suite à la naissance d'un privilège. En réalité, les droits et devoirs des parties ne font pas état d'une grande consistance[679]. Le régime des privilèges est entièrement construit par le législateur qui ne confère presque jamais aux parties la mainmise sur le bien objet du privilège ni même un rôle significatif dans sa mise en œuvre. Ainsi, la loi n'impose au créancier aucune obligation particulière. Par exemple, aucune obligation de conservation du bien ne pèse sur lui, pas plus qu'une obligation d'information des tiers (qui demeure résiduelle).

De même, le créancier privilégié ne dispose ni de l'*usus*, ni du *fructus*, ni de l'*abusus*. Le privilège ne confère à son bénéficiaire que la faculté d'appréhender prioritairement la valeur du bien ou du droit grevé. Mais en matière immobilière, le régime de la

---

[676] Le nouvel article 2385 du Code civil propose une définition plus claire de l'hypothèque par rapport à l'ancien article 2393. Toutefois, contrairement à l'article 2393, les dispositions de nouvel article ne mentionne le droit de suite du créancier hypothécaire. Aucune référence n'est faite, non plus, à sa situation préférentielle. Il faut se reporter aux articles 2450 et 2454 pour constater, respectivement, la consécration du droit de préférence et du droit de suite.

[677] Art. 2330 C. civ. : « *[…] Sauf disposition contraire, ils ne confèrent pas de droit de suite […]* ».

[678] Art. 2376 c. civ. : « *[…] ils donnent le droit d'être préféré aux autres créanciers mais ne confèrent pas de droit de suite […]* ».

[679] Les ouvrages qui traitent la matière relèvent bien plus souvent l'assiette étendue des privilèges, l'absence de droit de suite…mais beaucoup moins la consistance des droits et devoirs des parties.

publicité foncière lui confère un avantage certains tandis qu'en matière mobilière la règle de l'article 2276 du Code civil prévaut et protège les tiers. La question de la possibilité pour le créancier de se voir attribuer un droit de suite a fait débat. Mais une grande partie de la doctrine n'y voie qu'une « *controverse oiseuse* »[680] pour les raisons que nous venons de citer. La Cour de cassation, elle, a tranché par une solution de longue date en décidant que « *le privilège du vendeur d'effets mobiliers impayés lui donnait le droit de se faire payer par préférence sur le prix en provenant, lorsqu'il pouvait les saisir en possession de son débiteur ou arrêter le prix entre les mains d'un tiers, mais ne l'autorisait pas à poursuivre le recouvrement de sa créance contre le tiers acquéreur de ces effets*[681] ».

343. Par ailleurs, le créancier ne peut, en principe, se faire attribuer le bien en propriété. En effet, la question de la faculté d'attribution judiciaire de l'immeuble au bénéficiaire d'un privilège immobilier spécial était source d'incertitudes avant la réforme. La loi du 20 février 2007 ayant ratifié l'ordonnance 2006 avait semblé étendre aux privilèges la faculté d'attribution en supprimant la subdivision entre les effets des privilèges et des hypothèques conventionnelles (c'est dans cette dernière catégorie que figurait l'attribution judiciaire). Pourtant, les dispositions de l'ancien article 2458 du Code civil ne visaient que le créancier hypothécaire. Désormais, avec la transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèque, il ne fait pas de doute que leur titulaire pourra en solliciter l'attribution judiciaire[682].

344. En définitive, la liberté contractuelle analysée sous le prisme des prérogatives attachées aux sûretés légales est résiduelle. Les effets de ces sûretés sont cantonnés par le législateur à ce qui a de plus essentiel, à savoir : concernant les privilèges, l'affectation prioritaire de la valeur d'un bien ou d'un droit sur ce bien à la garantie d'une obligation ; concernant les hypothèques légales, un droit de préférence et un droit de suite dont les régimes sont strictement encadrés par la loi.

De la même manière, mais cette fois sous le prisme du rang de classement des créanciers, la liberté contractuelle ne semble pas non plus occuper une place

---

680 L. AYNES, P. CROCQ P, *op. cit.*, n° 611 ; voir également, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 762.

681 Civ., 19 fév. 1894 ; S. 1895, 1, 457 ; *DP* 1894. 1. 413, *Grands arrêts*, 12e éd., t. 2, n° 303 ; Voir également, Req., 21 déc. 1910, *DP*, 1912. 1. 23.

682 A moins que l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur, Art. 2451 c. civ.

primordiale au sein des sûretés légales et ce, particulièrement en cas d'ouverture d'une procédure collective.

4. L'exclusion de la volonté dans le classement du rang des créanciers dans les sûretés légales

345. À titre préliminaire, il convient de préciser que les développements à venir n'ont pas vocation à envisager, de manière exhaustive toutes les hypothèses de concours et le classement du rang des créanciers. Il est simplement question ici de présenter la faible influence de la volonté des parties dans ce classement au sein des sûretés légales.

Etablir un classement du rang des créanciers n'est assurément pas une tâche aisée. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette difficulté. D'une part, elle résulte de la prolifération des sûretés réelles[683] et en particulier, des privilèges. D'autre part, on distingue plusieurs formes de classement qui s'opposent et dont l'articulation s'avère assez complexe. Selon la technique, on peut classer les sûretés réelles par la voie d'un classement chronologique, par la voie d'un classement publicitaire et par la voie d'un classement qualitatif[684]. Il est évident que l'articulation de ces différentes techniques de classement peut s'avérer rude. Néanmoins, on peut relever que les sûretés conventionnelles et publicitaires ont tendance à faire usage des techniques de classement chronologique et publicitaire ; tandis que la technique qualitatives est utilisée concernant les sûretés légales, en particulier les privilèges.

Cette dernière technique qui nous intéresse ici repose sur la qualité de la créance. Par conséquent, elle est subjective puisque c'est la loi qui confère au créancier le privilège. On retrouve également cette subjectivité d'origine légale dans le classement des hypothèques même si la technique qui prévaut est celle chronologique[685].

346. Le nouvel article 2418 du Code civil dispose « *Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans*

---

[683] Nous avons déjà démontré que les sûretés légales présentaient pour caractéristique commune de toujours constituer des sûretés réelles.

[684] On pourrait y ajouter un quatrième qui est la technique de classement par voie de contribution.

[685] Le classement des créanciers hypothécaires se fait en tenant compte de l'ordre des inscriptions, v. Cass. 3e civ., 6 nov. 2002, *JCP E* 2004, n° 15, obs. Ph. DELEBECQUE ; Ce principe est réaffirmé par les dispositions du Code civil, art. 2418 et s. ; cependant, dans cette même jurisprudence, la cour de cassation admet que le créancier puisse renoncer à invoquer le droit que la loi lui confère.

la forme et de la manière prescrites par la loi […] ». Ainsi, le législateur pose le principe de classement des hypothèques à l'alinéa 1er de l'article précité. Elles prennent rang au jour de leur inscription et leur classement procède de la chronologie des inscriptions. La première à être inscrite prend dès lors le premier rang.

Plus spécifiquement, l'article 2418 du Code civil apporte des précisions du classement de l'hypothèque légale. D'abord, le législateur dispense l'hypothèque du syndicat des copropriétaires (ancien privilège du syndicat des copropriétaires) de toute inscription (art. 2418 C. civ. al. 2) et lui donne la primauté sur toutes les autres hypothèques[686]. Elle vient, cependant, en concours avec celle du vendeur (2402 al. 1 C. civ.) et du prêteur de deniers (2402 al. 2 C. civ.). En effet, les différentes hypothèques légales viennent en concurrence, sauf pour l'hypothèque spéciale du vendeur et celle du prêteur de deniers, la première étant supérieure à la seconde. Ici, le législateur a fait le choix de faire primer les droits du vendeur sur ceux du prêteur des deniers. Ensuite, dans les cas où les inscriptions interviennent le même jour, les hypothèques légales priment sur celles conventionnelles et judiciaires (2418 al. 3 C. civ.). Enfin, le nouvel article 2420 du Code civil relatif au classement des bénéficiaires en présence d'une hypothèque rechargeable, pose le principe d'un classement par ordre d'inscription de la convention constitutive. Par contre l'alinéa 2 du même article fait primer l'hypothèque légale et judiciaire sur les conventions de rechargement ultérieures.

347. Les règles qui régissent le classement des créanciers selon la date d'inscription des hypothèques sont d'ordre public puisqu'elles visent à sauvegarder les intérêts des tiers. L'aménagement conventionnel selon lequel les parties conviendraient que l'hypothèque prendra rang en dehors de toute inscription est nul[687]. Cependant la loi et la jurisprudence laissent une certaine marge de manœuvre aux parties dans la détermination du rang des créanciers hypothécaires dès lors qu'il n'est pas porté atteinte aux droits des tiers. Ainsi, la cour de cassation a pu admettre que le créancier hypothécaire puisse renoncer au droit que la loi lui confère[688]. De même, un créancier

---

[686] Elle prime sur toutes les autres hypothèques pour l'année courante et pour les deux dernières années échues.

[687] T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *J.Cl.* Droit Civil, Fasc. Unique Hypothèque – Rang des hypothèques, n°27.

[688] Cass. 3e civ., 6 nov. 2002, *JCP E* 2004, n° 15, obs. Ph. DELEBECQUE.

bénéficiaire peut s'engager à s'abstenir à se prévaloir de son droit de préférence au profit d'un autre créancier[689]. Les parties ont surtout la possibilité d'aménagement conventionnellement le classement par une convention de cession de rang ou d'antériorité. La cession de rang n'est ni plus ni moins qu'une « sorte d'échange des rangs » entre deux créanciers hypothécaires[690]. Le procédé est courant dans certaines opérations de crédit où l'établissement de crédit va octroyer un prêt à la condition d'obtenir une hypothèque de premier rang[691]. Cet aménagement a été consacré par de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (anc. Art. 2424 du C. civ.) et a été transposé à l'identique par l'ordonnance du 15 septembre de réforme des sûretés à l'article 2473 du Code civil. Le créancier hypothécaire d'un rang supérieur peut transmettre sa position à un autre, de rang inférieur[692].

Ces rares exceptions au classement des créanciers consacré par loi la loi n'existent pas s'agissant des privilèges.

348. Attachés de plein droit à certaines créances, le classement des créanciers privilégiés est strictement encadré par le Code civil. L'ordonnance de réforme des sûretés a repris les dispositions du droit antérieur sans les modifier. En effet, le principe de classement des privilèges demeure inchangé : les privilèges mobiliers spéciaux ont une priorité de principe sur les privilèges mobiliers généraux. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de rappeler le principe : « *sauf dérogation prévue par la loi, les privilèges spéciaux mobiliers l'emportent sur les privilèges généraux sur les meubles*[693] ». La règle avait été reprise par l'ordonnance du 23 mars 2006 avant d'être réaffirmée par le nouvel article 2332-1 du Code civil[694]. Les parties ne peuvent déroger à la règle par des conventions particulières. Les exceptions à ce principe sont prévues par la loi. C'est le cas, par exemple, du superprivilège des salariés, du privilège des frais de justice ou encore du Trésor.

---

[689] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés,* Lextenso, 10e éd., 2015, n° 996 ; T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *J.Cl.* Droit Civil, Fasc. Unique Hypothèque – Rang des hypothèques, n°27.

[690] T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *J.Cl.* Droit Civil, Fasc. Unique Hypothèque – Rang des hypothèques, n°27.

[691] ; D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 608.

[692] Art. 2473 C. civ. al. 2 : « *[…], Il peut aussi, par cession d'antériorité, céder son rang d'inscription à un créancier de rang postérieur dont il prend place* ».

[693] Cass. com., 25 oct. 1976, *Sté. Financière alsacienne*, *Bull.* civ. IV, n° 267.

[694] Art. 2332-1 C. civ. : « *Sauf dispositions contraires, les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux* ».

349. Par ailleurs, l'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a été l'occasion de consacrer une autre exception au principe de classement de l'article 2332-1 que l'ordonnance de 2006 a omis d'effectuer. Il s'agit du cas où se trouvent en conflit les privilèges spéciaux mobiliers et le droit de préférence du bénéficiaire d'un gage. Désormais un nouvel article 2332-4 consacre la solution à ce conflit en conférant au créancier gagiste le même rang que le privilège du bailleur d'immeuble[695]. Bien entendu, le texte consacré n'a d'intérêt que lorsqu'on est dans le cas de figure d'un gage avec dépossession[696]. Dans le cas contraire, le créancier gagiste disposerait d'un droit de rétention.

350. A l'instar des règles de classement consacrées par l'article 2332-1, aucune modification substantielle n'est à noter s'agissant du classement des privilèges mobiliers généraux entre eux. Selon le nouvel article 2332-2, en principe, les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre établi par l'article 2331 du Code civil. Les privilèges de même rang viennent en concurrence, c'est-à-dire par contribution en proportion de la créance de chacun (art. 2332-2 al. 2).

B. LES SÛRETÉS JUDICIAIRES

351. Le domaine des sûretés judiciaires est beaucoup plus large qu'il n'y paraît. Certains auteurs ont pu affirmer qu'elles constituaient « *une sorte de nébuleuse*[697] ». Elles forment avec les saisies conservatoires, *le groupe des mesures conservatoires*[698]. Or, à côté

---

[695] Art. 2332-4 C. civ. : « *Sauf loi spéciale, le droit de préférence conféré par le gage s'exerce au rang du privilège du bailleur d'immeuble* ». Avant la consécration du texte dans le Code civil, la solution était déjà retenue par la jurisprudence qui conférait au créancier gagiste le rang du bailleur d'immeuble lorsqu'il ignorait l'existence des autres créanciers. Dans le cas contraire, il occupait le 5e rang, voir : Cass. com., 14 févr. 1977, n° 75-13907 : *Bull. civ.* IV, n° 43.

[696] Le droit de rétention attaché au gage sans dépossession n'a qu'une efficacité très relative.

[697] O. SALATI, *J.Cl.* Voies d'exécution, Fasc. 540 : MESURES CONSERVATOIRES – Sûretés judiciaires, n°12.

[698] M. DAGOT, *Les sûretés judiciaires,* Litec, 1992 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 531.

des sûretés judiciaires consacrées dans le Code des procédures civiles d'exécution on peut relever de nombreuses situations où, de près ou de loin, la décision judiciaire est source de sûreté.

En dehors du Code des procédures civiles d'exécution, la constitution de certaines sûretés n'est pas sans lien avec une décision de justice. C'est le cas lorsqu'elles sont attachées à un jugement comme le cas de figure envisagé par l'article 2350[699] du Code civil. C'est à juste titre que certains auteurs ont souligné la parenté de ce gage des sommes ou effets judiciairement ordonné avec la catégorie des sûretés judiciaires[700].

352. De même, avant l'ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021, on se devait de ne pas confondre l'hypothèque résultant d'un jugement de condamnation, précédemment consacrée à l'article 2412 du Code civil[701], et l'hypothèque conservatoire du Code des procédures civiles d'exécution. Nous l'avons vu, la référence à une « hypothèque judiciaire » était trompeuse dans la mesure où cette hypothèque résultait d'un effet légalement prévu de tout jugement de condamnation d'où elle découle de plein droit, sans que le créancier ait à la demander ou le juge à l'accorder. L'Ordonnance de réforme a logiquement purgé cette référence ; de sorte que le nouvel article 2401 du Code civil substitue le vocable par celui d'hypothèque *« légale attachée aux jugements de condamnation […] ».*

353. Dans d'autres hypothèses, le juge entretien une relation très étroite dans la constitution des sûretés. Par exemple, l'article L. 622-7, II, alinéa 1 du Code de commerce permet au juge-commissaire, pendant la période d'observation, d'autoriser le débiteur *« à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement… »*[702]. Egalement,

---

[699] Art. 2350 C.. civ., *« Le séquestre ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emporte affectation spéciale et droit de préférence au sens de l'article 2333 »*. Il faut noter que le nouvel article, remplace le terme « dépôt » par celui de « séquestre » pour que soient visés les autres biens.

[700] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit..*, n° 757, p. 522.

[701] Anc. Art. 2412 C. civ. al. 1 :*« L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus […] ».*

[702] Art. L. 622-7, II, al. 2 C. civ., *« […] Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une sûreté réelle conventionnelle en garantie d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure, à payer le transporteur exerçant une action au titre de l'article L. 132-8 du code de commerce ou à compromettre ou transiger […] ».*

au sein même du Code civil, aux termes de l'article 277[703] du Code civil, le juge peut contraindre l'époux débiteur à donner sûreté lors du versement de la prestation compensatoire.

Il faut toutefois admettre que dans ces hypothèses, il ne s'agit pas, à proprement parler, de sûretés judiciaires mais plutôt de contrats constitutifs de sûretés dont le juge ordonne ou autorise la passation. Ainsi, le domaine de ces sûretés semble au moins aussi large[704] que celui des sûretés judiciaires proprement dites, c'est-à-dire celles accordées par le juge au terme d'une action spécifiquement intentée à cet effet.

354. Les sûretés judiciaires proprement dites sont celles qui sont accordées par le juge à la demande du créancier pour la garantie de l'une de ses créances. Elles sont constituées à titre conservatoire et leur constitution relève de l'appréciation souveraine du juge. Il s'agit, nous l'avons vu, d'une variété de mesure conservatoire qui porte sur les biens mobiliers corporels ou incorporels du débiteur, qu'un créancier peut faire inscrire, sur autorisation ou sous le contrôle du juge pour assurer la sauvegarde de ses droits. Contrairement aux sûretés attachées à un jugement ou constituées sous l'égide du juge, les sûretés constituées à titre conservatoire font l'objet d'une publicité provisoire.

Cela dit, certaines sûretés judiciaires sont exemptées de l'autorisation préalable du juge. C'est le cas du créancier qui dispose d'un titre exécutoire. En effet, ici, le juge n'intervient que lors de la mise en œuvre pour exercer son contrôle.

355. Le régime des sûretés judiciaires est entièrement régi par le législateur. L'article L. 531-1 du Code des procédures civiles d'exécution dispose : « *Une sûreté judiciaire peut être constituée à titre conservatoire sur les immeubles, les fonds de commerce, les actions, parts sociales et valeurs mobilières* ». Selon l'article L. 511-1 du même Code[705], son inscription suppose la réunion de deux conditions cumulatives, à savoir : une créance

---

[703] Art. 277 C. civ., « *Indépendamment de l'hypothèque légale ou judiciaire, le juge peut imposer à l'époux débiteur de constituer un gage, de donner caution ou de souscrire un contrat garantissant le paiement de la rente ou du capital* ».

[704] Certains y voient, d'ailleurs, une altération de la pureté de la notion de sûreté judiciaire : Voir, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 561, p. 381.

[705] Art. L. 511-1 CPC exéc. « *Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.*
La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire. »

qui paraît fondée en son principe et des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.

Le législateur a entendu doter les sûretés judiciaires d'un régime général en regroupant l'ensemble des dispositions les régissant au sein du Code des procédures civiles d'exécution[706]. L'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 n'a pas remis en question cette volonté. En effet, si le Code civil comporte désormais une section intitulée « *Des hypothèques judiciaires* », cette dernière, composée d'un unique article relatif aux hypothèques judiciaires[707], renvoie au Code des procédures civiles d'exécution qui y fixe les conditions et les spécificités du régime.

356. Le domaine des sûretés judiciaires est donc strictement encadré par le législateur. Leur nombre est limitativement prévu par la loi. Les parties ne peuvent constituer une sûreté judiciaire que sur les immeubles, les fonds de commerce ou sur les actions, parts sociales et valeurs mobilières. De même, le caractère limitatif des sûretés judiciaires ne pose guère de difficulté en ce qui concerne leurs techniques juridiques, ces dernières ne se réinventant que difficilement. Les techniques de l'hypothèque et du nantissement semblent embrasser toutes les hypothèses auxquelles les parties sont confrontées en la matière. En effet, elles offrent une grande plasticité[708] et ce, indépendamment de la nature de la créance à garantir. Les parties y sont cantonnées.

357. Les sûretés judiciaires prennent modèle sur les sûretés réelles. Partant, « *le créancier titulaire de la sûreté judiciaire jouit des mêmes droits que le titulaire d'une sûreté conventionnelle ou légale* » [709]. Cela veut dire qu'il bénéficie donc du droit de préférence et du droit de suite qui sont des attributs des sûretés réelles. Or, il est acquis de longue date qu' « *aucune cause de préférence ne peut, par dérogation au principe d'égalité, exister qu'en vertu d'une disposition de la loi*[710] ». Par conséquent, une analyse téléologique

[706] Les sûretés judiciaires figurent dans le Code des procédures civiles d'exécution au Titre III du Livre V, de la partie législative (art. L. 531-1) et règlementaire (art. R. 531-1).

[707] Art. 2408 C. civ., « *L'hypothèque judiciaire, qui est constituée à titre conservatoire, est régie par le Code des procédures civiles d'exécution* ». Voir, art. L. 511-1 et s. et L. 531-1 et s. du CPC exéc.

[708] M. DAGOT, « *Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes* », *JCP* N, 1999, p. 381.

[709] Art. R. 532-8 CPC exéc., « *Si le bien est vendu avant que la publicité définitive ait été accomplie, le créancier titulaire de la sûreté judiciaire jouit des mêmes droits que le titulaire d'une sûreté conventionnelle ou légale […].* »

[710] Cass. civ., 31 mai 1880 : DP 1880, 1, p. 271.

pourrait conduire à soutenir qu'en ce qui concerne les mesures conservatoires, il n'y ait « pas de sûretés judiciaires sans texte ».

§3. LES CONTRAINTES TENANTES AU DROIT COMMUN DU CONTRAT ET DES OBLIGATIONS

358. Le droit commun français comporte un certain nombre de règles fondamentales qui viennent restreindre la liberté des parties à former une sûreté. Le caractère fondamental de ces règles leur confère un statut quasiment immuable de sorte que, logiquement, les différentes réformes du droit des sûretés ne les ont pas remises en cause. L'incidence de ces restrictions impératives du droit commun est forcément variable dans la mesure où les techniques des mécanismes de sûretés le sont tout autant. En forgeant notre analyse sur la *summa divisio* traditionnelle des sûretés fondée sur la distinction sûretés personnelles, sûretés réelles, on s'aperçoit, très vite, que la technique des sûretés réelles est largement plus affectée par les contraintes tenant au droit commun. En effet, la technique de ces dernières, à la différence des sûretés personnelles, repose sur *« l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs*[711] *[…] »* en garantie d'un paiement. Partant, elles auront beau faire preuve de créativité, elles ne sauraient disposer d'une totale autonomie à l'égard du régime juridique des choses grevées qui est déterminé par le droit des biens.

359. Ainsi, en droit français, dans bien d'hypothèses, le statut particulier d'un bien peut faire obstacle à la possibilité de l'affecter en garantie. Une sûreté réelle ne peut, naturellement, pas porter sur un bien qui n'est pas la propriété du constituant (**A**). Par ailleurs, il n'est pas possible de conclure un contrat de sûreté réelle sur les biens hors du commerce juridique (**B**) pas plus que sur les biens du domaine public (**C**).

[711] Art. 2323 C. civ. : *« La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier ».*

A. L'INTERDICTION DE CONSTITUER DES SÛRETÉS SUR LES BIENS D'AUTRUI

360. La qualité de propriétaire d'un bien doit précéder celle de constituant d'une sûreté réelle. En effet, la dépendance des sûretés réelles au régime juridique des biens grevées commande naturellement qu'un certain nombre de règles impératives du droit des biens s'imposent à elles. En tête de ces règles, figure l'impérativité que le constituant soit propriétaire du bien sur lequel il a l'intention de constituer une garantie. Cette exigence est si évidente que les ouvrages généraux en la matière n'abordent pas cette caractéristique lorsqu'il s'agit de traiter le thème des sûretés réelles. Pourtant, le législateur a consacré des dispositions du Code civil à cette exigence en ce qui concerne spécifiquement certaines sûretés réelles. Mais il convient, avant tout, de préciser les fondements de l'exigence pour le constituant d'être propriétaire du bien objet d'une sûreté réelle.

361. Le propriétaire est celui qui dispose d'un droit de propriété sur le bien[712]. Le droit de propriété est, quant à lui, le « *droit de jouir et de disposer des choses*[713] » dans sa forme la plus achevée et la plus complète. C'est la loi qui détermine quel est le champ d'action des sujets de droit sur chacun des attributs de la propriété. Or, il ne fait pas de doute que la constitution d'un droit réel relève d'un acte de disposition. En effet, l'acte juridique de disposition est essentiellement un acte ayant pour objet l'aliénation du droit de propriété ou la constitution d'un droit réel au profit d'autrui sur la chose. L'acte n'a pas pour objet la chose elle-même, mais bien le droit sur la chose. En cas de constitution d'un droit réel sur la chose, que ce soit un droit réel principal ou un droit réel accessoire, il est évident qu'il s'agit de démembrer le droit du propriétaire ou d'affecter le bien à la garantie d'une créance, en créant un droit réel sur la chose au profit d'autrui. Partant, le constituant doit être propriétaire du bien objet d'une sûreté réelle ou au moins, disposer de l'*abusus* sur ledit bien.

---

[712] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 12e éd., *PUF*, 2014, V° PROPRIETAIRE.

[713] Art. 544 C. civ. : «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* », qui donne une définition de la propriété selon ses attributs.

362. Ce raisonnement est conforté par le nouvel article 2410 du Code civil selon lequel « *L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui a la capacité de disposer de l'immeuble qu'il y soumet*[714] ». Le bien ne peut faire l'objet d'une hypothèque que par un acte de disposition, et celui qui a la capacité de disposer du bien n'est autre que son légitime propriétaire. La jurisprudence sanctionne traditionnellement cette interdiction par la nullité absolue de l'hypothèque constituée[715] par une personne autre que le propriétaire du bien. Cependant, il convient de noter que le fondement légal employé par la jurisprudence pour justifier cette sanction était, jusqu'à l'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, différent. En effet, les juges de la haute juridiction ont toujours rattaché l'interdiction à la prohibition de l'hypothèque sur les biens futurs[716]. Désormais, le nouvel article 2414 du Code civil prévoit que « l'hypothèque peut être consentie sur les immeubles présents et à venir […] ». Dès lors, le fondement légal de l'interdiction de constituer des sûretés réelles sur le bien d'autrui ne peut plus reposer sur ce fondement traditionnellement retenu par la jurisprudence et qui faisait l'objet de critiques au sein de la doctrine[717].

Le fondement de l'interdiction de constituer une hypothèque sur un bien n'appartenant pas au constituant ne peut résulter que des dispositions de l'article 2410 du Code civil.

363. Mais s'agissant du gage de la chose d'autrui, la jurisprudence antérieure à la réforme de 2006 devrait perdurer puisque l'ordonnance de réforme de 2021 n'a pas bouleversé les choses. Le nouvel article 2335 du Code civil retient que « *le gage de la chose d'autrui peut être annulé à la demande du créancier qui ignorait que la chose n'appartenait pas au constituant* ». Il s'agit ici, contrairement à la sanction de

---

[714] L'ordonnance de réforme du droit des sûretés en date du 15 septembre 2021 reproduit l'ancien article 2413 en substituant, toutefois, le terme « aliéner » par celui de « disposer ».

[715] Cass. civ., 24 mai 1892, *DP,* 1892, 1, p. 327, Sur le fondement de l'article (ancien) 2419 du Code civil, selon l'arrêt, la nullité ne saurait être couverte par l'acquisition ultérieure de la propriété de l'immeuble par le constituant.

[716] Anc. Art. 2419 : « *L'hypothèque ne peut, en principe, être consentie que sur des immeubles présents* ».

[717] MM. MESTRE, PUTMAN et BILLIAU soulignaient, juste titre, l'incohérence de ce fondement lorsqu'ils écrivaient : « *On peut vendre une chose future* (anc. Art. 1130 al. 1 C. civ.) *alors qu'on ne peut pas vendre la chose d'autrui. Si l'on ne peut pas hypothéquer la chose d'autrui, ce n'est pas […] parce qu'il est interdit d'hypothéquer une chose future* » : v. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles,* LGDJ, 1996, n° 313.

l'hypothèque, d'une nullité relative. Le texte est une consécration de la jurisprudence antérieure[718] sur la question, l'objectif clairement affiché de cette nullité relative étant la protection du créancier gagiste de bonne foi.

364. Ces nullités constituent des prescriptions fondamentales qui, il faut le dire, ont vocation à intervenir peu fréquemment. Toutefois, on ne saurait renier le caractère contraignant qu'elles opposent à la volonté des parties lorsque ces dernières souhaitent constituer une sûreté. Par contre, s'agissant des choses hors du commerce juridique, elles opposent des contraintes plus rigides à la volonté des parties.

B. L'INTERDICTION DE CONSTITUER DES SÛRETÉS SUR LES BIENS HORS DU COMMERCE

365. Le Code civil est explicite en ce qui concerne le statut des conventions portant sur les choses hors du commerce. Bien sûr, le droit des sûretés n'y échappe point puisque le législateur ne manque pas, en dépit d'avoir posé un principe général en ce sens, de le rappeler spécifiquement à propos de telle de ou telle sûreté. C'est le cas des hypothèques dont le régime a été clarifié par le législateur en 2021 et qui est spécifiquement consacré par un article rappelant que seuls *« sont susceptibles d'hypothèques* les *droits réels immobiliers qui sont dans le commerce*[719] ». La formule employée (*« dans le commerce »)* désigne les choses qui ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat entre particuliers[720] et rappelle celle anciennement consacrée par l'article 1128 du Code civil[721], posant le principe général de droit commun d'interdiction de former une convention sur les choses hors du commerce. Ces choses ne peuvent pas faire l'objet de conventions, donc sont hors du commerce, pour des raisons de moralité ou d'ordre public. Il faut, ici, faire le lien avec l'article 6 du Code civil selon lequel : *« on*

[718] Cass. com., 26 sept. 2006, n° 05-12177.

[719] Art. 2388 C. civ. : *« Sont susceptibles d'hypothèques tous les droits réels immobiliers qui sont dans le commerce ».*

[720] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 12e éd., *PUF*, 2014, p. 395.

[721] Anc. Art. 1128 C. civ. : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».*

ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs[722] ». Le principe d'autonomie de la volonté doit s'exprimer obligatoirement dans ce cadre ainsi que le rappelle l'article 1102 du Code civil[723]. La convention que les parties ont l'intention de former doit avoir un objet licite mais également une cause licite ; et finalement, l'Ordonnance du 10 février 2016 semble avoir opéré une synthèse de toutes les exigences en la matière à l'article 1162. En effet, aux termes de cet article, *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but*[724]. Autrement dit, tant les clauses du contrat que les objectifs poursuivis par les parties et donc les motifs pour lesquels elles ont contracté, doivent être conformes à l'ordre public.

366. À partir, donc, de ce bref aperçu sur la notion de choses hors du commerce, on peut affirmer que le droit des sûretés ne bénéficie d'aucun traitement de faveur en la matière. Nous l'avons vu, l'article 2388 du Code civil circonscrit la liberté des parties à constituer une hypothèque seulement parmi les droits réels immobiliers qui sont dans le commerce. Au-delà de ce cas particulier, en prenant comme fondement le principe général énoncé à l'article 1162 du Code civil, on peut relever plusieurs hypothèses d'interdiction.

367. Nous avons abordé jusque-là, de nombreuses situations où l'opération principale était parfaitement licite tandis que celle du garant se voit encourir

---

[722] L'ordre public est défini comme la norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni par leurs comportements, ni par leurs conventions. La notion d'ordre public marque la suprématie des intérêts généraux sur les intérêts particuliers. Une disposition d'ordre public est le plus souvent imposée par la loi mais il est depuis longtemps admis que le juge dispose aussi d'un pouvoir de définition de l'ordre public, ce dernier étant qualifié de virtuel (Cass. civ., 4 décembre 1929, Sirey 1931 I p49).
Le contenu de l'ordre public est par définition évolutif puisqu'il est lié aux valeurs d'une société, variables selon les époques. On oppose traditionnellement deux sortes d'ordre public. L'ordre public classique, dit aussi politique, vise à protéger les valeurs essentielles de la société relatives à l'Etat et à la famille (par exemple : l'interdiction de céder son droit de vote ; ou encore la nullité des contrats portant sur le corps humain). L'ordre public économique procède d'autres valeurs, essentiellement liées à l'économie. En son sein, on différencie l'ordre public de direction - par lequel l'Etat tente d'imposer à la société des règles nécessaires à la régulation économique (contrôle des changes, de la concurrence, des prix) - qui est aujourd'hui en fort retrait et l'ordre public de protection qui a pour objet de protéger la partie faible au contrat (par ex. le salarié ou le consommateur).
Les bonnes mœurs, quant à elles, renvoient à la morale du plus grand nombre. Sa substance a trait principalement à la sexualité. Avec la libéralisation actuelle des mœurs, la notion est en net recul et ne concerne aujourd'hui qu'une sphère d'interdits restreints, par exemple, l'inceste ou la bigamie.

[723] Art. 1102, al. 2 : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

[724] Art. 1162 C. civ., : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* » ; anc. Art. 1128 C. civ.

l'interdiction ou la nullité par la loi[725]. Mais qu'en est-il du scénario inverse ? Une obligation qui résulte d'une convention portant sur les choses hors du commerce conduit-elle automatiquement à la nullité du contrat qui garantit cette même obligation ? La question ne pose guère de difficulté en ce qui concerne le cautionnement. En effet, en raison du caractère renforcé de cette catégorie de sûreté personnelle, la réponse est forcément positive. Par exemple, les parties ne peuvent, par des conventions particulières, garantir le risque d'insolvabilité du débiteur du paiement du prix de la vente d'organes du corps humain. Dans ce cas de figure, l'engagement qui couvre le risque d'inexécution du contrat est lui-même illicite. Au-delà du cas spécifique du cautionnement, nous considérons que la réponse à la question initiale doit demeurer positive en raison de la portée générale de l'article 1162 qui s'applique à toutes les conventions dont les contrats de sûreté.

368. Les choses sont moins claires en ce qui concerne le droit de rétention. La règle de l'interdiction de constituer des sûretés sur les choses hors du commerce ne s'applique pas à ce mécanisme, dont la nature est controversée[726], de manière uniforme et mécanique. Ainsi, la jurisprudence a pu considérer que le droit de rétention pouvait porter sur les documents administratifs tels que la carte grise[727]. A l'inverse, elle a refusé que soit considéré comme un instrument de garantie un cadavre[728] ou de la marchandise contrefaite[729]. Ces hypothèses de biens hors du commerce sont envisagées *stricto sensu* vis-à-vis des dispositions expresses du Code civil. Dans d'autres hypothèses, la situation particulière du bien neutralise sa disponibilité, de sorte qu'il tombe, de fait, dans la catégorie des choses hors du commerce. L'interdiction est alors envisagée *lato sensu*.

---

[725] Par exemple, les hypothèses de nullité de la période suspecte.

[726] D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n°431.

[727] Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-13.690, *Bull. civ. IV*, n° 66, *RTD* com. 2013, p. 575, obs. D. LEGEAIS ; RLDA 2013/83, n° 4612, obs. Ch. LEBEL, *JCP* G 2013, n° 48, 1256, obs. Ph. DELEBECQUE ; Par contre, ce droit ne s'étend pas aux véhicules eux-mêmes comme l'avait retenu la Cour de cassation précédemment : Cass. com., 31 mai 1994, n° 91-20.677, *Bull. civ*. IV, n° 196, *JCP* E 1994, I, p. 570, n° 411, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

[728] T. civ. Seine, 20 nov. 1923, S. 1923, 2, p. 44 : *« Si les corps des défunts constituent en fait, pour les entrepreneurs de funérailles, l'objet d'une exploitation fructueuse, il n'en reste pas moins qu'en droit, ils ne présentent pas le caractère d'objets existant dans le commerce et susceptibles d'appropriation privée ».*

[729] Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-20.488, *Bull. civ.* IV, n° 185, RJ com. 2000, jur., p. 253, note M.-P. DUMONT.

369. Dans la catégorie des choses hors du commerce envisagée *lato sensu*, sont traditionnellement mentionnés les biens temporairement indisponibles en raison de l'existence d'une clause d'inaliénabilité sur le bien. Aux termes de l'article 900-1 du Code civil, « *les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime […]* ». D'une part, le texte vise ne les actes à titre gratuit. D'autre part, la clause est valable dès lors qu'elle est temporaire et justifiée par un intérêt légitime. Toutefois, la jurisprudence étend la catégorie des actes visés par le texte aux actes constitués à titre onéreux[730]. La validité d'une telle clause a pour principale conséquence de rendre insaisissable le bien frappé d'inaliénabilité. La question qui traverse immédiatement l'esprit est de savoir si l'on peut constituer une sûreté réelle sur de tels biens pendant leur période d'indisponibilité.

Ce dont on est sûr et qui ne fait l'objet d'aucun débat, est que les sûretés dont la source est judiciaire peuvent porter sur les biens frappés d'une clause d'inaliénabilité conventionnelle[731]. Le raisonnement ne soulève pas d'objection dans la mesure où la source de la sûreté est, ici, le juge donc l'acte de disposition ne provient pas de son bénéficiaire. Par ailleurs, l'acte ne conduit pas à la saisie du bien, il se limite à la prise d'un rang sur le bien. La même solution vaut également pour les sûretés légales[732].

370. Par contre, il n'en va pas de même pour les sûretés réelles conventionnelles. La Cour de cassation s'est toujours refusée de voir une sûreté réelle appréhender un actif patrimonial affecté d'une clause d'inaliénabilité. La constitution d'une telle sûreté est traditionnellement considérée par la jurisprudence comme un acte de disposition que prohibe justement la clause d'inaliénabilité[733]. Tel était également la position défendue par la doctrine classique selon laquelle : « « *Pour qu'un bien puisse être hypothéqué, il faut nécessairement qu'il soit aliénable, puisque l'hypothèque n'est pas autre chose historiquement*

---

730 Cass. civ., 31 oct. 2007, *Bull. civ.* 2007, I, n° 337 : D. 2008, p. 963, note A.-L. THOMAT-RAYNAUD.

731 Cass. civ. 1re, 9 oct. 1985, *Defrénois* 1987, art. 33918, obs. L. AYNES ; également dans ce sens, Cass. civ. 2e, 2 déc. 2010, *Dr. soc.,* 2011, comm., p. 47, note H. HOVASSE.

732 CAss. civ. 1re, 25 juin 1980, *Bull. civ.* I, n° 200, p. 162 ; *D.* 1981, IR. P. 90, obs. D. MARTIN ; *Drefrénois* 1981, art. 32608, n° 32, p. 468 et s., obs. C. CHAMPENOIS.

733 A propos de l'hypothèque : Cass. req. 20 fév. 1939, *DH* 1939.196 ; *DS*, 1941.221, note MAGUET ; Déjà, à propos du gage : PARIS, 26 janv. 1894, *D.,* 1894. 2. 215.

que la concession du droit d'aliéner conférée au créancier par le propriétaire du bien [...] »[734]. Cependant, la Cour de cassation avait semblé, à une époque, être plus nuancée dans son raisonnement puisque dans une décision du 17 mars 1964, la première chambre civile[735] a maintenu un cautionnement hypothécaire au motif que le contenu très détaillé du testament du *de cujus* n'interdisait pas l'hypothèque[736]. Pourtant, dans un arrêt plus récent du 23 février 2012[737], la Cour de cassation a adopté une position plus ferme qui consiste à affirmer que « *les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du Code civil* ». La solution est sévère, voire radicale, puisque la Cour assimile l'inaliénabilité et l'extra commercialité dans la mesure où cette dernière vise essentiellement les hypothèses où la loi, pour des raisons d'ordre public, interdit toute convention sur un bien[738]. En effet, l'objet de la clause d'inaliénabilité est d'empêcher la sortie du bien du patrimoine du propriétaire pendant la période d'indisponibilité. Or, initialement, l'hypothèque ne peut, par elle-même, faire sortir le bien du patrimoine du débiteur. Seule la dette souscrite et les mesures d'exécution forcée qui lui sont attachées peuvent aboutir à un tel résultat. Cela étant, nous souscrivons à l'analyse de la Cour de cassation pour deux raisons. En premier lieu, la solution adoptée par la Haute juridiction est conforme à la vision classique de la doctrine selon laquelle l'hypothèque serait un acte d'aliénation éventuelle du bien[739]. En second lieu, le rapprochement entre les termes explicites de l'article 2388 et ceux de l'article 1162 du Code civil est tout à fait naturel. Par définition une chose qui ne peut faire l'objet d'une convention, même temporairement tombe implicitement dans la catégorie des choses hors du commerce. À ce titre, un auteur avance une position nuancée, non moins intéressante, selon laquelle seules les biens frappés d'une inaliénabilité

---

[734] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil, t. XII, Sûretés réelles*, 1re partie, LGDJ, 1927, no 353.

[735] Cass. 1re civ., 17 mars 1964, *Bull. civ.*, no 62-10.965.

[736] «*L'examen du testament qui indique chez son rédacteur une particulière précision dans les moindres détails, et la rédaction de la clause qui ajoute à l'interdiction d'aliéner celle de lotir, permettent de penser que Beynie n'a pas entendu interdire d'hypothéquer, auquel cas il n'aurait pas manqué de le préciser* ». La Cour de cassation a adopté une position similaire à propos du nantissement des parts sociales : Cass. com., 30 sept. 2008, *Bull. civ.* IV, n° 165 ; *D.* 2008, p. 2596, obs. X. DELPECH.

[737] Cass. civ. 1re, 23 févr. 2012, n° 09-13113 ; *RLDC,* n° 97, oct. 2012, note J.-J. ANSAULT ; *CCC,* n° 5, mai 2012, comm. 116, note L. LEVENEUR.

[738] Art. 1162 C. civ.

[739] Car *in fine* elle entraîne la vente du bien à l'échéance.

d'origine légale devraient être considérées comme étant hors du commerce[740]. Seulement, que la clause d'inaliénabilité soit légale ou conventionnelle, son affectation à un bien conduit, nous semble-t-il, au même résultat, à savoir l'indisponibilité du bien. Certes, il est regrettable que la solution conduise à une sorte de paralysie du bien[741] pendant la période où la clause a vocation à s'appliquer, mais la position de la Cour de cassation n'est que le reflet du droit positif en la matière. D'ailleurs, la solution retenue devrait, en notre sens, pouvoir s'étendre naturellement à d'autres sûretés réelles.

371. Le droit positif français rend indisponibles d'autres catégories de bien qui rejoignent la catégorie des choses hors du commerce au sens *lato sensu*. Ces choses, en raison de leur indisponibilité, sont également insaisissables et ne peuvent faire l'objet d'une sûreté réelle. Ainsi, les biens « *indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades* » ne peuvent jamais être saisis, pas même pour le paiement de leur prix, fabrication ou réparation[742]. Selon les auteurs, MM. MESTRE, PUTMAN et BILLIAU, « *leur caractère de nécessité vitale les exclut du commerce juridique*[743] ».

À l'interdiction de constituer une sûreté sur les choses hors du commerce *stricto sensu* et *lato sensu*, il faut ajouter, parmi les prohibitions fondamentales, l'interdiction de constituer une sûreté réelle sur les biens publics.

C. L'INTERDICTION DE CONSTITUER DES SÛRETÉS SUR LES BIENS PUBLICS

372. Les personnes publiques peuvent sans mal constituer une sûreté sur les biens des personnes privées. Nous l'avons vu avec les privilèges du Trésor public ou encore de la sécurité sociale. Toute la question, ici, est de savoir si la réciproque est possible.

---

[740] C. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux, op. cit,.* n° 350.

[741] A cette paralysie, il faut ajouter qu'elle conduit à empêcher le propriétaire des biens inaliénables de se procurer du crédit.

[742] V. art. L. 112-2, 6°, C. proc. Civ. d'exéc., qui pose le principe général de l'insaisissabilité. V. également l'article R. 112-2 qui dresse la liste des biens insaisissables comme étant nécessaires à la vie et au travail du débiteur saisi et de sa famille.

[743] J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles,* LGDJ, 1996, n° 167..

Autrement dit, les personnes privées peuvent-elles constituer des sûretés réelles sur les biens publics ? Les sûretés réelles sont-elles compatibles avec le statut de la propriété publique ?

373. Les biens publics sont ceux qui relèvent du domaine public. Le domaine public est quant à lui constitué par les biens qui sont affectés soit à l'usage du public soit à un service public et soumis en tant que tels à un régime juridique particulier[744]. Un auteur donne plus de précision sur la catégorie des biens du domaine public. Selon le professeur FATOME, un bien ne peut être considéré comme appartenant au domaine public que si trois conditions sont réunies : *« être propriété d'une personne publique, affectée à l'utilité publique et spécialement aménagés en vue de la réalisation de cette affection[745] ».* Les biens qui remplissent donc ces conditions sont qualifiés de biens du domaine public. Cette catégorie de biens appartenant aux personnes publiques est spéciale en ce sens qu'elle obéit à une logique de continuité du service public et de protection des propriétés publiques. C'est pourquoi, l'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques pose un principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques[746]. De même, ils sont frappés d'inaliénabilité aux termes de l'article L. 3111-1 du CGPPP[747]. Ainsi, ne pouvant être aliénés, ni saisis, ces biens ne sauraient donc être l'objet de sûretés réelles. La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer l'interdiction légale à propos notamment de l'hypothèque[748] ou du crédit-bail[749].

374. Finalement, les biens du domaine public sont frappés, autant que les biens indisponibles car hors du commerce, d'une paralysie qui limite fortement l'accomplissement d'opérations économiques sur ces derniers. Cela est regrettable du point de vue économique puisque l'on peut tout à fait imaginer qu'une sûreté réelle

---

[744] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 12e éd., *PUF*, 2014, p. 799.
[745] E. FATOME, *« L'apport en garantie des équipements publics »*, *RIDC,* 2002, vol. 54, n° 1, p. 61-71.
[746] Art. L.2311-1 CGPPP : *« Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables » ;* V. art. L.1 CGPPP : *« Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics ».*
[747] Art. L. 3111-1 CGPPP : *« Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles ».*
[748] Cass. civ., 3e, 29 juin 1983, n° 82-10.038, *Bull. civ.,* n° 152, jugeant que *« les biens frappés d'inaliénabilité n'étant pas susceptibles d'hypothèque […], les hypothèques inscrites par la cafat pendant la période d'inaliénabilité sont nulles ».*
[749] CE, avis, 30 mars 1989, TGV Sud-Est ; *GACE*, *Dalloz*, 2e éd., 2002, n° 20, p. 213, comm. LABETOULLE.

puisse être constituée sur un bien public sans que cela ne conduise à la saisie du bien (protégé de toute façon par l'insaisissabilité). Cela aurait l'avantage de permettre aux personnes publiques, notamment les collectivités territoriales, de privilégier les sûretés au lieu de vendre leurs biens pour éponger leurs dettes.

* *
*

375. Conclusion de la section 2. Le choix des sûretés, bien qu'empreint de la volonté des parties, se trouve inévitablement soumis à une série de contraintes aux origines multiples. L'analyse de ces contraintes, qu'elles soient circonstancielles, propres au droit des sûretés, ou découlant du droit commun des contrats et des obligations, révèle une dynamique complexe qui module le champ des possibles dans la constitution des garanties.

Les sûretés légales, teintées des choix politiques du législateur, illustrent l'influence prépondérante de la loi dans la détermination des contours des prérogatives, du rang des créanciers et d'autres aspects cruciaux. Les sûretés judiciaires, par leur dimension coercitive, offrent un aperçu supplémentaire des pressions judiciaires pouvant orienter le choix des parties. Enfin, les interdictions strictes du droit commun, telles que celles relatives à la constitution de sûretés sur des biens d'autrui, des biens hors du commerce ou des biens publics, agissent comme des frontières à ne pas franchir.

Même si la claustration de la liberté contractuelle dans ce carcan de contraintes trouve aisément une justification, ne serait-ce que pour la sécurité des transactions, certaines règles méritent néanmoins des assouplissements. Nous pensons par exemple que la paralysie qui frappe les biens du domaine public, limitant fortement l'accomplissement d'opérations économiques, est assez regrettable. Pourquoi une personne privée ne pourrait-elle pas se doter de sûretés sur le patrimoine d'une personne public ? Au demeurant, les collectivités publiques bénéficient-elles encore de la presomption de solvabilité qu'on les reconnaissait d'antant ? Dans le cadre d'une réforme du statut juridique des biens publics, il serait souhaitable qu'une sûreté réelle puisse être constituée sur un bien public. Un tel assouplissement ne sera possible que si le législateur consent à redéfinir le principe d'insaisissabilité. Cela aurait l'avantage d'offrir aux entités publiques, en particulier aux collectivités territoriales, la possibilité de favoriser l'utilisation de sûretés plutôt que de vendre leurs biens pour rembourser

leurs dettes. Corrélativement, une telle réfome permettrait aux établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) de combler leur déficit de compétitivité dans l'accès au crédit face à leurs concurrents du secteur privé.

Conclusion du chapitre 1.

376. La liberté contractuelle, bien que fondamentale, n'est pas absolue dans le choix des sûretés. Elle s'inscrit dans un cadre strict qui vise à assurer l'équité et la protection des parties. Cependant, une critique émerge naturellement de cette dynamique. L'excès de tempéraments et de contraintes, bien qu'intentionné pour garantir la sécurité des transactions, peut parfois engendrer une paralysie excessive et entraver l'attractivité du marché économique. La multiplication des régulations peut compliquer inutilement les processus contractuels, décourageant potentiellement les parties de s'engager dans des mécanismes trop complexes.

En effet, les contraintes, qu'elles proviennent de circonstances particulières, du droit des sûretés ou du droit commun du contrat, façonnent le choix des parties de manière significative. Les sûretés légales, influencées par des choix politiques, et les sûretés judiciaires, exerçant une pression coercitive, illustrent l'influence prépondérante de la loi et des décisions judiciaires dans la détermination des contours des prérogatives et du rang des créanciers.

En reconnaissant la nécessité de ces régulations pour assurer la sécurité des transactions, il est impératif de considérer des assouplissements là où la rigidité peut entraver des opportunités économiques. Par exemple, les restrictions de la liberté contractuelle autour des biens du domaine public pourraient être revues pour permettre des transactions plus souples.

Chapitre 2

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA CONSTITUTION DES SÛRETÉS

377. Lors de la formation d'une sûreté, la phase de constitution revêt une importance cruciale. Elle correspond au moment précis où une sûreté est établie conformément à la loi entre les parties concernées[750]. Au cours de cette phase initiale, les acteurs contractuels façonnent les contours de leur engagement et déterminent les règles qui régiront la garantie constituée. Mais surtout, durant cette phase, la volonté des parties est perturbée par nombreuses règles impératives émanant du droit des sûretés mais également d'autres matières du droit comme le droit de la consommation, le droit des sociétés ou encore le droit des entreprises en difficulté. Il en résulte une place fluctuante de la liberté contractuelle, oscillant entre encadrement de la loi et de la jurisprudence, et affranchissement des volontés.

L'Ordonnance de réforme du 21 septembre 2021 a réaffirmé cette place fluctuante de la liberté contractuelle dans la constitution des sûretés en faisant basculer le contrat de cautionnement dans la catégorie des contrats solennels alors que le principe du consensualisme s'applique encore aux autres sûretés personnelles. À l'inverse des sûretés personnelles, le législateur consacre, un traitement égalitaire et rigide du formalisme aux sûretés réelles qui se trouve être justifié par la technique même de cette catégorie de sûreté. En effet, les principes de spécialité et de sécurité juridique des transactions justifient respectivement l'existence d'un écrit et l'accomplissement d'une publicité.

[750] G. CORNU, *op. cit.*, V° CONSTITUTION : « *Action d'établir conformément à la loi ; se dit surtout soit de l'établissement d'une personne morale, ou plus généralement de la création d'un groupement, soit de la collation d'une sûreté. Ex. constitution d'une société, constitution d'une hypothèque, d'un gage ou même d'un *gardien après saisie* ».

On note la même tendance dans le contexte des sociétés. Le dirigeant social est soumis à un encadrement tant législatif que jurisprudentiel, avec des restrictions spécifiques selon le type de société et le caractère limité ou illimité des risques encourus. Parallèlement, les procédures d'insolvabilité introduisent une série de contraintes, influençant le pouvoir des parties à constituer de nouvelles sûretés après l'ouverture de ces procédures.

Cette liberté est également fluctuante dans le gage accordé au créancier. Tandis que les sûretés réelles imposent des restrictions strictes en termes de biens grevés et de créances garanties, les sûretés personnelles offrent une plus grande latitude, illustrée notamment par la reconnaissance du cautionnement omnibus et la protection du patrimoine du garant.

378. Au regard de cette multitude de facteurs susceptibles d'affecter la volonté des parties, notre analyse révèle la dualité du formalisme (**Section 1**), la variation du pouvoir de constituer une sûreté (**Section 2**) et les nuances de la liberté accordée dans le gage accordé au créancier (**Section 3**), éclairant ainsi les multiples facettes de cette phase cruciale des relations contractuelles.

SECTION 1

LA PRÉÉMINENCE GRANDISSANTE DU FORMALISME DANS LE CONTRAT DE SÛRETÉ

379. Toute question relative à la forme constitutive des sûretés conduit inéluctablement à se transporter au moment où les parties décident de leur constitution. Cette constitution nécessite un prérequis qui correspond à la volonté de contracter à son état primitif : La manifestation intérieure de contracter, de modifier l'ordonnancement juridique[751]. Indépendamment de sa nature légale, judiciaire ou

[751] Processus que nous avions décrit à suffisance, V. *supra* n° 382.

conventionnelle, sa constitution supposera toujours la conclusion d'un contrat qui conduit à l'incontournable rencontre entre les volontés des parties.

Cette rencontre suppose que les volontés respectives des parties soient extraites de leurs esprits afin de faire l'objet d'une expression matérielle : La manifestation extérieure de la volonté de contracter. De l'extériorisation de cette expression de la volonté, dépendra la forme constitutive de la sûreté.

Notons à ce titre que la problématique de la forme constitutive du contrat, et en particulier du respect du formalisme, exclut la mise en œuvre de la théorie des vices du consentement en ce sens qu'il s'opère, de fait, une absorption du fond par la forme[752].

380. Cela étant dit, les sûretés personnelles sont, en principe, des contrats consensuels. C'est-à-dire que la manifestation de la volonté des parties ne requiert aucun formalisme particulier. En clair, le contrat est parfait par le seul échange des consentements entre le garant et le créancier. Ainsi, sans que la loi ne l'exige, les parties sont libres de constituer la sûreté personnelle pour laquelle elles optent devant notaire[753] ou contresignée par un avocat[754] conformément à la lettre de l'article 1102 du Code civil[755]. Mais dans le même temps, le législateur et la jurisprudence ont très vite manifesté leur préoccupation face à la situation du garant, et en particulier celle de la caution, en imposant aux parties des exigences de preuve dans la constitution des sûretés sans que celles-ci ne puissent affecter la validité du contrat. La conjugaison du principe du consensualisme et ses tempéraments qui, pourtant à notre sens, établissait un équilibre satisfaisant entre la liberté contractuelle, fondement essentiel

---

[752] Ch. ALBIGÈS, *« L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », Mélanges J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 1 et s., n° 17.

[753] Lorsque la garantie est contenue dans un acte authentique, précisément un acte notarié, il ne comporte pas de mention manuscrite et se réduit à un ensemble de clauses. Ainsi, un tel acte offre au créancier une meilleure protection contre les risques d'inefficacité de la sûreté pour défaut de preuve ou de validité ; Et le garant pour sa part, bénéficie, du fait de l'intervention du notaire, d'un devoir de conseil suffisant pour lui faire comprendre la nature et la portée de son engagement ; V. Cass. com. 29 janv. 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 41, p. 25 ; V. également à propos du mandat authentique de porter caution, Cass. 1re civ., 13 févr. 1996 : *Bull. civ.* I, n° 79, p. 51 ; JCP G, 1996, I, 3983, n° 1, obs. G.VISSAMY.

[754] V. la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, instituant l'acte sous seing privé contresigné par avocat.

[755] Qui réaffirmant le principe de la liberté contractuelle, consacre le principe de la liberté de *déterminer de la forme du contrat dans les limites fixées par la loi*.

du contrat, et la volonté légitime du législateur de contrôler le consentement de la caution en raison de la dangerosité de son engagement, a semblé de toute évidence insuffisante aux yeux du législateur. N'ayant pu résister à l'atmosphère ambiante du droit positif préexistant sur la question, le législateur a fait le choix d'établir un formalisme informatif protecteur de la caution en consacrant dans le Code civil des mentions manuscrites exigées comme condition de validité.

381. Les sûretés réelles obéissent à une logique différente. En la matière, la manifestation de la volonté demeure illusoire tant qu'elle ne s'extériorise pas dans un formalisme impératif. Ce formalisme, contrairement aux sûretés personnelles, n'a pas pour fonction exclusive de protéger le constituant. En effet, une sûreté réelle n'est pas, *strico sensu,* constitutive d'un acte d'endettement[756]. Elle résulte plutôt de la condition ou de la conséquence de l'endettement. Tout en s'assurant de l'intégrité du consentement du constituant, le formalisme existant dans le droit des sûretés réelles est davantage justifié par l'objectif d'assurer une information effective à l'égard des tiers. Il l'est également en raison de la technique même de cette catégorie de sûreté puisque la matière est attachée à l'exigence de spécialité et d'individualité de l'assiette des biens objet de la garantie. Le respect d'une telle exigence suppose une identification précise d'un certain nombre d'éléments dans l'acte constitutif.

Participant au mouvement grandissant du formalisme en droit français[757], le formalisme s'applique de manière uniforme au sein du droit des sûretés réelles en vue de lui conférer une efficacité maximale dans l'intérêt des tiers.

382. On note donc une application hétérogène du formalisme en droit des sûretés. Alors qu'il se manifeste de manière rigide et égalitaire dans les sûretés réelles (**§1**), il accorde un traitement spécifique et particulier au cautionnement au sein des sûretés personnelles (**§2**).

---

[756] V. M. GRIMALDI, *« Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport français », in Les garanties du financement, LPA,* 26 juin 1996, n° 77, p. 7, spéc. n° 1.

[757] G. COUTURIER, *« Les finalités et les sanctions du formalisme », in* Le formalisme, *Journées Jacques Flour de l'association Henri Capitant, Defrénois*, 2000, n° spécial 15-16, art. 37209, p. 880 s.

§1. UNE APPLICATION RIGIDE ET ÉGALITAIRE DU FORMALISME DANS LES SÛRETÉS RÉELLES

383. Pour que l'acte constituant une sûreté réelle puisse être effectif, le consentement des parties doit apparaître dans une forme incontestable : l'écrit (**A**) ; et visible : la publicité (**B**) à laquelle pourront se fier les tiers.

A. L'EXIGENCE D'UN ÉCRIT

384. La technique des sûretés réelles impose une identification précise des droits et obligations de chaque partie au contrat. Cette exigence d'identification résulte de celle plus générale de spécialité non seulement des biens grevés mais également des créances garanties. Or, le respect de telles exigences passe naturellement par un écrit. Le domaine de l'écrit est général puisqu'il est exigé pour l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles.

385. Il en ainsi des sûretés immobilières conventionnelles : l'hypothèque et le gage immobilier qui doivent être constatés dans un acte notarié à peine de nullité (respectivement les art. 2409[758] et art. 2380 C. civ.). À la faveur de l'ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021, le législateur a étendu le champ de domaine de l'exigence de l'écrit en ce qui concerne l'hypothèque. Désormais, le mandat d'hypothéquer est soumis aux mêmes conditions de forme que l'hypothèque conventionnelle. Conformément à une jurisprudence ancienne et en application du parallélisme des formes[759], le mandat d'hypothéquer est consentie par acte notarié. Cependant, le législateur n'a pas souhaité étendre le domaine de l'article 2409 à la promesse d'hypothèque. Cette décision semble s'expliquer par la finalité même du formalisme au sein des sûretés réelles. Nous le rappelions tantôt, le formalisme en la

[758] Art. 2409 C. civ. : « *L'hypothèque conventionnelle est consentie par acte notarié. Le mandat d'hypothéquer est donné dans les mêmes formes.* »
[759] Cass. civ. 1re, 7 févr. 1854, *DP* 54, 1, 49.

matière n'est pas exclusivement justifié par la protection du constituant. Si cela était le cas, la promesse de sûreté obéirait aux mêmes règles de validité que le contrat de sûreté lui-même. Pour autant, la formation de la promesse demeure sous forme écrite, par acte sous seing-privé.

386. Il en est de même des sûretés mobilières : l'écrit est exigé pour l'ensemble de ces mécanismes. Le gage (art. 2336 C. civ.), le nantissement (art. 2356 C. civ.), le nantissement de fonds de commerce (art. C. civ.), la propriété retenue à titre de garantie (art. 2368 C. civ.), la cession de créance à titre de garantie (art. 2373-1 C. civ.), la cession de somme d'argent à titre de garantie (art. 2374-1 C. civ.), les hypothèques maritimes (art. 241 C. douanes), fluviales (art. Article L4122-3 C. transports) et sur les aéronefs (art. L. 1223 s. et R. 122-1 s. C. aviation) la cession ou le nantissement de créance Dailly (art. L. 313-23 CMF), le nantissement de comptes-titres (D. 211-10 CMF), le nantissement des brevets d'invention (art. L. 613-8 CPI) etc. L'écrit constitue une condition de validité qui fait des sûretés mobilières des actes solennels. Il faut noter que l'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 est venue parachever un mouvement grandissant du formalisme s'agissant du gage. En effet, avant la réforme du 23 mars 2006, le gage était un contrat réel qui se formait par la remise de la chose[760]. L'écrit n'était prescrit qu'à peine d'inopposabilité de la sûreté à l'égard des tiers. Si l'ordonnance de 2006 a été l'occasion de dépasser cet anachronisme, demeurait en suspens le sort du gage commercial au sujet duquel la preuve est libre. La problématique était la suivante : l'exigence *ad validitatem* du droit commun du gage issue de la réforme de 2006 à l'article 2336 devait-elle s'appliquer au gage commercial ? De nombreux auteurs ont considéré que le champ d'application du texte devait s'étendre aux gages commerciaux[761]. La Cour de cassation s'y est refusée[762] pour une raison assez évidente : l'ordonnance de 2006 n'a pas abrogé l'article L. 521-1 du Code de commerce selon lequel la preuve est libre en matière de gage commercial. Désormais, c'est chose faite puisque la réforme du 15 septembre 2021, en intégrant le

[760] Depuis cass. civ. 18 mai 1898, *DP* 1900, I, p. 481 s.
[761] Par ex. L. AYNÈS, *« Le nouveau droit du gage », Dr. et pat.* Juill.-août 2007, p. 48 s., spéc. 50.
[762] Cass. com., 17 févr. 2015, n° 13-27080 : *Bull. civ.* IV, n° 39 : *«Mais attendu, d'une part, que l'article L. 521-1, alinéa 1er, du code de commerce, qui n'a pas été modifié par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, permettant de constater par tous moyens le gage commercial, rend inapplicable à ce dernier les dispositions de l'article 2336 du code civil qui subordonne la validité du gage à la rédaction d'un écrit ».*

gage commercial dans le régime du gage commun, n'a pas omis d'abroger l'article L. 521-1 du Code de commerce. Partant, quelle qu'en soit sa nature, le contrat de gage devient un contrat solennel.

387. Outre l'exigence de l'écrit, le contrat de sûreté réelle doit contenir un certain nombre de mentions sur le ou les biens donnés en garantie, qu'il s'agisse de biens corporels ou incorporels, de même que la mention de la ou des créances garanties[763]. Ces exigences relatives au contenu de l'écrit ne sont que l'application du principe de spécialité dont la présence est manifeste au sein de cette catégorie de sûreté. La jurisprudence exerce un contrôle attentif à propos du respect de ces exigences. Ce fut le cas notamment en matière hypothécaire où la Cour de cassation[764] imposa aux parties d'indiquer dans l'acte non seulement le montant mais également la cause de la créance garantie, ce conformément à l'article 2415 du Code civil[765]. À ces mentions classiques, le contrat de sûreté réelle doit naturellement indiquer l'identité des parties contractantes[766].

On l'aura compris, l'écrit doit contenir, à peine de nullité, l'ensemble des éléments essentiels du contrat de sûreté tels que prévus par les différentes dispositions régissant chacune de ces sûretés réelles. Cette sanction démontre, une fois de plus que le formalisme des sûretés réelles a d'autres finalités que celles tournées exclusivement vers la protection du constituant. Si cela était le cas, la sanction de l'irrégularité de la solennité entraînerait une nullité relative comme l'exigerait théoriquement la finalité protectrice du consentement et non une nullité absolue[767].

---

[763] Le gage (art. 2336 C. civ.), le nantissement (art. 2356 C. civ.), le nantissement de fonds de commerce (art. C. civ.), la propriété retenue à titre de garantie (art. 2368 C. civ.), la cession de créance à titre de garantie (art. 2373-1 C. civ.), la cession de somme d'argent à titre de garantie (art. 2374-1 C. civ.) la cession ou le nantissement de créance Dailly (art. L. 313-23 CMF) le nantissement de comptes-titres (D. 211-10 CMF), le nantissement des brevets d'invention (art. L. 613-8 CPI) etc.

[764] Cass. civ. 6 févr. 1939, *DP* 1939, 1, p. 53, note PLASSARD.

[765] Anc. Art. 2421. Le texte a été reproduit à l'identique par la réforme de 2021.

[766] Avant la réforme de 2021, l'ancien article 2372-2 du Code civil exigeait, à l'occasion de la conclusion d'un contrat de sûreté à titre de garantie, l'évaluation des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire. Le nouvel article 2372-2 issu de la réforme supprime cette exigence : « *En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie* ».

[767] Par ex. cautionnement hypothécaire consenti sous seing privé : Cass. civ. 3e, 16 févr. 2006, *Bull. civ.* III, n° 35.

Il semble que la véritable justification du formalisme des sûretés réelles réside dans la volonté du législateur de protéger les tiers qui sont, eux, réellement exposés aux dangers de la constitution d'une sûreté réelle. La détermination des biens grevés ainsi que le montant de la créance garantie dans l'acte constitutif matérialise le principe de spécialité, et permet aux parties de délimiter l'étendue exacte des prérogatives que pourra exercer le créancier contre les tiers. Il en résulte que la solennité des sûretés réelles est l'expression d'un « formalisme de sécurité juridique[768] » mais surtout un passage obligé pour l'accomplissement d'un autre formalisme : celui de la publicité.

B. LE FORMALISME PUBLICITAIRE

388. La publicité est une étape obligatoire dans le parcours formaliste d'un contrat de sûreté réelle. Il revêt peu d'utilité lorsque le créancier est en possession du bien grevé puisque l'on considère que le dessaisissement du débiteur est censé permettre aux tiers d'être informés de la constitution de la sûreté. Il en va autrement lorsque le constituant est toujours en possession du bien. Les sûretés réelles sans dépossession ne manifestent aucun signe extérieur, aucun signe tangible n'apparaît aux tiers. La publicité a alors pour fonction d'informer le public ou du moins en faire présumer sa connaissance.

Il convient, de prime abord, de noter que le formalisme ne s'applique pas de manière uniforme lorsque l'on prête attention à certaines catégories de sûretés réelles. À titre d'exemple, le Code monétaire et financier consacre une disposition qui exonère les parties de toute exigence de forme lorsqu'elles constituent une sûreté en garantie d'obligations financières. Selon l'article L. 211-38, II, *« de telles garanties et leur opposabilité ne sont subordonnées à aucune formalité »*. De même, l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 n'a pas modifié la substance de l'article 2361 institué par l'Ordonnance de 2006 à propos de la prise d'effet du nantissement. Le texte prévoit

[768] Expression utilisée par Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés,* th. Préc., n° 459 s.

que l'opération de sûreté est opposable aux tiers à partir de sa date de constitution[769]. En clair, exception faite du débiteur nanti auquel l'acte doit être notifié s'il n'y intervient pas[770], aucune publicité du contrat de nantissement n'est requise. Par ailleurs, et cela est encore plus frappant, de nombreux privilèges ne font l'objet d'aucune publicité. Le droit de préférence que se voit conféré le bénéficiaire du privilège en raison de la qualité de sa créance émane de la loi elle-même. Cet avantage est de nature à s'imposer indépendamment de toute considération extérieure, même légitime. Partant, elle s'impose aux tiers y compris hypothécaires et le classement de ces privilèges non publicitaires est entièrement réglé par le législateur. C'est les cas des privilèges généraux prévus à l'article 2331 du Code civil, de certains privilèges mobiliers ou encore du privilège du syndicat des copropriétaires (art. 2402, 3e, 2418, al. 2 et 2421, al. 1 C. civ.).

Ces hypothèses où les sûretés réelles se trouvent exonérées de toute exigence de publicité trouvent justification dans la finalité même de leur consécration dans l'ordre juridique par le législateur. En effet, le législateur a sans doute considéré que rajouter une formalité supplémentaire à la charge du bénéficiaire risquerait de compromettre l'efficacité de l'avantage. Quant à l'information des tiers, certains auteurs considèrent que la situation professionnelle du débiteur devrait permettre, par déduction, de deviner leur existence[771].

389. Au-delà de ces hypothèses, le titulaire d'une sûreté réelle doit s'empresser d'accomplir les formalités de publicité requises s'il veut conserver le bénéfice des prérogatives de sa sûreté. Leur accomplissement ne sert pas simplement à informer les tiers ou à conforter le bénéficiaire. La publicité permet surtout à ce dernier de pouvoir se prévaloir des prérogatives que lui confère la sûreté. Il ne s'agit pas d'affirmer, ici, que la publicité est une condition de validité de l'acte mais de la considérer comme

---

[769] Art. 2361 C. civ. : « *Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation, la preuve de la date incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen.* »

[770] Art. 2362 C. civ. : « *Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte.* »
A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance ».

[771] V. en ce sens, J. FLOUR, *Cours de droit civil,* Licence 3e année, Les cours du droit, 1935, p. 350 ; P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Videcoq, Paris, 1836, p. 244-245.

étant une condition d'efficacité. Sans elle, l'acte constitutif de la sûreté réelle n'est qu'un « *fantôme*[772] ». Seul l'accomplissement des formalités de publicité permet à ce spectre de prendre chair afin de produire les effets de droit prévus lors de sa constitution.

La formalité publicitaire est quasiment consubstantielle en matière de sûretés réelles immobilières et spécialement en ce qui concerne l'hypothèque. Depuis l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, le législateur a élargi le domaine des hypothèques légales en y introduisant les anciens privilèges immobiliers spéciaux[773] qui, dorénavant, sont soumis au même régime que les hypothèques légales. Par conséquent, conformément aux dispositions de l'alinéa 1er de l'article 2418 du Code civil, « *Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi* »[774]. Et l'alinéa 1er de l'article 2421 du même Code d'ajouter qu'elles « *sont inscrites au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens* ». Ce n'est que postérieurement à l'accomplissement de ces formalités que le bénéficiaire pourra se prévaloir des prérogatives qui résultent de l'hypothèque. Ainsi, l'article 2418 précité, qui subordonne la prise de rang à l'inscription de l'hypothèque, indique la date à laquelle le créancier pourra se prévaloir de son droit de préférence. De même, en ce qui concerne le droit de suite, le nouvel article 2454 du Code civil reprend la substance l'ancien article 2461 et dispose en son 2e alinéa : « *Le tiers acquéreur est ainsi obligé, dans la limite des inscriptions, à toute la dette garantie […]* ». C'est-à-dire que l'engagement à toutes les dettes hypothécaires est conditionné par l'accomplissement des formalités d'inscription et donc publicitaires. Les prérogatives attachées à l'hypothèque que sont le droit de préférence et le droit de suite ne produisent d'effet qu'à compter de la publicité de la sûreté.

La formalité publicitaire n'est pas exclusive aux sûretés réelles immobilières. Certaines

[772] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n° 670, à propos de l'hypothèque.
[773] Anc. Art. 2374 C. civ.
[774] Nous l'avons déjà vu, l'alinéa 2 du même article dispense le privilège immobilier du syndicat des copropriétaires de l'accomplissement de cette formalité.

sûretés mobilières y sont soumises. C'est notamment le cas du nantissement de fonds de commerce pour lequel l'alinéa 2 de l'article L. 142-3 du Code de commerce prévoit que « *le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité* ». Il en est de même pour le gage automobile[775]. En attendant les articles 2351, 2352 et 2353 restent applicables jusqu'à cette dernière date.

390. Nous l'avons vu, l'accomplissement des formalités de publicité constitue une condition d'efficacité des sûretés réelles. Naturellement, il permet aussi l'information des tiers. C'est dans l'exemple du gage sur les meubles corporels que cet aspect des effets de la publicité s'illustrent le mieux. Selon l'article 2337 du Code civil, le gage est opposable aux tiers non seulement « *par la publicité qui en est faite* », mais également « *par la dépossession, entre les mains du créancier ou d'un tiers qui, tel un connaissement, le représente* ». Au-delà, de nombreuses autres dispositions légales exigent la publicité des sûretés mobilières (comme les hypothèques maritimes, fluviales…).

391. Finalement, le formalisme consacré par le droit français des sûretés réelles est étroitement lié à la technique de cette catégorie de sûreté. D'une part, l'écrit n'est que la conséquence de l'application du principe de spécialité qui impose la détermination de la créance et des biens objet de la garantie. D'autre part, la publicité n'est que la conséquence de l'objectif fondamental de la sécurité juridique des transactions. C'est pourquoi la publicité est une formalité bien connue du régime des droits réels avant même celui des sûretés réelles.

On ne peut pas en dire autant en ce qui concerne les sûretés personnelles. La prééminence du formalisme institué par le législateur trouve sa source dans la volonté de protection du garant. La quête de cet objectif a conduit à un traitement particulier réservé à la caution au sein de cette catégorie de sûreté.

[775] Art. 2351 C. civ.

§2. UNE APPLICATION SPÉCIFIQUE ET PARTICULIÈRE RÉSERVÉE AU CAUTIONNEMENT DANS LES SÛRETÉS PERSONNELLES

392. On aurait pu penser que, contrairement aux sûretés réelles, la technique des sûretés personnelles dispenserait les parties de toute exigence impérative quant à leur forme constitutive[776]. Si la constitution de la majorité des sûretés personnelles ne requiert aucun formalisme particulier, il en est autrement s'agissant du contrat de cautionnement. Ce dernier connaît, depuis plusieurs décennies, une crise[777] à laquelle l'essor du formalisme a fortement contribué. Après plusieurs tentatives de clarification du formalisme du contrat de cautionnement par la jurisprudence et le Code de la consommation, le législateur, abrogeant l'ensemble des dispositions spéciales, a consacré un nouvel article 2297 du Code civil qui fait du cautionnement un contrat solennel. La conception traditionnelle du Code civil de 1804 reposant sur un consensualisme atténué d'un formalisme seulement *ad probationem* et parfaitement conforme à la liberté contractuelle, laisse désormais place à un contrat solennel soumis à des mentions manuscrites requises *ad validitatem.*

393. La crise du formalisme du cautionnement était telle que sa consécration au sein du Code civil était inéluctable (**A**). Corrélativement, cette consécration marque l'abandon du consensualisme traditionnel du cautionnement issu du Code civil de 1804 (**B**).

A. LA CONSÉCRATION INÉLUCTABLE DANS LE CODE CIVIL DU FORMALISME CONTEMPORAIN ISSU DU DROIT DE LA CONSOMMATION

394. Afin de bien mesurer l'ampleur du changement ainsi que la portée du nouveau dispositif relatif au formalisme du cautionnement (**2**), il convient, au préalable, d'étudier sa genèse (**1**).

---

[776] Dans le sens où leur constitution n'implique pas une affectation au sens strict à l'instar des sûretés réelles.

[777] V. Ph. DELEBECQUE, « *Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement ?* », *RJ com.* 2004, p. 226 et s., n° 6.

1. La genèse du formalisme ad validitatem de l'article 2297 du Code civil

395. À peine la jurisprudence de la Cour de cassation réaffirmait la nature consensuelle du cautionnement[778], le législateur, par la loi du 31 décembre 1989, dite loi NEIERTZ[779], puis par la loi du 21 juillet 1994[780] et enfin par celle du 1er août 2003, dite loi DUTREIL[781] réintroduisait un formalisme *ad validitatem.*

La consécration des différentes dispositions relatives au formalisme du Code de la consommation a eu pour conséquence de rendre le champ d'application de la mention manuscrite du Code civil de 1804 résiduel[782]. Il convient de revenir sur la construction de ce formalisme qui s'est manifestée dans un premier temps par des interventions ponctuelles du législateur dans le Code de la consommation (**a**) pour protéger la caution ; puis dans un second temps par la jurisprudence (**b**) qui s'est efforcée de restaurer un équilibre entre protection de la caution et efficacité du cautionnement.

a. L'influence du Code de la consommation

396. Par deux séries d'interventions législatives portant successivement sur le cautionnement des crédits à la consommation et des crédits immobiliers (**α**), le cautionnement des baux d'habitation (**β**) et de manière plus générale le cautionnement entre une personne physique et un créancier professionnel (**γ**), le législateur a subordonné la conclusion du cautionnement au respect d'un formalisme exigé à titre de validité de l'engagement de la caution.

---

[778] Cass. com., 21 juin 1988, *Bull. civ.* IV, n° 212, *JCP éd. G* 1989, II, 21170, note Ph. DELEBECQUE ; *D.* 1989, somm. p. 3334, obs. L. AYNÈS.
[779] Anc. Art. L. 314-15 et art. L. 314-16 C. consom.
[780] V. anc. art. 22-1 L. 9 juill. 1989.
[781] Anc. Art. L. 331-1 et L. 331-2 C. consom.
[782] Théoriquement le siège du droit commun du cautionnement se trouve dans le Code civil. Mais en pratique les dispositions du Code de la consommation visent l'essentiel des cautionnements. En application de la maxime *Specialia generalibus derogant,* c'est le formalisme du Code de la consommation qui a vocation à s'appliquer et où siège dorénavant le doit commun du cautionnement.

α. La loi NEIERTZ

397. Au moment où la controverse sur la portée *ad probationem* ou *ad validitatem* de l'article 1376 (anc. Art. 1326) du Code civil battait son plein et que la Première chambre civile, devant les pluies de critiques, amorçait un retour à la vocation purement probatoire du texte[783], le législateur introduisait, à travers la loi *NEIERTZ*[784], aux articles L. 314-15[785] et L. 314-16[786] l'exigence de mentions manuscrites devant impérativement figurer lors de la conclusion des cautionnements souscrits par des personnes physiques en garantie d'un crédit à la consommation[787] ou d'un crédit immobilier[788]. En effet, à travers l'ancien article L. 314-15 le législateur dictait littéralement à la caution l'expression de sa volonté par la rédaction à la main de la mention suivante : « *En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même* " ». De même, lorsqu'il s'agissait d'un cautionnement solidaire, le législateur procédait de la même manière en exigeant de la caution la rédaction de la mention suivante : « " *En renonçant au bénéfice de discussion*

---

783 Cass. 1re civ., 15 nov. 1989 :*Bull. civ.*, n° 348, p. 235 ; *D* 1990, p. 177, note Ch. MOULY ; somm. p. 381, obs. L. AYNÈS ; Déjà précédemment, Cass. 1re civ., 7 mars 1989, *D* 1989. Somm. 290, obs. L. AYNÈS ;

784 Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite loi *NEIERTZ.*

785 Pour le cautionnement simple : C. consom. L. 314-15 (anciennement C. consom. L. 313-7) « *La personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution pour l'une des opérations relevant des chapitres II ou III du présent titre fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci :*

" *En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même* " ».

786 Pour le cautionnement solidaire : C. consom. L. 314-16 (anciennement C. consom. L. 313-8) « *Lorsque le créancier demande un cautionnement solidaire pour l'une des opérations relevant des chapitres II ou III du présent titre, la personne physique qui se porte caution fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante :*

" *En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X...* " ».

787 Les crédits à la consommation visés étaient, aux termes des articles L. 312-1 et L.311-1 n°6 du Code de la consommation, ceux où « *un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit, relevant du champ d'application du présent titre (les opérations de crédit), sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture* ».

788 Le champ d'application des crédits immobiliers visé par le formalisme était prévu à l'article L. 313-1 du Code de la consommation.

défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... " ». Cela étant dit, intéressons-nous à présent au champ d'application et à la portée des anciennes dispositions du Code de la consommation.

398. Notons, de prime abord, qu'à l'instar des mentions manuscrites de l'article 1376 du Code civil, celles des articles L. 314-15 et L. 314-16 du Code de la consommation ne concernaient pas les cautionnements souscrits par acte authentique[789] mais uniquement ceux consentis par actes sous seings privés[790]. Le silence de l'article L. 314-16 sur la question n'a pas posé de difficulté à la jurisprudence qui conserve encore le même raisonnement juridique que celui relatif à l'article 1376 du Code civil. L'information délivrée à la caution par le notaire remplace à suffisance l'exigence des mentions. Le formalisme s'appliquait également au mandat de se porter caution et ce, même lorsqu'il est donné par acte authentique[791].

Par ailleurs, puisque le texte dictait à la caution l'expression de sa volonté, on aurait pu considérer théoriquement qu'il suffisait qu'une mention fasse défaut pour que les juges retiennent la nullité. Cette interprétation rigoureuse du texte n'a pas été celle qui fut retenue par la Cour de cassation qui considérait que l'omission d'un seul mot, en l'occurrence le *« et »*, n'est pas une cause de nullité[792]. Cela n'est pas le cas, selon la même Cour, lorsque l'une des parties prenantes ne figure pas dans la mention[793]. De toute évidence, l'interprétation par la jurisprudence de ces dispositifs du Code de la consommation, ne correspondait pas au dessein originel de la loi. En effet, par ces mentions manuscrites impératives, le législateur souhaitait instituer des règles garantissant une certaine sécurité juridique. Alors que le législateur faisait preuve de rigueur, la jurisprudence, elle, faisait preuve de souplesse en interprétant la portée du

---

[789] CA PARIS, 15e ch. B. 1er févr. 2002, n° 99-24696 : BRDA 2002, n° 5, p. 14 ; Cass. 1re civ., 24 fév. 2004 :*Bull. civ.* I, n° 60, p. 47 ; *JCP* G 2004, I, 141, n° 3, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. Dr. Banc. et Fin.* 2004, comm. 112, obs. D. LEGEAIS ; *LPA* 17 mai 2004, p. 4, note D. HOUTCIEFF.

[790] Ce que précise explicitement l'article 314-15.

[791] En précisant que la nullité s'étend au cautionnement notarié subséquent : V. Cass. 1re civ., 8 nov. 2009, n° 08-17531 ; D. LEGEAIS, *Rev. dr. Banc. et Fin.* 2008, comm. 108.

[792] À propos de l'omission du *« et »* entre la fixation du montant et la durée du contrat : V. Cass. 1re civ., 9 nov. 2004 : *Bull. civ.* I, n° 254, p. 212 ; *JCP* G 2005, I, 135, n° 4, obs. Ph. SIMLER.

[793] CA Lyon, 6e Ch., 21 juin 1995 : *Juris-Data* n° 1995-044913.

texte au cas par cas.

β. L'article 22-1 de la loi du 21 juillet 1994 inspirée de la loi NEIERTZ

399. Suivant la même méthode, le législateur a poursuivi ses interventions ponctuelles en formalisant cette fois-ci la formation du cautionnement des obligations résultant d'un bail civil. Le législateur va largement s'inspirer des articles L.314-15 et L. 314-16 du Code de la consommation (dont le champ d'application se limitait uniquement aux cautionnements d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier) pour introduire les alinéas 4e et 5e à l'article 22-1[794], introduit par la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994[795], modifiant la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989[796]. Le texte exigeait de la caution, de faire précéder sa signature de la reproduction manuscrite du « *montant du loyer et les conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location,* [de] *la mention exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte ainsi que* [de] *la reproduction de l'avant-dernier alinéa du présent article*[797] ». La loi imposait donc également à la caution la retranscription manuscrite dans le contrat de l'avant-dernier alinéa de l'article 22-1 qui lui donnait la possibilité de résilier unilatéralement son engagement lorsque ce dernier ne comporte aucune indication de durée ou lorsque la durée stipulée était indéterminée[798].

---

[794] L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 22-1 al. 4 « *Lorsque le cautionnement d'obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre ne comporte aucune indication de durée ou lorsque la durée du cautionnement est stipulée indéterminée, la caution peut le résilier unilatéralement. La résiliation prend effet au terme du contrat de location, qu'il s'agisse du contrat initial ou d'un contrat reconduit ou renouvelé, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation » ;*

L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 22-1 al. 5 « *La personne physique qui se porte caution signe l'acte de cautionnement faisant apparaître le montant du loyer et les conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, la mention exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte ainsi que la reproduction de l'avant-dernier alinéa du présent article. Le bailleur remet à la caution un exemplaire du contrat de location. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du cautionnement* ».

[795] Loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat.
[796] Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.
[797] L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 22-1 al. 5.
[798] L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 22-1 al. 4.

L'objectif affiché de cette page d'écriture[799] dictée par le législateur était de s'assurer que la volonté de la caution était réfléchie au moment où elle s'engageait.

γ. La loi DUTREIL

400. Près d'une décennie après la première série de dispositions instituant le formalisme du cautionnement au sein du Code de la consommation, le législateur est intervenu dans le même Code avec la loi *DUTREIL* du 1er août 2003[800]. On est, plus précisément, tenté de dire que le législateur est intervenu *de nouveau*[801] puisqu'en consacrant les articles L. 331-1 (anciennement C. consom., art. L. 341-2) et L. 331-2 (anciennement C. consom., art. L. 341-3), il s'est contenté de reprendre quasiment mot pour mot les formules des articles L.314-15 et L. 314-16 (anciennement C. consom., art. L. 313-7 et L. 313-8) cantonnés à l'hypothèse du crédit. Rien donc de nouveau à l'horizon, si ce n'est que les mentions manuscrites issues de la loi *DUTREIL*, étaient prescrites, à peine de nullité, dans tous les cautionnements souscrits par une personne physique au profit d'un créancier professionnel par acte sous seing privé[802]. En ce qui concerne le cautionnement solidaire, avec l'article L. 331-2, le législateur se contentait également de reproduire la formule de la mention manuscrite de l'article L. 314-16.

401. La loi de 2003 a marqué un tournant décisif dans le destin du cautionnement dans le sens où la majorité des cautionnements étaient soumises au formalisme du Code de consommation. Ce tournant marquait, par la même occasion, le point culminant du formalisme du cautionnement. En créant un droit commun du cautionnement en dehors du Code civil, on assistait au passage d'exceptions

---

[799] F. MAGNIN, *« Une page d'écriture pour la caution »* ; *LPA*, 5 octobre 1994, n°119, p.28 et 10 octobre 1994, n°121, p.16.

[800] Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique.

[801] En effet, hormis le champ d'application plus large du texte, les formules sont reprises à l'identique.

[802] C. consom., art. L. 331-1 *« Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci :*
" En me portant caution de X....., dans la limite de la somme de..... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de....., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X..... n'y satisfait pas lui-même " ».
« Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante :
" En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X " ».

ponctuelles au principe du consensualisme à une formalisation plus générale du cautionnement. Cela étant, cette formalisation du droit commun du cautionnement n'a pas porté ses fruits puisque la jurisprudence était toujours aussi abondante sur la question, ce qui était assez regrettable considérant l'objectif affiché originellement par le législateur. Ce dernier n'a, en effet, pas su tirer les leçons des critiques doctrinales et des évolutions jurisprudentielles faites une décennie plus tôt. Il a donc fallu que la jurisprudence se saisisse de nouveau de la question afin de pallier les insuffisances de la loi.

b. Les apports de la jurisprudence de la Cour de cassation

402. Le formalisme rigoureux institué par le législateur au sein du Code de la consommation qui fait du cautionnement un contrat solennel a fait l'objet de vives critiques. Il fallut que la Cour de cassation s'évertue à trouver ce qu'un auteur a qualifié de *« petits remèdes »*[803] à ce formalisme inopportun. Il convient de revenir sur les apports les plus notables de la jurisprudence.

D'abord, la Cour de cassation est très vite intervenue pour cantonner le domaine des anciens articles L. 314-16 et L. 331-2 du Code de la consommation relatif aux engagements solidaires. Selon la Cour, le domaine de ces dispositions ne saurait être applicable aux cautionnements conclus par acte authentique[804]. Nous l'avions déjà évoqué, la solution est justifiée par l'intervention du notaire qui, dès lors, garantit l'information effective de la caution. Le devoir de conseil du notaire se substitue efficacement à la reproduction de la mention manuscrite.

Toujours à propos du domaine de l'ancien régime du formalisme relatif au cautionnement, la Cour de cassation est intervenue pour élargir le champ d'application de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 relative au bail d'habitation[805].

---

[803] P. CROCQ, *D*. 2002, p. 1578, 2e col.

[804] Cass. 1re civ., 24 fév. 2004 :*Bull. civ.* I, n° 60, p. 47 ; *JCP* G 2004, I, 141, n° 3, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. Dr. Banc. et Fin.* 2004, comm. 112, obs. D. LEGEAIS ; *LPA* 17 mai 2004, p. 4, note D. HOUTCIEFF ; V. également, Cass. com., 6 juill. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 118 ; *D*. 2011, p. 407, obs. P. CROCQ ; *D*. 2010, p. 2129, note S. PIEDELIÈVRE.

[805] Selon la Cour de cassation, les actes authentiques sont exclus du champ d'application de l'article 22-1, V. Cass. 3re civ., 9 juill. 2008, n° 07-10926 :*Bull. civ.* III, n° 124 ; *JCP G* 2008, II, 10174, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET.

En effet, il était étonnant de voir le législateur, limiter le domaine de cette disposition aux seuls cautionnements souscrits à durée indéterminée lorsque l'on sait que le cautionnement est, en pratique, rarement à durée indéterminée quand il garantit un contrat de bail. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence considéraient que le texte devait s'appliquer à tous les cautionnements sans considération de la durée[806].

Ensuite, devant la multiplication des irrégularités portant sur la reproduction de la mention manuscrite par les parties, la jurisprudence a adopté une position conciliante en maintenant bon nombre de cautionnement irréguliers. Dans un premier temps, sans dégager une position de principe, elle a considéré que les irrégularités superficielles n'entraînaient pas la nullité du cautionnement. Ainsi, elle a pu juger que la substitution de mots n'entraînait pas la nullité du contrat[807], ni l'omission d'une conjonction de coordination[808]. Il en va de même en présence de changements dans la ponctuation[809], d'erreur dans la numérotation des pages[810] ou d'adjonction de mots superflus[811]. Dans un second temps, la Cour de cassation a adopté une position plus générale en considérant que l'irrégularité ne devait emporter nullité du contrat de cautionnement dès lors qu'elle ne rendait pas plus difficile la compréhension de la reproduction manuscrite pour la caution[812]. L'abandon de l'analyse au cas par cas au profit d'une directive de principe a été de nature à endiguer le flot de contentieux tout en revalorisant le régime du cautionnement que le formalisme *ad validitatem* avait institué.

Enfin, la jurisprudence n'a pas hésité à adapter le domaine de la sanction du formalisme *ad validitatem*. En effet, elle a considéré que la reproduction irrégulière

---

806 CA PARIS, Ch. B, 20 sept. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-155972 ; Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, *JCP E* 2006, 2824, obs. Ph. SIMLER ; Ph. SIMLER, *« Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie : l'exemple de l'article 22-1 »*, Mélanges G. Wiederkehr, Dalloz, 2009 753.

807 Cass. civ. 1re, 10 avr. 2013, *Bull. civ.* I, n° 74 ; *Dr et pat.* Juill. 2013, n° 227, p. 91, obs. A. AYNÈS.

808 Cass. civ. 1re, 9 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n° 254 ; *RDC* 2004, p. 403, obs. D. HOUTCIEFF.

809 Cass. civ. 1re, 11 sept. 2013, *Bull. civ.* I, n° 174 ; *RD bancaire et financier nov.- déc.* 2013, comm. 190, obs. A. CERLES.

810 Cass. civ. 1re, 27 nov. 2013, n° 12-21393, *D.* 2014, p. 1615, 2e col., obs. P. CROCQ ; *JCP éd. E* 2013, p. 1010, note D. LEGEAIS ; V. également, Cass. civ. 1re, 10 sept. 2014, n° 13-22384 ; *JCP éd. G* 2015, 604, n° 1, obs. Ph. SIMLER.

811 Cass. com., 16 oct. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 184 ; *Dr. et pat.* Févr. 2012, n° 222, p. 77, obs. Ph. DUPICHOT ; *RLDC* déc. 2012, n° 99, p. 30, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

812 Cass. com., 27 janv. 2015, n° 13-28502 ; *D.* 2015, p. 1815, obs. P. CROCQ.

d'une mention manuscrite stipulant la solidarité n'entraînait pas la nullité totale de l'acte. Elle a jugé que dans une telle hypothèse, l'irrégularité devait être cantonnée aux stipulations relatives à la solidarité, permettant ainsi de rétrograder le cautionnement solidaire en un cautionnement simple[813].

403. Finalement, le législateur, partagé entre l'efficacité du cautionnement (dans le Code civil de 1804) et la protection de la caution (dans le Code de la consommation), n'a pas été en mesure d'instituer des dispositions qui assurent un équilibre en ces deux objectifs. Malgré un certain consensus doctrinal sur la question, la réforme de 2006 n'a pas permis de résoudre cette problématique[814]. C'est donc la Cour de cassation qui, depuis 2006, s'est efforcée de restaurer un certain équilibre. Mais elle n'y est parvenue qu'au bout d'un nombre inestimable de décisions. Cela était déjà en soi un motif de réforme, un corps de règle ne pouvant être satisfaisant s'il impose à la Cour de cassation autant de décisions pour le préciser. La jurisprudence de la Cour de cassation ayant atteint sa limite d'action, l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 a réintégré au sein du Code civil la mention manuscrite *ad validitatem* en prenant soin de remédier à la majorité des insuffisances du droit antérieur.

2. *La portée du formalisme ad validitatem de l'article 2297 du Code civil*

404. Les apports du nouvel article 2297 du Code civil issue de l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 sont multiples. Toujours guidé par l'objectif de protection de la caution, le législateur clarifie, *de lege lata,* le régime du formalisme du cautionnement (**a**) et devrait, *de lege ferenda,* l'étendre aux autres sûretés personnelles (**b**).

a. *De lege lata* : La clarification du formalisme du cautionnement

405. L'unification du régime du formalisme du cautionnement est, sans doute, l'apport le plus attendu et le plus remarquable de cette réforme. Depuis le 1er janvier

[813] Cass. com., 8 mars 2011, *RLDC* mai 2011, n° 82, p. 34, obs., J.-J. ANSAULT.
[814] En réalité, la réforme du 23 mars 2006 a été partielle et incomplète. En effet, l'habilitation qui a été donnée au gouvernement de réformer le droit des sûretés en 2006 ne visait que les sûretés réelles conventionnelles. Le cautionnement avait été mis à part.

2022, c'est désormais un seul et unique article qui régit les règles relatives à la forme constitutive du contrat de cautionnement quel qu'en soit le type[815]. Ainsi, en consacrant le nouvel article 2297 du Code civil, le législateur a abrogé l'ensemble des dispositions spéciales en vigueur sous l'empire du droit antérieur. Il s'agit des dispositions du Code de la consommation (anc. art. L. 314-15 et L. 314-16 ; anc. Art. L.331-1, Art. L.331-2 et Art. L.331-3 ; anc. art. L.341-51-1 ; anc. Art. L. 343-1, art. L. 343-2 et art. L. 343-3 C. consomm.) et de celles issues de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 (art. 22-1). La réforme a donc été l'occasion de centraliser dans le Code civil de nombreuses dispositions qui étaient dispersées au fil des interventions successives du législateur dans d'autres Codes et qui ont été abrogées. C'est cet esprit de clarification qui permet aujourd'hui de retrouver dans le Code civil, siège du droit commun du cautionnement, un seul et unique article qui régi le formalisme du cautionnement.

406. Un autre apport important de la consécration de l'article 2297 du Code civil porte sur le domaine du texte. L'alinéa 1er du texte dispose « *À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci […]* ». Le nouveau texte ne fait plus référence à la qualité professionnelle du créancier. La suppression de ce qualificatif est à saluer puisque non seulement le champ d'application du texte est étendu mais elle permet également d'éviter de perpétuer le contentieux déjà existant à propos de la notion de « *créancier professionnel*[816] ». À l'inverse, le nouveau texte prend le soin de limiter l'exigence de la mention manuscrite aux cautions personnes physiques, contrairement aux dispositions de la loi DUTREIL de 2003 qui visaient « toute personne » s'obligeant envers un créancier professionnel. Il nous semble que le cantonnement de l'exigence

[815] Hors les cas où le cautionnement est constitué par acte authentique (Cass. avis, 8 avr. 2010 : *JurisData* n° 2010-010902 ; depuis la réforme de 2016, l'article 1369, al. 3, prévoit que « *lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi* ») ou contresigné par avocat (de même, l'article 1374 issu de la réforme de 2016 prévoit que « *l'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties […] est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi* ».

[816] Cette notion a fait l'objet de nombreuses décisions au sein de la jurisprudence. Les anciens articles L. 341-1 à L. 341-6 visaient, avant tout, les établissements de crédit mais pas uniquement. La notion devait donc être entendue plus largement ; V. en ce sens : Cass. civ. 1re, 15 oct. 2014, n° 03-21.605 : *JurisData* n° 2014-024343 ; *JCP G* 2015, chron. 604, n° 3, obs. Ph. SIMLER ;

de la mention manuscrite aux personnes physiques s'explique le fait que cette catégorie de personne soit celle réputée faible et digne de protection aux yeux du législateur. Pourtant, à notre sens, les choses ne sont pas si évidentes à apprécier. Présupposer ainsi que les personnes morales peuvent se passer de cette protection ne correspond pas tout à fait à la réalité de la pratique. On peut légitimement douter que toutes les entreprises, sans considération de la taille, soient suffisamment averties face à la complexité de l'opération[817]. Mais ce dont on est sûr, le législateur, une fois de plus, privilégie la simplicité et la clarté tout en écartant d'éventuels contentieux sur la qualité profane ou avertie de la caution.

407. Simplicité et clarté ont également semblé être les maîtres mots en ce qui concerne la substance du texte. Désormais selon le texte, *« la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres »*. Il résulte de ces nouvelles dispositions, en premier lieu, que les mentions manuscrites doivent être écrites par la caution elle-même. Le législateur, ici, ne fait que reprendre les acquis non seulement de la jurisprudence antérieure[818] mais également du Code de la consommation. En deuxième lieu, on remarquera que si la mention manuscrite demeure, la page d'écriture est abandonnée au profit d'une mention beaucoup plus simple. Désormais, il suffit que la personne physique précise manuscritement qu'elle s'engage en qualité de caution à payer la dette du débiteur pour un montant déterminé, sans considération sur la durée de l'engagement[819]. Si elle s'engage solidairement, elle doit préciser qu'elle reconnaît que le créancier n'aura pas à poursuivre d'abord le débiteur principal. En cas de pluralité de cautions, elle précisera que le créancier n'aura pas à diviser ses poursuites. On

---

[817] V. en ce sens, A.S. BARTHEZ, *« Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution »* ; *RDC* 2008, n°2, p.587.

[818] Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-27.814 : *Gaz. Pal.* 2012/2, p. 942, obs. Chr. ALBIGES ; *RDC* 2012, p. 1265, obs. A.-S. BARTHEZ ; également explicite dans les dispositions des lois NEIERTZ et DUTREIL.

[819] En se gardant de faire toute référence à la durée de l'engagement, l'article 2297 évince ce contentieux qui a fait l'objet de nombreuses décisions : V. en ce sens, Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-10.504, PB : *JurisData* n° 2017-022802 ; JCP G 2018, 13, obs. Ph. SIMLER ; Cass. com., 13 déc. 2017, n° 15-24.294, PB : *JurisData* n° 2017-025670 ; V. également, M. BOURASSIN, *« Mention manuscrite de la durée du cautionnement : vade-mecum »* : *Gaz. Pal*. 27 févr. 2018, n° 8, p. 49.

notera que la mention manuscrite est identique à celle du droit antérieur, mais c'est l'objectif de simplicité qui a été recherché et, en l'occurrence, elle semble acquise avec l'abandon de la formule sacramentelle de l'ancienne loi. En troisième lieu, toujours concernant la mention manuscrite, l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 innove en intégrant les contrats de sûreté au mouvement de dématérialisation des actes juridiques. En réalité, cette innovation était attendue puisque la loi PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019 en son article 60, I, 13° habilitait le gouvernement à « *moderniser les règles du Code civil relatives à la conclusion par voie électronique des actes sous signature privée relatifs à des sûretés réelles ou personnelles afin d'en faciliter l'utilisation* ». Conformément à ces directives, le législateur a supprimé le 2° de l'article 1175 du Code civil qui privait les parties, hors cadre professionnel, de la faculté de dématérialiser la constitution d'une sûreté quelle qu'elle soit[820]. L'abrogation de cette disposition a eu pour conséquence directe l'admission donc de la constitution du cautionnement par voie électronique. Lorsque l'on confronte cette faculté des parties aux dispositions de l'article 2297, on en déduit que la mention de l'engagement de la caution peut aussi bien être manuscrite que tapuscrite[821], c'est-à-dire tapée à la main sur un clavier d'ordinateur[822]. Il faut bien noter que cette dématérialisation du cautionnement soulève quelques inquiétudes car le texte ne donne aucune précision dans ce cas de figure si ce n'est que la caution doit « *elle-même* » apposer la mention. Il faudra donc se reporter aux règles relatives aux contrats conclus par voie électronique prévus aux articles 1174 à 1177 du Code civil (donc le droit commun). Parmi ces dispositions, l'alinéa 2 de l'article 1174 prévoit que « *lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même* ». On ne peut s'empêcher d'imaginer les contentieux qui pourraient naître de l'appréciation de cette disposition qui subordonne la validité de l'acte à des conditions permettant de garantir que l'apposition « *ne peut être effectuée que par…* » le constituant

[820] Anc. art. 1175, 2° : « *Les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession* ».
[821] V. E. A. CAPRIOLI, « *Un cautionnement signé électroniquement validé par les juges d'appel* », *Comm. Com. électr. n° 6, Juin 2022, comm. 47,* spéc. n° 6, note sous CA Chambéry, 2e ch., 14 avr. 2022, n° 21/01285.
[822] V. à propos de la dématérialisation du cautionnement, M. BOURASSIN, « *Formalisme et dématérialisation du cautionnement* », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 4.

lui-même. L'identification de la personne qui appose la mention manuscrite (et en générale des parties à l'opération) est ainsi potentiellement une source de contentieux[823].

408. Enfin s'agissant de la sanction de la mention manuscrite du nouveau texte, comme dans l'ancien texte, le non-respect des exigences de l'article 2297 est sanctionné par la nullité. Reste à déterminer si cette nullité doit être absolue ou relative. Si l'on se penche sur la conception doctrinale de la nullité, s'opposent, la théorie classique et la théorie moderne des nullités. Selon la première, « *l'instrumentum dépourvu des formes légales est informe ; l'hypothèque ou le contrat de mariage sous seing privé, par exemple, sont considérés comme inexistants ; ils ne parviennent pas à la vie juridique* »[824]. Au contraire de cette première théorie, la seconde détermine la nature de la nullité en fonction de l'intérêt protégé. Le formalisme visant à protéger les intérêts de la caution conduit inéluctablement vers le choix de la théorie moderne des nullités, donc vers la seconde théorie. En effet, en cas de non-respect du formalisme, seule la caution peut passer-outre l'irrégularité ou en demander la nullité. C'est donc, logiquement, en faveur de la théorie moderne que la Cour de cassation a tranché en sanctionnant le non-respect du formalisme par la nullité relative[825]. Cette position est conforme à celle du législateur qui est, postérieurement, intervenu à la faveur de l'Ordonnance de réforme du 10 février 2016 avec l'article 1179 du Code civil. Selon le texte, « *La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* ». Ce critère de distinction entre la nullité absolue et la nullité relative, conforme à la position de la jurisprudence

---

[823] M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 19.

[824] L. AYNÈS, obs. sous Cass. com., 5 févr. 2013, *Dr. et pat.* juin 2013, n° 226, p. 68.

[825] Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720 : *JurisData* n° 2013-001587 ,*Bull. civ.* IV, n° 20 : « *que la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant […] la cour d'appel a pu déduire que la caution avait entendu réparer le vice affectant son engagement, de sorte que cette confirmation au sens de l'article 1338 du Code civil, l'empêchait d'en invoquer la nullité* »; *JCP G* 2013, 440, note Ph. SIMLER ; *JCP éd. E* 2013, 1174, note S. LE GAC-PECH ; *JCP N* 2013, 1123, note S. PIEDELIEVRE ; *Banque et droit* mai-juin 2013, p. 42, obs. F. JACOB ; *Dr. et pat.* juin 2013, n° 226, p. 68, obs. L. AYNÈS ; *RDC* 2013, p. 1450, note A.-S. BARTHEZ ; *D.* 2013, p. 428, obs. V. AVENA-ROBARDET, et p. 1113, note R. LIBCHABER ; Solution réaffirmée par Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-16611.

antérieure, nous conduit logiquement à conclure que la nullité consacrée par le nouvel article 2297 est relative.

b. *De lege ferenda* : l'extension concevable du formalisme aux autres sûretés personnelles

409. Comme on a pu le constater, le contrat de cautionnement centralise toutes les attentions lorsque l'on aborde la question de la forme constitutive des sûretés personnelles. Il occupe même une place prépondérante dans cette catégorie de sûreté. Pourtant, il nous semble difficile de justifier cette place sur la base de critères objectifs. Bien entendu, on pourrait avancer son ancienneté ou son statut de modèle au sein des sûretés personnelles, mais cela étant, on ne peut ignorer l'évolution du droit des sûretés qui se manifeste par l'enrichissement sans précédent de l'offre de sûretés[826]. Le cautionnement ne détient, dès lors, plus le monopole légal.

Mais alors, le traitement particulier réservé au cautionnement est-il lié à sa technique ? À y regarder de plus près, on peut en douter car la politique législative y est pour beaucoup. En effet, la construction du formalisme *ad validitatem* n'a concerné que la caution au profit duquel le législateur a multiplié les moyens pour protéger le patrimoine de ce dernier. La consécration de l'exigence des mentions manuscrites est la traduction de la volonté du législateur de protéger la caution en lui faisant prendre conscience des risques qu'implique son engagement ainsi que sa dimension personnelle. Cela a été également le moyen pour le législateur d'attirer l'attention de la caution sur le caractère indolore et insidieux[827] de l'acte. Or, ces risques que nous venons d'énumérer ne sont pas exclusifs à la seule technique du cautionnement. Ils existent quelle que soit la sûreté personnelle souscrite.

Par ailleurs, le cautionnement n'est pas la seule sûreté personnelle qui entraîne un engagement pour autrui sur l'ensemble de son patrimoine.

Il ne s'agit pas, ici, de porter un regard critique sur la consécration de l'article 2297 du Code civil mais simplement de se questionner sur le traitement particulier réservé au

[826] Déjà en 1982 à l'occasion d'un colloque consacré à *L'évolution du droit des sûretés :* Y. CHARTIER, *« Rapport de synthèse », in L'évolution du droit des sûretés, RJ com.* 1982, n° spécial, p. 150 et s., n° 4-5.
[827] J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux,* Armand Colin, 2e éd., 2001, n° 457.

cautionnement et de tirer les conséquences de la construction de son formalisme.

Partant, il est donc tout à fait concevable que, *de lege ferenda,* les dispositions relatives au formalisme soient adaptées et étendues à l'ensemble des sûretés personnelles.

410. L'intervention du législateur avec la consécration de l'article 2297 du Code civil était nécessaire dans la mesure où la jurisprudence peinait à faire régner l'ordre. Le panorama jurisprudentiel relatif à la mention manuscrite faisait état d'un foisonnement de décisions poussant la Cour de cassation à développer, au fil des années, une interprétation qui dénaturait totalement le sens des textes et qui favorisait une insécurité juridique. Comme nous l'avons vu, l'approche de la jurisprudence sur la finalité et l'esprit de la mention manuscrite était loin d'être uniforme. Tantôt, elle adoptait une position très stricte, voire excessive, à l'image du contentieux relatif à la signature[828]. Tantôt, elle frôlait l'interprétation *contra legem,* en faisant preuve d'une très grande souplesse, validant ainsi des cautionnements où les mentions manuscrites étaient totalement dépourvues de ponctuations[829], ce qui altérait fortement le sens et l'intelligibilité du texte. S'efforçant de restaurer un certain équilibre face aux insuffisances de la loi et la multiplication du contentieux, la Cour de cassation avait, semble-t-il, atteint sa limite d'action.

L'abrogation des dispositions antérieures du Code de la consommation et la consécration d'un article unique au sein du Code civil permet non seulement de clarifier le formalisme du cautionnement en centralisant son régime dans le Code civil ; mais également de simplifier son application avec des dispositions intelligibles et compréhensibles.

411. Sans remettre en question les apports nécessaires de la réforme, le nouveau formalisme du cautionnement interpelle car il institue dans le Code civil le basculement du contrat de cautionnement dans la catégorie des contrats solennels et

[828] La lettre des textes relatifs aux mentions manuscrites (C. consom. Art. L. 314-15, L. 314-16, L. 331-1, L. 331-2) impose explicitement que ces dernières précèdent la signature. La Cour de cassation a annulé des cautionnements où la reproduction des mentions manuscrites faisait suite à la signature. V. en ce sens, Cass. com., 17 sept. 2013, *Bull. civ.* IV, n° 132 ; *JCP éd. G* 2013, p. 2183, obs. Ph. SIMLER.
[829] Cass. com., 14 juin 2016, n° 15-11106, *inédit ; D*. 2016, p. 1963, 1re col., obs. P. CROCQ.

implicitement, il traduit l'abandon du consensualisme traditionnel du cautionnement issu du Code civil de 1804.

B. L'ABANDON DU CONSENSUALISME TRADITIONNEL ISSU DU CODE CIVIL DE 1804

412. L'application du consensualisme dans les sûretés personnelles obéit à la vision libérale du législateur de 1804 qui a fondé la théorie générale du contrat essentiellement sur l'autonomie de la volonté. Inspirée par les multiples revendications de la doctrine ayant contribuées grandement à l'avènement du principe du consensualisme dans l'Ancien droit[830], le Code civil ne l'a, au départ, proclamé qu'implicitement en n'énonçant aucune condition de forme à l'ancien article 1108 du Code civil[831] (art. 1128 nouv. C. civ.).

D'autres dispositions du Code réaffirmaient d'ailleurs cette consécration implicite ; il s'agit notamment de l'ancien article 1138 (art. 1196 C. civ.)[832] qui subordonnait la validité du transfert de propriété au seul consentement des parties sans faire de référence à une quelconque formalité particulière.

Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le législateur a intégré dans le Code civil, aux articles 1172 et suivants, des dispositions qui traitent de la forme du contrat en général. Le principe en droit français reste celui du consensualisme, c'est-à-dire que le contrat est valable en dehors de l'accomplissement de toute condition de forme. Cela est la conception retenue par le Code civil selon la lettre de l'alinéa 1er de l'article 1172 qui dispose : « *les contrats sont par principe consensuels* ». Les consentements des parties peuvent s'extérioriser de n'importe quelle manière, dès lors

---

830 F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *op. cit.* n°83.

831 Art. 1128 C. civ. « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain.* »

832 Depuis l'ordonnance de 2016, la portée de cet article a fait l'objet d'une évolution puisque désormais, « *le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* ».

qu'ils sont sérieux et certains. Cependant la portée de cette affirmation de principe de l'article 1172 est aussitôt atténuée par des tempéraments existant dans le Code civil ou dans des lois non intégrées au Code, qui soumettent la validité de tel ou tel contrat à l'emploi d'une forme déterminée selon laquelle le consentement des parties doivent être exprimé[833].

Ce consensualisme de principe du Code civil appliqué aux sûretés personnelles, et en particulier au cautionnement, a suscité des interrogations et des incertitudes pendant de nombreuses décennies. En effet, se posait la question de savoir si l'opération contractuelle consistant à constituer un cautionnement devait prendre, selon la conception des rédacteurs du Code civil de 1804, la forme d'un contrat consensuel. Ou bien, s'inscrivait-elle dans la catégorie des contrats dont la validité est nécessairement subordonnée au respect d'un certain nombre d'exigences de forme qui dès lors l'aurait exclu du domaine des contrats consensuels vers celui des contrats solennels ?

413. Aujourd'hui nous en avons la réponse puisque l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés en date du 15 septembre 2021, a tranché en faveur de la solennité du contrat de cautionnement. Sa validité est subordonnée au respect d'une mention manuscrite requise à peine de nullité. Cela étant, nous l'avons vu, c'est sous l'influence de la jurisprudence et du Code de la consommation que la mention manuscrite a été consacrée dans le Code civil. Jusque-là, l'application du principe du consensualisme manifestait une certaine adéquation avec celui de la liberté contractuelle dans l'ensemble des sûretés personnelles. Le consensualisme n'était atténué que par des exigences de forme requises à titre de preuve bien plus respectueuses de la volonté des parties.

414. Avant la réforme, on pouvait encore considérer que les parties, selon la conception traditionnelle du Code de 1804, disposaient de la liberté de la forme constitutive du contrat de cautionnement. Avec le nouvel article 2297 du Code civil, on note un basculement du cautionnement dans la catégorie des contrats solennels au

[833] C. civ. art. 1172, al. 2 : « *Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation […]* ».

sein même du Code civil (**1**). Ce basculement conduit à l'abandon des exigences *ad probationem* (**3**). Les autres sûretés personnelles conservent leur nature consensuelle (**2**).

1. Le basculement du cautionnement dans la catégorie des contrats solennels

415. Les fondements servant à la construction du régime des sûretés personnelles par le législateur dans le Code civil sont étroitement liés à ceux des contrats. C'est pourquoi dans le Code civil, à l'instar des contrats d'un point de vue général, le principe a longtemps demeuré la liberté du choix de la forme constitutive du cautionnement. Cela est encore le cas pour les autres sûretés personnelles.

Lorsque l'on se penche sur la figure principale des sûretés personnelles, nombreux sont les ouvrages[834] qui présentaient le cautionnement comme un contrat qui se distingue par ses principaux caractères plutôt *invariables*, à savoir le caractère consensuel et unilatéral.

Le contrat de cautionnement n'était, par principe, soumis à aucun formalisme. Le seul échange des consentements des parties suffisait à former le contrat. Théoriquement, un cautionnement verbal[835] était tout à fait concevable à condition d'en rapporter la preuve. Ainsi, cette liberté de la forme constitutive n'était atténuée qu'en raison de la particulière dangerosité de l'opération. En effet, il s'agit d'une relation contractuelle complexe qui implique au moins trois sujets de droit[836] et dont l'expression de la volonté de ceux qui sont tenus de l'obligation principale, en particulier la caution, doit faire l'objet de la plus grande rigueur en considération de la gravité de l'acte. Le consentement du créancier ne soulève pas de difficulté particulière[837] dans la mesure où le contrat est conclu dans son intérêt exclusif, d'où son caractère unilatéral.

---

834 M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 107 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 116 ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 105, en dépit de classer le caractère consensuel du cautionnement dans une section intitulé : *Caractères variables,* les auteurs ne manquent pas de relever la nature traditionnellement consensuelle du cautionnement tout en soulignant que la portée de l'article 2292 du Code civil n'est qu'une règle d'interprétation ne remettant pas en cause le consensualisme du cautionnement ; S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, n° 70 ; D. LEGEAIS, *op. cit.* n° 47.

835 Cas. Civ., 10 mai 1909, *DP* 1911, 1, 449 ; Cass. Req., 8 juin 1931, *Gaz. Pal.*, 1931 2 245.

836 Si dans la schématisation de l'opération, au moins trois personnes sont impliquées, au stade de la rencontre des volontés, seulement le consentement du créancier et de la caution sont exigés, seules parties au contrat de cautionnement.

837 Son accord peut être tacite et résulter notamment des poursuites engagées par lui contre la caution, V. Cass. req. 28 nov. 1872 : *DP* 1872, 1, p. 396 ; CA Chambéry, 15 juill. 1901 : *DP* 1903.

Cependant, celui de la caution doit être certain[838] et ferme[839]. C'est pourquoi le Code civil prévoit, de manière assez claire, à l'article 2294[840] (ancien article 2292) que le cautionnement doit être exprès[841]. Cela signifie que la caution doit expressément accepter de s'engager, ce qui, par conséquent, fait obstacle à l'admission de tout cautionnement tacite[842] ou présumé en raison notamment du silence (volonté tacite) ou du comportement des parties (volonté implicite)[843].

416. L'exigence de l'article 2294 du Code civil qui consacre un engagement exprès de la caution tempérait le principe du consensualisme traditionnel et *in fine* celui de la liberté de choix de la forme constitutive de cette sûreté personnelle. Pour autant, cela n'en faisait pas un contrat formaliste et ce, pour plusieurs raisons.

D'abord, si l'engagement et les données essentielles du contrat doivent revêtir un caractère exprès, aucune forme sacramentelle n'est imposée par le texte.

Ensuite, il s'agit d'une règle de protection de la caution et plus précisément de contrôle de son consentement, de la certitude de son engagement dans l'opération. La jurisprudence examine l'article 2294 du Code civil en recherchant la volonté de la caution, du stade de la manifestation intérieure à celui de la manifestation extérieure de la volonté de contracter, afin de déterminer si ce dernier a réellement souhaité souscrire au cautionnement ou non[844]. Il s'agit dès lors d'une règle d'interprétation.

Enfin, l'exigence de l'article 2294 du Code civil est requise, non pas comme une condition de validité du contrat de cautionnement mais simplement, comme on le verra plus loin, à titre de preuve.

L'exigence d'un engagement exprès dans un acte ne conduit pas nécessairement cet

---

[838] CA Versailles, 22 avr. 1988, *Juris-Data* n° 040934.
[839] Cass. com. 13 mai 1980, *Bull. civ.* IV, n° 196.
[840] Le nouvel article reproduit la substance de l'ancien article 2292 du Code civil : « *Le cautionnement doit être exprès. Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ».
[841] C. civ. art. 2292 : « *Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ».
[842] Cass. com. 16 déc. 1981, *Bull. civ.*, IV, n° 447.
[843] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n° 203.
[844] Partant, la jurisprudence opère une interprétation stricte de l'article 2292 du Code civil qui ne porte que sur le contrôle de la réalité de l'engagement de la caution.

acte à revêtir un caractère solennel[845]. Cependant les dispositions du texte ont suscité des interrogations. En effet, les formalités imposées par la loi pouvaient rationnellement être analysées comme une remise en question du caractère consensuel traditionnel du cautionnement. À considérer que les règles de preuve font partie intégrante du formalisme, d'aucuns ont pu déduire de l'exigence de l'article 2294 du Code civil, un formalisme *atténué* dans le cautionnement[846]. Qu'il s'agisse d'un formalisme *atténué* ou d'un formalisme indirect[847], l'usage de la notion même de formalisme qui, par essence, est relative à la forme nous semble inapproprié. En effet, l'exigence d'un formalisme, quel qu'il soit, implique la manifestation d'un effet sur la validité de l'acte. Or, cela ne correspond point à l'esprit de l'article 2294 du Code civil qui porte sur la preuve de l'existence de l'engagement dans l'acte.

Dès lors, l'exigence de preuve de l'article 2294 du Code civil ne suffisait pas à remettre en question le consensualisme traditionnel du cautionnement instauré par le législateur dans le Code de 1804. Il a fallu donc attendre la consécration de la mention manuscrite de l'article 2297 pour faire du cautionnement un contrat solennel.

Cependant, comme nous le verrons plus loin, sa combinaison avec l'article 1376 du Code civil a, un temps, fait basculer le cautionnement dans un processus de formalisation.

2. Le maintien du consensualisme dans les autres sûretés personnelles

417. Les autres sûretés personnelles ne connaissent pas les mêmes interrogations quant à la forme que doit recouvrir l'acte d'engagement. Ainsi, le principe du consensualisme a vocation à s'appliquer parfaitement aux sûretés codifiées par le Code civil, à savoir la garantie autonome et la lettre d'intention. Le Code civil n'exige aucune forme particulière pour l'expression de la volonté des parties.

De même, le principe a également vocation à s'appliquer aux autres mécanismes du droit des obligations utilisés par la pratique, dans sa quête de solutions de substitution

---

[845] M. MIGNOT, *op. cit.*, n°108.
[846] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations,* Précis Dalloz, 12e éd., 2018, n°150.
[847] En ce sens que le législateur attacherait une forme particulière à l'acte afin qu'il produise un effet supplémentaire, V. en ce sens : S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.,* n° 71.

au cautionnement, pour leur faire jouer un rôle de garantie : tel est le cas du porte-fort[848], de la solidarité[849] ou encore de la délégation[850]. L'application du principe du consensualisme n'a pas suscité au sein de ces mécanismes autant de débats doctrinaux et jurisprudentiels qu'en ce qui concerne le cautionnement. Soulignons cependant qu'à l'instar de ce dernier, la combinaison de la mention manuscrite de l'article 1376 du Code civil et de l'article 1204 du même Code consacrant la promesse de porte-fort, a soulevé un débat jurisprudentiel, qui s'est soldé, comme nous le verrons, par un retour à l'orthodoxie juridique réaffirmant le principe de la liberté de la forme constitutive.

418. Le consensualisme de principe du Code civil en matière de sûreté personnelle contraste avec le formalisme imposé en matière de sûreté réelle, qui vise en réalité à protéger le constituant contre le danger de l'endettement engendré par le crédit dont la sûreté est la condition de l'obtention[851]. L'examen du régime des sûretés personnelles sur la question conduit à une approche différente. En effet, leur régime est traditionnellement commandé par la doctrine de l'autonomie de la volonté. Or, cette doctrine conduit *nécessairement* à octroyer aux parties une liberté quant à la forme de la convention. Il est, dès lors, difficile de douter de l'influence émancipatrice qu'exerce le principe du consensualisme sur les volontés des parties.

Au final, si une lecture, au sens strict, des dispositions du Code civil régissant le régime des sûretés personnelles, ne permet pas de remettre en question le principe du consensualisme, les termes plus généraux de l'article 1376 ont suscité de sérieux doutes avant que le législateur n'interviennent dans le Code civil.

3. L'abandon des exigences ad probationem

419. À l'instar de la finalité visée à l'article 2294 du Code civil, à savoir attirer l'attention de la caution sur la nature et l'étendue de l'engagement, le législateur a voulu renforcer davantage le contrôle du consentement de la partie supposément

[848] Cass. com. 18 juin 2013, *Bull. civ.* IV, n°105 ; *JCP éd. G* 2013, p. 2186, obs. Ph. SIMLER.
[849] Aux termes de l'article 1310 du Code civil, *« […] elle ne se présume pas »*. La solidarité être expressément stipulée et doit donc résulter d'une manifestation positive de volonté. Toutefois, à l'instar de l'article 2292 du Code civil, elle ne requiert aucune formule sacramentelle.
[850] Req. 19 déc. 1923 : S. 1924. 1. 111 ; *Gaz. Pal.* 1924. 1. 397 ; *DP* 1925. 1. 9, note H. CAPITANT.
[851] V. M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.* n° 116 ;

faible dans certains contrats. En soumettant les sûretés personnelles au droit commun des contrats et précisément, au droit commun de la preuve, le législateur entend établir une protection préventive de la volonté des parties en particulier en ce qui concerne les contrats qui ne font naître des obligations qu'à la charge d'une seule partie, à savoir les contrats unilatéraux. En effet, l'article 1376 du Code civil impose, lors de la formation d'un contrat unilatéral portant sur une somme d'argent ou un bien fongible, l'exigence d'une mention manuscrite indiquant ladite somme ou la quantité en toutes lettres et en chiffres[852]. Cette protection préventive ayant une vocation probatoire et qui, naturellement, concerne bon nombre de garanties personnelles en raison de leurs techniques, va connaître un destin agité que l'on aura du mal à suivre, comme nous le verrons dans les présents développements. En effet, les exceptions attachées à l'application du texte, les évolutions jurisprudentielles ainsi que la volonté du législateur d'accroitre la protection de la caution par la renaissance du formalisme ont eu raison de l'article 1376 du Code civil au point que l'on n'en viendra à s'interroger sur l'utilité du texte. Néanmoins, en considération de l'ensemble des dispositions du Code civil relatives aux sûretés personnelles, le texte s'inscrit *in fine* dans une conception du contrat adéquate à la liberté contractuelle et dans laquelle s'insère parfaitement les sûretés personnelles en général.

420. L'article 1102 du Code civil[853] qui consacre le principe de la liberté contractuelle emporte la liberté, pour les parties, de choisir librement la forme constitutive du contrat dans les limites de la loi. Le principe étant la liberté de la forme constitutive, selon le Code civil, toute restriction à cette liberté doit être interprétée comme une exception. Or, selon l'article 1376 du même Code, l'acte sous-seing privée par lequel une personne s'engage unilatéralement est soumis au respect de mentions manuscrites auxquelles n'échappent pas les sûretés personnelles. Dès lors, il convient de revenir

[852] Art. 1376 civ. « *L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres* ».

[853] Art. 1102 civ. « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.*
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

sur la portée de ce texte ainsi que sur son interprétation par la jurisprudence afin de vérifier qu'il ne remettait pas en cause le caractère consensuel du cautionnement.

421. Le texte qui, depuis sa version postérieure à l'ordonnance de 2016[854], qualifie explicitement cette exigence comme étant probatoire[855], a suscité, avant la réforme une controverse jurisprudentielle dont nul doute que les conséquences étaient cruciales dans le destin de bon nombre de contrats. Cette controverse est née à propos de la forme constitutive du cautionnement qui, sans conteste, était le terrain d'élection du glissement vers le formalisme. En effet, l'application des dispositions combinées des articles 2294 et 1376 (*anciennement et respectivement les articles 2292 et 1326*[856]) du Code civil selon lesquelles le cautionnement doit non seulement résulter d'un engagement exprès mais également revêtir des termes précis ainsi que la signature de la caution, ne pouvait susciter que des interrogations sur la question du formalisme naissant au sein de cette sûreté.

422. Cela dit, il convient de ne pas perdre de vue la conception initiale sur laquelle repose l'article 1376 du Code civil. Son rôle initial est probatoire[857]. Visant exclusivement l'engagement unilatéral, qui, d'usage, est rédigé en un seul exemplaire remis au bénéficiaire de l'acte, l'article 1376 visait originellement à protéger le signataire contre le blanc-seing[858]. Cependant, la jurisprudence va s'en servir, non pas pour attester de l'existence ou de l'exactitude du montant de l'engagement, mais pour contrôler la consistance du consentement de la caution par le biais de la mention manuscrite[859]. Cette disposition donc, qui, à l'origine, était conçue comme une exigence purement probatoire, va faire l'objet, en matière de cautionnement, d'un usage par la Cour de cassation qui va largement dépasser l'esprit du texte. En effet, en 1987 la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la mention

---

[854] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[855] En relevant que l'acte « *ne fait preuve que s'il comporte […]* » les mentions manuscrites indiquées.

[856] C. civ. art. 1326 anc. *« L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».*

[857] V. en ce sens, P. VAN DEN EYNDE, *« Que faut-il penser des mentions " lu et approuvé " et " bon pour pouvoir " ? ».*

[858] M. MIGNOT, *op. cit.* n° 216.

[859] P. ANCEL, *D. 1999*, p. 413.

manuscrite de l'article 1376 était requise comme une règle de forme, par conséquent une condition de validité du contrat dont le non-respect devait entrainer la nullité de l'acte[860]. On observait déjà les prémisses de cette position *radicale* de la Cour lorsqu'elle affirmait qu'« *il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution*[861] ». C'est ainsi que, alors que la chambre commerciale, fidèle à sa position libérale[862], considérait l'article 1376 comme une règle de preuve, la première chambre civile va faire du cautionnement un contrat solennel. Cette jurisprudence a suscité l'étonnement en ce sens qu'elle avait été rendue *contra legem*, puisque l'esprit du Code civil, aussi bien en ce qui concerne l'article 2294 que l'article 1376, renvoyait ni plus ni moins à la consécration de règles *ad probationem*. Autant il était rationnel de remettre en question, d'une manière ou une autre, le consensualisme du cautionnement[863], autant la solution rendue par la Cour démontrait objectivement son inconséquence par la création artificielle d'un tel formalisme. Les auteurs S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF résument assez bien la situation lorsqu'ils affirment : « *Il était difficile d'admettre que le mariage d'une règle de preuve et d'une règle d'interprétation puisse accoucher d'une règle de forme*[864] ».

423. Face aux vives critiques de la doctrine et à l'inefficacité potentielle[865] d'une telle solution, la première chambre civile de la Cour de cassation a effectué un retour à l'orthodoxie en redonnant à l'article 1376 sa véritable nature, à savoir celle d'une règle de preuve[866]. Désormais, le non-respect des dispositions de l'article 1376 entraine

---

860 Cass. civ. 1re, 30 juin 1987, Bull.civ. I, n°210, p. 155 ; D. 1987, somm. p. 442, Ire esp., obs. L. AYNÈS ;
861 Cass. 1re civ., 22 févr. 1984, *Bull. civ. I*, n° 71 ; *JCP. I.* 1985 II, 20442, note M. STORK.
862 La chambre commerciale de la Cour de cassation est toujours restée fidèle à l'approche classique de la règle de preuve de l'ancien article 1326 (art. 1376 nouv.) du Code civil ; V. en ce sens, Cass. com., 21 juin 1988, *Bull. civ.* IV, n° 212, *JCP éd.* G 1989, II, 21170, note Ph DELEBECQUE ; D. 1989, somm. p. 289, obs. L. AYNÈS.
863 En ce sens que, la mention manuscrite de l'article 1376 insère le consentement des parties dans un cadre duquel elles ne peuvent s'extirper.
864 S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 551.
865 En focalisant le contrôle du juge sur l'existence d'un écrit devant revêtir une forme particulière, faute de quoi le contrat serait nul, la Cour de cassation ouvrait la voie à une augmentation du contentieux émanant de garants, y compris non-profanes, motivés par l'idée d'être déchargés de leurs engagements.
866 Cass. 1re civ., 15 oct. 1991; JCP.1992.II, 21923, note Ph. SIMLER ; Contrats-Concurrence-Consommation 1992 , comm. n°6 , obs. L. LEVENEUR ; Postérieurement, Cass. 1re civ., 20 oct. 1992 : *Bull. civ.* I, n° 259 ; D. 1993. Somm. 311, obs. L. AYNÈS ; V. également Ph. DELEBECQUE, Forme et preuve du cautionnement, CDE 2/1992, 5, Ch. MOULY ; RJDA oct. 1993, p.679 et suiv.

l'inefficacité de l'acte *instrumentum*[867]. Les insuffisances ou les contradictions de la mention manuscrite affectaient non pas la validité de l'engagement de la caution, mais la preuve de sa portée et de son étendue. Lorsque l'inefficacité du cautionnement était avérée, l'acte ne constituait qu'un commencement de preuve qui devait être complété par des éléments extrinsèques démontrant que la caution a pris conscience de la nature et de l'étendue de son engagement[868].

424. En marge du cautionnement, l'appréciation de la portée de l'exigence manuscrite de l'article 1376 du Code civil au sein des autres garanties personnelles a suscité moins de controverses. En effet, s'agissant de la garantie autonome, la mention manuscrite de l'article 1376 a vocation à s'appliquer puisqu'il s'agit bien d'un contrat unilatéral par lequel le garant s'engage à payer une somme au bénéficiaire sans que celui-ci soit tenu d'une contrepartie à son égard[869]. À l'instar de la portée de la mention manuscrite conférée par la jurisprudence au cautionnement, l'acte de garantie autonome irrégulier constitue un commencement de preuve pouvant être complété par des éléments extrinsèques[870].

En ce qui concerne la lettre d'intention, elle ne révèle pas davantage de difficulté. C'est une sûreté dont la formation est profondément consensuelle. Sur le plan de la preuve, aucun formalisme n'est requis. Ceci, pour la simple raison que l'article 1376 du Code civil ne concerne que les contrats unilatéraux et non les obligations de faire ou de ne pas faire[871]. Le texte se trouve, dès lors, exclut du domaine de la lettre d'intention quand bien même l'obligation de l'émetteur de la lettre résulterait d'une obligation de résultat[872].

De même, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en considérant l'obligation de faire du porte-fort d'exécution comme étant une obligation de résultat,

---

867 V. également, Cass. 1re civ., 6 juill. 2004 :*Bull. civ. I,* n° 199, p. 177.
868 Cass. 1re civ., 23 févr. 1999, préc.
869 Cass. com., 22 nov. 1996 : JCP 1997, I, 4033, n°10, obs. SIMLER ; RTD civ. 1997, p. 183, obs. BANDRAC.
870 Cass. com., 10 déc. 2002 : JCP 2003, I, 176.
871 Ph. SIMLER, « *Les solutions de substitution au cautionnement* », JCP 1990, I, 3427, n°21 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 461 ; A. BAC, « *La lettre d'intention ou le dilemme liberté/ sécurité* », Droit et patrimoine 1999, n°67, p. 51
872 Cass. com., 17 déc. 2002 : RD bancaire et financier 2003, n°73, obs. LEGEAIS ; JCP 2003, I, 176, n°13, obs. SIMLER ; RJDA 12/2003, n°1254.

en a déduit l'exclusion de l'article 1376 du porte-fort d'exécution[873]. Notons toutefois que le raisonnement opéré par la Cour semble fragile. En effet, déduire de la qualification de l'obligation de faire l'inapplicabilité de la mention manuscrite de 1376, c'est altérer le sens du texte. La règle porte sur la nature et non sur l'objet de l'obligation. À cet égard, l'on doit mentionner l'analyse de Ch. GIJSBERS[874]. À partir du moment où la somme due par le porte-fort n'est pas déterminée au jour de la conclusion de l'acte, l'auteur suggère que la jurisprudence transpose le régime du porte-fort sur celui du cautionnement indéfini, pour lequel la jurisprudence exige que la caution « *exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite* »[875].

425. En définitive, au sein des garanties personnelles, la portée de la mention manuscrite de l'article 1376 se limite à une règle de nature probatoire[876]. Comme nous l'avons vu, à l'égard de certaines, elle est même exclue[877] et ce, malgré les critiques portées sur l'interprétation du texte par la jurisprudence dans ces mécanismes. Ainsi, le Code civil, la jurisprudence ainsi que la doctrine parlaient d'une même voix et par la même occasion, donnaient objectivement la parole aux parties en ce sens que l'expression de leurs volontés n'était point renfermée dans le mode d'expression exclusif des mentions manuscrites.

Il faut cependant noter que le champ d'application du texte était déjà assez étroit et ce, bien avant les réformes successives du Code de la consommation. En effet, le texte ne fait référence qu'aux contrats unilatéraux et ne s'applique pas lorsque la preuve est libre. Les cautionnements commerciaux et les garanties personnelles souscrits par un

---

873 Cass. com., 18 juin 2013, *Bull. civ.*, IV, n° 105 ; *Banque et droit* juill.-août 2013, n° 150, p. 40, N. RONTCHEVSKY ; *RTD civ.* 2013, p. 653, obs. P. CROCQ ; *Dr. et patrimoine* févr. 2014, n° 233, p. 65, obs. Ph. DUPICHOT.

874 V. obs. sous Cass. com., 18 juin 2013, *RLDC* sept. 2013, n° 107, p. 35, Ch. GIJSBERS.

875 V. en ce sens, Cass. 1re civ., 4 févr. 1986, *Bull. civ.* I, n°49, p. 46 ; *Précédemment,* Cass. 1re civ., 18 juin 1985 : *Bull. civ.* I, n° 188, p. 169.

876 Le mandat sous-seing privé de se porter caution est également soumis à la mention manuscrite de l'article 1376 : V. en ce sens, Cass. 1re civ., 31 mai 1988 : *Bull. civ.* I, n° 163, p. 113 ; *D* 1989, somm. p. 289, 1re esp., obs. L. AYNÈS.

877 Dans cette catégorie on peut mentionner, outre le porte-fort et la lettre d'intention, le cas de la solidarité adjointe. V. en ce sens, Cass. 1ère civ., 17 novembre 1999 : Bull. civ. I, n°309.

commerçant[878] échappent au champ d'application de l'article 1376. De même, ni les actes authentiques[879], ni ceux sous seing privé contresignés par avocat[880] ne sont concernés. Et, depuis la loi *DUTREIL* du 1er août 2003, le champ d'application du texte s'était vu davantage réduit concernant le cautionnement. De sorte qu'à la veille de la réforme du 15 septembre 2021, les articles 2294 et 1376 du Code civil n'avaient vocation à s'appliquer qu'à l'égard des cautionnements suivants : ceux conclus avant le 1er février 2004[881] ; ceux souscrits par une caution personne morale non commerçante ; ceux souscrits par une caution personne physique au bénéfice d'un créancier non professionnel.

* *
*

426. Conclusion de la section 1. Avec un champ d'application quasiment résiduel de la mention manuscrite dans le cautionnement et une application distributive pour ce qui concerne les autres garanties personnelles, le législateur n'a su contenir son besoin d'intervenir en faveur de la caution et encore moins renoncer à l'idée de faire de la forme un instrument de protection. Sans doute, la tentation de la jurisprudence de faire du cautionnement un contrat solennel avait laissé des séquelles. C'est ainsi que le législateur va multiplier les règles de forme *ad validitatem* en matière de cautionnement en dérogeant au principe de la liberté de la forme constitutive. En effet, c'est au sein de la figure principale des sûretés personnelles que le renforcement du formalisme informatif[882] va s'étendre sous l'impulsion du droit de la consommation. Le nouvel article 2297 du Code civil entérine l'exigence des mentions manuscrites à titre de validité de l'acte de cautionnement. Nous venons de le démontrer, la mention manuscrite *ad probationem* instaurait un certain équilibre entre le contrôle du consentement de la caution et l'autonomie de la volonté. Or, le nouveau texte sanctionne le non-respect des mentions manuscrites par la nullité. On peut le regretter

[878] C'est le principe de la liberté de la preuve prévu à l'article L. 110-3 du Code de la consommation qui a vocation à s'appliquer. V. à propos du cautionnement, Cass. 1re civ., 18 mai 2004, *Bull. civ.* I, n° 140.
[879] À propos du mandat authentique de porter caution, Cass. 1re civ., 13 févr. 1996 : *Bull. civ.* I, n° 79, p. 51 ; JCP G, 1996, I, 3983, n° 1, obs. G.VISSAMY.
[880] V. la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques.
[881] Date d'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2003.
[882] Sur l'usage même de la notion de formalisme informatif, V. L. AYNÈS, « *Formalisme et prévention* », *in* Le droit du crédit au consommateur, Litec, 1982.

car le législateur aurait pu restituer à la mention manuscrite sa fonction probatoire traditionnelle. Cela n'aurait pas réduit la protection de la caution et aurait introduit un élément de souplesse supplémentaire.

SECTION 2

LE POUVOIR VARIABLE DE CONSTITUER UNE SÛRETÉ

427. Lorsque l'on aborde la question du pouvoir de constituer une sûreté, la première difficulté qui se présente est d'ordre définitionnel. En effet, le Code civil français ne propose pas de définition explicite de la notion de pouvoir. Or, celle-ci se rapproche de celle de capacité, notion elle-même non définie par le Code, mais distinct du pouvoir. La capacité désigne généralement « *l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer […]* »[883], reconnue en principe[884] à toute personne, physique ou morale. Il s'agit d'une exigence générale et systématique de validité qui concerne tout type de contrat. En matière de droit des sûretés, la capacité de constituer une sûreté semble répondre aux mêmes exigences que tout contrat et ne semble pas faire l'objet d'une difficulté particulière.

428. La notion de pouvoir se rapproche davantage de la représentation. La doctrine majoritaire a dégagé deux critères permettant d'identifier le pouvoir. D'une part, il doit conférer à celui qui l'exerce les attributs d'un droit subjectif d'autrui. D'autre part, la mise en œuvre du pouvoir doit se faire dans l'intérêt du sujet d'imputation et, par conséquent, jamais dans l'intérêt exclusif de celui qui l'exerce. Le pouvoir correspond donc à l'aptitude pour celui qui en est investi à représenter une personne. Le professeur E. Gaillard propose une définition synthétique de ces critères, affirmant que le pouvoir est « *la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour*

[883] G. CORNU, *op. cit.*, V° CAPACITÉ.

[884] Selon les dispositions de l'article 1145 C. civ., le principe demeure la capacité et l'incapacité l'exception : « *Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* ».

autrui[885] ». Par conséquent, ce pouvoir ne doit en aucun cas être exercé dans l'intérêt exclusif de celui qui en est titulaire, mais plutôt dans l'intérêt du représenté.

429. Cette analyse sommaire de la notion de pouvoir renvoie naturellement à une thématique génératrice de nombreux contentieux : le pouvoir du dirigeant social à constituer une sûreté. Dans quelles conditions l'organe social investi du pouvoir de représenter la société dans ses rapports avec les tiers peut-il constituer une sûreté ? Pour le dire autrement, un dirigeant social peut-il engager la société en garantie de ses propres dettes ou de celles de ses associés ? Notre analyse démontre que le droit positif en la matière offre une protection solide au patrimoine social. La liberté contractuelle du dirigeant social est fortement encadrée tantôt par la loi lorsqu'il s'agit des sociétés à risque limité, tantôt par le juge lorsqu'il s'agit des sociétés à risque illimité. La liberté contractuelle est également mise à rude épreuve en présence d'une procédure d'insolvabilité. Qu'il s'agisse d'une procédure de surendettement des particuliers ou d'une procédure collective, le pouvoir de constituer est encadré par le législateur.

430. Le pouvoir de constituer une sûreté n'est pas uniforme et fait l'objet d'une variabilité significative en fonction des contextes juridiques et des circonstances particulières. Ainsi, le droit français encadre le pouvoir de constituer une sûreté au sein l'entreprise (**§1**) et après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (**§2**).

§1. L'ENCADREMENT DU POUVOIR DU DIRIGEANT SOCIAL

431. Les conséquences patrimoniales de la constitution d'une sûreté s'identifient assez aisément en ce qui concerne les personnes physiques. Dès lors que la sûreté est régulièrement constituée, le constituant n'engagera que son propre patrimoine[886] : un bien ou un ensemble de biens, ou encore l'ensemble de son patrimoine selon la sûreté choisie par les parties. Les choses sont différentes s'agissant des personnes morales. Le patrimoine social doit naturellement être au service de l'entreprise elle-même

[885] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé* , th. Paris II, Paris, Economica, 1985, p. 232.
[886] Exception faite de la règle de l'article 1415 du Code civil.

conformément à la lettre de l'article 1832 du Code civil[887] et non au service d'autrui. C'est justement dans cette dernière hypothèque que les difficultés apparaissent puisque la constitution d'une garantie au profit d'un tiers sans aucune contrepartie est contre-nature dans le contrat de société. En effet, un tel acte peut causer des dommages à la société ou, « *plus subtilement imposer à celle-ci des affaires qui sont bonnes pour (*ses dirigeants) *mais mauvaises pour elle*[888] ». C'est pourquoi le pouvoir des représentants sociaux d'engager la société est encadré par le droit des sociétés. Notre analyse révèlera que cet encadrement s'opère de différentes manières. Il est législatif s'agissant des sociétés à risque limité (**A**) et jurisprudentiel s'agissant des sociétés à risque illimité (**B**).

A. UN ENCADREMENT LEGISLATIF DANS LES SOCIETES A RISQUE LIMITE

432. Le législateur a institué différentes règles afin de protéger les sociétés à risque limité contre certains actes conclus par ses gérants. La constitution d'une sûreté constitue un risque pour la société car sa mise en œuvre est susceptible de compromettre sa pérennité. Ce risque a incité le législateur à encadrer leur souscription par une société à risque limité soit en interdisant purement et simplement leur conclusion dans certaines hypothèses (**1**), soit en limitant le pouvoir du dirigeant social à constituer une sûreté (**2**).

1. L'interdiction de constituer une sûreté

433. Le législateur interdit aux sociétés à risque limité de cautionner ou avaliser[889] les engagements de leurs propres dirigeants et associés ou leurs proches[890].

---

[887] Spéc. al. 1er de l'art. 1832 C. civ. : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter […]* ».

[888] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés,* Litec, coll. Manuel, 29e éd., 2016, n°808.

[889] L'aval n'étant qu'une forme de cautionnement, V. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *op. cit.*, n° 415 et s.

[890] Il peut s'agir du conjoint, des ascendants, des descendants ou toute personne interposée, V. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *op. cit.*, n° 614.

L'interdiction vise l'ensemble des sociétés à risque limité[891], même si elle demeure plus sévère en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, en ce qu'elle touche les associés à la différence des sociétés par actions.

434. Il faut noter que l'interdiction instituée par le législateur ne vise que le cautionnement. En effet les règles d'interdiction aux dirigeants de faire cautionner ou avaliser par la société leurs engagements envers les tiers, de même que ceux de leurs proches, sont issues d'une loi de 1966. Or à cette date, le cautionnement était la seule sûreté personnelle connue du droit français. En opérant par un raisonnement téléologique, une interprétation large de l'interdiction à l'ensemble des sûretés personnelles s'impose. La finalité, ici, n'est autre que la volonté pour le législateur d'empêcher les représentants de la société et leurs proches de constituer de telles sûretés dans leurs propres intérêts[892] et qui sont, de surcroît, de nature à compromettre le patrimoine de la société. Étant donné que ce risque encouru par la société n'est pas spécifique au cautionnement et qu'il existe pour tout engagement pour autrui, il est logique que l'interdiction s'applique également aux sûretés personnelles alternatives au cautionnement et aux sûretés réelles[893].

435. En cas de transgression des règles d'interdiction de constituer une sûreté sur les biens de la société, la sanction prévue par le législateur est la nullité absolue[894] qui peut être relevée d'office par le juge. Eu égard à la nature absolue de la nullité, la prescription est trentenaire. Par ailleurs, le dirigeant s'expose à des poursuites pour abus de biens sociaux[895].

Il est à noter que le législateur prévoit néanmoins une exception[896] à ce principe d'interdiction de consentir une sûreté. En effet, les établissements bancaires et financiers peuvent toujours consentir des prêts ou accorder des garanties à leurs

---

[891] Pour les sociétés anonymes, V. art. L. 225-43 et L. 225-91 C. com. ; Pour les sociétés à responsabilité limitée, V. art. L. 223-21 C. com. ; Pour les sociétés e commandite par actions, V. L. 226-10 C. com. ; Pour les sociétés par actions simplifiées, V. art. L. 227-12 C. com. qui renvoi à l'art. L. 225-43 C. com.

[892] A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEF, *op. cit.,* n° 1290.

[893] *Op. cit. idem*

[894] Cass. ch. Mixte, 10 juill. 1981 : *Rev. sociétés* 1982, p. 84, note Ch. MOULY.

[895] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 168.

[896] Outre l'exception relative à la constitution des sûretés, le principe est également assoupli par la possibilité de constituer est actes *« sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales »*, V. Art. L. 225-39 C. com.

dirigeants à condition que ces derniers aient été accordés sans avantage particulier à leur profit[897].

436. En dehors de ces cas d'interdiction pure et simple de constituer une sûreté dans l'intérêt personnel des dirigeants ou associés et de leurs proches, le législateur a autorisé aux dirigeants le pouvoir de constituer une sûreté pour, cette fois ci, autrui, sous réserve du respect de certaines conditions. Partant, elle limite le pouvoir des dirigeants de constituer une sûreté.

2. La limitation du pouvoir de constituer une sûreté

437. Alors que la constitution d'une sûreté par la société au profit de ses représentants est purement et simplement interdite, celle constituée par une société à risque limité pour autrui est soumise à certaines conditions. Ainsi, aux termes de l'alinéa 4 de l'article L. 225-35 du Code de commerce[898], le dirigeant d'une société anonyme avec conseil d'administration ne peut consentir, au nom de la société, des « *cautions, avals et garantie […]* » qu'avec l'autorisation du conseil d'administration, sauf si ce dernier a autorisé préalablement le dirigeant à souscrire ces engagements[899]. Le texte prévoit qu'une autorisation annuelle peut fixer un seuil global en deçà duquel le dirigeant pourra souscrire librement ces opérations.[900] Il peut également fixer un seuil individuel par opération. Les mêmes limites sont imposées aux sociétés anonymes avec un conseil de surveillance au sein de l'alinéa 2 de l'article L. 225-68 du Code de commerce qui adopte une formule identique à celle de l'article L. 225-35 du même Code[901].

---

[897] Art. L. 225-43, al. 2, C. com. : « *Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales* ».

[898] Art. L. 225-35 al. 4 : « *Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil, qui en limite le montant, dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers […]*».

[899] Pour plus de détails, V. J.-P. LANGLADE, « *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes* », *RTD com.*, 1979, p. 355 et s.

[900] Art. L. 225-35 al. 4 : «*[…] Le conseil peut toutefois donner cette autorisation globalement et annuellement sans limite de montant pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du présent code […] Le directeur général peut également être autorisé à donner, à l'égard des administrations fiscales et douanières, des cautions, avals ou garanties au nom de la société, sans limite de montant* ».

[901] La règle s'applique également aux sociétés coopératives agricoles (art. R. 524-31, al. 3 C. rur.) et aux sociétés de caution mutuelle (art. L. 515-4 C. mon. fin.) tandis que les sociétés par actions simplifiées y échappent. V. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 167.

438. En ce qui concerne le champ d'application de l'article L. 225-35 du Code de commerce, sont visé par le texte les « *cautions, avals et garanties* ». Son domaine est donc particulièrement vaste. Pourtant cela n'a pas empêché la jurisprudence de nuancer sa position quant à l'application de la règle aux lettres d'intentions. C'est ainsi que la Cour de cassation considérait que faisaient figure de « *garantie* » au sens de ces textes, les lettres d'intention avec obligation de résultat[902], contrairement à celles n'imposant au garant qu'une obligation de moyens[903]. La consécration de la lettre d'intention par l'Ordonnance de réforme du 23 mars 2006 a mis un terme aux fluctuations jurisprudentielles sur la question[904]. Désormais, toutes les sûretés personnelles sont concernées par la règle. Le législateur exige l'autorisation du conseil d'administration non seulement pour toutes les sûretés personnelles, mais également pour toutes les sûretés réelles consenties par la société pour les tiers[905]. Aussi, par une interprétation large du terme garantie, la jurisprudence considère que l'exigence d'autorisation préalable s'applique aux engagements de contre-garantie[906]. Au-delà, la société anonyme garanti ses propres engagements, aucune autorisation du conseil d'administration n'est requise[907], l'exigence de l'article L. 225-35 n'a pas vocation à s'appliquer.

439. Etonnamment, le législateur ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de l'exigence préalable du conseil d'administration ou de surveillance. Cependant, la jurisprudence s'est prononcée à ce sujet. La Cour de cassation considère que le cautionnement irrégulièrement accordé par un dirigeant de la société anonyme au profit d'un tiers est inopposable à la société[908]. En clair, la sûreté ou la garantie est jugée inopposable à la société dès lors qu'elle est consentie sans autorisation préalable du

---

[902] Cass. com., 26 janv. 1999, *JCP éd. G*, 1999, II, 10087, note D. LEGEAIS ; *D*. 1999, p. 577, note L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1999, p. 833, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1999, p. 443, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; V. également, Cass. com., 26 févr. 2002, *JCP éd. G*, 2002, I, 162, n° 13, obs. Ph. SIMLER ; *D*. 2002, Somm., p. 3331, obs. L. AYNÈS ; *RTD com.* 2002, p. 525, obs. M. CABRILLAC.

[903] Cass. com. 8 nov. 1994, *Drefrénois* 1995, p. 255, note P. LE CANNU.

[904] L'ensemble des lettres d'intention sont soumises au dispositif. V. Ph. SIMLER, *« Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires,* LexisNexis, comm. Traités, 5e éd. 2015, n° 1073.

[905] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.,* n° 599.

[906] Cass. com., 13 oct. 1992 : *RJDA* 1992, p. 912.

[907] Cass. com., 4 mai 1999 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 974, note D. LEGEAIS.

[908] Cass. com., 29 janv. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 47 ; Cass. com., 8 nov. 1988, *Bull civ.* IV, n° 302 ; Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-11542, *Bull.* Joly 1999, p. 535, note P. Le CANNU ; *JCP éd*. E 1999, p. 668, n° 6, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

conseil d'administration ou de surveillance. La nature de la sanction a interpellé au sein de la doctrine mais pas que, les effets de l'inopposabilité entre les parties ont également suscité des questionnements[909]. En effet, l'inopposabilité a justement pour conséquence de refuser à l'acte de produire tout effet à l'égard de certains tiers tout en laissant subsister celui-ci *inter partes*[910]. Elle conduit à *« l'inefficience d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets, qui tient […] à la circonstance que l'acte manque de l'une des conditions de sa pleine efficacité et de son intégration à l'ordre juridique*[911] *»*. Le premier effet notable de cette sanction est que l'acte ne pourra être régularisé ni par approbation ultérieurement ni par un début d'exécution de l'engagement[912]. Ainsi, l'acte irrégulier étant inopposable à la société, le créancier ne peut mettre en jeu sa responsabilité sur le fondement du cautionnement[913]. Nous considérons que cette solution ne doit pas surprendre puisqu'il ne s'agit là que de l'application classique des effets de l'inopposabilité. Si l'acte ne peut produire d'effets à l'égard, principalement, de la société, il est tout à fait logique que sa responsabilité contractuelle ne puisse être engagée. Il serait par contre cohérent que le créancier qui s'est cru à tort garanti puisse engager la responsabilité délictuelle du dirigeant qui a irrégulièrement constitué l'acte de garantie. Pourtant, la jurisprudence considère que la faute commise par le dirigeant n'est pas détachable de ses fonctions[914]. Cela signifie que sa responsabilité personnelle ne peut être engagée par les tiers. Considérant que, ni le dirigeant, ni la société ne peuvent engager leur responsabilité, doit-on alors en conclure que le créancier sera le seul « perdant » d'une telle opération ? Rappelons avant tout que l'acte d'engagement est effectué au profit du créancier sans aucune contrepartie. Par ailleurs, la doctrine et la jurisprudence considèrent que pèse sur lui, une obligation de vigilance quant au respect des conditions fixées par la loi. Autrement dit, il commet une faute s'il ne vérifie pas que

---

909 M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.,* n° 167 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.,* n° 599.

910 M. FALAISE, *« la sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », LPA*, n° 103, p. 5, spéc. n° 2.

911 G. CORNU, Vocabulaire Juridique, op. cit., p. 1146.

912 Cass. com., 11 juill. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 246.

913 Cass. com., 15 janv. 2013, *Bull. civ.* IV. N° 11 ; Cette position est critiquée par certains auteurs, V. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, obs. ss. Cass. com., 20 oct. 1998, *JCP G* 1999, I, 116.

914 Cass. com., 20 oct. 1998 ; *Bull. joly Sociétés* 1999, p. 88, note J.-F. BARBIÈRI.

le dirigeant dispose des pouvoirs requis pour engager la société[915]. La règle est sévère et peut paraître injuste particulièrement pour le créancier étranger qui a peu de chance d'être au fait du contenu de la législation française.

440. Cette règle d'encadrement des pouvoirs du dirigeant est propre aux sociétés anonymes. En effet, les autres sociétés à risque limité peuvent librement souscrire des sûretés dès lors qu'elles n'entrent pas dans le domaine de l'interdiction de constitution décrite plus haut. Certains auteurs ont d'ailleurs appelé de leurs vœux l'extension des règles applicables aux sociétés anonymes[916].

441. En conclusion, le pouvoir des représentants sociaux dans les sociétés à risque limité est largement encadré par le droit français puisque le législateur lui-même a institué des règles visant d'une part à interdire purement et simplement la constitution des sûretés lorsqu'elle porte sur une dette personnelle ; d'autre part, à limiter leurs pouvoirs lorsque la sûreté est constituée pour autrui. En revanche, il n'existe aucune disposition spécifique légale qui interdise ou limite l'octroi de telles garanties dans les sociétés à risque illimité.

B. UN ENCADREMENT JURISPRUDENTIEL DANS LES SOCIÉTÉS À RISQUE ILLIMITÉ

442. Il y a un changement de perspective dans les sociétés à risque illimité. Le dispositif légal est sommaire et ne fait pas preuve de la même préoccupation quant à la protection du patrimoine du garant personne morale. En effet, le législateur n'a pas institué de dispositions spécifiques aux pouvoirs des dirigeants de ces sociétés, sauf à dire que leurs actes ne doivent pas contrarier l'objet social. Partant, les pouvoirs des dirigeants sont cantonnés aux limites de l'objet social. La volonté affichée du législateur est de faire contrepoids à la responsabilité illimitée des associés de sorte que seuls les actes qui entrent dans son objet social peuvent engager la société. C'est le cas des sociétés civiles car l'alinéa 1er de l'article 1849 prévoit que « *dans les rapports*

[915] Cass. com., 29 janv. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 47.
[916] V. J. HONORAT, *« Sociétés et cautionnement », Defrénois* 1982, art. 32970, p. 1569 et s., n° 20.

avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social ». De même, s'agissant des sociétés en nom collectif, le législateur s'est contenté de reproduire dans le Code de commerce[917] *ipsis litteris* les termes de l'article 1849 du Code civil. Parmi les actes visés par ces dispositions légales figurent naturellement les sûretés. Cependant, aucune disposition spéciale ne vient encadrer le pouvoir des dirigeants des sociétés à risque illimité de consentir une sûreté. Tout au plus, on pourrait citer l'ancien article 1844-2 du Code civil, figurant désormais à l'article 2326 du même Code depuis la réforme de 2021, qui prévoit qu'une sûreté réelle peut être consentie sur les biens d'une personne morale de droit privé en vertu de pouvoirs résultant d'un acte sous signatures privées quand bien même la sureté imposerait un acte authentique pour sa constitution[918]. C'est donc la jurisprudence qui a complété le dispositif légal qu'il s'agisse des sûretés données par une personne morale en garantie de ses propres dettes (**1**) ou pour les dettes d'autrui (**2**).

1. L'encadrement du pouvoir de constituer une sûreté pour les dettes de la société

443. Les sociétés à risque illimité ne sont engagées que par les actes du gérant qui entrent dans l'objet social. Leurs gérants peuvent librement consentir une garantie au nom de la société pour les dettes de cette même société dès lors que l'opération est prévue dans les statuts de la société. La jurisprudence de la haute juridiction apporte même des tempéraments à cette règle. En effet, lorsque les statuts ne confèrent pas au dirigeant le pouvoir de constituer une sûreté au nom de la société pour ses propres dettes, la Cour de cassation admet que l'engagement puisse être précédé d'une modification des statuts ou d'une décision à l'unanimité des associés[919]. Mieux, la jurisprudence considère dans certaines hypothèses qu'un lien indirect avec l'objet social suffit pour justifier la constitution de la sûreté. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation avait estimé que « *le cautionnement se rattache indirectement à l'objet social de la SCI en raison de la communauté d'intérêts unissant cette société à la société débitrice*

[917] V. art. L. 221-5 C. com.
[918] V. art. 2326 C. civ. ; V. également, A. AYNÈS, « *La personne morale constituante d'une sûreté réelle pour autrui* », *Rev. Lamy Dr. aff.*, n° 175, nov. 2021, spéc. n° 1.
[919] Cass. com., 28 mars 2000, *Bull. civ.* IV, n° 69.

principale[920]. La communauté d'intérêts existant entre la société cautionnée et la personne cautionnée suffit pour valider le cautionnement. Le raisonnement de la jurisprudence est assez évident : dès lors que la société est susceptible de tirer un quelconque avantage de la constitution de la sûreté, elle considère que l'opération n'est pas étrangère à l'objet social. Ce cas de figure est courant dans les relations entre les groupes de sociétés. La jurisprudence apprécie avec souplesse la conformité de ces actes à l'objet social de sorte que dans les rares cas où elle considère qu'il y a contrariété à l'objet social, la sanction qu'elle retient est la nullité de l'acte[921] pour dépassement de pouvoir du dirigeant.

444. Ainsi, la jurisprudence se montre assez indulgente lorsque la sûreté est consentie sur les biens de ces sociétés dans leur propre intérêt. Cette position de la Cour de cassation contraste avec celle où les biens de la société sont engagés dans l'intérêt d'autrui.

2. L'encadrement du pouvoir de constituer une sûreté pour les dettes d'autrui

445. Nous l'avons vu, aucune disposition spécifique légale ne vient encadrer le pouvoir des représentants sociaux lorsque ces derniers engagent les biens de la société en garantie d'une dette. L'indulgence dont la Cour de cassation fait preuve lorsque la sûreté est constituée dans l'intérêt de la société est évincée par l'objectif de protection du patrimoine de la société dès lors qu'il s'agit de la dette d'autrui. Ainsi, lorsque l'organe social d'une société à risque illimité constitue une sûreté dans l'intérêt exclusif des dirigeants sociaux, d'un associé ou d'un tiers, la Cour de cassation est plus réticente à admettre la validité de l'acte sur l'unique fondement de sa conformité à l'objet social. Elle considère que l'acte qui engage la société doit être conforme non seulement à l'objet social, mais également et surtout à l'intérêt social[922]. La contrariété à l'intérêt social n'est pas constituée lorsqu'il y'a communauté d'intérêts entre la société garante et le débiteur ou lorsqu'un accord unanime des associés permet

[920] Cass. civ. 1re, 15 mars 1988 : *Rev. sociétés* 1988, p. 415, note Y. GUYON ; Cass. civ. 3e , 1er déc. 1993 : *Dr. sociétés* 1994, n° 138, obs. H. LE NABASQUE ; Cass. civ. 1re, 1er févr. 2000 : *Rev. sociétés* 2000, p. 301, note Y. GUYON.

[921] Cass. civ. 1re, 10 mai 1978, *Bull. civ.* I, n° 158.

[922] L'exigence de la conformité de l'acte d'engagement à l'intérêt social ne concerne pas les sociétés à risque limité, V. Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28504.

d'établir l'intérêt patrimonial de la société[923]. Par contre, elle l'est dès lors que la souscription de la garantie par la société pour la dette du tiers ne procure aucune contrepartie ni avantage directe ou indirecte pour la société[924]. Or, tel est, notamment, le cas en présence d'un cautionnement souscrit par la société lorsque celui-ci garantit la dette d'un tiers dont la situation financière est sans influence sur sa propre situation. À moins que l'engagement soit justifié par un avantage quelconque qu'il procurerait à la société, il encourt la nullité devant la Haute juridiction.

446. Parallèlement, la Cour de cassation a développé un fondement connexe à l'intérêt social, jusqu'ici envisagé au sens strict. La Cour de cassation considère désormais que doit être pris en compte le risque d'appauvrissement que la constitution de la garantie fera peser sur le patrimoine de la société. Autrement dit, après avoir constaté la conformité de l'engagement à l'objet social puis à l'intérêt social, il faudra désormais, apprécier le risque de réalisation de l'ensemble des actifs qu'implique la constitution de la sûreté. C'est ainsi que la Chambre commerciale a raisonné dans une décision du 23 septembre 2014, considérant que « *n'est pas valide la sûreté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un associé dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société, elle est contraire à l'intérêt social* »[925]. Ce nouveau critère jurisprudentiel fondé sur une exigence d'appréciation du risque qu'entraînerait la constitution d'une sûreté en cas de réalisation ne laisse pas indifférent. En effet, il témoigne d'une volonté de la jurisprudence de créer un devoir de proportionnalité, à l'image de celui dont bénéficient les personnes physiques.

447. L'analyse de l'ensemble de ces critères jurisprudentiels sous le prisme des différentes catégories de sûretés conduit inéluctablement à considérer que l'encadrement concerne toutes les sûretés, réelles comme personnelles. S'agissant des sûretés personnelles, elles confèrent, en vertu de leur technique, un droit de gage général sur le patrimoine du garant. Il va sans dire que leur constitution met en jeu

---

[923] Cass. civ. 1re, 8 nov. 2007, *Bull. civ.*, I, n° 345 : « *alors que le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionné ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés* » ; V. également, Cass. com., 10 févr. 2015, n° 14-11760, *Dr. et patr.* Oct. 2015, p. 97, obs. Ph. DUPICHOT.

[924] Cass. civ. 3e, 12 sept. 2012, *Bull. civ.*, III, n° 121 ; *RLDA* déc. 2012, n° 77, p. 24, note Ch. ALBIGÈS ; *Dr. sociétés* nov. 2012, comm.. 178, note R. MORTIER ; Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11785 ; *rev. sociétés,* 2009, p. 383, note D. RANDOUX ; *Bull. joly* 2008, p. 883, note J.-F. BARBIÈRI.

[925] Cass. com., 23 septembre 2014, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *RDC* 2015, p. 281, obs. A.-S. BARTHEZ.

l'ensemble des actifs de la société. Quant aux sûretés réelles[926], la Cour de cassation s'est prononcée à de nombreuses reprises sur la nullité de l'engagement lorsqu'il est consenti dans de telles conditions[927]. Encore récemment, elle a jugé, à propos d'une sûreté réelle pour autrui constituée par une société civile immobilière, que « *la sûreté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un associé n'est pas valide dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société, elle est contraire à l'intérêt social. Il en est ainsi même dans le cas où un tel acte entre dans son objet statutaire*[928] ». Même si l'engagement est consenti à l'unanimité des associés[929], dès lors que le bien est affecté en garantie de la dette d'un tiers, en l'espèce d'un associé, et qu'il « *constituait le seul bien de la SCI de sorte que cette dernière, qui ne tirait aucun avantage de son engagement* » la Cour considère que l'existence de la société est en jeu. Par conséquent, la sûreté est déclarée nulle.

448. La nécessité du contrôle de l'intérêt social est dictée par le fait que d'une part, la sûreté est consentie par la société pour garantir la dette d'autrui, d'autre part, par le risque d'appauvrissement qu'elle fait peser sur le patrimoine de la société. Cette forme de contrôle de proportionnalité applicable à l'ensemble des sûretés semble constituer le pendant de celui déjà existant pour les personnes physiques.

§2. L'ENCADREMENT DU POUVOIR DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

449. L'aptitude des parties à constituer librement une sûreté pendant la procédure collective est une question épineuse, tant son analyse nécessite d'opérer une distinction entre les sûretés véritablement issues de la liberté contractuelle[930].

---

926 V. R. DALMAU, « *La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier* » ; *Rev. sociétés* 2018, p. 487 s.

927 V. Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24438, arrêt préc. ; Cass. com., 23 septembre 2014, *Bull. civ.* IV, n° 142, arrêt préc.

928 Cass. com., 6 janv. 2021, n° 19-15299, *Gaz. Pal.,* juin 2021, n° 22, obs. C.-A. MICHEL.

929 Déjà, Cass. com., 8 nov. 2011, *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 8, obs. A. GERLES ; *Gaz. Pal. 22 déc. 2011*, p. 18 ; Seule la 1re chambre civile adopte une position différente : V., Cass. civ. 1re, 8 nav. 2007, *Bull. civ.* I, n° 345 ; *JCP éd. G 2008,* I, 152, n° 3, obs. Ph. SIMLER ; *RTD com.* 2008, p. 167, obs. D. LEGEAIS.

930 En effet, nous l'avons vu, la formation de certaines sûretés telles que les privilèges (autres sûretés légales) et les sûretés judiciaires ne sont pas le fruit de la volonté des parties. Au contraire, elles s'imposent aux parties pour certaines ou sont subordonnées à la souscription d'un acte donné pour d'autres.

Partant, qu'il s'agisse du créancier ou du débiteur, la liberté contractuelle des parties se trouve fortement encadrée en présence d'une procédure d'insolvabilité. Son ouverture produit des effets divers et variés sur le droit des sûretés et, nous l'avons vu avec le cas particulier des sûretés légales, où elle peut faire naître des privilèges[931]. À l'inverse, elle est susceptible de provoquer la disparition de certaines sûretés antérieures à son ouverture[932]. Ainsi, la constitution de nouvelles sûretés n'échappe guère à l'interventionnisme du législateur qui domine les procédures d'insolvabilité et qui pose le principe de la soumission des créanciers à une discipline collective. Partant, la constitution de nouvelles sûretés est fortement encadrée, tant en cas d'ouverture d'une procédure collective (**A**) qu'en cas de surendettement des particuliers (**B**).

A. LA CONSTITUTION DES SÛRETÉS APRÈS L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

450. L'analyse de l'influence de la liberté contractuelle dans la constitution des sûretés ne doit pas, en notre sens, recevoir un traitement identique selon que le débiteur est *in bonis* ou en procédure collective. La procédure collective est un domaine du droit où plusieurs matières aux finalités antagonistes tels que le droit social ou le droit des sûretés s'affrontent régulièrement[933]. Bien souvent, voire systématiquement, ce sont les finalités des règles du livre VI du Code du commerce qui priment. Cette priorité est confirmée par les termes explicites de l'article 2287 du Code civil qui prévoient que « *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*

[931] On peut citer à ce titre, le Trésor public et les Caisses de sécurité sociale (art. 2331-1 C. civ.) qui bénéficient de nombreux privilèges mobiliers généraux. On a le privilège général, plus emblématique, des créanciers postérieurs (art. L. 622-17 I C. com.) ou encore le privilège de conciliation en cas d'ouverture d'une procédure de conciliation (art. L. 611-11 C. com.).
[932] C'est le cas, en principe, du privilège du vendeur de meuble (art. L. 624-11 C. com.) ou encore en cas de prise de sûreté dans des conditions abusives (par expl. art. L. 650-1 C. com.).
[933] D. LEGEAIS, « *De l'efficacité des garanties* », *in Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin,* LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 427.

particuliers ». La finalité du droit des faillites doit donc pouvoir s'exprimer pleinement et cela suppose la mise à l'écart de certains principes du droit des sûretés.

451. La discipline collective est le moyen employé par le droit des procédures collectives pour exécuter la finalité qui lui est assignée. Elle désigne l'ensemble des contraintes imposées aux créanciers soumis à l'emprise de la procédure. Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective entraine une « collectivisation » de la satisfaction des créanciers qui passe par une restriction de leurs droits individuels. Cette « collectivisation » a pour conséquence d'imposer aux créanciers un certain nombre de règles impératives : L'interdiction des poursuites judiciaires pour obtenir le paiement des créances, l'interdiction d'exécuter les titres, l'interdiction des paiements individuels, l'arrêt du cours des intérêts, les nullités de la période suspecte, l'arrêt de l'inscription des sûretés, l'existence du représentant des créanciers sont autant de manifestations[934] de la volonté du législateur d'organiser collectivement la procédure afin d'atteindre les objectifs de la loi… Dans le même temps, une organisation est mise en place afin de permettre la défense collective des intérêts de l'ensemble des créanciers. En effet, étant donné que la procédure est, par définition, collective, que son ouverture entraine la réunion de tous les créanciers tout en leur reconnaissant un intérêt collectif, le législateur a souhaité qu'ils subissent, de manière égale, les conséquences de cette procédure : c'est le principe d'égalité des créanciers. Le principe d'égalité des créanciers est le fondement du caractère collectif des procédures visant à traiter l'insolvabilité du débiteur[935].

---

[934] Voir F. POLLAUD-DULIAN, « *Le principe d'égalité dans les procédure collectives* », *JCP éd. G*, 1998, I, 138, n°12 et s..

[935] Associé au caractère collectif, ils constituent le noyau dur des procédures collectives. En effet, le principe d'égalité des créanciers est classiquement associé à au caractère collectif de la procédure, à tel point que pour certains auteurs, les deux notions semblent indiscernables. Pourtant, le législateur n'a jamais reconnu explicitement l'existence d'un principe d'égalité entre les créanciers dans les procédures collectives, contrairement à la jurisprudence (par exemple, Cass. com. 16 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 193). C'est donc, semble-t-il, dans l'esprit du législateur qu'il faut rechercher l'existence du principe : En effet, les législations de 1985 et 2005 y font une référence explicite (v. respectivement *Présentation de la loi,* JOAN, 5 févr. 1984, p. 1182 ; V. X. DE ROUX, *Rapport sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, A. N. : n° 295, 11 févr. 2005, spéc. p. 174, 189, 373 et p. 502). Nous y reviendrons.
En somme, le caractère collectif de la procédure conduit à l'instauration d'une discipline collective et la mise en œuvre de cette dernière exige qu'elle soit égalitaire.

452. Sans avoir été expressément posé par la loi, le principe de l'égalité est tantôt considéré par les auteurs comme « *un principe fondamental des procédures collectives* [936] », tantôt comme « *une constante des procédures collectives*[937] » ou encore comme « *l'âme des procédures collectives*[938] ». Un auteur a pu dire à propos de la règle de la suspension des poursuites individuelles qu' « *[…] elle s'applique aux créanciers en les empêchant de contrevenir, par des actions individuelles anarchiques, au caractère égalitaire parce que collectif de la procédure*[939] ». Ainsi, « *le caractère collectif de la procédure ne peut être séparé de son caractère égalitaire : la procédure est collective parce qu'elle est égalitaire*[940] ».

453. L'article 2285 du Code civil est généralement présenté comme étant le fondement du principe de l'égalité des créanciers. Le texte, reproduit à l'identique par l'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, dispose : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». Le créancier chirographaire trouve sa sécurité dans un gage général sur l'ensemble des biens du débiteur tandis que le créancier qui obtient du même débiteur la constitution d'une sûreté y trouve sa sécurité. L'intérêt commun de ces deux catégories de créanciers est, sans doute, la préservation du patrimoine du débiteur. Selon un auteur, la règle de l'égalité des créanciers est fondée par référence au crédit général du débiteur[941]. Si un débiteur est dans l'impossibilité de payer tous les créanciers, il ne doit en payer aucun[942]. Par conséquent, les créanciers doivent être payés selon le cadre des distributions collectives selon la procédure dont fait l'objet le débiteur. Les différentes

---

936 M.-J. REYMOND DE GENTILLE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967,* Paris , Sirey, 1973, dir. R. HOUIN, Préf. G. LAGARDE, n° VIII, p.4.

937 Y. GUYON, *Droit des affaires, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite,* Economica, t. II, 9e éd., 2003, n° 1027, p. 32.

938 F. DERRIDA, *D., 1986,* Somm. p. 9, obs. sous Cass. com. 19 avr. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 120, n° 83-15.258.

939 M.-J. REYMOND DE GENTILLE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967,* Paris , Sirey, 1973, dir. R. HOUIN, Préf. G. LAGARDE, n° 270.

940 M.-J. REYMOND DE GENTILLE, *op. cit.*, n° 289.

941 F. DERRIDA, Le crédit et le droit des procédures collectives, Mélanges Rodière, 1981, p. 67 ; Mais selon un autre auteur, il s'agit en réalité, « *[…] primordialement* (d') *une mesure mise au service de l'entreprise qui a besoin d'un répit pour qu'un diagnostic soit établi et une solution recherchée* » : M. CABRILLAC, « *Les ambiguités de l'égalité entre les créanciers* », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernant Derrida,* Dalloz, 1991, p. 31, spéc. n° 20. Notons qu'en tout état de cause, un diagnostic et une solution adaptés nécessitent, à un moment ou un autre, que le patrimoine du débiteur soit figé afin de déterminer un plan.

942 F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, 10e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 563.

manifestations de la règle de l'égalité des créanciers visent donc à geler le patrimoine du débiteur[943]. Posé dans le traitement des difficultés, le gel du passif conduit à un encadrement strict de la constitution des sûretés.

454. Dans la phase amiable du traitement des difficultés, qu'il s'agisse d'une procédure de conciliation ou d'un mandat a*d hoc*, ce sont les règles relatives au droit commun du contrat qui priment. En effet, la signature d'un protocole d'accord ou d'un accord constaté ou homologué à l'issue de la mission du conciliateur relève du cadre contractuel et se caractérise par un encadrement souple, une procédure volontariste et confidentielle[944]. Par conséquent, la constitution des sûretés ne connaît pas de restriction particulière à cette phase du traitement des difficultés. Toutefois, dans un arrêt récent rendu le 25 septembre 2019, la Cour de cassation a semblé porter atteinte, d'une certaine manière, à l'efficacité des sûretés constituées dans le cadre de l'accord de conciliation en cas d'ouverture d'une procédure collective postérieurement à l'accord[945]. En jugeant que le créancier « *ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord* », la Cour de cassation instaure un rapport d'indivisibilité entre l'accord de conciliation et les sûretés consenties en vue de son acceptation. Selon la Haute juridiction, la caducité de l'accord de conciliation en cas d'ouverture subséquente d'une procédure collective entraine corrélativement celle des sûretés consenties à l'occasion de l'accord[946]. Cette décision a suscité de nombreuses critiques au sein de la doctrine[947]. L'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a pris le contre-pied de cette solution jurisprudentielle puisqu'un nouvel article L. 611-

---

[943] Tel est l'avis d'une majeure partie de la doctrine : v. F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, *op. cit.*, n° 653 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, F. MACORIGVENIER, *« Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. Situation des créanciers. Interdictions des inscriptions »*, fasc. 2365, n° 6 ; A. JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté, 8e éd., Lexisnexis, Litec, 2013, n° 500 ; P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz, 8e éd., 2015-2016, n° 651.13.

[944] Exception faite de l'accord de conciliation homologué, V. art. L. 611-8 II C. com.

[945] Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-15.655 : *JurisData* n° 2019-016499 ; *JCP E* 2020, 1022, note P. BORDAIS ; RD bancaire et fin. 2019, comm. 206, note C. HOUIN-BRESSAND ; RD bancaire et fin. 2019, comm. 189, note D. LEGEAIS.

[946] La solution repose sur l'application des dispositions de l'article L. 611-12 C. com. qui dispose : *« L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L. 611-8. En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 611-11 ».*

[947] H. BOURBOULOUX, C. FORT et T. FORNACCIARI, « *Il faut sauver les sûretés en conciliation* » : BJE janv. 2020, n° 117 , p. 6, p. 12 ; P. BORDAIS, « *L'indivisibilité de l'accord de conciliation et des sûretés consenties en vue de son acceptation* », *JCP* E, n° 4, 23 Janvier 2020, 1022.

10-4 du Code de commerce, créé pour l'occasion, prévoit désormais que « *la caducité ou la résolution de l'accord amiable ne prive pas d'effets les clauses dont l'objet est d'en organiser les conséquences* ». Par conséquent, l'ouverture d'une procédure de traitement amiable des difficultés ne porte ni atteinte à la liberté des parties de constituer des sûretés nouvelles dans le cadre de l'accord, ni à leur efficacité quand bien même la procédure déboucherait sur un traitement judiciaire.

455. La position du législateur reste cohérente avec l'objectif supérieur du maintien de l'activité des entreprises. Ce maintien doit nécessairement s'accompagner de la préservation, dans une certaine mesure, des intérêts des créanciers ayant participé à l'opération de sauvetage et ce, même dans le traitement amiable des difficultés.

C'est la poursuite de ce même objectif qui justifie le privilège de conciliation de l'article L. 611-1 du Code de commerce[948], créé par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et depuis maintenu par les différentes réformes intervenues en la matière y compris la dernière en date. Ce privilège garantie de plein droit les sommes qui ont pour objet « *la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité* » apportées par un créancier au stade de l'accord de conciliation homologué, soit sous la forme d'un « *apport en trésorerie* », soit à l'occasion de la « *fourniture d'un nouveau bien ou service* » sous la forme d'un contrat de location, de crédit-bail, de conseil, de cautionnement, ou d'entreprise. On ne retrouve cependant pas la même souplesse dans le traitement judiciaire des difficultés où la liberté des parties de constituer de nouvelles sûretés est fortement encadrée.

456. L'ouverture d'un traitement judiciaire, contrairement au traitement amiable, affecte fortement la liberté des parties. Car bien souvent, le débiteur tantôt partage ses pouvoirs avec l'administrateur, tantôt est dessaisi de l'administration de l'entreprise et de ses droits patrimoniaux. De sorte que l'accomplissement de certains actes lui sont interdits concernant les sûretés.

---

[948] Art. L. 611-11 C. com, « *En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au I de l'article L. 643-8. Les personnes qui fournissent, dans le même cadre, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. […]* ».

À titre liminaire, notons, d'abord, que l'interdiction relative à l'inscription des sûretés postérieurement au jugement d'ouverture ne constitue pas une atteinte directe à la liberté des parties de constituer une sûreté. En effet, cette règle qui transcende l'ensemble des procédures de traitement judiciaire des difficultés des entreprises (sauvegarde[949], redressement[950] et liquidation[951]) ne concerne que les sûretés réelles déjà constituées. Partant, seul l'acte de constitution des sûretés pendant la procédure collective va attirer notre attention afin d'y déterminer la place de la liberté contractuelle.

Ensuite, simultanément à l'ouverture d'une procédure collective deux types de sûretés nouvelles sont susceptibles de naître de ladite procédure.

Il y a d'une part, le privilège « des créanciers postérieurs au jugement d'ouverture » ou de « la période d'observation » des articles L. 622-17[952] et L. 641-13[953] du Code de commerce. Ce privilège dit de « post-money », qui rappelle celui de « new money », de l'article L. 611-11 du Code de commerce qui bénéficie aux créanciers ayant consenti des apports de trésorerie en vue de la poursuite de l'activité et sa pérennité, constitue l'innovation majeure de la réforme du droit des sûretés en ce qui concerne les procédures collectives[954]. Applicable aussi bien à la procédure de sauvegarde qu'au redressement, il profite aux créanciers en cas de nouvel apport de trésorerie pendant la période d'observation[955], lors de l'arrêté[956] ou de la modification[957] d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

Il y a d'autre part, le superprivilège des salariés de l'article L. 625-8 du Code de commerce qui, au-delà du jugement d'ouverture, fait l'objet d'un privilège de la procédure.

Comme nous l'avons déjà souligné, ces sûretés sont légales et n'expriment pas significativement la liberté contractuelle des parties dans la constitution des sûretés.

---

[949] Art. L. 622-30 C. com.
[950] Art. L. 631-14-1 C. com.
[951] Art. L. 641-3, al. 1 C. com
[952] Pendant la période d'observation.
[953] En ce qui concerne la procédure de liquidation.
[954] Y. BLANDIN, « *Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives* », Gaz. Pal., 2 nov. 2021, 38, n°10.
[955] Art. L. 622-10 C. com.
[956] Art. L. 626-10 C. com.
[957] Art. L. 626-26 C. com.

Autrement dit, elles s'imposent, avec les sûretés judiciaires, à la volonté des parties. Elles ne sont pas le produit de leurs volontés. Il convient, par contre, de s'interroger sur l'aptitude des parties à constituer une sûreté conventionnelle pendant la procédure collective.

457. S'agissant des sûretés réelles, l'atteinte à la liberté des parties à constituer une sûreté est fortement encadrée par le législateur. Par définition, cette catégorie de sûreté va porter et donc se réaliser sur les biens du débiteur. Nous l'avons souligné, le corpus législatif des procédures collectives repose en grande partie sur la finalité de geler, et même reconstruire, le patrimoine du débiteur. Or, la réalisation de ces sûretés contreviendrait aux *primo* finalités de maintien et de pérennité de l'activité des entreprises en difficulté. C'est pourquoi pendant la période de sauvegarde et de redressement, la liberté du débiteur est limitée lorsqu'il s'agit d'effectuer des actes de disposition et d'administration sur ses biens[958]. Ainsi, la constitution d'une hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement nécessite, à peine de nullité, l'autorisation du juge-commissaire selon l'article L. 622-7, II, alinéa 1 du Code de commerce[959]. En effet, dès lors qu'un acte de disposition est étranger à la gestion courante de l'entreprise, il est soumis à l'autorisation du juge-commissaire. Ainsi, une hypothèque, un gage ou un nantissement ne pourront être constitués par le débiteur sur ses biens pendant la procédure de sauvegarde ou de redressement que sur autorisation du juge-commissaire après avoir recueilli éventuellement l'avis du ministère public au regard de l'importance de l'acte[960].

458. De même, c'est sur autorisation du juge-commissaire, également, que les parties vont avoir la possibilité de substituer à la sûreté initialement prise par le créancier, une

---

[958] Art. L. 622-3 C. com. : « *Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur.*
En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 622-7 et L. 622-13, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi ».

[959] Art. L. 622-7, II, al. 1, « *Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une sûreté réelle conventionnelle en garantie d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure, à payer le transporteur exerçant une action au titre de l'article L. 132-8 du code de commerce ou à compromettre ou transiger. Néanmoins, si l'un de ces actes est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure, le juge-commissaire ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public. […]* »

[960] Art. L. 622-1 C. com.

sûreté équivalente[961]. L'hypothèse de substitution des sûretés après le jugement d'ouverture va de concert avec les finalités de maintien et de pérennité de l'activité. Elle n'est rendue possible que dans le cas de continuation de l'entreprise lors de l'exécution du plan. La substitution peut s'avérer hautement utile surtout lorsqu'elle conduit à renflouer la trésorerie de l'entreprise. Par exemple la substitution d'une sûreté réelle par une sûreté personnelle peut s'avérer avantageuse pour le plan : c'est le cas lorsqu'un cautionnement est substitué à une sûreté existante immobilière. La vente du bien initialement grevé va permettre de financer la poursuite de l'exploitation ou de favoriser la restructuration de l'entreprise.

459. Pendant une autre phase importante des procédures collectives, l'aptitude des parties à constituer une sûreté réelle va s'en trouver fortement limitée. Il s'agit bien évidemment de la période suspecte qui débute à partir de la date de cessation des paiements et prend fin à partir du jugement d'ouverture. Ne sont donc concernés que le redressement et la liquidation par ladite période. Une fois n'est pas coutume, le gel du patrimoine du débiteur (mais également le principe de l'égalité) justifie l'existence de cette période qui est suspecte en raison d'actes potentiellement réalisés par le débiteur pour faire disparaître des actifs de son patrimoine ou avantager certains débiteurs en leur donnant des avantages de paiement. En clair, il s'agit d'actes faisant intervenir la volonté du débiteur et potentiellement celle de constituer des sûretés. Avant l'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, le législateur dressait une liste de sûretés frappées de la nullité dès lors qu'elles ont été formées pendant ladite période pour garantir des dettes antérieures. En effet, l'article L. 632-1 I 6° du Code de commerce visait : « *Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées* ». Evidemment, le texte ne mentionnait que des sûretés traditionnelles reposant sur la technique du droit de préférence. Le texte étant d'interprétation stricte[962], étaient exclues de l'interdiction, à titre d'exemple, les garanties exclusives conventionnelles. C'est dans ce sens que la Cour de cassation

[961] Art. L. 622-8, al. 3 et art. L. 631-14 C. com. pendant la période d'observation ; Art. L. 626-22, al. 3 C. com. dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement.
[962] F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement,* LGDJ, 6e éd., n° 518-1.

avait, d'ailleurs, raisonné à propos de la cession de créances professionnelles consenties en garantie d'une dette antérieure[963]. Depuis l'ordonnance de réforme, le législateur a généralisé les termes employés par l'article L. 632-1 I 6° du Code de commerce pour désigner les sûretés faisant l'objet de nullités pendant la période suspecte. Désormais, cette liste, forcément incomplète, des sûretés interdites à la constitution pour les dettes antérieurement contractées[964], englobe *toute sûreté réelle conventionnelle, toute sûreté réelle judiciaire, toute hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation ou droit de rétention*[965]. Cette nullité de plein droit est fondée sur le caractère suspect de la constitution d'une sûreté au profit d'un créancier qui n'est plus en plus en position de force (ou l'est moins) car le crédit a déjà été accordé. De surcroit, l'objectif étant de reconstituer l'actif du débiteur, il était logique que le législateur élargisse le champ d'application de l'article L. 632-1 I 6° au-delà des seules techniques réposant sur le droit de préférence, pour y inclure surtout les garanties exclusives dans lesquelles le danger est plus significatif. Sont également concernées par la règle la fiducie-sûreté et la fiducie-sûreté rechargeable[966]. Il est important de préciser que la jurisprudence considère que c'est la date de constitution de la sûreté qu'il faut prendre en compte et non celle de sa publicité[967].

Cependant, si toutes les sûretés conventionnelles sont concernées par l'interdiction, il faut signaler l'exclusion notable des cessions de créances professionnelles dites « cessions dailly », réalisées pendant la période suspecte « *en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à la date de cessation des paiements*[968] ».

---

[963] Cass. com., 28 mai 1996, *Bull. civ.,* IV, n° 151 ; *RTD civ.* 1996, 671, obs. P. CROCQ.

[964] R. DALMAU, *« Réforme des rapports entre les sûretés et les procédures collectives »*, *JCP I,* 3 déc. 2021, n° 48, 1341, n° 8.

[965] Y compris le droit de rétention, qui n'était pas envisagé sous l'empire de la rédaction antérieure du texte.

[966] G. AMLON, *Procédures collectives, Créanciers titulaires de sûretés réelles, JCl.,* Fasc. 2383.

[967] Cass. civ., 20 janv. 1986, *D.* 1986.1, p. 305, note A LYON-CAEN ; Cass. com., 25 oct. 1994, *JCP* I 1995, 457, n° 9, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com. 22 nov. 1994, *Rev. proc. Coll.* 1995, p. 447, note B. LEMISTRE. En présence d'une promesse d'hypothèque, selon la jurisprudence, c'est la date de l'acte authentique qu'il faut retenir, voir : Cass. com., 3 mai 1988, *D.* 1989, p. 58, note CH. GAVALDA ; CAss. com., 12 nov. 1997, *RJDA* 1/98, p. 48, n° 76.

[968] Art. L. 632-1 I, 6° C. com.

Par ailleurs, à l'instar de la règle de substitution prévue aux articles L. Art. L. 622-8, al. 3, L. 631-14 et L. 626-22, al. 3 du Code de commerce[969], le législateur consacre également la substitution des sûretés pendant la période suspecte. Selon les termes du nouvel article L. 632-1 I 6° du Code de commerce, échappent à la nullité les substitutions intervenues en période suspecte lorsque la nouvelle « *remplace une sûreté antérieure d'une nature et d'une assiette au moins équivalente* ». En réalité, il ne s'agit là que d'une consécration jurisprudentielle[970] de sorte que, en somme, le législateur consolide le droit positif et élargi le champ d'application de l'article L. 632-1 du Code commerce.

460. L'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, a été l'occasion de mettre fin, à l'incohérence existante, à propos des sûretés réelles pour autrui, entre la jurisprudence de la Cour de cassation et les finalités (de gel et de reconstitution du patrimoine du débiteur) recherchées par le législateur dans le traitement des difficultés des entreprises. En effet, le législateur intervient après deux arrêts récents de la Cour de cassation dans lesquels un débiteur placé en procédure collective avait consenti une sûreté réelle pour autrui. La haute juridiction avait non seulement écarté l'obligation pour le créancier de déclarer cette sûreté[971] mais avait également admis sa réalisation en dépit de la règle de l'interdiction des paiements et des poursuites[972]. Depuis l'ordonnance de réforme, l'article L. 622-21, II « *[…] interdit toute procédure d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles* ». De même, l'article L. 622-25 du Code de commerce impose la déclaration de la sûreté réelle en garantie de la dette d'un tiers, lorsqu'elle a été consentie par le débiteur placé en procédure collective.

461. S'agissant de la constitution des sûretés personnelles par les parties après l'ouverture d'une procédure collective, il faut savoir que l'article L. 632-1, I 6° du Code de commerce relatif aux nullités de la période suspecte ne concerne pas les sûretés

---

[969] Renvoyant respectivement aux hypothèses de substitution pendant la période d'observation et dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement

[970] Req. 12 août 1867 : S. 1868, I, p. 38 ; Plus récemment, Cass. com., 27 sept. 2016, n° 15-10.421 : JurisData n° 2016-019560 ; RTD civ. 2016, p. 907, obs. P. CROCQ ; RD bancaire et fin. 2016, comm. 242, note D. LEGEAIS.

[971] Cass. com., 25 nov. 2020, n° 19-11.525 : JurisData n° 2020-019241 ; *JCP E* 2021, 1235, note S. ZINTY ; Rev. proc. coll. 2021, comm. 69, note A. AYNES ; RD bancaire et fin. 2021, comm. 10, note D. LEGEAIS.

[972] Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-24.854 : JurisData n° 2017-008388, *Bull. civ. IV*, n° 65 ; RD bancaire et fin. 2017, comm. 180, note C. HOUIN-BRESSAND ; D. 2017, p. 1941, obs. P.-M. LE CORRE ; D. 2017, p. 1996, obs. P. CROCQ ; RTD com. 2017, p. 687, obs. A. MARTIN-SERF ; RTD com. 2017, p. 704, obs. J.-L. VALLENS ; *JCP E* 2017, 1434, note T. STEFANIA.

personnelles[973]. De même, les dispositions de l'article L. 622-7, II du Code de commerce, qui subordonnent la constitution de certaines sûretés à l'autorisation préalable du juge-commissaire, ne s'appliquent pas non plus aux sûretés personnelles. Comment peut-on justifier une telle rigueur à l'égard des sûretés réelles et corrélativement une telle souplesse à l'égard des sûretés personnelles ? La raison tient à la technique de chacune de ces catégories de sûreté. En effet, les sûretés réelles se révèlent être beaucoup plus perturbatrices lors que s'ouvre une procédure collective car leur mise en œuvre contreviendrait aux finalités du traitement des entreprises en difficulté[974]. Par contre, cela ne semble pas être le cas pour les sûretés personnelles. Nous l'avons vu, le jugement d'ouverture n'est pas censé paralyser totalement les activités financières du débiteur. Toute opération susceptible d'apporter un avantage qui favoriserait le sauvetage ou le redressement de l'entreprise est bienvenue dans la procédure. Or, les sûretés personnelles, contrairement à la technique des sûretés réelles, portent le patrimoine d'un tiers. Partant, leur constitution reste libre sous réserve des pouvoirs laissés au débiteur. Le régime des nullités concernant les sûretés réelles ne s'applique donc pas aux sûretés personnelles puisque ces dernières contribuent aux objectifs du législateur au sein des procédures collectives. De même, le régime des substitutions de sûretés pendant la procédure ont vocation à s'appliquer.

462. Il convient, toutefois, de relever deux hypothèses dans lesquelles la constitution d'une garantie personnelle est susceptible d'encourir la nullité.

[973] En effet, le texte est explicite. Il vise spécifiquement les sûretés réelles la conventionnelles ou judiciaires ou encore l'hypothèque légale des époux. Est également concernée la fiducie-sûreté. Par contre, à titre d'exemple, le cautionnement est exclu : CA Versailles, 14 septembre 1989, *Rev. Proc. Coll.* 1991, p. 103, obs. Y. GUYON.

[974] Essentiellement, le gel et la reconstruction du patrimoine du débiteur ou encre le respect du principe de l'égalité des créanciers.

D'une part, l'article L. 650-1 du Code de commerce[975] qui, en consacrant un principe d'irresponsabilité des fournisseurs de crédit[976], prévoit en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur trois hypothèses de responsabilité du prêteur. En effet, les concours consentis pendant la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire[977], encourent la nullité ou la réduction en « *cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées* ». Naturellement, c'est la troisième exception qui attirera, ici, notre attention[978]. Assurément, les garanties visées par le texte concernent aussi bien les sûretés réelles que les sûretés personnelles. Si l'on se focalise spécifiquement sur les hypothèses de disproportion des sûretés personnelles, il convient de préciser en premier lieu que la disproportion s'apprécie au jour où les crédits sont consentis[979]. En second lieu, il faut noter que la disproportion s'apprécie dans les rapports entre les garanties consenties et les crédits octroyés. En effet, les sûretés sont formées au titre d'un contrat. Leur formation nécessite, en général, l'accord du débiteur, et par conséquent un échange des consentements. Cet accord ne doit pas être obtenu abusivement par le créancier qui tirerait aisément bénéfice d'une position de force. C'est pourquoi le législateur et la jurisprudence ont construit progressivement un principe de proportionnalité qui précède la formation et la réalisation des sûretés et qui, aujourd'hui est devenu un principe d'irresponsabilité des prêteurs assorti d'importantes exceptions, visant à protéger le constituant, les tiers et l'intérêt social de l'entreprise des conséquences de l'appétit du créancier. Dans le cadre de l'interprétation de l'article L. 650-1 du Code de commerce au prisme des

---

[975] Art. L. 650-1 C. com., « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.*
Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge ».
Nous avons déjà eu l'occasion de traiter l'exigence de proportionnalité de l'article L. 650 du Code de commerce. Il s'agit, ici, de restreindre l'analyse à la sanction de la disproportion pendant la procédure collective, à savoir la nullité.

[976] Le principe est le suivant : lorsqu'une procédure collective est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis.

[977] Ce qui exclut la procédure de conciliation.

[978] Les deux premières exceptions ne soulèvent pas de difficultés particulières.

[979] D. LEGEAIS, « *Les concours consentis à une entreprise en difficultés* », *JCP E*, 2005, n° 42, 1510.

sûretés personnelles, il faut reconnaître qu'il est plus délicat d'y caractériser la disproportion par rapport aux sûretés réelles[980] notamment lorsque le cautionnement est illimité. Ainsi, la disproportion est caractérisée selon la jurisprudence dès lors que le concours est jugé « fautif » en raison, notamment, d'un soutien abusif caractérisé par le financement d'une opération non viable ou le fait de financer une entreprise irrémédiablement compromise[981]. La faute nécessite que soit établie l'intention du prêteur. Ce n'est pas la constitution de la sûreté en tant que telle qui est abusive mais c'est bien le concours qui doit être abusif. Si la responsabilité du prêteur est retenue, la sûreté consentie pendant la procédure collective encourt la nullité ; et depuis l'Ordonnance de réforme du 18 décembre 2008, la réduction par le juge. Ainsi, par le jeu du principe d'irresponsabilité du prêteur de l'article L. 650-1 du Code de commerce assorti de ses nombreuses exceptions, dont l'exigence de proportionnalité, est susceptible de conduire à la limitation de la liberté des parties de constituer une sûretés après l'ouverture d'une procédure collective.

463. D'autre part, on peut relever, dans une seconde hypothèse, des situations où la constitution des sûretés personnelles peut être confrontée aux nullités. En effet, si l'hypothèse de nullité de plein droit de l'article L. 632-1-I-6° du Code de commerce ne concerne pas les sûretés personnelles, celle-ci peuvent être concernées par les nullités facultatives des articles L. 632-1-II et L. 632-2 du même Code. Ces deux derniers articles prévoient que le tribunal peut prononcer la nullité d'un acte intervenu lors de la période suspecte dans trois cas[982]. Ces nullités sont facultatives, le tribunal, ayant un pouvoir d'appréciation[983], n'étant pas obligé de prononcer la nullité. Plus spécifiquement, parmi ces hypothèses de nullités facultatives, l'article L. 632-2 prévoit que « *Les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements*

[980] La détermination et l'évaluation des biens objets des sûretés réelles est beaucoup plus aisée.
[981] Cass. com., 28 janv. 2003, n° 00-13.084 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03.12.922 : JurisData n° 2005-027721.
[982] On distingue des nullités facultatives générales, art. L. 632-2 et L. 632-1-II C. com, qui concernent tous les actes du débiteur dès lors que le tiers cocontractant avait connaissance de la cessation des paiements : D'une part, « *les actes à titre gratuit […] faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements* » ; et d'autres part, « *les dettes échues […] et les actes à titre onéreux […]* » accomplis à compter de la cessation des paiements. Depuis la réforme du 26 juillet 2005, l'article L. 632-2 dispose d'un second alinéa qui désormais fait encourir aux saisies (administratives et attributions) et oppositions la nullité facultative dans les mêmes conditions que les hypothèses de nullité facultatives générales.
[983] CA Paris, 10 mars 2015, *RJDA* 6/16, n° 447, p. 461.

et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements ». Contrairement, aux nullités de droit, la sanction est, ici, fondée sur la connaissance du contractant de l'état de cessation de paiement du débiteur. S'agissant des sûretés réelles, cela ne semble pas poser de difficultés particulières. S'agissant des sûretés personnelles telles que le cautionnement, certains auteurs considèrent qu'elles peuvent « *tomber sous le coup des nullités facultatives*[984] ». En effet, le domaine des nullités facultatives étant très vaste, le juge dispose d'une liberté d'appréciation. Outre le paiement des dettes échues pendant la période suspecte, la constitution des actes à titre onéreux peut encourir la nullité sur décision judiciaire. Toute la question est de savoir si la constitution d'une sûreté personnelle peut s'analyser en un acte à titre onéreux. Etant donné que l'acte onéreux se définit comme étant *l'acte juridique par lequel chaque partie entend recevoir une prestation en contrepartie de celle qu'elle fournit*[985] et sachant que la notion « d'actes à titre onéreux » peut revêtir classiquement une interprétation large[986], on considère donc que le texte peut entraîner la nullité des constitutions des sûretés.

B. LA CONSTITUTION DES SÛRETÉS APRÈS L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE DE SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS

464. Le droit du surendettement est organisé autour de deux procédures : la prémière procédure de traitement du surrendettement est conventionnelle et a pour objectif de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés lorsque la situation n'est pas irrémédiablement compromise. La seconde procédure de traitement du surrendettement est judiciaire. Il s'agit d'une procédure liquidative[987] qui a également pour objectif de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ.

---

984 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté,* LGDJ, 10e éd., n° 1169.
985 G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 12e éd., *PUF*, 2014, p. 1507.
986 M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7e éd., 2006, n° 613.
987 Depuis la loi du 10 juillet 2010, lorsque le débiteur n'a pas de patrimoine valorisable, le paiement des créanciers n'est plus l'objectif recherché, la procédure ayant dans ce cas pour but principal l'effacement des dettes.

Partant, la finalité de chacune de ces deux procédures révèle des similitudes avec le droit des entreprises en difficulté[988]. L'analyse de ces deux matières révèle un alignement ponctuel des finalités.

465. En ce qui concerne la procédure de traitement du surendettement, elle partage des liens étroits avec les procédures de conciliation et de sauvegarde[989] : d'une part, les trois procédures reposent toutes sur une participation volontaire des créanciers à un accord. D'autre part, toutes ces procédures reposent sur un traitement précoce, voire préventif, des difficultés du débiteur dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise.

466. En ce qui concerne la procédure de rétablissement personnel, elle se rapproche de la procédure de liquidation dont elle est d'ailleurs inspirée[990] : elle vise à traiter des situations irrémédiablement compromises.

467. On note, en outre, de nombreuses similitudes avec les procédures collectives : le débiteur surendetté bénéficie, tout comme l'entreprise faisant l'objet d'une procédure collective, d'une suspension des poursuites ; de même il bénéficie de délais et de remises, consentis volontairement ou imposés, contenus dans un plan, ce qui rappelle l'accord de conciliation ou le plan de sauvegarde ; il bénéficie, encore, sous certaines conditions, d'un effacement des dettes qui évoque l'interdiction de reprise des poursuites individuelles en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.

Ainsi, à l'instar de l'encadrement de la volonté des parties à constituer librement des sûretés après l'ouverture d'une procédure collective, le législateur a voulu imposer les mêmes contraintes aux parties dans le droit du surendettement. Le rapprochement, précédemment décrit, entre les procédures collectives et les procédures de surendettement, devait naturellement conduire vers une interaction entre ces dernières et le droit des sûretés, les deux matières entretenant des liens étroits.

---

[988] Il faut, toutefois, noter que le surendettement est exclusivement tourné vers la protection du débiteur et des préoccupations humanistes : voir, B. SOINNE, *« Surendettement et faillite : unité ou dualité des régimes »*, *LPA* 22 déc. 1997, n° 153, p. 4 et s., n° 6.

[989] V. S. LEDAN, *« Analyse comparative de la procédure de surendettement des particuliers et celle relative à la sauvegarde des entreprises »*, *Contrats, conc.,, consom.* Juin 2006, p. 5.

[990] L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés – Les publicités foncières*, LGDJ/Lextenso, coll. Droit civil, 10e éd., 2016, n°137.

L'ouverture d'une procédure de surendettement constitue non seulement une cause légitime pour le créancier de mettre en œuvre sa garantie[991], mais aussi, corrélativement, de tester l'efficacité de la garantie constituée. Par ailleurs, la réalisation des sûretés peut elle-même être la cause du surendettement du débiteur, ce qui conduit le législateur et la jurisprudence à encadrer la constitution de nouvelles sûretés qu'elles soient personnelles ou réelles.

468. Aux termes de l'article L. 722-5 du Code de la consommation, la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur surendetté « *emportent aussi interdiction de prendre toute garantie ou sûreté* ». Cela signifie *a priori* qu'aucune sûreté conventionnelle, qu'elles soient personnelles ou réelles ne pourraient être constituées, dès lors que la demande du débiteur est déclarée recevable par la commission de surendettement des particuliers[992]. Ainsi, on note une soumission similaire à la discipline collective appliquée en droit des procédures collectives. De même, la finalité qui consiste à geler le patrimoine du débiteur s'applique également au débiteur surendetté. À l'évidence, la constitution de nouvelles sûretés pourrait se heurter à ces principes bien connus des procédures collectives et que le législateur s'est contenté de reproduire dans le droit du surendettement des particuliers. D'ailleurs, à l'instar de l'encadrement existant en droit des procédures collectives, il n'est pas question d'une impossibilité absolue de constitution de nouvelles sûretés puisque le législateur prévoit trois exceptions au principe. D'abord, l'alinéa 2 de l'article L. 722-5 du Code de la consommation prévoit que à la demande du débiteur, « *le juge des contentieux de la protection* » peut l'autoriser « *à accomplir l'un des actes mentionnés au premier alinéa* ». Ensuite, aux termes de l'article L. 732-2, alinéa 1er du Code de la consommation, le plan conventionnel de redressement proposée par la commission peut comporter, outre certaines mesures

[991] En effet, à l'ouverture de la procédure de traitement, le risque de défaillance est constitué.

[992] En effet, le sens donné au texte ici correspond à une interprétation stricte de l'article L. 722-5. En effet, les formulations du texte manquent de clarté et sont sujettes à interprétation, ainsi que l'a justement souligné un auteur : V. M. BOURASSIN, « *Sûretés et surendettement des particuliers* », *LPA,* 10 oct. 2012, n° 203, p. 4, n° 29, selon l'auteur, si l'interdiction est adressée au débiteur, il est tout à fait envisageable qu'elle ne soit limitée qu'aux garanties et sûretés réelles. Les parties resteraient libres de constituer les sûretés personnelles et les sûretés réelles pour autrui.

d'allègement et facilités de paiement, « *une création ou une substitution de garantie* »[993]. Enfin, plus directement, la commission peut, dans le plan de désendettement conventionnel ou judiciaire, accompagner les mesures de la prise de garanties[994].

En dehors de ces trois exceptions, l'article L. 761-2 du Code de la consommation, prévoit que tout acte pris en violation de l'article L. 722-5 « *peut être annulé par le juge du tribunal d'instance, à la demande de la commission, présentée pendant le délai d'un an à compter de l'acte ou du paiement de la créance*[995] ».

* *
*

469. Conclusion de la section 2. En définitive, l'enjeu de cette étude résidait dans la bonne compréhension des mécanismes qui régissent le pouvoir de constituer une sûreté. En explorant les deux axes qui ont orienté notre recherche, il ressort que le pouvoir de constituer une sûreté n'est pas seulement influencé par les choix individuels, mais il est aussi profondément ancré dans un corpus de règles législatives et de décisions jurisprudentielles.

Il est clair que dans ce domaine, les considérations politiques prennent le pas sur les volontés individuelles en influençant les rapports de force entre les intérêts antagonistes en présence. Le droit positif français des sûretés veille particulièrement à ce que les libertés contractuelles ne puissent être en mesure de détourner le patrimoine social de l'entreprise pour satisfaire les intérêts individuels. Le pouvoir de constituer une sûreté est ainsi encadré tantôt par le législateur lorsqu'il s'agit d'une société à risque limité, tantôt par la jurisprudence lorsqu'il s'agit d'une société à risque illimité. On observe le même encadrement lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité. Au stade de la constitution des sûretés, les règles dérogatoires du livre VI du Code de commerce l'emportent sur les principes libéraux du droit des sûretés. Ces finalités du

---

993 Art. L. 732-2, al. 1er C. consom. :« *Le plan conventionnel peut comporter des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements des dettes, de remise des dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie. […]* ».

994 Art. L. 733-8 C. consom. : « *La commission peut recommander que les mesures prévues aux articles L. 733-1 et L. 733-7 soient subordonnées à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.*»

995 Art. L. 761-2 al. 1er, C. consom. : « *Tout acte ou tout paiement effectué en violation des articles L. 721-2, L. 722-2, L. 722-3, L. 722-4, L. 722-5, L. 722-12, L. 722-13, L. 722-14, L. 722-16, L. 724-4, L. 732-2, L. 733-1 et L. 733-7 peut être annulé par le juge du tribunal d'instance, à la demande de la commission, présentée pendant le délai d'un an à compter de l'acte ou du paiement de la créance. […].*

droit des procédures collectives sont reprises par le législateur concernant la procédure de surendettement des particuliers, qui impose les mêmes restrictions pour la constitution d'une sûreté.

En tout état de cause, le volet libéral du droit des sûretés, en l'occurrence celui relatif au pouvoir de constituer une sûreté, semble mal supporter la cohabitation avec certaines matières du droit. Notre analyse a démontré que dans la majorité des situations étudiées, la liberté contractuelle cède face au droit des sociétés, au droit des procédures collectives ou encore au droit de la consommation.

SECTION 3

LA LIBERTÉ VARIABLE DANS LE GAGE ACCORDÉ AU CRÉANCIER

470. De manière générale, il est admis que la constitution d'une sûreté repose sur la reconnaissance au profit de son bénéficiaire d'un droit accessoire à son droit de créance[996]. Ce droit accessoire octroie au créancier une meilleure situation juridique afin de remédier les insuffisances de son droit de gage général sur le bien du débiteur. En effet, la constitution de la garantie *se superpose aux prérogatives que le créancier tient de son droit de gage général*[997] et n'a vocation à profiter qu'à ce seul créancier[998]. Cela marque la distinction entre le droit de gage général dont bénéficient tous les créanciers et le gage accordé à un créancier déterminé consécutivement à la constitution d'une garantie. Ce gage accordé au créancier porte sur les biens du créancier et dépend de la technique employée par chaque catégorie de sûreté. Ainsi, s'agissant des sûretés réelles, leur technique conduit à l'affectation d'un ou plusieurs biens à la satisfaction du créancier (**§1**). Quant aux sûretés personnelles, l'affectation est plus générale puisqu'elle porte sur le patrimoine du garant (**§2**).

---

996 P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, préf. M. GOBERT, n°272.
997 M. BOURASSIN, *« L'efficacité des garanties personnelles », th.* 2004, n° 245.
998 M. BOURASSIN, *op. cit., ibis. ;* P. CROCQ, *op. cit.,* n° 269.

§1. UNE LIBERTÉ LIMITÉE EN MATIÈRE DE SÛRETÉS RÉELLES

471. Lorsqu'une sûreté réelle est constituée par les parties, le gage du créancier ne porte que sur les biens objet de la sûreté. Ces biens affectés à la satisfaction du créancier constituent l'assiette de la sûreté réelle choisie par les parties. Le législateur français a fait le choix de protéger cette assiette en limitant la liberté contractuelle des parties par le principe de spécialité au moment de la constitution de la sûreté.

La technique consistant à affecter à la satisfaction du créancier un bien ou un ensemble de biens du débiteur est largement établie s'agissant des sûretés réelles. L'Ordonnance de réforme a été l'occasion pour le législateur de consacrer une nouvelle définition de cette catégorie de sûreté[999]. Constitue une sûreté réelle, « *l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens présents ou à venir […]* »[1000]. Au sens général du terme, l'affectation désigne « *la détermination d'une finalité en vue de laquelle un bien sera utilisé* »[1001]. Nul besoin d'aller plus loin dans la sémantique tant la définition est conforme à la technique des sûretés réelles. Leur technique repose, avant tout, sur ce mécanisme d'affectation pour garantir l'obligation objet du contrat de base. Cette affectation est spéciale et ce, à deux titres : d'une part, la créance doit être précise quant à sa nature, sa source, son montant etc. ; d'autre part, le bien doit l'être également par sa nature, sa situation etc. En clair, telle chose est affectée par la loi à la garantie de telle créance[1002]. Une telle exigence dans la détermination des éléments qui composent ce mécanisme trouve son fondement dans le principe de spécialité qui a vocation à s'appliquer classiquement au bien grevé (**A**) et à la créance garantie (**B**).

---

[999] Le nouvel article 2323 du Code civil consacre désormais non seulement les garanties qui reposent sur l'exploitation du droit de propriété, mais également la possibilité de grever les biens futures.

[1000] V. art. 2323 C. civ. : « *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* ».

[1001] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, *op. cit.*, p. 122.

[1002] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 662.

A. LA SPÉCIALITÉ QUANT AUX BIENS GREVÉS

472. A n'en pas douter, les sûretés réelles sont celles qui confèrent un droit réel à leurs bénéficiaires[1003]. Partant, on identifie assez aisément le fondement du principe de spécialité s'agissant des biens grevés dans la notion même de droit réel. En effet, la fonction principale du droit réel étant de conférer à son titulaire un droit sur une chose qui est direct et immédiat, dès lors, une sûreté réelle ne peut être constituée que si son objet est déterminé[1004]. La nature juridique de la sûreté réelle suppose le respect du principe de spécialité dès sa constitution[1005].

L'application du principe de spécialité quant aux biens grevés a pour effet immédiat de limiter l'assiette de la garantie. Le gage du créancier est déterminé dès la constitution de la garantie et ne peut, en règle générale, porter sur l'ensemble du patrimoine du débiteur. L'objectif d'une telle restriction imposée à toutes les sûretés réelles conventionnelles[1006], est, de l'avis de la doctrine classique[1007], motivé par la volonté de ménager le crédit du constituant et le préserver d'un engagement irréfléchi. Le principe a connu le jour en 1798[1008] et visait l'hypothèque générale qui existait dans l'ancien Droit[1009]. Le texte visait tout particulièrement la prohibition de l'hypothèque sur les biens futurs du débiteur puisque l'obtention du crédit, à la fin du 18e siècle, reposait essentiellement sur la fortune immobilière du débiteur[1010]. Le principe a été

1003 D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n° 388.

1004 C'est ainsi que l'auteur P. CROCQ justifie le fondement du principe de la spécialité de l'assiette ; P. CROCQ, *« Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », Dr. et patr.*,n° 92, avr. 2001, p. 60 et s.

1005 P. CROCQ, *« Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », op. cit. :* L'auteur souligne toutefois que certains privilèges comme ceux des frais de justice, des salariés et de la procédure collective « *ne respectent pas le principe de spécialité, puisque leur assiette n'est déterminée que par leur exercice* » sachant qu'ils ne confèrent pas à leur titulaire de droit réel.

1006 Certaines sûretés échappent au principe. C'est le cas des privilèges généraux qui portent sur un ensemble indéterminé de biens ou encore de l'hypothèque légale.

1007 P. CROCQ, *« Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », op. cit. ;* D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n° 556 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 399 ; M. MIGNOT, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 2339.

1008 L. 11 brumaire an VII, art. 4, al. 1er, *« Toute stipulation volontaire d'hypothèque doit indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués ; elle ne peut comprendre que des biens appartenant au débiteur lors de la stipulation ; mais elle s'étend à toutes les améliorations qui y surviendront ».*

1009 L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit., idem.*

1010 P. CROCQ, *« Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », op. cit.*

repris par le Code civil de 1804, et l'Ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 l'a, quant à elle, consacré à nouveau. En effet, si l'alinéa second du nouvel article 2414 réaffirme le principe[1011], son alinéa 1er prévoit désormais que «*L'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs* ». En rompant avec le dispositif antérieur, le législateur consacre désormais l'hypothèque sur les immeubles futurs qui s'inscrit dans un mouvement d'assouplissement, voire de déclin[1012], du principe. Le gage du créancier d'une hypothèque conventionnelle se voit donc être élargi par cette nouvelle disposition dont la consécration est logique dans la mesure où le législateur avait déjà consacré la possibilité de grever les biens futurs en ce qui concerne les autres sûretés réelles. Par ailleurs, des tempéraments au principe existaient déjà au sein de l'ancien article 2420[1013], ce qui vidait le principe de sa substance[1014]. Cependant, la spécialité de l'assiette ne signifie pas que les parties sont dans l'obligation de limiter l'hypothèque à un seul bien. Un seul acte d'hypothèque est susceptible de grever plusieurs biens immobiliers qui composent le patrimoine du débiteur dès lors qu'ils sont parfaitement déterminés dans l'acte. Cela ne sera pas le cas lorsque l'acte vise indifféremment tous les biens immobiliers présents et futurs du débiteur. Dans une telle hypothèse, le créancier s'expose à ce que seules les hypothèques effectivement inscrites soient opposables aux tiers car au-delà de la protection du constituant, le principe vise également à assurer l'information des tiers.

473. Si l'application du principe de spécialité de l'assiette est plus manifeste à propos de l'hypothèque, il régit, en réalité, toutes les sûretés conventionnelles[1015]. Ainsi, les biens mobiliers sont également soumis au principe et cela apparaît dès la lecture de la définition du gage et du nantissement. Le premier accorde au créancier « *le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs*[1016] ». Quant au second, portant sur les biens incorporels, il « *est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou*

1011 Art. 2414, al. 2, « *A peine de nullité, l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles, ainsi qu'il est dit à l'article 2421* ».

1012 P. CROCQ, « *Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé* », *op. cit.*

1013 Déjà, l'Ordonnance de réforme de 2006 avait incorporé dans la législation une once de souplesse au principe de spécialité. Depuis 2006, le principe n'était plus absolu.

1014 Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés*, Table de concordance commentée, LGDJ, 2022, p. 103.

1015 J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 324.

1016 Art. 2333 C. civ.

d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs[1017] ». Nous l'avons vu, le législateur avait déjà élargi l'assiette de ces sûretés aux biens futurs, pour autant, l'exigence de spécialité ne demeure pas moins applicable. En effet, selon les dispositions de l'article 2336 du Code civil, un écrit, requis à titre de validité, exige la désignation de la « *la quantité des biens données en gage ainsi que leur espèce ou leur nature*[1018] ». L'exigence originelle portée par le principe de spécialité, en l'occurrence de l'assiette, subsiste malgré le relâchement du principe. Les finalités demeurent les mêmes. Comme dans le cas de l'hypothèque, les parties ont la possibilité de constituer un gage sur un ensemble de biens éventuellement futurs à condition d'une désignation exacte et fidèle des biens grevés. En ce qui concerne le nantissement de créance, l'analyse d'un maintien du principe assorti d'un assouplissement s'impose. En effet, l'article 2356 prévoit la désignation dans l'acte des créances nanties. Dans l'hypothèse où ces dernières sont futures, « *l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci*[1019] *[…]* ».

474. Les interventions législatives de 2006 et de 2021 ont contribué à l'assouplissement du principe de spécialité de l'assiette tout en maintenant sa substance. Cet assouplissement a contribué à étendre le gage du créancier. Il convient de s'intéresser désormais à l'influence du principe sur les créances garanties.

B. LA SPÉCIALITÉ QUANT AUX CRÉANCES GARANTIES

475. À l'instar de la spécialité de l'assiette, la finalité de la spécialité de la créance garantie repose sur la volonté de protéger le constituant en l'incitant à limiter l'étendue de la garantie consentie au bénéficiaire. Cela conduit à interdire la constitution de toute sûreté réelle conventionnelle *omnibus*[1020], c'est-à-dire susceptible de garantir

[1017] Art. 2355, al. 1 C. civ.

[1018] Art. 2336 C. civ. : « *Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ».

[1019] Art. 2356, al. 3, C. civ. : « *Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance* ».

[1020] P. CROCQ, « *Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé* », *op. cit.*

l'ensemble des créances d'un débiteur envers un créancier. Une telle interdiction peut susciter l'étonnement lorsque l'on sait que s'agissant des sûretés personnelles, le cautionnement *omnibus* n'est pas interdit par le législateur. En réalité, comme le souligne un auteur[1021], cette interdiction est tout simplement justifiée par la nature des sûretés réelles en ce que leur constitution confère un droit de préférence au bénéficiaire. Ce qui n'est pas le cas du bénéficiaire d'un cautionnement[1022]. Un droit de préférence de nature illimité serait donc de nature à ruiner le crédit[1023] du débiteur et dans le même temps créerait une insécurité juridique vis-à-vis des tiers et des autres créanciers. L'objectif est, au contraire, de privilégier la transparence des liens qui existent entre chaque créance et chaque bien ; de sorte que les créanciers puissent être en mesure, non seulement d'identifier quels biens du patrimoine du débiteur sont grevés, mais également de vérifier que le ou les biens déjà grevés seront en mesure de supporter sa créance.

476. C'est à cette fin que l'article 2421 du Code civil[1024] impose aux parties d'indiquer dans l'acte constitutif d'une hypothèque sa cause. Elles doivent indiquer les raisons pour lesquelles l'hypothèque est constituée, c'est-à-dire le type de contrat : par exemple, pour un contrat de prêt etc.[1025]. L'acte peut indifféremment couvrir des créances présentes ou futures dès lors qu'elles sont déterminables. Par ailleurs, une double protection est accordée au débiteur par le législateur relativement au montant et à la durée de l'hypothèque. En effet, l'article 2417 du Code rappelle que l'hypothèque conventionnelle doit, à peine de nullité, être consentie *« pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée au sein de l'acte constitutif*[1026] ». S'agissant de la durée de l'hypothèque, c'est la durée qui figure dans l'acte qui s'applique. Mais lorsqu'elle est consentie pour une durée indéterminée, le constituant dispose d'une faculté de

---

[1021] *Op. cit. idem.*

[1022] Qui demeure un créancier chirographaire vis-à-vis de la caution.

[1023] « Si les immeubles pouvaient être hypothéqués pour la garantie de toutes les créances susceptibles de naître au profit du créancier, sans aucune limitation, le crédit du débiteur serait ruiné par la première hypothèque qu'il consentirait », A. WEILL, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 1979, n° 310.

[1024] Art. 2415 C. civ., *« L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables.*
La cause en est déterminée dans l'acte. »

[1025] Depuis la réforme de 2006, le montant n'est plus exigé dans l'acte constitutif dès lors qu'il est déterminable.

[1026] Art. 2417 C. civ. : *« L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité […]. »*

résiliation sous réserve du respect d'un préavis de trois mois. Par cette série d'interdiction, le législateur fait obstacle à toute volonté des parties de constituer une hypothèque *omnibus*. Par conséquent, qu'il s'agisse d'une hypothèque sur un bien ou un ensemble de biens, présent(s) ou futur(s), l'assiette ainsi que le gage de chaque créancier sont strictement déterminés.

477. Il apparaît évident que l'application du principe de spécialité de la créance garantie est de nature à circonscrire la liberté des parties dans le périmètre prédéfini par le législateur : celui d'une individualisation des créances à garantir. Si la protection du patrimoine du débiteur était la seule préoccupation du législateur, rare seraient les objections portées contre le principe de spécialité. Sauf que, d'autres enjeux, à une échelle supérieure, dictent également l'évolution de la matière. C'est ainsi que pour des raisons d'ordre économique et politique[1027], le législateur a institué en 2006 l'hypothèque rechargeable. Le système antérieur présentait deux inconvénients majeurs qui s'opposaient frontalement au développement du crédit : d'une part, les parties étaient systématiquement contraintes de constituer un nouveau contrat constitutif de sûreté et souvent de procéder à une nouvelle inscription chaque fois que le débiteur souhaitait obtenir un nouveau crédit. De même, le créancier souhaitant obtenir la garantie d'une nouvelle dette devait s'entendre avec le débiteur pour la constitution d'une nouvelle sûreté. Cela occasionnait immanquablement un coût de sorte que la rigidité du principe de spécialité conduisait les parties à effectuer des dépenses inutiles. D'autre part, bien souvent, la nouvelle opération conduisait à effectuer de nouvelles négociations pour l'octroi du crédit, de la sûreté, du rang etc. Le système était mal adapté et s'opposait à l'environnement économique libéral recherché par le législateur. L'introduction de l'hypothèque rechargeable dans le droit français en 2006 a permis de résoudre, en partie, certains des inconvénients que nous venons de décrire. L'ancien article 2422 dont la substance est reprise, à quelques différences

[1027] V. M. DAGOT, *L'hypothèque rechargeable*, *LexisNexis, Litec,* 2006, n° 15 à 18.

près[1028], par le nouvel article 2416[1029] apporte une dérogation au principe accessoire en permettant d'utiliser l'hypothèque pour garantir une succession de créances qui n'ont pas à être déterminées lors de la constitution de la sûreté réelle[1030]. Ainsi, est offerte au créancier la possibilité d'offrir en garantie le bien déjà hypothéqué non seulement au créancier originaire mais également à un nouveau créancier. Il s'agissait, en 2006, d'une véritable innovation dans la mesure où le mécanisme rompait avec l'obligation de spécialité de la créance au moment de la constitution de l'acte. En effet, au moment où l'hypothèque rechargeable est constituée, elle aura vocation à garantir des créances qui, à ce stade, ne sont ni déterminées ni déterminables[1031]. L'innovation instituée par la réforme de 2006 a été largement commenté au sein de la doctrine. Certains y voyaient un abandon[1032] du principe de spécialité de la créance garantie tandis que d'autres n'y voyaient qu'un assouplissement[1033] de ce dernier. Nous considérons que l'innovation s'inscrivant dans l'objectif d'attractivité du droit français et de développement du crédit ne s'oppose pas nécessairement à l'objectif de protection du crédit du débiteur que sous-tend le principe de spécialité de la créance. On considère que l'essence du principe est respectée dès lors qu'un montant est déterminé dans l'acte constitutif. Or, la détermination de cet élément est une condition de validité de l'acte[1034]. En outre, puisque l'acte doit expressément prévoir une clause de recharge lors de la mise en œuvre, la créance doit nécessairement être déterminée ou déterminable. L'acte de rechargement de l'hypothèque doit systématiquement faire

---

[1028] Désormais, le nouvel article 2416 renvoi l'alinéa relatif au rang des titulaires d'une même hypothèque rechargeable aux dispositions relatives au classement des hypothèques, V. art. 2420, al. 2 C. civ. Au-delà, elle demeure restreinte à la garantie des créances professionnelles.

[1029] Art. 2416 C. civ. : « *L'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.*
Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2417, non seulement au créancier originaire, mais aussi, nonobstant toute clause contraire, à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.
La convention de rechargement qu'il passe soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier revêt la forme notariée.
Elle est publiée, sous la forme prévue à l'article 2425, à peine d'inopposabilité aux tiers. »

[1030] V. C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité des sûretés réelles, th.* 2013, Paris, n° 217.

[1031] M. GRIMALDI, « *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire* », *JCP* éd. N, 2006, 1195, n° 2 : «*En revanche, l'hypothèque rechargeable a vocation à garantir des créances dont l'acte ne dit rien, des créances encore indéterminées, indéterminables, sans distinction entre créances futures et créances présentes […]*».

[1032] D. SAVOURE, « *L'hypothèque rechargeable* », *JCP* éd. N, 2007, 1175, p. 31, n° 1.

[1033] A. CERLES, « *L'hypothèque rechargeable* », *RLDA*, mars 2007, p. 100.

[1034] Art. 2416, al. 2, et art. 2417 C. civ.

l'objet de la rédaction d'un acte notarié dans lequel la créance garantie doit être déterminée par l'indication de sa cause. Par conséquent, le mécanisme de l'hypothèque rechargeable ne révèle pas d'incompatibilité définitive avec le principe de spécialité de la créance garantie.

478. L'innovation introduite par la réforme de 2006 et depuis maintenue par les différentes réformes successives du droit des sûretés assouplie considérablement la rigidité du principe de spécialité des créances et corrélativement élargie le domaine de la liberté contractuelle des parties. Toutefois le gage du créancier peut s'en trouver, d'une certaine manière réduit. Si le rechargement a lieu au profit du créancier originaire, ce dernier ne fera que renforcer son gage sur les biens du débiteur pourvu que le bien hypothéqué couvre suffisamment le montant de ses créances. En tout état de cause, puisque qu'il sera forcément partie au contrat de rechargement, aucune difficulté ne se posera. Par contre, lorsque le rechargement a lieu au profit d'un autre créancier différent du créancier originaire, ce dernier est exposé à une réduction de son gage. Cela est encore plus vrai pour le créancier bénéficiaire du rechargement qui doit veiller à s'informer de l'état de la dette originaire. Il aura donc naturellement intérêt à ce que le créancier originaire intervienne dans la convention de rechargement[1035].

479. Il en est de même pour ce qui concerne le gage et le nantissement. Les articles 2336[1036] et 2356[1037] du Code civil exigent, en effet, la désignation des créances garanties dans le contrat de gage et de nantissement. Le gage étant invariablement un contrat solennel[1038] toutes les sûretés réelles conventionnelles mobilières sont soumises à

[1035] Le bordereau d'inscription de l'hypothèque ne fournira pas au créancier une information complète de la situation de la dette originaire, pas plus que le propriétaire lui-même. Si le créancier originaire n'intervient pas dans la convention de rechargement, la solution pratique serait de l'interroger pour obtenir les renseignements nécessaires comme le montant restant à payer, le taux d'intérêt…V. en ce sens, M. DAGOT, *L'hypothèque rechargeable*, *op. cit.*, n° 214 et s.

[1036] Art. 2336 C. civ. : « *Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature.* »

[1037] Art. 2356 C. civ. : « *A peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit.*
Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte.
Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance. »

[1038] Le caractère consensuel du gage commercial issu de la jurisprudence n'ayant pas été retenu par le législateur, il intègre donc le domaine du gage de droit commun sans modification de l'article 2336 du Code civil ; V. Cass. com, 17 févr. 2015, n° 13-27080 : *Bull. civ.* IV, n° 39 ; V. également, Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 58.

l'exigence de déterminabilité des créances garanties. Selon un auteur[1039], la détermination de la créance peut toutefois revêtir une formule plus générale et résulter par exemple d'un *accord sur l'identité du créancier ou la destination du crédit.* Quand bien même, l'hypothèque ne saurait être une cause d'élargissement du gage du créancier dans la mesure où, d'une part, le droit préférentiel du créancier est limité aux biens grevés ; d'autre part, à la différence de la caution *omnibus*, le constituant reçoit, en principe, une contrepartie (un crédit) à la constitution du gage.

480. L'existence du principe de spécialité quant à la créance garantie obéissait, avant la réforme de 2006, à un objectif de prévention du surendettement du débiteur. Il s'agit d'attirer l'attention du débiteur du danger que représente la constitution de la sûreté et du frein qu'il représente quant à son aptitude à obtenir du crédit. Alors, la double spécialité du bien grevé et de la créance garantie lui permet de prendre conscience au fur et à mesure des dettes contractées de l'atteinte qu'il porte à sa solvabilité[1040]. La réforme a certes assoupli la rigidité du principe, mais elle l'a maintenu. Avec l'Ordonnance de 2021, le législateur n'a pas entendu, non plus, remettre en question le principe comme nous l'avons vu. Le gage du créancier d'une sûreté réelle conventionnelle est limité par le principe de spécialité du bien grevé et de la créance garantie. L'acte constitutif de la sûreté a vocation, à peine de nullité, à déterminer l'assiette de la garantie.

481. La technique des sûretés personnelles, contrairement à ce que nous venons de démontrer, ne se traduit pas par une affectation spéciale d'un ou plusieurs biens déterminés et conduisant à une restriction des pouvoirs du débiteur sur ces biens. L'affectation en matière de sûreté personnelle est plus générale. Le gage du créancier l'est tout autant puisqu'il porte sur le patrimoine du garant. Enfin, à quelques rares exceptions près, le garant dispose d'une grande liberté de pouvoir sur les biens composant son patrimoine.

[1039] L. AYNÈS, *« Le nouveau droit du gage », in Sûretés mobilières :du nouveau , Dr. et pat.* N° 161, juill.-août 2007, p. 46 et s.

[1040] V. C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité des sûretés réelles, op. cit.,* n° 226.

§2 UNE GRANDE LIBERTÉ EN MATIÈRE DE SÛRETÉS PERSONNELLES

482. Comme l'affirme M. DAGOT, l'étude du droit des sûretés conduit à une analyse traditionnelle où *« la technique juridique l'emporte de toute évidence sur toute autre considération*[1041] ».La technique consistant à l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens pour la satisfaction d'un créancier a été suffisamment mise en évidence s'agissant des sûretés réelles. En matière de sûretés personnelles on peut distinguer une forme identique d'affectation. Cette affectation sera forcément entendue au sens large du terme puisqu'elle porte sur le patrimoine du garant sans restriction de ses pouvoirs sur les biens en question. Il y a bien acceptation d'une finalité particulière en vue de laquelle les biens composant le patrimoine du garant sont susceptibles d'être utilisés[1042]. C'est en raison de ce caractère général et *indéterminé* que la pratique parle de cautionnement *omnibus* (**A**) lorsque les parties décident d'une telle étendue pour leurs engagements. Un tel engagement ne peut qu'améliorer le gage du créancier bénéficiaire mais expose le garant à un risque de surendettement. C'est pourquoi, se sont développés dans le droit français des mécanismes, au stade de la constitution, visant à protéger le patrimoine du garant. Ainsi, la protection de la solvabilité du garant par l'exigence de proportionnalité et le devoir de mise en garde sont de nature à faire prendre conscience par le garant de l'étendue de son engagement (**B**). De manière plus particulière, le législateur a consacré une disposition spécifique au cas des époux qui se portent garants, mais mariés sous le régime de la communauté des biens (**C**).

A. LA RECONNAISSANCE DU CAUTIONNEMENT *OMNIBUS*

483. Si l'on se penche sur la technique du cautionnement, sûreté modèle parmi les sûretés personnelles, il revêt un caractère *profondément anormal*[1043]*, contre-nature*[1044]. En effet, l'ensemble du patrimoine de la caution répond d'une dette qui n'est pas la sienne,

---

[1041] M. DAGOT, *« Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes »*, JCP N, 26 févr. 1999, p. 381, n° 1.
[1042] V. S. GUINVHARD, *L'affectation des biens en Droit privé français,* Bibl. de droit privé tome CXLV, L.G.D.J. 1976, n° 202, p. 173 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 276.
[1043] Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. Droit fondamental, 2e éd., 1998, n° 10.
[1044] L. AYNÈS, *Le cautionnement,* Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2e éd. 1997, spéc. p. 11.

permettant ainsi au créancier de bénéficier d'un second droit de gage général. Ce second gage du créancier porte, en principe sans distinction, sur la totalité des éléments qui composent le patrimoine de la caution. L'exigence du principe de spécialité omniprésente au sein des sûretés réelles ne dispose pas de la même prépondérance dans les sûretés personnelles. Techniquement, les parties sont libres de conférer, à partir de l'*instrumentum,* l'étendue qu'elles souhaitent. En effet, depuis la réforme du 15 septembre 2021, le Code civil dispose d'un nouvel article 2292 qui détermine les obligations pouvant être garanties par un cautionnement. Selon le texte, « *le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables* ». Le gage du créancier peut porter aussi bien sur une dette bien déterminée dès la constitution du contrat que sur une dette future dès lors que le cautionnement satisfait les exigences de l'article 1163 du Code civil[1045], le tout sans limitation de montant. L'Ordonnance réaffirme donc par cette nouvelle disposition la validité du cautionnement *omnibus*[1046] qui, longtemps, a fait l'objet d'inquiétudes au sein de la doctrine[1047]. Une telle liberté accordée aux parties signifie que son bénéficiaire dispose de l'ensemble des voies d'exécution sur la totalité du patrimoine du garant. C'est donc naturellement au créancier que cette liberté profite puisqu'il se voit octroyer, dans une certaine mesure, un *blanc-seing* sur le patrimoine de la caution.

B. LA PROTECTION DU PATRIMOINE DU GARANT PAR L'EXIGENCE DE PROPORTIONNALITÉ ET LE DEVOIR DE MISE EN GARDE

484. Cette protection qui a pour conséquence de réduire le gage du créancier se manifeste tout d'abord par un devoir de proportionnalité. Introduit par la loi du 31

[1045] Art. 1163 C. civ. : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.*
Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.
La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».
[1046] La garantie autonome n'est pas visée par le texte et n'a pas vocation à se voir appliquer une telle disposition en raison de sa technique qui suppose déjà un engagement spécifique du garant autonome.
[1047] D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et les garanties de crédit, op. cit.,* n° 188.

décembre 1989[1048], ce devoir a été ultérieurement généralisé par la loi du 1er août 2003[1049] au sein du Code de la consommation avant être intégré dans le Code civil à la faveur de la réforme du 15 septembre 2021. Aux termes du nouvel article 2300 du Code civil, « *Si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date* ». L'ensemble des dispositions spéciales consacrées antérieurement est abrogé et unifié au sein du Code civil. Le législateur opère deux modifications majeures avec la consécration des nouvelles dispositions de l'article 2300. D'une part, avant la réforme, le créancier était tenu, de manière stricte, d'un devoir de ne pas contracter un cautionnement disproportionné. À défaut, la caution était intégralement libérée de son engagement ce qui entraînait la perte pure et simple de son droit de gage. Cette sanction instituait un système du « tout ou rien » qui ne prenait même pas en compte la bonne ou mauvaise foi du créancier ou de la caution. Le nouvel article 2300 du Code civil n'a pas retenu le système du « tout ou rien ». Désormais la disproportion est sanctionnée par la réduction à une juste proportion relativement à la date de conclusion du contrat. Le créancier ne perd pas son droit de gage mais ce dernier se voit réduit au montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager à la date de conclusion de l'acte de cautionnement. D'autre part, avant la réforme, le créancier pouvait espérer conserver son droit de gage en cas de retour à une meilleure fortune de la caution au moment de la réalisation[1050]. Le législateur a supprimé ces dispositions de l'ancien droit. La disproportion de l'engagement n'est pas maintenue même si au moment des poursuites, les biens de la caution sont suffisants.

485. La protection du patrimoine de la caution résulte, en second lieu, du devoir de mise en garde. Construite par la jurisprudence avant la réforme du 15 septembre 2021, la Cour de cassation mettait à la charge du créancier professionnel un devoir de mise en garde[1051] au bénéfice de la caution non avertie portant sur les risques encourus afin de lui permettre de décider en toute connaissance de cause de conclure le

[1048] Anc. Art. L. 314-18 C. consom.
[1049] Anc. Art. L. 332-1 et L. 343-4 C. consom.
[1050] V. Anc. art. L. 314-18 et L. 332-1 C. consom.
[1051] Cass. com., 13 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 31.

cautionnement ou de s'en abstenir[1052]. Le nouvel article 2299 du Code civil vient apporter plusieurs modification à cette règle jurisprudentielle puisque le texte dispose : « *Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier. A défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci* ». D'abord, sont concernés toutes les cautions personnes physiques et pas seulement les cautions profanes. Ensuite, seuls les professionnels du crédit étaient concernés par les solutions jurisprudentielles tandis que les dispositions du nouveau texte visent tout créancier professionnel. Enfin, s'agissant de la sanction, le nouveau texte retient la déchéance du créancier à hauteur du préjudice subi par la caution contrairement à la solution retenue par la jurisprudence qui conduisait à une mise en jeu de la responsabilité contractuelle[1053].

C. LA PROTECTION DU PATRIMOINE FAMILIAL

486. Lorsque plusieurs personnes se portent cautions pour le paiement d'une même dette, la loi[1054] et la jurisprudence[1055] considèrent que chacun des cofidéjusseurs engage individuellement son patrimoine et est susceptible d'être poursuivi pour la totalité de la dette. En revanche, la donne change lorsque ce principe est confronté au droit des régimes matrimoniaux. En effet, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté des biens, l'article 1415 du Code civil prévoit que « *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* ». Cette disposition a été introduite[1056] afin de

---

[1052] R. VABRES, « *Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier* », *JCP éd. G* 2012, 1052, n° 18 et s.

[1053] Cass. com., 17 déc. 2003, *Bull. civ*. IV, n° 208

[1054] Art. 2306 C. civ. al. 1er : « *Lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions de la même dette, elles sont chacune tenues pour le tout* ».

[1055] Cass.com. 5 avril 2011, n° 10-18.106, note J.-J. ANSAULT ; V. également, Cass. civ. 1re, 22 oct.1996, JCP. 1997. II. 22826, note S. PIEDELIEVRE.

[1056] Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1965, le Code ne prévoyait aucune disposition particulière. Le mari était seul administrateur de la communauté, lui seul pouvait donc engager les biens de la

faire contrepoids à l'article 1413 du Code civil en vertu duquel les actes de chacun des époux engagent les biens de la communauté[1057]. Ainsi, les biens communs sont exclus du gage du créancier lorsque l'un des époux n'a pas donné son consentement à la conclusion du cautionnement. Cependant, il faut noter que le texte ne vise que le cautionnement à l'exclusion des sûretés de substitution. Cela peut s'expliquer par le fait que le texte a été introduit dans le Code à une période où les sûretés alternatives au cautionnement n'étaient qu'à leurs balbutiements. C'est pourquoi, la jurisprudence n'a pas hésité à appliquer l'article 1415 à la garantie autonome et à aligner ainsi son régime sur celui du cautionnement. Pour ce faire, la Cour de cassation a relevé que cette sûreté est, *« comme le cautionnement, […] une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté »*[1058]. La Cour de cassation se refuse donc de faire une interprétation stricte des dispositions de l'article 1415 du Code civil et cela peut s'expliquer pour deux raisons : d'une part, la dimension personnelle doit subsister[1059] ; d'autre part, le fait que l'engagement garantit la dette d'un tiers lequel fait naître un risque d'appauvrissement pour l'époux non contractant[1060]. Or, on trouve indifféremment ces éléments aussi bien dans le cautionnement que dans la garantie autonome. Partant, l'extension de l'article 1415 du Code civil devrait se poursuivre afin de s'appliquer à

communauté par la souscription d'un cautionnement ou d'un emprunt. La souscription d'un tel engagement par l'épouse n'engageait que ses biens propres et ses biens réservés ; V. en ce sens, M. GRIMALDI, *« L'emprunt et cautionnement », Gaz. Pal.* 11 déc. 2008, n° 346, p. 23 et s., n° 1 ; Ch. MOULY, *« Le cautionnement donné par une personne mariée », Defrénois,* 1988, art. 34163, p. 227 et s. ; Y. FLOUR, *« Le cautionnement et le patrimoine des couples », in Sûretés et garanties* (Acte I), *Dr. et patrimoine* avr. 2001, n° 92, p. 80 et s. ; Ph. SIMLER, *« Les emprunts et cautionnements des époux. Désordre généré par l'article 1415 du Code civil », JCP éd. N* 2009, 1188.

[1057] Art. 1413 C. civ. : *« Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu ».*

[1058] Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 313 ; *RTD civ.* 2006, p. 593, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2006, p. 902, obs. D. LEGEAIS ; *LPA* 29 août 2006, n° 172, p. 9, note S. PRIGENT ; *JCP éd. G* 2006, I, 193, n° 12, obs. Ph. SIMLER.

[1059] Ce qui explique que l'application du texte ait été refusée en présence d'une sûreté réelle pour autrui : V. Cass. ch. Mixte, 2 déc. 2005, *Bull. ch. Mixte,* n° 7 ; *JCP éd. G* 2005, II, 10183, note Ph. SIMLER ; *RTD civ. 2006,* p. 594, obs. P. CROCQ.

[1060] Rappr. Y. PICOD, *Droit des sûretés,* PUF, coll. Thémis, 3e éd., 2016, n° 141, 156, 167.

tout engagement personnel pris en garantie de la dette d'un tiers, en clair à toute sûreté personnelle[1061].

* *
*

487. Conclusion de la section 3. Il ressort clairement de ce qui précède, que les dynamiques diffèrent significativement entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles. En matière de sûretés réelles, la liberté du créancier est notablement restreinte, marquée par la spécialité quant aux biens grevés et aux créances garanties. Ce cadre juridique strict vise à encadrer et à sécuriser le mécanisme du gage, assurant une protection particulière aux différentes catégories d'actifs.

À l'inverse, dans le domaine des sûretés personnelles, la liberté accordée au créancier est bien plus étendue. La reconnaissance du cautionnement omnibus offre une flexibilité appréciable, permettant au créancier de bénéficier de la garantie pour diverses créances sans la nécessité d'une spécification détaillée. De plus, les mécanismes tels que l'exigence de proportionnalité et le devoir de mise en garde visent à préserver l'équilibre entre les parties, offrant une protection accrue au patrimoine du garant. La prise en compte du contexte familial ajoute une dimension supplémentaire à cette liberté, soulignant la sensibilité du législateur envers la préservation des intérêts familiaux.

[1061] P. CROCQ, *RTD civ.* 2006, p. 593 ; Ph. SIMLER, *JCP éd. G* 2006, I, 193, n° 12 ; D. HOUTCIEFF, *RDC* 2006, p. 1193 ; D. LEGEAIS, *RTD com.* 2006, p. 902.

Conclusion du chapitre 2

488. La dynamique de la liberté contractuelle lors de la constitution d'une sûreté est loin d'être constante ; elle évolue en fonction de divers paramètres. En premier lieu, la nature spécifique de la sûreté en question joue un rôle déterminant. Les sûretés réelles, soumises à des exigences strictes de formalisme et de publicité, diffèrent considérablement des sûretés personnelles, dont le formalisme, en particulier pour le cautionnement, subit des variations notables. Au cours des dernières decénnies, le régime du cautionnement s'est enrichi de nombreuses règles dont la seule finalité est de protéger la caution contre les risques de son engagement, personnel et pour autrui. Bien que la caution partage ces mêmes risques avec les autres garants personnels, le législateur a choisi de réserver au seul contrat de cautionnement l'exigence de la mention manuscrite comme condition de validité. Les nouvelles dispositions de l'article 2297 du Code civil encadrent fortement la liberté des parties lors de la constitution du cautionnement, ce qui n'est pas le cas des autres sûretés personnelles qui, comme l'a démontré notre analyse, demeurent soumises au principe du consensualisme traditionnel. Cet abandon de la fonction probatoire traditionnelle de la mention manuscrite dans le cautionnement est fort regrettable car d'une part, le législateur manque une occasion d'introduire un élément de souplesse supplémentaire, et d'autre part, cela n'aurait eu aucune influence notable sur la protection de la caution. Il faut, semble-t-il, considérer que cette disparité reflète la reconnaissance par le législateur des spécificités inhérentes à chaque type de sûreté et témoigne de son souci d'adapter le cadre juridique aux particularités de chaque engagement.

Par ailleurs, la qualité du donneur de sûreté constitue un autre élément influençant la liberté contractuelle. Les dirigeants sociaux, par exemple, voient leur pouvoir encadré de manière distincte en fonction du type de société et des risques qui lui sont associés. Cette diversité d'encadrement met en lumière la volonté du législateur de prendre en

considération la variabilité des contextes juridiques dans lesquels les sûretés sont constituées.

Enfin, les circonstances entourant l'octroi de la sûreté, notamment dans les procédures d'insolvabilité, ajoutent une couche de complexité à l'exercice de la liberté contractuelle. Les contraintes imposées par ces procédures modifient substantiellement les règles du jeu, impactant tant le créancier que le débiteur. Dans ces situations, la liberté contractuelle se trouve soumise à des impératifs spécifiques visant à protéger l'ensemble des parties prenantes et à prévenir les risques inhérents à des contextes économiques plus incertains.

Ainsi, l'instabilité de la liberté contractuelle lors de la constitution des sûretés découle d'une interaction complexe entre la nature de la sûreté, la qualité du donneur de sûreté et les circonstances entourant cet engagement.

Conclusion du titre 2

489. L'analyse de la liberté contractuelle dans la formation des sûretés nous aura conduit à dévoiler les nuances subtiles qui entourent le choix et la constitution de ces garanties. La dichotomie entre ces deux phases offre un éclairage significatif sur la manière dont la volonté des parties interagit avec les contraintes légales, et comment la liberté contractuelle oscille entre autonomie et encadrement.

Ainsi, notre analyse révèle que la place de la liberté contractuelle dans la formation des sûretés est plutôt résiduelle, subissant des contraintes substantielles tout au long du processus. Dès la phase du choix, bien que le principe de liberté paraîsse évident, il se voit rapidement assujetti à des tempéraments, qu'ils soient de portée générale, comme l'exigence de proportionnalité de l'article L. 650-1 du Code de commerce, ou plus spécifiques, tels que l'interdiction de la garantie autonome dans certains contrats. Ces tempéraments révèlent, une volonté du législateur d'orienter et d'encadrer les choix des parties.

Au stade de la constitution des sûretés, la tendance est à l'accroissement du formalisme. Ainsi, le cautionnement, autrefois consensuel, il s'est mué en un contrat solennel, marquant ainsi son institutionnalisation. Le pouvoir de constituer une sûreté, bien que reconnu, est donc fortement encadré par le législateur dans divers domaines. La phase de formation des sûretés apparaît ainsi comme soumise à un contrôle accru. La conflit entre la nécessité d'assurer la protection des parties et celle de permettre une certaine souplesse dans le déroulement des transactions se manifeste dans cette constante recherche d'équilibre. Bien que la liberté contractuelle demeure un principe essentiel, son expression concrète se trouve ainsi modulée par l'intervention régulatrice du législateur, révélant ainsi une dynamique complexe et nuancée dans la formation des sûretés.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

490. La naissance des sûretés s'est révélée être la première étape incontournable de notre analyse du pouvoir de la liberté contractuelle dans la matière. Cette première phase a suscité une multitude de questions auxquelles notre étude s'est attachée à répondre. Il apparaît clairement que la liberté contractuelle occupe une position constamment fluctuante au sein de ce processus complexe. Elle oscille systématiquement entre autonomie et encadrement.

Ainsi, au stade de la création des sûretés, se confirme l'idée traditionnelle selon laquelle la liberté contractuelle s'exprime plus naturellement dans le domaine des sûretés personnelles que dans le domaine des sûretés réelles. Les principes fondamentaux du droit des contrats offrent aux parties la latitude de concevoir une sûreté personnelle, tandis que les règles plus contraignantes du droit des biens encadrent de manière plus rigoureuse cette possibilité en ce qui concerne les sûretés réelles. Ainsi, cette dichotomie entre sûretés personnelles et réelles se reflète dans la variabilité de l'influence de la liberté contractuelle au sein de la genèse des sûretés.

Cette variabilité se manifeste également au stade de la formation. Certes, notre démonstration a mis en lumière l'existence d'un principe de liberté dans le choix des sûretés. Toutefois, ce choix est considérablement tempéré par de nombreuses exceptions. Durant la constitution, on observe une croissance du formalisme, marquée par les interventions législatives. Le cautionnement est devenu un contrat solennel. Le pouvoir de constituer une sûreté sur le patrimoine social de l'entreprise est encadré par des dispositions législatives et jurisprudentielles. Ce pouvoir est encore plus restreint lorsqu'une procédure d'insolvabilité est enclenchée. Enfin, cette fluctuation de la liberté contractuelle se traduit également dans le gage octroyé au créancier lors de la constitution du mécanisme, sur le terrain technique. Dans le domaine des sûretés personnelles, la liberté accordée au créancier est significativement plus étendue, tandis qu'en matière de sûretés réelles, elle est limitée par des principes tels que la spécialité des biens grevés et des créances garanties.

En définitive, l'étude de la naissance des sûretés révèle un dialogue perpétuel entre l'aspiration à la liberté et les nécessités de l'ordre juridico-économique. C'est dans cette tension constante que se dessinent les contours complexes de la place de la liberté contractuelle dans ce domaine, invitant les acteurs juridiques à naviguer habilement entre les espaces d'innovation et les zones balisées par la loi. Une telle exploration, loin d'être une quête statique, se révèle être une aventure dynamique où la liberté contractuelle se métamorphose, défie les conventions, mais demeure ancrée dans les fondements du droit des sûretés.

Cette exploration s'avère également dynamique au stade du fonctionnement des sûretés.

Seconde partie

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LE FONCTIONNEMENT DES SÛRETÉS

491. L'évaluation de l'influence de la liberté contractuelle dans le domaine du droit des sûretés va au-delà de la phase de naissance. Une compréhension exhaustive nécessite une étude globale et approfondie du fonctionnement des sûretés. Cette démarche nous amènera à scruter attentivement les espaces de liberté dont disposent les parties au cours de l'exercice même de la fonction de garantie par le mécanisme de sûreté. En d'autres termes, notre quête de la liberté contractuelle s'étend bien au-delà du moment de la conception, elle se déploie dans l'ensemble du processus opérationnel des sûretés.

Évoquer l'exercice de cette fonction de garantie tend à conduire machinalement au stade du dénouement de la sûreté. C'est à ce moment crucial, que, en particulier le mécanisme est mis en œuvre pour pallier l'insolvabilité éventuelle du débiteur. Ce moment soulève de nombreuses interrogations, à commencer par les nuances qui existent entre les causes d'extinction et la mise en œuvre pure et simple du mécanisme de garantie. Au-delà, la phase du dénouement soulève également d'autres problématiques : Comment la liberté contractuelle permet-elle d'organiser l'extinction

des sûretés, notamment en matière de satisfaction du créancier, tout en naviguant à travers les limites imposées par le droit commun des contrats ? Quels sont les moyens d'aménagements contractuels de l'extinction des obligations de couverture et de règlement et quels en sont les effets? Comment les recours avant et après paiement, la réalisation des sûretés, et les responsabilités peuvent-ils être adaptés par les parties en dehors d'une procédure collective ? En cas de procédure collective, comment la liberté contractuelle est-elle limitée, quels sont les fondements d'ordre public de cette restriction, et quelles possibilités d'accommodement existent pour influencer le droit des procédures collectives dans le contexte des sûretés ? Quelle est la nature de l'interaction entre la liberté contractuelle et les procédures collectives, et comment les parties peuvent-elles tirer avantage de ces processus pour influencer le sort des sûretés ?

492. Mais, réduire le fonctionnement d'une sûreté à sa fin serait restrictif. En effet, une question essentielle se pose ici : le mécanisme ne produit-il des effets qu'au moment du dénouement, ou bien des dynamiques opèrent-elles avant cette étape décisive ? Et cette interrogation en appelle d'autres : Si des effets sont perceptibles avant le dénouement, sont-ils uniformes à travers tous les mécanismes de sûretés ? Les parties ont-elles la latitude d'effectuer des opérations pendant cette phase de pré-dénouement ? En réalité, une sûreté, après sa naissance, entame une existence dynamique au cours de laquelle elle génère des effets spécifiques selon sa nature, tout en restant sujette à diverses opérations. Elle peut circuler, être remplacée, se renforcer, et bien d'autres actions encore. Cette perspective plus large sur le fonctionnement des sûretés confère une dimension dynamique à notre analyse et permettra de révéler les multiples possibilités d'expression de la liberté contractuelle.

493. Ainsi, l'analyse de la liberté contractuelle lors du fonctionnement des sûretés implique, au préalable, l'examen des aménagements possibles pendant la vie des sûretés (**Titre 1**), ce qui nous conduira à mettre en lumière les stratégies de conservation des sûretés. Nous mesurerons ensuite l'influence de la liberté dans les possibilités d'aménagements de la fin des sûretés (**Titre 2**).

Titre 1

L'AMÉNAGEMENT DE LA VIE DES SÛRETÉS : LA CONSERVATION

494. La constitution d'une sûreté ne conduit pas nécessairement à la mise œuvre immédiate du mécanisme choisi par les parties. En effet, la mise en œuvre n'est que la conséquence finale de sa constitution. Cette dernière, pour laquelle nous consacrerons ultérieurement des développements plus spécifiques[1062], doit être distinguée de ce qui représente, en réalité, le premier effet qu'une sûreté est amenée à produire : la prévention contre l'insolvabilité du débiteur. Ce rôle préventif des sûretés et leur efficacité au moment de la mise en œuvre constituent la principale préoccupation des parties, en particulier du créancier et doivent être appréciés avant même toute défaillance du débiteur. Dit autrement, il s'agira de se pencher sur la phase de vie de la sûreté dont la fonction est ici de couvrir la période pendant laquelle la dette garantie n'est pas encore tout à fait exigible.

Que devient alors la sûreté au cours cette phase ? Quels effets produit-elle ? Peut-elle faire l'objet d'aménagements par les parties, ou bien est-elle figée jusqu'à ce que son dénouement survienne ? Cette phase de « sommeil apparent » de la sûreté est bien souvent négligée dans les ouvrages qui traitent de la matière. Pourtant, nous considérons qu'elle est le lieu de nombreux mouvements susceptibles de mettre en jeu l'efficacité, voire l'existence même, du mécanisme. Cette phase de vie des sûretés correspond en réalité à la période de latence située entre la constitution et le dénouement de la sûreté. Le mécanisme de garantie est simplement en veille à ce moment, prêt à se manifester au moindre contact avec son environnement.

[1062] V. *infra* n° 917 et s

495. Naturellement, elle produit des effets pendant cette période puisque sa simple constitution apporte à son bénéficiaire et aux autres contractants une quiétude qui dépasse le simple sentiment de sécurité[1063]. Elle produit surtout un effet propre à chacune des catégories de sûreté. C'est sans doute cet effet de garantie que le créancier cherchera à préserver jusqu'au dénouement de l'opération. La préservation de la sûreté pendant cette phase de vie est largement encadrée en matière de sûretés réelles par le législateur, qui met au service des parties des mécanismes comme la subrogation réelle ou encore par l'application du principe d'indivisibilité. En revanche, le législateur n'a pas vraiment consacré de mécanisme dédié à la conservation en matière de sûretés personnelles. À la lumière de ce constat, l'analyse démontrera que la liberté contractuelle est prépondérante dans le domaine des sûretés personnelles ; et qu'elle est résiduelle dans le domaine des sûretés réelles.

496. Il convient alors d'identifier l'effet de garantie qui doit faire l'objet d'une conservation en déterminant, au préalable, le périmètre de la conservation (**Chapitre 1**) avant de s'intéresser aux moyens de conservation (**Chapitre 2**).

[1063] Ce sentiment de sécurité enveloppe une réalité juridique. Tandis que le fondement de la force obligatoire du contrat a pour fonction d'inspirer de la confiance chez le créancier et lui procurer de la quiétude, la notion de bonne foi contractuelle, elle, a tendance à produire les mêmes effets du côté du garant dans sa quête de quiétude.

Chapitre 1

LA DÉTERMINATION DU PÉRIMÈTRE DE LA CONSERVATION

497. La notion de conservation n'est pas étrangère au domaine des sûretés. Ainsi, pour désigner le *service administratif assurant la publicité foncière et la perception de certains droits fiscaux,* le législateur français emploie les termes « *conservation des hypothèques* ». De même, on parle volontiers, dans le jargon judiciaire, de « *conservateurs des sûretés mobilières* » pour désigner les greffiers en charge de l'enregistrement de l'inscription des privilèges et nantissements effectués par les créanciers. En tout état de cause, la phase de conservation est une étape décisive dans la vie des sûretés. Elle l'est d'autant plus lorsque l'on sait que les différentes réformes de la matière s'inscrivent dans un mouvement de quête de la satisfaction et de l'attractivité des besoins économiques.
Cela dit, la conservation désigne toute « *opération juridique ou matérielle destinée à assurer la sauvegarde d'un droit, d'une chose, d'un patrimoine, etc.* »[1064]. Autrement dit, il ne s'agit pas seulement pour le créancier d'obtenir de son débiteur une sûreté, mais surtout d'avoir l'assurance de pouvoir en bénéficier au moment où il le jugera nécessaire. Cette assurance se matérialise par la conservation des effets que produira la sûreté choisie par les parties. De ce choix également va dépendre la latitude dont disposeront les parties dans l'aménagement de la conservation. En effet, le Code civil n'appréhende pas de la même manière l'organisation de la conservation selon qu'il s'agit d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle.

498. Avant de détailler les mécanismes permettant de conserver les sûretés personnelles et les sûretés réelles (**section 2**) et d'y apprécier la place de la liberté

[1064] G. CORNU, *op. cit.,* p. 515.

contractuelle, il convient, au préalable, de rechercher en quoi consiste réellement la conservation dans le droit des sûretés en déterminant précisément son intérêt (**section 1**).

SECTION 1

L'INTÉRÊT DE LA CONSERVATION DES SÛRETÉS

499. L'intérêt de la conservation d'une sûreté après sa constitution réside en premier lieu dans l'effet psychologique qu'elle procure : la quiétude. Dans sa conception la plus large, on peut définir une sûreté comme « *une institution tendant à procurer un état de quiétude dans les rapports entre individus ou groupes d'individus*[1065] ». Le créancier reçoit ainsi cette quiétude grâce à la constitution de la sûreté. En échange, il accepte d'accorder à son cocontractant le crédit. Mais cette quiétude ne concerne pas le seul créancier. Dans l'opération, le garant et le débiteur ont également des attentes dont ils espèrent la satisfaction. Cet effet psychologique n'a d'intérêt que s'il est matérialisé. Pour le dire autrement, cette quiétude recherchée par les parties doit être appréhendée par le droit afin de prendre forme. Notre analyse révèlera que ce sont les fondements de la force obligatoire et de la bonne foi qui permettent respectivement au créancier et à ses cocontractants d'obtenir cette quiétude qui constitue un aspect de l'intérêt de la conservation.

500. Un second aspect, non moins important, de la conservation réside dans l'efficacité du mécanisme de garantie. Cette efficacité, qui ne peut se vérifier qu'au stade de la réalisation, doit être préservée lors de l'exécution du contrat. En effet, la conservation de la preuve de l'engagement, l'accomplissement de certaines formalités publicitaires, le respect de l'affectation des fonds prêtés sont, entre autres, les gardiens de cette efficacité.

501. L'intérêt de la conservation est donc double : d'une part, elle permet de préserver la confiance dans le contrat de sûreté (**§1**), d'autre part, elle permet de préserver l'efficacité de la sûreté lors de sa réalisation (**§2**).

[1065] J. GILISSEN, « *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, essai de synthèse générale* », Recueils de la société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, 1974, t. XXVIII, p. 5 et s., spéc. p. 22.

§1. LA CONSERVATION DANS UNE QUÊTE DE QUIÉTUDE : LA PRÉSERVATION DE LA CONFIANCE DANS LE CONTRAT DE SÛRETÉ

502. Il est difficile d'évoquer la notion de confiance sans spontanément faire référence aux célèbres propos du doyen Cornu qui la considère comme étant *« l'âme des contrats »*. De même, nous vient spontanément à l'esprit le besoin pressent de distinguer parmi deux manifestations principales de la confiance. En effet, sa première manifestation qui est fondée sur la fidélité, la morale ou encore les liens personnels affectifs ne requiert aucune appréhension du droit au risque de perdre tout son intérêt. Cette confiance que nous qualifierons de « naturelle » ou encore la confiance en dehors du droit s'illustre principalement dans les relations amicales et semble se situer dans la zone paisible de non-droit développée par le doyen Carbonnier[1066]. La seconde manifestation de la confiance, quant à elle, se situe, nous semble-t-il, dans la sphère professionnelle notamment dans les relations d'affaires. Il n'est pas question, ici, de spontanéité de la confiance mais d'imposition de cette dernière au moyen de mécanismes et d'instruments pour s'en assurer. La confiance est forcée. Il va sans dire que c'est précisément cette manifestation de la confiance qui va attirer notre attention en ce qui concerne le droit des sûretés, matière profondément liée au droit du crédit[1067].

503. *Qui dit crédit dit confiance.* Il suffit de se pencher sur l'étymologie du crédit pour établir le lien avec la confiance. En effet, le crédit implique la croyance ou encore *« la confiance qu'une personne inspire sur sa solvabilité »*[1068]. Il traduit *« la confiance qu'un créancier a dans les facultés du débiteur d'honorer ses dettes »*[1069]. Ainsi, la confiance est nécessaire au crédit et dans les relations d'affaires, elle se matérialise par des

---

[1066] J. CARBONNIER, *« Flexible droit »*, 9e éd., LGDJ, 1998, p. 32.

[1067] D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 1 ; Selon l'auteur, le droit des garanties, le droit bancaire et le droit des procédures collectives forment ensemble le droit du crédit. Ainsi, toute tentative de traiter de manière isolée chacune de ces matières serait artificielle.

[1068] Le terme issu du latin « *creditum* » et du verbe « *credere* » signifie « croire », V. G. CORNU, *op. cit.,* p. 609.

[1069] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 3.

mécanismes qui permettront au créancier de légitimement palier le risque qu'il prend en offrant son crédit au débiteur.

Cette matérialisation de la confiance est naturellement source de quiétude pour le créancier, rassuré, non seulement d'avoir à sa disposition une solution alternative pour le recouvrement de sa créance, mais également d'avoir une position préférentielle face aux autres créanciers concurrents. Si l'existence psychologique de cette quiétude consécutive à la constitution d'une sûreté ne fait pas de doute, son fondement juridique est bien souvent ignoré par la doctrine[1070].

504. Il nous semble pourtant essentiel, dans le cadre de notre étude, d'en faire la démonstration afin de justifier les raisons pour lesquelles elle devrait faire l'objet d'une conservation. En effet, l'adjonction d'un mécanisme de garantie - matérialisation de la confiance dans la relation contractuelle - au crédit octroyé au débiteur aboutit à l'instauration d'un certain état de quiétude, de sérénité de part et d'autre qui constitue l'effet le plus immédiat de la constitution d'une sûreté. C'est cette quiétude légitimement attendue lors de la formation du contrat de sûreté que le créancier aura intérêt à conserver.

On pourrait être tenté de considérer que cette quête de quiétude n'est, *in fine*, que l'affaire du créancier en raison du risque qu'il prend en accordant crédit au débiteur. Il faut le dire, en matière de crédit, la confiance est traditionnellement envisagée du point de vue du créancier[1071]. Pourtant, cette quête de quiétude concerne également le garant qui, de toute évidence, s'engage dans une opération où la dangerosité est un élément de définition[1072].

505. On l'aura compris, pour que cette quête de quiétude ait du sens et puisse faire l'objet d'une conservation, elle ne peut être revendiquée qu'après la constitution de la sûreté et avant la mise en œuvre de cette dernière. En effet, avant la formation, il n'existe aucune matérialisation de la confiance, donc de la sûreté ; et au moment de la

---

[1070] M. BOURASSIN, « *L'efficacité des garanties personnelles* », *op. cit.* n° 245 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 284. Si l'existence de la quiétude est évoquée par ces auteurs comme un effet de la constitution d'une garantie, ils n'en font pas la démonstration.

[1071] V. S. GJIDARA, « *L'endettement et le droit privé* », préf. A. GHOZI, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 316, n° 56 et s.

[1072] Considèrent les auteurs CERLES et SEJEAN à propos du cautionnement ; V. A. CERLES, M. SEJEAN, « *Le cautionnement : du code civil au code de la consommation* », Mélanges Simler, p. 282.

mise en œuvre, il n'est plus question de quiétude mais de recouvrement de la créance garantie. C'est donc, littéralement au cours de la vie de la sûreté qu'il faut rechercher la légitimité de la quiétude, en clair son fondement juridique.

506. Pour ce faire, et nous l'avons souligné tantôt, la manifestation de la confiance qui procure une quiétude aux parties doit être appréhendée par le droit afin de prendre forme. Or, la confrontation révèle que si le fondement de la force obligatoire du contrat a pour fonction d'inspirer de la confiance chez le créancier et lui procurer de la quiétude (**A**), la notion de bonne foi contractuelle, elle, a tendance à produire les mêmes effets mais cette fois-ci au bénéfice du garant dans sa quête de quiétude (**B**).

A. LA FORCE OBLIGATOIRE COMME OUTIL DE QUIÉTUDE AU SERVICE DU CRÉANCIER

507. La constitution d'une sûreté crée une attente légitime qui tire son fondement de la force obligatoire du contrat. C'est ce fondement juridique qui permet de cristalliser la confiance (**1**). Le raisonnement s'applique aussi bien en matière de sûretés personnelles (**2**) qu'en matière de sûretés réelles (**3**).

1. La cristallisation de la confiance par la force obligatoire

508. *« Chose promise, chose due ». La promesse est une dette* dit-on, si bien que lorsqu'elle n'est pas tenue, la confiance est trahie. Il s'agit là, à travers ces citations d'illustrations parfaites de la manifestation de la force obligatoire du contrat. En effet, aux termes de l'article 1103 du Code civil, *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».* Cette vision positiviste du fondement de la force obligatoire du contrat contraste avec celle volontariste tirée de la fameuse théorie de l'autonomie de la volonté. Il ne sera pas nécessaire, ici, d'insister sur cette dernière[1073] tant il est, aujourd'hui, largement admis que le contrat tire sa force obligatoire non pas seulement de la volonté des parties, mais également du droit objectif qui la lui confère. Le contrat est donc, en principe, obligatoire car le droit positif et l'autorité publique le décident

[1073] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations,* Defrénois ; J. FLOUR, J.- L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation,* 7e éd., Sirey, 2011 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations,* 11e éd., Montchréstien, coll. « Domat droit privé », 2007.

ainsi. Par la constitution d'une sûreté, le créancier attend légitimement de son cocontractant que s'applique ce qui est convenu dans le contrat.

509. Cette attente légitime est en lien directe avec le crédit qui, nous l'avons vu, traduit la confiance en l'engagement pris par autrui. On peut donc raisonnablement soutenir que l'attente présuppose la confiance. Ainsi, la constitution d'une sûreté crée une attente légitime qui tire son fondement de la force obligatoire du contrat. C'est cette cristallisation de la confiance qui va procurer au créancier une quiétude durant la vie de la sûreté. Cette assertion se vérifie aussi bien en matière de sûretés personnelles que réelles.

2. En matière de sûretés personnelles

510. En matière de sûretés personnelles, les lettres d'intention, notamment celles de la première heure, sont l'illustration parfaite de cette quête de quiétude chez le créancier. En effet, les premières générations de lettres d'intention n'avaient seulement pour objet que de susciter un sentiment de confiance chez le créancier[1074]. Sous la forme d'un engagement morale souvent appelé dans le milieu des affaires « *gentlement's agreements* », cette forme originelle de la lettre d'intention était une manière de mettre en confiance le créancier afin de faciliter l'attribution du crédit au débiteur. Il suffisait ainsi, pour une société-mère, de s'engager sur l'honneur qu'elle porte un intérêt particulier au succès des intérêts du bénéficiaire du crédit[1075] (en général sa filiale) afin d'inspirer la confiance chez le créancier et par conséquent faciliter l'obtention du crédit. Ce soutien, bien que précaire, pouvait suffire à installer un état de quiétude chez le créancier et le pousser à faire confiance au débiteur. Mais, ainsi que le souligne un auteur, le déclin de l'éthique des affaires a conduit à faire évoluer la pratique des lettres d'intention[1076]. En tout état de cause, que la lettre d'intention soit constitutive d'un cautionnement, d'une obligation de moyens ou de résultat, le constat de l'état de quiétude que cette sûreté personnelle procure au créancier est incontestable.

[1074] D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op. cit.* n° 372 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 448.

[1075] Il s'agit des termes généralement assez vagues qui ne donnent naissance à aucune obligation et qui ne permettent donc pas de mettre en jeu la responsabilité civile contractuelle de l'émetteur. Cependant, ce dernier est susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle si le bénéficiaire est en mesure de prouver qu'il a subi un dommage imputable à l'émetteur.

[1076] D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op. cit.* n° 374.

511. Il en est de même du cautionnement. Indépendamment de l'obligation de règlement à laquelle est tenue la caution, la constitution d'un cautionnement améliore instantanément la situation du créancier. La quiétude dont il est ici question précède la satisfaction attendue par le créancier à la suite de l'inexécution de l'obligation du débiteur. C'est l'effet de la garantie lui-même qui apporte cette quiétude. En d'autres termes, elle conduit à une amélioration de la situation juridique du créancier en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général sur les biens de débiteur. C'est pourquoi, prenant conscience de cette augmentation significative de ses droits, le créancier trouve la quiétude dans la constitution du cautionnement, restaurant ainsi une confiance, au départ défaillante, dans les capacités de remboursement du débiteur[1077]. Cette quiétude n'est pas exclusive aux exemples que nous venons de citer. En réalité on la constate dans l'ensemble des mécanismes de garantie faisant intervenir l'engagement d'un tiers afin que le débiteur obtienne le crédit. Mieux, elle est encore plus manifeste depuis la mise en lumière par Christian MOULY de la théorie de la dualité obligationnelle dans le cautionnement des dettes futures[1078]. L'auteur de cette théorie reprise par une partie importante de la doctrine[1079], fait une distinction entre l'obligation donnant naissance au règlement de la dette garantie et l'obligation de la caution ayant pour objet de protéger les intérêts financiers du créancier avant même la défaillance du débiteur ; en clair celle couvrant le risque d'insolvabilité du débiteur, à l'image d'un contrat d'assurance. Ainsi, l'obligation de couverture existerait dès la conclusion du contrat et permettrait de « *déterminer l'étendue de l'intérêt cautionné* » ainsi que de « *préserver cet intérêt* »[1080] contre tout risque. Cette obligation qui ne s'impose donc à la caution seulement pendant la vie du contrat est celle qui, justement, va apporter une certaine quiétude que le créancier ne peut revendiquer que sous le fondement de la force obligatoire. Cette théorie de l'obligation duale sur laquelle nous nous appuierons lors nos futurs développements pour démontrer la spécificité des

[1077] P. CROCQ, *Propriété et garanties, op. cit.,* n° 269.
[1078] Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979, n°255 et s.
[1079] On peut citer entre autres les auteurs M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.,* n° 355 et s. ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n°230 et s. ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.,* n° 611 et s.
[1080] Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement, op. cit.,* n° 260.

garanties personnelles par rapport aux garanties réelles dans la conservation, réaffirme notre analyse sur la quête d'une quiétude justifiant la conservation d'une sûreté.

3. En matière de sûretés réelles

512. En matière de sûretés réelles, les choses ne sont guère différentes. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a proposé une nouvelle définition plus explicite de l'objet de cette catégorie de sûreté. Il semble évident que « *l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens…au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* »[1081] soit de nature à inspirer d'une manière ou d'une autre la confiance et corrélativement la quiétude chez le prêteur. En effet, même si une sûreté réelle ne revêt pas la même gravité qu'une sûreté personnelle – qui constitue un endettement volontaire pour autrui, d'où son caractère anormal et dangereux – lorsqu'elle est consentie par le débiteur pour sa propre dette, elle contribue fortement à installer une confiance, donc une quiétude, chez le créancier. Cette quiétude est d'ailleurs plus manifeste, en apparence[1082], en matière de sûreté réelle puisque, comme nous l'avons déjà vu[1083], le principe de spécialité quant aux biens grevés contraint les parties à déterminer avec précision le gage du créancier. En d'autres termes, dès la constitution de la sûreté réelle, le créancier sait avec précision sur quels biens s'exercera son droit de gage. S'appliquant sans exception à l'ensemble des sûretés réelles, ce principe contribue à l'installation d'une certaine assurance chez le créancier avant même que la défaillance du débiteur n'intervienne.

513. Cette assurance se trouve davantage renforcée lorsque l'on sait que la constitution d'une sûreté réelle investit le créancier d'un droit réel ; contrairement à celle d'une sûreté personnelle qui offre un droit personnel au créancier. Lorsque le créancier apporte son concours au débiteur sur hypothèque ou gage, c'est, d'une certaine manière, à cette chose plutôt qu'à la personne qu'il confie son argent et c'est encore à partir de cette chose qu'il obtiendra le remboursement de sa créance. La

---

[1081] Art. 2323 C. civ. : « *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier.* »

[1082] En effet, l'ouverture d'une procédure collective est susceptible de bouleverser instantanément ce sentiment de quiétude.

[1083] V. *supra* n° 470 et s.

personne et la situation financière de l'affectant importent peu[1084]. Les sûretés réelles obéissent dès lors à cette fonction de revivification de la confiance du créancier indépendamment de toute défaillance du débiteur.

514. La constitution d'une sûreté, qu'elle soit personnelle ou réelle, a pour effet principal de procurer une sécurité au créancier. Cette sécurité se traduit par une certaine quiétude au moment de la formation du contrat de sûreté – déterminante dans son engagement – mais surtout durant la vie de la sûreté. En effet, cette quiétude ne peut s'apprécier que pendant la période précédant la réalisation de la sûreté, cette période latente où la garantie n'est pas encore devenue exigible ; c'est-à-dire avant la défaillance effective du débiteur. Elle tire son fondement de la force obligatoire du contrat justifiant ainsi l'intérêt du créancier à conserver, voire améliorer ce sentiment qui enveloppe une réalité juridique.

515. Cette réalité juridique paraît moins perceptible dans le camp opposé dans la relation contractuelle de garantie. Elle est pourtant indéniable pourvu que l'on prenne le temps de s'y intéresser. En effet, au même titre que le créancier, le garant personnel ou le débiteur-garant est légitimement en quête de quiétude lorsqu'il s'engage dans l'opération. Mais, alors que le créancier tire la légitimité de sa quête de quiétude dans le fondement de la force obligatoire, le garant, lui, tire la sienne de la bonne foi contractuelle.

B. LA BONNE FOI COMME FONDEMENT DE QUIÉTUDE AU SERVICE DU GARANT

516. Cela peut paraître surprenant de parler d'une quête de quiétude du garant justifiée par le fondement de la bonne foi contractuelle. Il est vrai que cet effet du contrat de sûreté n'est pas érigé comme une constante dans les ouvrages généraux traitant de la matière[1085] tant les sûretés, plus singulièrement les sûretés personnelles, ont pendant longtemps conféré aux créanciers une certaine immunité. La raison en est

[1084] Sous réserve, bien entendu, de l'ouverture d'une procédure collective.

[1085] La constitution d'une sûreté, comme nous l'avons vu, étant principalement orientée vers l'obtention du crédit, il est logique qu'une grande place soit accordée à la protection du créancier non seulement par la loi mais également dans les productions doctrinales.

simple, elles sont originellement destinées à leur profit exclusif. Tout au plus, étaient-ils astreints à la préservation, propre au cautionnement[1086], du recours subrogatoire de la caution. Partant, *a priori,* notre tentative de démonstration juridique d'une quête de quiétude du garant dans le contrat de sûreté peut paraître inattendue. Portant, il suffit de se pencher sérieusement sur l'essor de l'unique exception – le bénéfice de subrogation - que nous venons d'opposer à la quasi impunité du créancier pour constater le développement d'obligations toujours plus nombreuses à la charge du créancier au profit du garant.

517. Il convient ainsi de revenir sur cette notion de bonne foi contractuelle que nous considérons comme étant le fondement de la quiétude espérée par le garant dans le contrat de sûreté. À l'instar du droit des contrats, la notion bonne foi est conquérante en droit des sûretés (**1**), plus particulière en matière de sûretés personnelles (**2**) mais dans une moindre mesure en matière de sûretés réelles (**3**).

1. La bonne foi conquérante en droit des sûretés

518. Ainsi que l'on a vu apparaître en droit des contrats, bonne foi, loyauté et autres exigences de cohérence, ces principes ont fait irruption en droit des sûretés. S'il n'est en soi pas étonnant qu'une branche du droit civil retentisse sur une autre, la réplique entraîne, en revanche, un renversement des perspectives en matière de sûretés : ces principes semblent, en effet, l'emporter parfois sur la fonction de garantie et invitent à détourner l'attention des intérêts du créancier pour se focaliser sur la protection du garant.

519. L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est prévue par l'article 1104 du Code civil[1087], qui reprend les dispositions de l'ancien alinéa 3 de l'article 1134 du même Code[1088], tout en étendant cette exigence de bonne foi à la phase de négociation et de formation du contrat. Longtemps négligée par les auteurs et la jurisprudence,

---

[1086] Art. 2314 C. civ. : « *Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.*
Toute clause contraire est réputée non écrite.
La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

[1087] Art. 1104 C. civ. : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.*
Cette disposition est d'ordre public. »

[1088] Anc. Art. 1134 C. civ. : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

cette exigence constitue depuis plusieurs dizaines d'années un principe en expansion qui permet - en prenant en compte le comportement des parties - de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif.

En effet, la bonne foi a, dans un premier temps, été entendue comme un devoir de loyauté qui impose aux cocontractants de ne pas avoir un comportement de mauvaise foi. À l'égard du créancier, cette contrainte se manifeste par l'obligation d'éviter d'avoir recours à des manœuvres qui tendraient à rendre l'exécution du contrat impossible ou plus difficile. En d'autres termes, le créancier doit s'interdire de placer délibérément son contractant en mauvaise position. Ainsi en va-t-il des nombreuses hypothèses[1089] où le créancier a un pouvoir, par essence unilatéral, de rompre le contrat, de le modifier ou encore de fixer le prix.

520. Mais, dans un second temps, elle s'est enrichie d'un nouveau sens plus positif. Aujourd'hui la jurisprudence et la loi, au-delà d'exiger des contractants qu'ils s'abstiennent de toute attitude de mauvaise foi, font en effet parfois peser sur leurs épaules un véritable devoir de coopération dont l'exécution implique des initiatives de leur part. Ce devoir de coopération a un contenu plus positif que le devoir de loyauté en ce qu'il crée l'obligation de faciliter l'exécution du contrat. Ses manifestations sont nombreuses[1090] puisqu'elles peuvent résulter d'une simple obligation de faciliter l'exécution du contrat à l'obligation « *d'avertir l'autre, en cours de contrat, des évènements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* » comme le soulignait Demogue[1091]. Cette interprétation de l'obligation de bonne foi trouve à dessein son application en droit des sûretés. Le législateur comme la jurisprudence a tenté de rééquilibrer les sûretés tant réelles que personnelles, en restaurant la position du garant. La quête de cet équilibre paraît, dès lors, du point de vue du garant, comme l'assurance d'une

---

[1089] Par exemple, la Cour de cassation considère qu'un assureur n'exécute pas le contrat de bonne foi lorsqu'il garde un silence malicieux pour échapper au paiement d'une indemnité grâce à la prescription : V. Civ. 1re, 26 nov. 1996, 94-13.468, Publié au bulletin. Dans un autre exemple, la Cour de cassation estime qu'un bailleur est de mauvaise foi lorsqu'il reproche à son locataire de ne pas lui payer le loyer alors que, de son côté, il ne lui délivre pas les quittances indispensables pour obtenir des allocations de logement : V. Civ. 3e, 17 juill. 1992, n° 90-18.810, Publié au bulletin.

[1090] Par exemple, la jurisprudence a pu retenir qu'un expéditeur était tenu de faciliter le transport international en remettant aux entreprises de chemin de fer les pièces nécessaires pour la douane V. Civ., 10 avril 1929 ou encore que le transporteur doit rechercher l'itinéraire le moins onéreux pour son client, V. Civ., 28 novembre 1905.

[1091] R. DEMOGUE, *Le Traité des obligations en général*, A. Rousseau, Paris, tome 1, 1923, n° 12, p. 18.

quiétude pendant la vie du contrat et qu'il aura tout intérêt à conserver soit en tant que garant, soit en tant que débiteur.

2. En matière de sûretés personnelles

521. En matière de sûretés personnelles, l'exemple du cautionnement est assez symptomatique de la préservation de la confiance dans le contrat de sûreté. En effet, alors que traditionnellement, le cautionnement n'est pas un contrat de bonne foi[1092], il baigne aujourd'hui dans la loyauté. L'émergence d'obligations d'information à la charge du créancier en matière de cautionnement est indissociable de la bonne foi contractuelle. Le temps où l'on pouvait affirmer qu'il appartient à la caution d'être prudente, de se renseigner sur la solvabilité du débiteur et la portée de son engagement est sans doute révolu[1093]. Plus encore, pendant la période de latence du cautionnement, c'est-à-dire avant sa réalisation, le législateur met à la charge du créancier de nombreuses obligations qui n'ont d'autres objectifs que de faciliter l'exécution du contrat et corrélativement d'apporter au garant une certaine quiétude pendant la vie du contrat. Ainsi, depuis plusieurs décennies, le créancier est-il tenu d'obligations légales d'information.

522. On peut citer en premier lieu l'obligation légale d'information annuelle mettant à la charge du créancier professionnel l'obligation de communiquer à la caution[1094] non

---

[1092] Il faut souligner cependant que l'affirmation ne fait pas l'unanimité. V. M. CABRILLAC et Chr. MOULY : « *Le cautionnement n'est généralement pas considéré comme un contrat de bonne foi* », *in* « *Droit des sûretés* », Monchrestien, 2002, n° 69 ; Plus récemment, Ph. DUPICHOT, *op. cit. th.*, n° 72. Mais selon une conception beaucoup plus large de la notion de bonne foi, G. RIPERT et G. BOULANGER considèrent que « *tous les contrats sont […] des contrats de bonne foi* » *in* « *Traité élémentaire de droit civil de PLANIOL, t. 2, Obligations, contrats, sûretés réelles* », 4e éd., LGDJ, 1952, n° 455.

[1093] Telle était, en effet, la conception classique, V. par ex. L.-M. MARTIN, « *L'information de la caution* », *Mélanges* M. DE JULGART, LGDJ/Litec/Monchrestien, 1986, p. 155, spéc. n° 4 : « *chacun a le devoir envers lui-même, d'assurer sa propre information avant de s'engager […], il n'est pas raisonnable d'attendre du créancier, animé par le souci de la protection de ses intérêts, qu'il se montre à l'égard de la caution ouvert au point de l'éloigner de souscrire l'engagement dont il ressent pour lui-même le désir* ».

[1094] Art. 2302 nouv. C. civ. « *Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette.*
Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée.

seulement l'encours de la dette principale mais également l'indication soit du terme de son engagement en présence d'un cautionnement à durée déterminée, soit sa faculté de résiliation lorsqu'il s'agit d'un cautionnement à durée indéterminé. Ce droit à l'information de la caution a connu une évolution distinguée[1095] depuis les années quatre-vingt, à tel point qu'il se trouvait morcelé, non sans atteinte à la sécurité juridique, entre le Code monétaire et financier[1096], le Code de la consommation[1097], le Code civil[1098] et enfin la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle[1099]. À croire que l'abondance des dispositions légales était un gage d'efficacité pour le législateur, l'information annuelle de la caution était devenu impraticable au fil des réformes en raison de sa dispersion. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a tiré les conséquences des lacunes du dispositif antérieur en procédant à une unification de ce droit au sein du nouvel article 2302 du Code civil[1100]. Cette obligation annuelle d'information dont le domaine et la portée feront l'objet d'amples précisions dans nos développements à venir, traduit l'instauration de l'équilibre contractuel tant recherché par le législateur et la jurisprudence durant la vie du cautionnement. L'obligation de renseigner la caution annuellement sur l'évolution de la créance garantie traduit un certain solidarisme[1101] proactif à la charge du créancier. En effet, cette obligation légale ayant pour but principal de faciliter l'exécution de la prestation, le créancier se doit d'être de bonne foi durant la vie du contrat de cautionnement. Naturellement, la connaissance par la caution de l'état de la

---

Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordée à une entreprise. »

[1095] P. CROCQ, « *Les développements récents de l'obligation d'information de la caution* », *in* Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz, 1999 ; D. PARDOEL, « *Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale* », LPA, 3 juillet 2001, p. 13 ; P. PAYS, « *L'information de la caution d'un crédit* », Rev. huissiers 1998, p.76 ; J-M. FERNANDEZ, « *L'information annuelle des cautions : une obligation légale universalisée* », LPA, 27 février 1998, n°25 , p.9.

[1096] Anc. Art. L. 313-22 CMF.

[1097] Art. L. 341-6 C. consom.

[1098] Art. 2293 C. civ.

[1099] Art. 47 II, al. 2, L. du 11 févr. 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

[1100] Nous reviendrons sur la portée de cette unification dans nos développements à venir.

[1101] V. A. BÉLANGER et G. TABI TABI, « *Vers un repli de l'individualisme contractuel : l'exemple du cautionnement* », Les Cahiers de Droit, vol. 47, n° 3, sept. 2006, p. 429-474 ; Chr. JAMIN, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuelle* », *in* Le contrat au début du XXIe siècle. *Étude offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001 ; D. MAZEAUD, « *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, *in* L'avenir du droit, *Mélange Fr. TERRÉ,* Dalloz, 1999.

dette sera de nature à lui procurer une certaine quiétude dans la mesure où la loi lui donne l'assurance d'être au fait de la situation et subséquemment d'agir si cela était nécessaire.

523. Cette obligation de bonne foi et de loyauté imposée au créancier se poursuit, en second lieu, par l'information de la caution sur la défaillance du débiteur. Comme le rappelle un auteur, le cocontractant doit être considérer comme *« un être de chair qui doit être traité non comme une abstraction comptable, mais avec le respect dû à toute personne »*[1102]. Cette dimension d'ordre morale de la relation contractuelle soulignée par cet auteur est pleinement prise en compte par le législateur puisque la loi est là pour systématiquement rappeler au créancier son devoir de bonne foi envers ses cocontractants, en l'occurrence la caution. Ainsi au cours de l'exécution du cautionnement, le créancier professionnel est tenu d'informer la caution personne physique dès le premier incident de paiement du débiteur principal non régularisé. S'inscrivant dans le processus d'unification des dispositions relatives aux obligations d'information de la caution, à l'instar de l'obligation d'information annuelle, la consécration du nouvel article 2303 du Code civil a conduit à la suppression de l'ensemble des dispositions antérieures. Le législateur entend par cette obligation permettre à la caution d'être alertée du risque qu'elle soit appelée en paiement dans un avenir proche par le créancier. Corrélativement, cette obligation de coopération qui s'impose au créancier professionnel, permet à la caution d'être en mesure de prendre des dispositions adéquates pour conserver ses intérêts[1103]. Comme l'obligation d'information annuelle, l'information sur la défaillance du débiteur renforce la confiance de la caution dans la relation contractuelle et contribue à susciter la quiétude à laquelle il espère s'attendre pendant la vie du cautionnement.

524. Encore, pour justifier le fondement de la bonne foi comme une source de quiétude au service du garant, on ne peut passer sous silence l'obligation de ne pas compromettre le recours subrogatoire de la caution. En effet, l'article 2314 du Code civil dispose : *« lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.*

[1102] Ph. STOFFEL-MUNCK, *« L'abus dans le contrat »*, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, préf. R. Bout, n°7.
[1103] Notamment en prenant des mesures conservatoires ou en s'abstenant de prendre d'autres risques financiers en raison de l'information communiquée par le créancier.

Toute clause contraire est réputée non écrite […] ». Dit autrement, la loi considère que la caution doit être libérée de son obligation si le créancier compromet le recours subrogatoire qu'elle pourrait exercer contre le débiteur après avoir payé pour ce dernier[1104]. Ce texte protège ainsi la confiance de la caution dans le maintien des sûretés dont dispose le créancier, afin qu'elle puisse le cas échéant s'en prévaloir dans l'éventualité d'un recours subrogatoire.

525. L'émergence de la bonne foi contractuelle en droit des sûretés déborde le cautionnement. Les sûretés non-accessoires ne sont guère épargnées par son expansion. En effet, on aurait plausiblement pu penser que les garanties autonomes seraient influencées par le cautionnement par la voie des mécanismes légaux de protection de la caution. Ce raisonnement par analogie aurait été d'autant plus convainquant qu'elles tendent à être perçues comme un substitut de celui-ci en droit interne[1105]. Pourtant, ni la jurisprudence[1106] ni le législateur n'ont daigné admettre l'extension aux garants autonomes des mécanismes de protection dédiés aux cautions. C'est sur un autre terrain que l'expansion de la bonne foi contractuelle s'exprime en la matière. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2321 du Code civil, « *le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre* ». Ce qui signifie que le garant n'est pas tenu de répondre à l'appel du créancier dès lors que ce dernier se rend coupable d'un abus ou d'une fraude manifeste… Ce qui retiendra surtout notre attention ici, c'est l'hypothèse du caractère manifestement abusif de l'appel en garantie du bénéficiaire. En effet, la mauvaise foi du créancier bénéficiaire sera retenue dès lors qu'il est avéré que l'appel en paiement

---

[1104] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.,* n° 366 et s.

[1105] F. JACOB, *« L'avenir des garanties autonomes en droit interne, 15 ans après »,* Études offertes au doyen Ph. SIMLER, Dalloz/Litec, 2006, p. 341 et s.

[1106] Qu'il s'agisse de l'exception de défaut de subrogation ou des obligations d'information de la caution, la jurisprudence s'est toujours refusée à transposer les protections spécifiques à la caution : En ce qui concerne l'exception de défaut de subrogation, V. CA Paris, 1er juin 1986, *D*. 1988, Somm. 243 ; CA Nancy, 22 sept. 1997, *RTD com.*, 1998, 644, obs. M. CABRILLAC ; En ce qui concerne les obligations d'information de la caution, V. CA Rennes, 6 juill.1993, *Juris-Data,* n° 048104 ; CA Nancy, 22 sept. 1997, préc. L'Ordonnance du 15 septembre 2021 n'a pas apporté de modification au chapitre relatif à la garantie autonome. L'article 2321 du Code civil antérieur à la réforme perdure à l'identique.
Il convient toutefois de noter qu'au stade de la formation du contrat, le fondement de bonne foi contractuelle trouve pleinement son application en matière de sûretés réelles, V. par exemple à propos d'un manquement au devoir de contracter de bonne foi et du devoir d'information : CA Paris, 16 avril 1996, *JCP E* 1997, I, 633, obs. Ph. SIMLER ; CA Aix, 2 sept. 1999, *RD bancaire et bourse* 2000, p. 85, obs. J.-P. MATTOUT.

est constitutif d'un préjudice causé au garant. Dans ce cas, le garant sera en droit de refuser de répondre à l'appel du créancier comme il peut également, selon certains auteurs[1107], décider de lui opposer les exceptions inhérentes au contrat, ce qui aura pour effet immédiat de déroger au principe de l'autonomie de cette sûreté.

526. La bonne foi contractuelle se révèle conquérante dans les sûretés personnelles avec le soutien indéfectible du législateur et de la jurisprudence. Plus que jamais au service du garant, ce fondement caractérise la quiétude tant espérée par ce dernier dans une opération dont les risques sont connus d'avance. Cette place de la bonne foi en tant qu'instrument de quiétude n'est pas autant visible en matière de sûretés réelles.

3. En matière des sûretés réelles

527. Seules les sûretés réelles semblent quelque peu rétives à cet envahissement de la bonne foi, essentiellement protecteur du garant. Il est vrai que les obligations de conservation ou de restitution du bien sur lesquelles sont assises ces sûretés chargent déjà le créancier du minimum de loyauté dont ne peut se dispenser aucune garantie. Un autre élément d'explication peut être donné : contrairement à ce que l'on croit parfois, le constituant requiert moins de protection que la caution. La jurisprudence, tout comme le législateur, sont en effet mus, en matière de sûretés personnelles, par le souci de lutter contre l'endettement excessif. Or, la sûreté réelle n'est pas véritablement constitutive d'un endettement[1108]. Ainsi, trouve-t-on tout au plus en cette matière quelques exemples d'abus du créancier dans le choix d'une sûreté réelle[1109].

528. En définitive, le nouveau droit des sûretés semble porté par la volonté du législateur d'équilibrer la position des parties. L'expansion de la bonne foi dans la matière en atteste. L'analyse des effets de ce fondement dans la relation contractuelle qui lie le créancier et le garant révèle le renversement de la perspective classique d'un droit des sûretés conçu tout à la faveur du premier. Bien évidemment admettre qu'une obligation de bonne foi pèse sur le créancier, c'est admettre également qu'elle pèse sur

---

[1107] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N, JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.,* n° 527.
[1108] V. M. GRIMALDI, « *Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport français* », *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les garanties de financement,* t. 47, LGDJ, 1998, p. 155 : « *La sûreté réelle n'est pas, à la différence d'une sûreté personnelles, un acte d'endettement, elle en est très souvent la condition* ».
[1109] J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles,* LGDJ, 1996, n° 182.

le garant. Néanmoins, celle-ci ne se manifestant que de manière timide[1110], il en résulte un outil de protection davantage au service du garant comme nous avons tenté de le démontrer. Avec cette bonne foi conquérante en droit des sûretés, on passe de la confiance dans le garant à la confiance du garant.

529. De ces développements, il est permis de conclure que la confiance est le cœur des sûretés. On peut l'affirmer, la confiance est la raison d'être des sûretés. Son existence procure une quiétude aux parties. Cette sérénité psychologique et juridique, car tirant son fondement de la force obligatoire et de la bonne foi, constitue un aspect de l'intérêt de la conservation des sûretés. La force obligatoire et la bonne foi ont toutes deux leur place en matière de sûretés à condition de ne pas leur porter de coup au cœur en atteignant leur efficacité.

§2. LA CONSERVATION DANS UN BUT D'ÉFFICACITE LORS DE LA RÉALISATION

530. Les mécanismes remplissant la fonction de garantie ne présentent pas tous les mêmes caractéristiques. Partant, ils ne déploient ni les mêmes techniques ni les mêmes effets. Mais une qualité est recherchée par tous les créanciers : celle de l'efficacité. Celle-ci ne peut se vérifier que lors de ce moment crucial où le créancier impayé se résout à mettre en œuvre la sûreté. Or, ce moment est tout sauf celui de l'improvisation. En effet, nous l'avons vu, l'un des premiers effets de la constitution d'une sûreté est la quiétude qu'elle procure aux parties, créancier comme garant, respectivement par l'effet des fondements de la force obligatoire et de la bonne foi contractuelle. Les cocontractants sont liés par leur accord de volonté mais également par les dispositions d'ordre public qui gouvernent la matière. Cela signifie donc que de ce moment de vérité, le créancier ne peut attendre de la sûreté que ce qui a été

[1110] Civ. 1re, 25 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 153, à propos d'un manquement du créancier à l'origine duquel se trouve la caution. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir estimé qu'un tel fait, à le supposer démontré, ne pouvait être invoqué par les époux qui, en leur qualité d'associés, étaient eux-mêmes tenus d'effectuer leurs apports personnels et ne pouvaient ultérieurement se plaindre d'une facilité accordée par la banque à la société et dont ils avaient ainsi bénéficié comme les autres associés ».

convenu au jour de sa constitution. Cette phase, déjà largement débattue dans notre première partie n'est pas ici l'objet de notre analyse. Il s'agira plutôt ici de s'intéresser à la phase de latence du contrat de sûreté trop souvent négligée dans les ouvrages qui traitent de la matière : la période postérieure à la formation du contrat et antérieure à son dénouement. Loin d'être une période d'accalmie pour les parties, elle est souvent constituée d'obligations dont l'inexécution est susceptible de compromettre l'efficacité de la sûreté. C'est pourquoi, les parties ont tout intérêt à veiller à la bonne conservation du mécanisme de garantie choisi afin que celui-ci puisse tenir les promesses du jour de sa constitution. Sans les évoquer de manière exhaustive[1111], il convient de noter deux causes significatives, pendant l'exécution du contrat, susceptibles d'entrainer l'inefficacité de la garantie lors de sa réalisation. Il est en effet utile de revenir sur la nécessité pour les parties de préserver la finalité assignée à la garantie (**A**) ainsi que celle de respecter l'affectation des fonds prêtés (**B**).

A. LA PRÉSERVATION DE LA FINALITÉ ASSIGNÉE À LA GARANTIE

531. La réalisation d'une sûreté n'est possible que lorsque certaines conditions sont réunies. Parmi ces conditions, certaines ont pour effet de conserver la finalité assignée à la sûreté. En effet, cela peut relever de l'évidence mais il faut noter que le créancier peut être amené à prouver non seulement l'existence même de la sûreté dont la finalité doit perdurer jusqu'au moment de sa réalisation (**1**) mais également l'existence matérielle de l'acte d'engagement (**2**). De manière plus particulière, après leur constitution, l'efficacité de certaines sûretés est subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités (**3**).

1. La conservation de la preuve de l'existence de la sûreté

[1111] La conservation de l'effet de garantie fera l'objet d'un traitement spécifique et détaillé dans les sections à venir.

532. Lorsque le créancier impayé engage des poursuites contre de garant, il peut être amené à prouver l'existence même de l'engagement du constituant. Il en est ainsi en matière de cautionnement. En effet, bien que les dispositions de l'ancien article 2292 et du nouvel article 2294 du Code civil prévoient que : « *Le cautionnement doit être exprès* », cela ne signifie pas que la constitution de ce contrat soit privée de tout consensualisme[1112]. Néanmoins, sa constitution diffère fondamentalement d'un contrat de droit commun puisque l'intention de s'engager comme caution doit avoir été positivement et clairement exprimée. Cela signifie que le créancier ou le juge[1113] ne saurait déduire, au cours de la vie du cautionnement, de tel évènement ou de tel comportement de la prétendue caution, pour retenir une preuve suffisante de l'existence de l'engagement. En clair, pour reprendre la formule consacrée par l'ancien article 2292 du Code civil, « *le cautionnement ne se présume point* ». Si les dispositions du nouvel article 2294 ne reprennent pas cette formule, elles ne les contredisent pas non plus. Au contraire, le nouveau texte fait preuve de justesse puisque si « *le cautionnement doit être exprès* », c'est qu'il ne peut se présumer.

533. En pratique, les difficultés liées à l'existence de la preuve de l'engagement ont beaucoup porté sur les hypothèses où une seule personne devait intervenir dans un acte sous deux qualités différentes. L'exemple typique était celui du représentant d'une personne morale endossant la casquette de débitrice principale et dans le même temps de caution de cette même personne morale. Les décisions de la Cour de cassation comme celles des juridictions du fond ont pendant plusieurs décennies été marquée d'hésitations. Tantôt, les juges statuaient dans le sens de l'absence d'engagement de la caution[1114], tantôt ils avaient tendance à retenir certains éléments à titre de commencement de preuve[1115]. Il a fallu attendre la loi du 1er aout 2003 pour

---

[1112] V. Ph. SIMLER, *JCl*. Civil Code, fasc. 10, Notarial Répertoire, V° Cautionnement ; V. également du même auteur, *JCl*. Civil Code, fasc. 35, Notarial Répertoire, V° Cautionnement-Preuve.

[1113] Il est dès lors fait ici dérogation aux termes de l'article 1382 du Code civil qui dispose : « *Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen* » ; anc. Art. 1353 C. civ.

[1114] Cass. 1re civ., 21 janv. 1976 : *Bull. civ*. I, n° 27 ; Cass. com., 11 juill. 1995 : *JCP* G 1997, I, 3991, n° 1, obs. Ph. SIMLER ; CA Lyon, 19 juill. 1996 : *JurisData* n° 1996-047855 ; CA Aix-en-Provence, 23 oct. 1997 : *JurisData* n° 1997-046197.

[1115] Cass. com., 18 mai 1999, n° 96-13.796 : *JurisData* n° 1999-001994 ; CA Angers, 19 sept. 1994 : *JurisData* n° 1994-053454 ; Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-12.493 : *JurisData* n° 2000-002127 ; Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-28.157 : *JurisData* n° 2018-007552 ; Bull. civ. IV, n° 53 ; D. 2018, p. 2056, note E.

l'initiative économique, avec l'avènement de la mention manuscrite pour voir ce contentieux s'éteindre. En effet, dès lors que la loi exigeait une mention manuscrite pour la constitution de tout cautionnement entre une personne physique et un créancier professionnel, la preuve de l'existence de l'engagement de la caution posait moins de difficulté. Le développement de ce formalisme *ad validitatem,* comme nous l'avons vu, s'est cristallisé avec la consécration du nouvel article 2297 du Code civil, apport majeur de la réforme du 15 septembre 2021.

Bien que le contentieux sur la preuve de l'engagement de la caution soit résiduel depuis l'abandon du consensualisme traditionnel de 1804, les parties ont intérêt à veiller, pendant l'exécution du contrat, à la volonté réellement exprimée par chacune d'elles dans l'acte *instrumentum*. À défaut, si le créancier ne parvient pas à prouver l'existence de l'engagement de la caution, il n'obtiendra aucun droit de poursuite contre son cocontractant supposément garant.

534. Cette prudence est encore plus de mise en ce qui concerne les sûretés personnelles alternatives au cautionnement. En effet, contrairement au cautionnement, le principe du consensualisme à vocation à s'appliquer parfaitement aux autres sûretés personnelles consacrées par le Code civil, à savoir la garantie autonome et la lettre d'intention. Aucune forme particulière n'est exigée par le Code pour l'expression de la volonté des parties. Ce qui signifie que les difficultés relatives à la preuve de l'engagement du garant, endiguées en grande partie en matière de cautionnement depuis la réforme du 15 septembre 2021, sont susceptibles de se présenter dans les autres sûretés personnelles. Mais il faut le noter, l'exigence de la preuve de l'engagement du garant n'a pas suscité autant de débats doctrinaux et jurisprudentiels que ce que l'on a connu concernant le cautionnement et ce, qu'il s'agisse des sûretés personnelles non accessoires consacrées par le Code ou des mécanismes de garanties issues du droit des obligations.

535. En matière de sûretés réelles, les choses sont différentes. En effet il s'agit d'une catégorie de sûreté largement dominée par le formalisme. La manifestation de la

LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; *RTD* civ. 2019, p. 939, obs. A. LECOURT ; CA Paris, 7 févr. 1991 : *JurisData* n° 1991-020356 ; CA Angers, 3 mars 1997 : *JurisData* n° 1997-043957 et n° 1997-047689 ; CA Paris, 26 janv. 2006, n° 04/15111 : *JurisData* n° 2006-294267.

volonté demeure illusoire tant qu'elle ne s'extériorise pas dans un formalisme impératif. Tout en s'assurant de l'intégrité du consentement du constituant, le formalisme existant dans le droit des sûretés réelles est davantage justifié par l'objectif d'assurer une information effective à l'égard des tiers. Partant, l'appréhension légale de la matière conduit au constat d'une application rigide et égalitaire du formalisme[1116] où la preuve de l'engagement du constituant ne sera pas difficile à établir.

536. En somme, il peut arriver que le créancier soit tenu de démontrer la preuve de l'engagement du garant. L'établissement de l'existence de la sûreté est une des conditions nécessaires et préalables à la poursuite du garant. En matière de sûretés réelles cette preuve n'est pas difficile à établir en raison du formalisme impératif y imposé par la loi. Cependant, en matière de sûretés personnelles où, à l'exception du cautionnement, c'est le consensualisme qui est le principe, la question de la preuve de l'engagement est susceptible de poser des difficultés. Il en est de même de l'acte d'engagement que les parties ont tout intérêt à conserver.

2. La conservation matérielle de l'acte d'engagement

537. Une fois la sûreté constituée, les parties doivent conserver tous les documents et les preuves de l'engagement du garant, y compris l'acte *instrumentum* : le contrat de sûreté. Il est évident que cette exigence de conservation de l'acte d'engagement concerne davantage le créancier qui doit être en mesure de justifier son appel en garantie. Que l'on soit en présence d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle, la conservation de la preuve matérielle de l'acte d'engagement est essentielle dans la vie de la sûreté. À défaut, lorsque le créancier n'est pas en mesure de présenter l'acte d'engagement constitué par les parties, il s'expose au risque de voir son garant être libéré de ses engagements et au constat de l'inefficacité de sa garantie. Ainsi, en matière de cautionnement, il lui incombe en effet « *de prouver l'existence du cautionnement par production de l'original de l'acte signé par la caution* ». C'est ce que la Cour de cassation a retenu dans deux arrêts[1117] rendus au visa de l'article 1353 du

[1116] Nous avons déjà eu l'occasion d'y consacrer des développements, V. *supra* n° 582 et s.
[1117] Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-20.344, F-D, Société HSBC France c/ Mme Mallet *: JurisData* n° 2009-046692 et Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-14.566, F-D, Portet c/ Giordana : JurisData n° 2009-046693.

Code civil[1118], en date du 20 janvier 2009. En effet, dans la première espèce tranchée par la Haute juridiction, une banque avait engagé des poursuites contre une personne qui s'était portée caution par acte du 10 août 2001. La caution contesta l'existence de l'engagement dont se prévalait la banque en soutenant que ce cautionnement avait été remplacé par un autre cautionnement en date du 5 septembre 2001. La Cour de cassation a décidé, d'une part, que la Cour d'appel ne dénaturait pas les faits du litige en retenant que la contestation de la caution portait sur l'existence même du cautionnement. D'autre part, la Cour a énoncé que le cautionnement étant un acte unilatéral, sa preuve exigeait la production de l'original par le bénéficiaire. Or, la banque ne démontrait pas que cet engagement existait lors de la mise en demeure délivrée à la caution. Ainsi, le créancier a intérêt à bien conserver la preuve matérielle de l'engagement de la caution, au risque de perdre la sûreté en cas de contestation.

538. Dans la deuxième espèce, les faits étaient aussi simples que dans la première. Trois personnes s'étaient engagées comme caution solidaires pour leur société. Après avoir été appelées en garantie, deux des trois personnes avaient exécuté leurs engagements à l'égard du créancier. Elles avaient corrélativement exercé un recours contre la troisième personne. La Cour de cassation a cassé l'arrêt des juges du fond car *« l'arrêt ayant constaté que le contrat de prêt qui prévoyait la caution personnelle et solidaire des trois cautions était signé par celle qui était poursuivie, il s'en évinçait qu'elle était tenue à la totalité de la dette et qu'il lui appartenait d'établir que son cautionnement qu'il ne contestait pas, aurait été limité dans son montant et dans sa durée ».* La cour d'appel avait ainsi violé l'article 1353 du Code civil.

539. Au final, la perte de l'acte d'engagement de sûreté peut être une cause d'inefficacité du mécanisme, pourvu que son existence soit contestée par le garant. Lorsque ce n'est pas l'existence de la garantie en elle-même qui est contestée, c'est la preuve de l'étendue de l'engagement qui devient l'enjeu principal.

540. La conservation de l'acte d'engagement constitue *a priori* un acte banal d'ordre organisationnel. Pourtant, sa perte, comme nous l'avons vu à travers les différentes espèces tranchées par la Cour de cassation, peut entrainer l'inefficacité de la sûreté,

[1118] Art. 1353 C. civ. : *« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.*
Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. », anc. Art. 1315 C. civ.

voire sa perte. Sont moins banales, les formalités publicitaires qui doivent être accomplies après la constitution de certaines sûretés. Ces formalités étant une condition d'efficacité, le bénéficiaire de la garantie doit tâcher de les accomplir le plus rapidement possible.

3. La conservation par l'accomplissement des formalités publicitaires

541. On peut considérer de manière générale que les règles de formalités publicitaires permettent simplement de garantir la transparence et la sécurité juridique dans les relations financières et commerciales en informant les tiers de l'existence de la sûreté et en rendant cette sûreté opposable et visible. Elles permettent également de protéger les droits du créancier garanti en lui réservant une position privilégiée sur le bien donné en garantie et en l'informant de la concurrence éventuelle des autres créanciers. Juridiquement, l'objet de la publicité est donc d'informer le public ou du moins en faire présumer sa connaissance mais surtout de permettre au créancier de pouvoir se prévaloir des prérogatives que lui confère la sûreté.

Cette première analyse nous conduit naturellement à écarter les sûretés personnelles pour deux raisons.

542. D'une part, l'information des tiers en la matière ne résulte pas d'un enjeu majeur. En effet, au regard des finalités que nous venons d'évoquer, le fait pour les tiers de savoir qu'un débiteur a bénéficié d'un cautionnement ou d'une garantie à première demande pour l'obtention d'une prêt ne revêt que peu d'importance. L'opération financière ne leur cause aucun risque patrimonial. Tout au plus, le tiers pourrait-il être intéressé de savoir que son futur cocontractant est déjà engagé en qualité de garant dans une autre opération. Mais ces enjeux semblent insignifiants par rapport à la constitution d'une sûreté réelle où le créancier dispose d'un droit réel sur un bien encore susceptible de modifications juridiques ; c'est pourquoi, pour des raisons de sécurité juridique, la cristallisation des droits du créancier et l'information des tiers sont de rigueur.

543. D'autre part, aucune obligation de publicité ne pèse sur les parties en matière de sûretés personnelles. La publicité n'est ni une condition de validité, ni une condition

d'efficacité des sûretés personnelles. Or, il en est autrement en matière de sûretés réelles. En effet, si les formalités publicitaires ne sont pas exigées à titre de validité, elles sont formellement requises à titre d'efficacité. C'est pourquoi, à la suite de leur constitution, en clair pendant leur vie, les sûretés réelles sont soumises à des règles de publicité. Il résulte de l'accomplissement de ces formalités une condition d'efficacité qui concerne aussi bien les sûretés réelles immobilières que certaines sûretés réelles mobilières comme nous avons déjà pu le démontrer dans nos développements antérieurs[1119].

Cela n'est donc pas ici le lieu d'aborder dans le détail les formalités de publication requises pour chaque sûreté réelle[1120], mais de souligner l'un des intérêts de la conservation dans le droit des sûretés, terrain de recherche qui nous mobilise dans le présent paragraphe.

Nous l'avons déjà évoqué[1121] le formalisme publicitaire ne s'applique pas à l'ensemble des sûretés réelles de manière uniforme. Certaines en sont dispensées[1122] : c'est le cas notamment du nantissement[1123], des privilèges généraux prévus à l'article 2331 du Code civil ou encore du privilège du syndicat des copropriétaires[1124].

544. Hormis, ces cas particuliers, dès la constitution de la sûreté réelle, son bénéficiaire a intérêt à s'empresser d'accomplir les formalités de publicité requises s'il veut conserver le bénéfice des prérogatives de sa sûreté. C'est le cas en ce qui concerne en particulier l'hypothèque. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 le réaffirme dans les dispositions du nouvel article 2418, alinéa 1er qui dispose : « *Les*

1119 V. *supra* n° 382 et s.

1120 Du moins là où l'accomplissement de ces formalités est requis.

1121 V. *supra* n° 387 et s.

1122 En ce qui concerne la dispense de l'information des tiers, une partie de la doctrine considère que l'exonération de l'accomplissement des formalités publicitaires par le bénéficiaire de ces sûretés réelles se justifie par le fait que la situation professionnelle du débiteur devrait permettre, par déduction, de deviner leur existence ; V. en ce sens : J. FLOUR, *Cours de droit civil,* Licence 3e année, Les cours du droit, 1935, p. 350 ; P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, Videcoq, Paris, 1836, p. 244-245.

1123 Art. 2361 C. civ. : « *Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation, la preuve de la date incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen.* » Il faut cependant noter l'exception du débiteur nantie auquel l'acte doit être notifié s'il n'y intervient pas, conformément aux dispositions de l'article 2362 du Code civil : « *Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte.* »

1124 Art. 2402, 3e, 2418, al. 2 et 2421, al. 1 C. civ.

hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi ». Et l'alinéa 1er de l'article 2421 du même Code d'ajouter qu'elles « *sont inscrites au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens* ». C'est à l'issue de l'accomplissement de cette formalité que la finalité assignée à l'hypothèque, à savoir l'octroi d'un droit de préférence en faveur de son bénéficiaire ne pourra être effectif. De la même manière, en ce qui concerne le droit de suite, autre caractéristique essentielle de l'hypothèque, le nouvel article 2454 du Code civil dispose en son 2e alinéa : « *Le tiers acquéreur est ainsi obligé, dans la limite des inscriptions, à toute la dette garantie […]* ». C'est-à-dire que l'engagement à toutes les dettes hypothécaires est conditionné par l'accomplissement des formalités d'inscription et donc publicitaires. Les prérogatives attachées à l'hypothèque que sont le droit de préférence et le droit de suite ne produisent d'effet qu'à compter de la publicité de la sûreté.

Cette condition d'efficacité ne se limite pas aux sûretés réelles immobilières. On la retrouve également au sein des sûretés mobilières soumises à publicité. Cela résulte souvent du texte même instituant la publicité. Ainsi, loi prévoit par exemple, à propos du nantissement de fonds de commerce, à l'alinéa 2 de l'article L. 142-3 du Code de commerce, que « *le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité* ». Il en est de même pour le gage automobile[1125].

On le voit, les formalités publicitaires intéressent essentiellement les sûretés réelles. Pour que la garantie tienne les promesses du jour de sa constitution, autrement dit pour qu'elle soit efficace, le créancier a intérêt à tout mettre en œuvre pour accomplir les formalités publicitaires requises. Si, en principe, l'inscription peut être prise à tout moment[1126], il est dans l'intérêt du bénéficiaire d'y procéder le plus rapidement possible.

545. En définitive, on constate qu'il arrive fréquemment que les finalités assignées à la garantie au moment de sa constitution fassent l'objet d'une conservation. Cette

[1125] Art. 2351 C. civ. dont l'abrogation a été repoussée à une date ultérieure lors de l'entrée en vigueur de l'Ordonnance.

[1126] Civ. 3e, 10 juill. 2002, *Bull. civ.* III, n° 167 ; V. pour plus de détails, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 1069 et s.

conservation, qui résulte avant tout de la bonne diligence des parties, doit souvent être entendue au sens propre du terme, telles les hypothèses de conservation de la preuve matérielle de l'engagement que nous avons évoquées. De manière plus théorique, la conservation doit aboutir à l'aptitude de la partie qui se prévaut du bénéfice d'une sûreté, d'en prouver l'existence au moment de la réalisation, tout en tâchant, à chaque fois que cela est nécessaire, d'accomplir les formalités publicitaires requises.
Lorsque les parties se seront employées à préserver la finalité assignée à la garantie, elles devront veiller au respect de l'affection des fonds prêtés.

B. LE RESPECT DE L'AFFECTATION DES FONDS PRÊTÉS

546. L'accès au crédit est l'une des raisons d'être d'une sûreté[1127]. Nous l'avons vu, sa constitution conduit à l'accroissement des chances du débiteur d'accéder au crédit et corrélativement à l'augmentation de la confiance du créancier. Quasiment systématique dans les contrats de prêt d'un certain montant, le prêteur muni d'une sûreté dispose d'une certaine assurance pour recouvrer sa créance en cas d'insolvabilité de l'emprunteur. Si le crédit occupe une place si fondamental dans la genèse du droit des sûretés, il devient alors tout aussi fondamental de s'intéresser à son devenir d'autant plus que son obtention est, dans les situations que nous envisageons, conditionnée à la constitution d'une sûreté. Par ailleurs, puisque les présents développements sont réservés à la vie de la sûreté il est nécessaire de s'interroger sur l'usage qui est fait du crédit par son bénéficiaire. Cet usage des fonds prêtés peut-il être une source d'inefficacité de la sûreté ?

547. En réalité, il convient de distinguer entre deux catégories de crédits : le crédit non affecté et le crédit affecté. Pour ce qui concerne la première catégorie de crédit, le crédit non affecté également appelé crédit personnel, il s'agit d'un type de prêt qui n'est pas lié à un achat ou à un bien spécifique et qui, en général, ne nécessite pas la

[1127] D. LEGEAIS, *op. cit.* n° 1.

constitution d'une garantie[1128]. Mais s'agissant du crédit affecté, l'établissement de crédit s'engage à financer une opération déterminée[1129]. Le crédit affecté est spécifiquement destiné à être employé pour un usage pour lequel il a été accordé. Lorsque c'est le cas, se pose naturellement la question du contrôle de l'usage des fonds octroyés (**1**) ainsi que des conséquences du non-respect de l'affection conventionnelle des fonds (**2**).

1. Le contrôle de l'affection des fonds

548. Les établissements de crédit, comme dans toutes les professions, sont tenu d'observer certaines normes de comportement à l'égard de leur clientèle ainsi qu'à l'égard des tiers. Ces normes résultent de la spécificité de leur profession et de leur statut. Ainsi, le banquier est-il tenu au secret professionnel[1130], de même qu'il est tenu à un devoir légal d'information[1131] et de vigilance. S'agissant de ce dernier cas – le devoir de vigilance – il implique l'accomplissement d'un certain nombre de contrôles ayant pour objet la détection d'anomalies et d'irrégularités manifestes lors des opérations bancaires[1132]. Il convient cependant de noter que ce devoir de vigilance doit s'appliquer sans porter atteinte au principe de non-ingérence, également appelé principe de non-immixtion. En effet, le client du banquier doit demeurer libre dans la conduite de ses affaires. Le banquier ne peut se substituer à son client. Dès lors, qu'en est-il de l'application du principe de non-immixtion en présence d'un crédit affecté ? Le principe en la matière est qu'en l'absence de dispositions conventionnelles ou légales, l'établissement de crédit qui a remis des fonds à l'emprunteur n'a pas à surveiller leur utilisation même lorsque les crédits sont affectés. Cela résulte notamment d'une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date

---

[1128] Le crédit non affecté offre la plus part du temps une certaine flexibilité en termes de montant emprunté et de durée de remboursement à l'emprunteur. Il est accordé sous forme de prêt personnel, de prêt revolving ou encore de cartes de crédit qui permettent d'effectuer des achats. Son principal inconvénient résulte d'un taux d'intérêt beaucoup plus élevé que celui du crédit affecté.

[1129] D. LEGEAIS, *« Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », Juriscl.* Fasc. 335, n° 121 et s. ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garantie du crédit, op. cit.,* n° 298 ; Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire,* LexisNexis, 9e éd., n°582 ; Pour plus de détails, V. S. BROS, *« le crédit affecté, entre groupe de contrats et opération juridique à trois personnes »*, *Liber amicorum*, Chr. LARROUMET, Economica, 2010.

[1130] V. Art. L. 511-33 du CMF.

[1131] Par exemple on peut citer l'obligation d'information annuelle à la charge du banquier en matière de cautionnement : V. art. 2302 du C. civ.

[1132] Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire, op. cit.* n° 327.

du 15 février 2011[1133]. Il ne s'agit ici que d'une application du principe de non-immixtion[1134]. Ainsi, le changement d'affectation des fonds prêtés ne peut constituer un fondement susceptible d'engager la responsabilité du banquier pour un manquement à son devoir de vigilance[1135]. L'emprunteur a la libre disposition des fonds prêtés. Mais qu'en est-il lorsqu'une disposition légale ou contractuelle met à la charge du banquier un devoir de surveillance quant à l'affectation des fonds prêtés ? Considérant cette obligation, lorsque le contrat de prêt est assorti d'une sûreté, le garant peut-il se prévaloir du non-respect par l'emprunteur de la clause d'affectation pour échapper à sa responsabilité et corrélativement rendre inefficace la sûreté consentie ?

2. Les conséquences du non-respect de l'affection des fonds

549. L'application du principe de non-immixtion ne conduit pas à une immunité complète du banquier. Nous l'avons déjà vu, en l'absence d'une clause de surveillance figurant dans l'acte de prêt, ni l'emprunteur, ni le garant ne peut engager la responsabilité du banquier[1136]. Le principe est l'absence de faute du banquier. Cependant, la jurisprudence admet des exceptions à ce principe. Elle a admis qu'en l'absence d'une clause de surveillance la responsabilité de la banque peut être retenue sous plusieurs fondements.

550. D'abord, la Cour de cassation a admis que la caution pouvait invoquer le fondement du dol pour faire échec aux poursuites du créancier. Ainsi, a été rendu inefficace le cautionnement d'un prêt immobilier dont les fonds avaient servi à résorber un découvert[1137]. La haute juridiction a considéré dans cette espèce que la manœuvre dolosive était constituée dès lors que les cautions avaient été privées d'une information essentielle qui consistait, en l'occurrence, en la dissimulation de l'affectation immédiate du prêt à l'apurement du compte courant débiteur de l'emprunteur.

[1133] Cass. com., 15 févr. 2011 : *JurisData* n° 2011-001931

[1134] V. également, Cass. com., 17 mars 2004 : *JurisData* n° 2004-023168 ; *JCP* E 2005, 782, obs. A. S.

[1135] V. par exemple, Cass. com., 10 oct. 2000, n° 98-13.389 : *RJDA* 2001, p. 71.

[1136] Cass. com., 10 oct. 2000, n° 98-13.389 : *RJDA* 2001, p. 71.

[1137] Cass. 1re civ., 1er juin 1999 : *JurisData* n° 1999-002271 ; Il en est de même dans les juridictions du fond : CA Toulouse, 22 févr. 2001 : *JurisData* n° 2001-144708 ; CA Montpellier, 27 nov. 2001 : *JurisData* n° 2001-200166.

551. Ensuite, le devoir d'information et de loyauté a pu servir de fondement aux cautions pour échapper aux poursuites du créancier[1138]. En l'espèce, la caution avait pu obtenir la nullité du contrat de cautionnement dès lors qu'il était établi qu'un prêt d'équipement n'avait en réalité servi qu'à résorber une partie du découvert existant de l'emprunteur.

552. Enfin, un autre fondement a été admis par la jurisprudence pour permettre aux cautions d'obtenir l'annulation de leur engagement : celui de la cause. En effet, même si cela demeure rare, une jurisprudence a admis la nullité de l'engagement dès lors que la caution était en mesure de démontrer que l'affectation faisait l'objet d'une clause insérée dans le contrat et que cette dernière constituait la cause de son engagement[1139].

553. En cas de non-respect de l'affectation des fonds prêtés, le principe est l'irresponsabilité du prêteur. Toutefois, la jurisprudence considère que le garant peut se prévaloir du respect de l'affectation sous les fondements du dol, de l'obligation d'information et de loyauté, ou de la cause imputable au créancier – le prêteur - pour prononcer la nullité de la sûreté.

554. Au-delà de ces hypothèses, le garant ne peut être admis à demander la nullité de son engagement. Cependant, lorsque les dispositions du contrat de crédit affecté prévoient une clause de surveillance, le garant peut-il augmenter ses chances d'échapper aux poursuites du créancier ? On aurait pu penser que l'insertion d'une telle clause dans le contrat mettrait à la charge du créancier une obligation de résultat ; de sorte que le constat du changement de l'affectation suffise à engager sa responsabilité et corrélativement libérer le garant. Pourtant, la jurisprudence considère qu'il ne s'agit là que d'une simple faculté prévue dans l'intérêt de la banque[1140]. En clair, la clause de surveillance n'est insérée que pour servir les intérêts du créancier et non ceux du garant et encore moins du débiteur. Pour ce qui concerne le débiteur, le raisonnement est tout à fait justifié : le changement d'affectation des fonds prêtés étant

---

[1138] CA Paris, 19 sept. 2000 : *JurisData* n° 2000-136903 ; CA Paris, 15e ch. A, 27 mars 2001 : *JurisData* n° 2001-150745.

[1139] Cass. 1re civ., 3 mars et 27 mai 1987 : *Bull. civ*. I, n° 77 et 163 ; Cass. com., 26 avr. 2000, n° 95-20.946, inédit : *Rev. proc. coll.* 2001, p. 268, obs. A. Martin-Serf ; CA Paris, 15e ch. A, 19 sept. 2000 : *JurisData* n° 2000-136903.

[1140] Cass. com., 10 avr. 1996, *RD bancaire et fin.*, 1996, 121, obs. F. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; CA Orléans, 13 sept. 2001 : *JurisData* n° 2001-164032 ; CA Nîmes, 1er oct. 2002 : *JurisData* n° 2002-192008.

imputable au débiteur, il serait saugrenu d'en tenir le créancier responsable car nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes. Par contre, pour ce qui concerne le garant, il aurait tout à fait été fondé de demander la nullité de son engagement sur le fondement de la force obligatoire du contrat. D'autant plus que le principe d'interprétation stricte des contrats est un motif susceptible de suppléer l'argument en faveur du garant. Il serait, dès lors, souhaitable que la position de la jurisprudence évolue en ce sens.

555. Il faut ainsi retenir qu'en phase d'exécution, un certain nombre d'évènement peuvent altérer, voire compromettre l'efficacité d'une sûreté. Cela peut résulter de l'absence de preuve de l'engagement du garant, de la perte de l'acte d'engagement ou du non accomplissement de certaines formalités légales. Il est de l'intérêt du bénéficiaire d'éviter ces écueils s'il souhaite conserver la finalité assignée au mécanisme de garantie ; de même qu'il veillera, en dépit du principe de non-immixtion, à ne pas se rendre coupable des manquements susceptibles d'engager sa responsabilité et lui faire perdre sa sûreté.

* *
*

556. Conclusion de la section 1. La conservation des sûretés s'avère être un processus crucial, répondant à la fois à des impératifs psychologiques et opérationnels. Son intérêt réside dans la préservation de la confiance entre les parties contractantes et la garantie de l'efficacité du mécanisme de sûreté. En explorant ces deux dimensions, notre analyse met en lumière l'importance fondamentale de la conservation dans l'édifice juridique des sûretés, contribuant ainsi à l'équité et à la stabilité des relations contractuelles. À présent, nous sommes suffisamment éclairés sur l'intérêt de la conservation d'une sûreté pendant sa phase de vie. Pourtant, au sens strictement théorique de l'analyse, nous ignorons encore quel est réellement l'effet de garantie que les parties vont s'employer à conserver. Ce sera donc l'objet de notre prochain développement.

SECTION 2

L'IDENTIFICATION DE L'EFFET DE GARANTIE À CONSERVER

557. Dans l'absolu, s'il suffisait de déterminer l'effet de garantie que produit une sûreté, nous nous contenterions de dire qu'il procure à son bénéficiaire la quiétude et la sécurité[1141] nécessaire pour l'octroi du crédit ; que s'agissant plus particulièrement des sûretés personnelles, elles confèrent à leur bénéficiaire un recours contre le patrimoine d'un tiers ; et s'agissant des sûretés réelles, elles donnent un droit réel sur la valeur d'un bien affecté à la garantie de la créance. Seulement, l'objectif de notre étude ici, est de rechercher l'effet de garantie qui fera l'objet d'une conservation pendant la vie du mécanisme, excluant donc l'effet définitif que produira la garantie : c'est-à-dire la réalisation de la garantie promise.

558. Cette quête théorique du produit de la constitution d'une sûreté conduit inéluctablement, comme dans bien des analyses sur la matière, à distinguer selon la *summa divisio* des sûretés : sûretés personnelles/sûretés réelles. On ne peut en effet s'engager dans une telle quête en ne distinguant pas entre une technique qui confère au créancier un droit personnel contre une personne (ou davantage) autre que son débiteur ; et celle qui lui confère un droit réel[1142] sur la valeur d'un ou plusieurs biens du patrimoine de son débiteur ou d'un tiers pour ce qui concerne la sûreté réelle pour autrui. Dit autrement, d'une part, un tiers au contrat principal engage son patrimoine si le débiteur est insolvable tandis que, d'autre part, c'est un bien ou un ensemble de biens du débiteur lui-même ou d'un tiers qui est affecté en garantie de la dette. Ce constat sommaire de l'existence d'une altérité quant à la technique des sûretés révèle une catégorie dans laquelle le droit sujet à la conservation est déterminable voire palpable dès sa constitution puisqu'il porte sur un bien ou un ensemble de biens ; et une catégorie où, à l'inverse, l'objet sur lequel porte la conservation est abstrait car, *in fine,* ce droit personnel du créancier n'est qu'une duplication de la créance initiale. C'est donc naturellement que notre recherche nous conduira à démontrer que

[1141] V. *supra* n° 502 à 529.

[1142] Si l'on fait fi des débats théoriques relatifs à la nature des biens fongibles pour lesquels la doctrine classique conteste la qualification de droit réel, il s'agit bien d'une technique qui repose sur l'attribution d'un droit réel au profit du créancier.

l'identification de l'effet garantie à conserver est délicate en matière de sûretés personnelles (**§1**) mais plus évidente en matière de sûretés réelles (**§2**).

§1. UNE IDENTIFICATION DÉLICATE EN MATIÈRE DE SÛRETÉS PERSONNELLES : UN EFFET À RECHERCHER DANS LA PRESTATION DU GARANT

559. L'identification de l'effet de garantie à conserver en matière de sûretés personnelles est délicate à plusieurs titres : D'abord parce que la matière traverse une crise identitaire (**A**) ayant conduit la doctrine contemporaine à faire de la prestation du garant un élément d'identification de la matière. Ensuite parce que, le triptyque obligationnel du Code civil semble insuffisant pour cerner ladite prestation (**B**). Ce qui, selon nous, révèle la pertinence de la théorie dualiste de l'obligation (**C**), défendue par une bonne partie de la doctrine, nous permettant ainsi d'identifier l'effet produit par une sûreté personnelle et devant faire l'objet d'une conservation .

A. LA QUÊTE IDENTITAIRE DES SÛRETÉS PERSONNELLES

560. Il est désormais classique de présenter les sûretés personnelles comme une matière cyclique[1143] et c'est Chr. MOULY qui décrit le mieux cette crise identitaire[1144] lorsqu'il affirme que « *chacun des cycles qui marque une phase de l'évolution des sûretés personnelles débute par une garantie sévère, rigoureuse à l'encontre du garant : le créancier obtient, grâce à la liberté des conventions, la sûreté efficace que nécessite le crédit. Puis, sous la pression des mœurs, les lois se multiplient pour faciliter la libération du garant. Sa protection contre les abus commis par les créanciers est développée. Un cycle prend alors fin, mais naît*

[1143] Ph. DUPICHOT, « *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés* », *op. cit.* n° 63 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°103.
[1144] Chr. MOULY, « *Les sûretés personnelles traditionnelles en France* », *in* Les sûretés, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 FEDUCI, 1984, n° 3.

aussitôt un second cycle car, en réaction contre l'assouplissement de la garantie personne, la pratique engendre un nouveau cautionnement, plus sévère ». La matière fluctue ainsi entre efficacité de la garantie et protection du garant, ce qui contribue à expliquer la diversité contemporaine des sûretés personnelles. Cela justifie également le débat relatif à la notion même de sûreté personnelle largement traitée par la doctrine mais ne faisant toujours pas l'objet d'une définition légale (**a**). Seule la notion d'obligation permet réellement d'identifier l'effet des sûretés personnelles (**b**).

1. L'absence d'une définition légale

561. Depuis l'Ordonnance du 23 mars 2006, les sûretés personnelles font l'objet du Titre premier du Livre quatrième du Code civil. Ce titre dispose d'un article préliminaire[1145] selon lequel *« les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention »*, annonçant ainsi les trois chapitres composant le Titre en question. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 n'a ni apporté de modifier à la structure de ce titre, ni jugé nécessaire de préciser davantage la notion de sûreté personnelle. Partant, contrairement aux sûretés réelles[1146], il n'existe aucune définition légale qui permettrait de déterminer précisément le domaine de la matière et le régime général des sûretés personnelles. Si le législateur ne s'est pas risqué à définir la matière, c'est sans doute parce que la nature de l'engagement qu'elles font naître n'est pas tout à fait arrêtée et fait encore l'objet de débats doctrinaux[1147].

562. Le travail doctrinal sur la notion de sûreté personnelle a permis de mettre en lumière deux visons qui s'opposent. Selon un premier courant doctrinal, les sûretés personnelles doivent être appréhendées de manière pragmatique et fonctionnelle quitte à intégrer à la matière des institutions fondamentalement différentes[1148]. Parmi les partisans de cette conception, on retrouve principalement les Professeurs Ph.

[1145] Art. 2287-1 C. civ.

[1146] En effet, depuis l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, l'article 2323 du Code civil donne une définition des sûretés réelles.

[1147] V. par ex. J.- D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, LGDJ, t. 539, 2012 ;

[1148] Les auteurs qui défendent cette vision reconnaissent d'ailleurs sans difficulté le tracé poreux des limites de la catégorie des sûretés qu'entraîne une telle conception : V. Ph. SIMLER, Ph. DELBECQUE, *op. cit.*, n° 9 ; V. également, D. LEGEAIS, *rép. Civ.* Dalloz, V° Sûretés, n° 5.

SIMLER et Ph. DELEBECQUE selon lesquels « *tout engagement souscrit par un tiers, à titre accessoire, à titre principal ou encore à titre indemnitaire, dans le but de garantir l'obligation d'un débiteur* » est une sûreté personnelle[1149]. Cette perspective ne nous paraît que bien peu satisfaisante dans la mesure où cette définition fonctionnelle ne se contente de caractériser la notion que par sa finalité comme l'a souligné une partie de la doctrine[1150]. En effet, quelle que soit la sûreté constituée, sa finalité est somme toute toujours la même : celle de remédier à l'insolvabilité du débiteur. Cependant, comme le soulignent les Professeurs J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, « *la technique juridique mise en œuvre varie d'une sûreté à une autre* ». Il semble donc que ce soit la technique utilisée qui soit le plus intéressant pour caractériser une sûreté et c'est la vision défendue par un second courant doctrinal. C'est Chr. MOULY qui a élaboré le plus clairement la conception technique de la notion de sûreté personnelle. Selon l'auteur deux critères permettent d'identifier une sûreté personnelle : l'adjonction d'un droit de créance au profit d'un créancier et l'absence de contribution à la dette par le garant[1151]. L'application de ces deux critères conduit naturellement à qualifier de sûretés personnelles, outre le cautionnement, la garantie autonome, la délégation imparfaite, le constitut, la promesse de porte-fort dite d'exécution…mais conduit à ne pas reconnaître des mécanismes comme la solidarité ou la stipulation pour autrui et surtout les lettres d'intention alors même qu'il s'agit incontestablement de garanties personnelles. Cela traduit l'insuffisance de cette conception et en tout état de cause un décalage avec l'article 2287-1 du Code civil. Le doute est donc permis en ce qui concerne cette définition technique de la notion de sûreté personnelle.

563. Les différentes approches doctrinales ne nous permettent donc pas à ce stade d'identifier, à partir de la définition de la notion de sûreté personnelle, quelle est l'effet de garantie qui fera l'objet d'une conservation. Le moins que l'on puisse dire est que la matière n'offre pas de théorie générale. Néanmoins, nombreux sont les auteurs qui

---

[1149] Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 37.

[1150] C'est l'avis notamment des Professeurs M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, qui, s'appuyant sur le cas des sûretés réelles, affirment que « *les sûretés réelles ne sont guère des anticorps formés en réaction contre la loi du concours. Ce fait majeur suscite la tentation de ne caractériser la notion que par sa finalité…Il n'est pas pour autant suffisant, car on ne saurait négliger la technique mise en œuvre pour atteindre le but visé […]* » ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 567.

[1151] Chr. MOULY, « *Les sûretés personnelles traditionnelles en France* », *op. cit.*, p. 142 et s. ; Dans le même sens V. les auteurs, J.-D. PELLIER, *thèse préc.*, n° 5 ; N. BORGA, *thèse préc.*, n° 389 et s.

s'accordent à dire que dans cette quête, c'est vers le droit des obligations qu'il faut se tourner[1152]. Dit autrement, c'est à partir de la prestation du garant qu'il faut rechercher l'effet de garantie d'une sûreté personnelle au cours de son existence. En effet, une approche liminaire de la notion nous conduit à faire le constat selon lequel le débiteur d'une sûreté personnelle est en tout état de cause lié par une obligation au créancier. Il semble dès lors que pour identifier l'effet de garantie des sûretés personnelles, on ne peut se défaire de la notion d'obligation.

2. *La notion d'obligation, l'élément d'identification de l'effet des sûretés personnelles*

564. Nous l'avons vu, ni l'Ordonnance du 23 mars 2006, ni celle du 15 septembre 2021 ne donne de définition de la notion de sûreté personnelle. Sans doute, une telle entreprise aurait été opportune, comme cela a été le cas en matière de sûretés réelles, et nous aurait permis d'identifier le plus fidèlement possible la nature et le fonctionnement des sûretés personnelles ; et subséquemment l'effet de garantie objet d'une conservation.

Pourtant l'article 2288 de l'avant-projet de texte établi par la Commission Grimaldi donnait déjà une définition qui correspondait à l'analyse retenue par un puissant courant doctrinal. Selon le texte non repris par la suite par l'Ordonnance de 2006, la sûreté personnelle est *« l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette »*. Faisant de l'engagement du garant un élément de caractérisation des sûretés personnelles, cette définition confère à la notion d'obligation un rôle fondamental. En effet, si l'on part du principe que toute sûreté personnelle se caractérise par un engagement pris par le garant au profit d'un créancier, il semble dès lors difficile de dissocier la notion de sûreté personnelle à de celle d'obligation puisque l'engagement du garant est forcément constitutif d'une obligation. Cependant, il reste opportun de distinguer entre le contrat en tant que tel et ses effets obligationnels. D'ailleurs, c'est ainsi que les ouvrages contemporains traitent la matière[1153]. La notion d'obligation y

---

[1152] M. MIGNOT, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 37, selon l'auteur, *« dans la recherche du droit commun, il faut se tourner vers le droit des obligations en général qui fournit naturellement un socle commun à toutes les sûretés personnelles »*.

[1153] Il faut, cependant, admettre que l'axe des développements y consacrés porte principalement sur le cautionnement.

est essentiellement utilisée pour fonder l'accessoire et l'autonomie et non en tant pièce maitresse des sûretés personnelles[1154].

565. La fonction de la notion d'obligation déborde, à notre sens, l'usage qu'en fait la doctrine contemporaine. En effet, non seulement c'est toujours l'exécution d'une obligation que l'on garantit[1155] mais également parce que la notion d'obligation ne se borne pas qu'au domaine contractuelle[1156]. Pour circonscrire notre analyse au cas spécifique des sûretés personnelles, il faut noter que leur constitution fait naître un accord de volonté qui entraîne l'obligation d'exécuter une prestation. La nature de cette obligation est dès lors exclusivement contractuelle. Dans ce rapport d'obligation, en s'engageant dans l'opération contractuelle, le débiteur est lié au créancier par l'engagement d'exécuter une prestation. Cette prestation doit répondre à un but contractuel prédéterminé. Par contre, le créancier, lui, n'est tenu envers le garant à l'exécution d'aucune prestation[1157]. Comme le souligne un auteur, *« aucun transfert de valeur causé par la sûreté ne peut être réalisé de sa part au profit du garant, au risque de voir la qualification de sûreté entrer en conflit avec celle d'assurance »*[1158]. Le créancier d'une sûreté personnelle n'a ainsi aucune prestation à sa charge. Par contre, le garant est tenu d'une prestation envers le créancier dont il convient d'identifier la nature à partir donc de la notion d'obligation.

566. À la lumière de ces observations, la quête identitaire des sûretés personnelles ne permet pas, pour l'heure, l'existence d'une théorie générale, en atteste le choix du législateur de ne pas consacrer de définition de la notion. Partant, le travail doctrinal a conduit à établir que ce qui caractérisait la notion était l'engagement du garant envers

---

1154 A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 606 et s. ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 262 et s. ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 92 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 79 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n° 100 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, 80 et s.

1155 J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 344 et s.

1156 Les sources d'obligation ne sont pas uniquement contractuelles : le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi sont des sources d'obligation. Partant, il est tout à fait possible de garantir des obligations extracontractuelles.

1157 Les obligations ponctuelles auxquelles peut être tenu un créancier, comme l'obligation annuelle d'information en matière de cautionnement, ne sont que des conséquences de la constitution même de la sûreté et non des prestations. En clair, il ne s'agit d'une cause objective du contrat de sûreté.

1158 N. NEMTCHENKO, *Le droit des sûretés au prisme de la faute : Contribution à l'analyse de la notion de sûreté,* th. Bordeaux 2017.

le créancier. Dès lors, la notion d'obligation ne peut être dissociée de celle de sûreté personnelle. Mieux, elle déborde le traitement qu'en font les ouvrages contemporains puisqu'elle constitue, à notre sens, le socle de la matière[1159]. L'identification de l'effet de garantie à conserver en matière de sûretés personnelles passe forcément par la détermination de la nature de l'obligation du garant. À ce titre, le schéma obligationnel classique du Code civil ne semble pas approprié pour cerner intégralement la nature de la prestation du garant.

B. L'INSUFFISANCE DU TRIPTYQUE OBLIGATIONNEL : DONNER, FAIRE, NE PAS FAIRE

567. La constitution d'une sûreté met à la charge du garant l'exécution d'une prestation[1160]. C'est l'obligation qui constitue l'objet de cette prestation ainsi que le précise désormais l'article 1163 issu de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future […]* ». Quant à la nature de cette obligation, la formule employée par l'ancien article 1101 du Code civil était très explicite, puisque le texte spécifiait que : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Dans le même esprit, l'ancien article 1126 du Code civil disposait que « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ». Cette obligation ne pouvait donc être que de trois types : soit une obligation de donner, soit une obligation de faire, soit enfin une obligation de ne pas faire. Issu du droit romain et consacré par le législateur en 1804, ce triptyque obligationnel n'a pas été repris par l'Ordonnance du 10 février 2016. Le nouvel article 1101 du Code Napoléon définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou*

[1159] Dans le même sens v. M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 37, l'auteur considère que « *dans la recherche du droit commun, il faut se tourner vers le droit des obligations en général qui fournit naturellement un socle commun à toutes les sûretés personnelles* ».

[1160] Nous avons, en effet, déjà établi qu'aucune prestation n'était à la charge du créancier dans l'opération.

plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». En effet, à l'origine l'intérêt principal de la décomposition de l'obligation résidait dans les modalités de l'exécution forcée de ces différents types d'obligations. Depuis que le Code civil a ouvert l'exécution forcée à toutes les obligations à la faveur de la réforme, l'intérêt de la distinction s'est considérablement estompé, en témoigne l'infléchissement du contentieux en la matière.

568. Même si la réforme de 2016 ne fait plus référence aux obligations de donner, de faire et de ne pas faire, cela ne signifie pas pour autant que la distinction a totalement disparue de l'analyse juridique du contrat sur d'autres terrains. L'obligation demeure le point focal dans l'analyse du contrat, en attestent les dispositions de l'article 1163 précité, issu pourtant de la réforme de 2016.

L'analyse de la trilogie classique des obligations de donner, faire et ne pas faire à la lumière de la notion de sûreté personnelle ne résisterait cependant pas à la technicité de la matière. La distinction se révèle insuffisante pour identifier l'effet de garantie produit par la matière. Outre sa finalité consistant à pallier l'insolvabilité du débiteur qui, somme toute, est propre à chaque sûreté, le triptyque obligationnel classique ne permet pas d'identifier l'effet de garantie produit par une sûreté personnelle. En effet, une fois constitué, l'engagement du tiers garant à exécuter la prestation objet du contrat est subordonnée à la survenue d'un évènement : celui de la défaillance du débiteur. Dès lors, on peut opportunément se demander quelle est la nature de cette obligation et à quoi correspondrait-elle en l'absence de toute défaillance du débiteur. Il y a lieu ici de confronter le triptyque obligationnel classique à cette situation particulière qui, *in fine,* nous permettra d'identifier l'effet de garantie des sûretés personnelles et subséquemment l'avantage qui fera l'objet d'une conservation par leur bénéficiaire.

569. En ce qui concerne l'obligation de donner, elle consiste, pour son débiteur, à transférer au créancier un droit réel[1161]. Par exemple en matière de cautionnement, nul ne doute de son application dans le mécanisme. En effet, le nouvel article 2288 du Code

[1161] V. G. CORNU, *op. cit., Donner ;* V. également la rédaction de l'ancien article 1136 du C. civ. : *« L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier »..*

civil y voit « *un contrat par lequel un caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur […].* Il va sans dire que l'obligation de payer est constitutive d'une obligation de donner[1162] quand bien même le cautionnement d'une obligation non monétaire resterait possible[1163]. Cependant l'exécution de cette prestation est conditionnée par la défaillance du débiteur. Or, réduire le cautionnement à une simple obligation de donner reviendrait à reporter l'effet de garantie qu'il produirait jusqu'à la défaillance du débiteur, période correspondant à la phase de mise en œuvre du mécanisme. Admettre un tel postulat reviendrait à rendre toute idée de conservation sans objet. Notre étude portant ici sur la quête de l'avantage que le créancier aura intérêt à conserver, en clair l'engagement du garant, l'obligation de donner paraît insuffisante pour déterminer l'effet de garantie à conserver dans les sûretés personnelles. Le même constat vaut pour la garantie autonome puisqu'il s'agit également d'obligation souscrite par un tiers à verser une somme d'argent[1164]. Il n'en va pas de même concernant les lettres d'intention, car elles mettent à la charge du tiers garant une obligation de faire ou de ne pas faire.

570. Concernant les obligations de faire et de ne pas faire, elles désignent pour les premières l'engagement du débiteur à exécuter une prestation, un service autre que le transfert d'un droit réel ; et les secondes, elles consistent en une abstention de la part du débiteur. Leur analyse à la lumière des sûretés personnelles renvoi spontanément vers le mécanisme des lettres d'intention. En effet, hormis les rares hypothèses de cautionnements non monétaires évoquées précédemment, l'essentiel de la matière se résout en obligation de donner, à l'exception donc des lettres d'intention. Là-dessus, le législateur est clair, « *La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son*

[1162] Le cautionnement garantit le plus souvent des dettes de sommes d'argent. V. en ce sens G. RIPERT et J. BOULANGER, LGDJ, 4e éd., 1952, n° 1932 : si les auteurs notent que « *le cautionnement peut s'appliquer à toute obligation, quel qu'en soit l'objet* », ils tempèrent aussitôt leurs propos en soulignant qu' « *il sert surtout à garantir le paiement des dettes d'argent* ».

[1163] V. en ce sens, Ph. SIMLER, et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 110, à propos de la sanction du cautionnement d'une obligation non monétaire, ces auteurs soulignent que « *Lorsque le cautionnement garantit au créancier l'exécution d'une obligation de faire ou, a fortiori, de ne pas faire, exécution qui ne peut en aucun cas être exigée de la caution […], on admet que c'est, en réalité, l'obligation contractuelle de réparer en équivalent le dommage causé par l'inexécution qui est le véritable objet de l'obligation de la caution* ».

[1164] Art. 2321 C. civ.

créancier »[1165]. Contrairement à la caution, le garant ne s'engage pas à se substituer au débiteur principal, pas plus qu'il ne s'engage à verser une somme d'argent déterminée à première demande du créancier comme le ferait un garant autonome. Cela étant, à l'instar de l'obligation de donner, les obligations de faire et de ne pas faire ne nous permettent pas de suffisamment cerner la nature de l'engagement du garant. Le même constat demeure, l'effet produit par le mécanisme est repoussé jusqu'au non-respect de l'obligation principal par le débiteur. Il n'y a donc pas matière à conservation avant l'arrivée de l'évènement prévu.

571. L'insuffisance du triptyque obligationnel classique révèle ainsi son insuffisance lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet de garantie d'une sûreté personnelle avant que le créancier n'agisse en recouvrement. Pourtant, cet effet de garantie existe dès la constitution de la sûreté puisque le créancier dispose de différents moyens visant à le conserver. C'est ainsi que la quête théorique de cette pièce manquante au tableau des sûretés personnelles a conduit au développement au sein de la doctrine d'une théorie alternative au schéma obligation classique : la théorie dualiste de l'obligation.

C. LA PERTINENCE DE LA THÉORIE DUALISTE DE L'OBLIGATION : L'OBLIGATION DE COUVERTURE, UNIQUE ÉLÉMENT DE CONSERVATION AU COURS DE L'EXISTENCE D'UNE SÛRETÉ PERSONNELLE

572. Très tôt, la doctrine contemporaine a émis des doutes sur la pertinence de la distinction traditionnelle des obligations pour cerner la nature de la prestation du garant personnel. Comme souvent, c'est le cautionnement qui fut le point de départ de cette remise en question. En effet, elle a d'abord commencé par émettre un doute sur la théorie selon laquelle il y aurait unicité de l'objet de la dette cautionnée : l'objet de l'obligation de la caution ne serait pas identique à celui du débiteur principal[1166]. Ce n'est que par la suite que l'idée d'une nature duale de l'obligation du garant

[1165] Art. 2322 C. civ.

[1166] V. en ce sens, L. HERVÉ, *Cautionnement, solidarité, indivisibilité (comparaison),* thèse Bordeaux, 1940, p. 17. L'auteur souligne qu' *« il ne faut pas croire que dans le cautionnement il y a également unité objet […]. En réalité, dans le cautionnement il y a deux obligations distinctes : l'une qui est opérante entre le créancier et le débiteur principal, l'autre, l'obligation de garantie accessoire qui est intervenue en le débiteur et la caution ».*

personnel a émergé avant d'obtenir l'assentiment d'une bonne partie de la doctrine. L'analyse de la théorie dualiste de l'obligation (**1**) révèle l'existence d'une forme d'obligation originale : l'obligation de garantir, renfermant deux obligations distinctes qui sont l'obligation de couverture et l'obligation de règlement. La critique de cette théorie (**2**) ne résiste pas à la pertinence du raisonnement qui conduit à considérer l'obligation de couverture comme unique élément de conservation au cours de l'existence d'une sûreté personnelle (**3**).

1. Analyse de la théorie dualiste de l'obligation

573. À côté de la distinction entre l'obligation de donner, faire et ne pas faire, s'est développée au sein de la doctrine une quatrième catégorie d'obligation : l'obligation de garantir. Son originalité tient au fait que cette même obligation se subdivise en deux. En effet, elle renferme d'une part l'obligation de couverture, d'autre part, l'obligation de règlement, les deux étant complémentaires. C'est à la lumière des travaux de Christian MOULY que cette théorie a vu le jour en France. Dans sa thèse consacrée aux causes d'extinction du cautionnement[1167], l'auteur s'est penché sur le cas particulier du cautionnement de dettes futures pour imaginer une théorie permettant de rendre compte du fonctionnement de cette catégorie de cautionnement.

574. Avant l'avènement de la théorie dualiste de l'obligation, le cautionnement de dettes futures n'était considéré définitif qu'au moment où était née l'obligation principale car le caractère accessoire des sûretés l'exigeait. Le raisonnement était le suivant : la caution se trouve *ab initio* engagé en dépit du fait que les dettes ne soient pas encore nées et son engagement est susceptible de s'éteindre indépendamment des dettes qui pourraient apparaître. En somme, le cautionnement était alors considéré comme une simple promesse avant la naissance de l'obligation principale[1168]. C'est à l'apparition de l'analyse de Christian MOULY que cette vision a été renouvelée. Selon lui, *« l'objet de l'obligation de la caution consiste en une garantie de paiement. Or, cette garantie existe dès la conclusion du contrat, elle est déterminée, seul le montant à payer restant*

[1167] Chr. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement,* Préf. M. CABRILLAC, Litec, 1981.

[1168] V. en ce sens, M. Planiol et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., t. 11, 1954, n° 1516, p. 970 ; V. également, M. Planiol et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil,* t. 2, 2e éd., 1926, n° 2328, p. 776.

déterminable ; mais cela suffit pour que l'engagement existe »[1169]. C'est donc à partir de cette observation que l'auteur présente l'analyse dualiste de la nature de l'obligation de la caution en distinguant entre l'obligation de règlement (**a**) et obligation de couverture (**b**).

a. L'obligation de règlement

575. L'objet de l'obligation de règlement est assez simple. Elle « *a pour seul objet le règlement d'une dette déterminée […] lorsque les dettes garanties sont devenues certaines.* »[1170]. Cette composante de l'obligation de garantir déborde le seul cadre du postulat de départ objet de l'analyse de l'auteur. En effet Christian MOULY souligne que l'obligation de règlement « *se retrouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines* »[1171]. L'objet de sa prestation est, selon l'auteur, la somme d'argent que représente la dette du débiteur principal ou son équivalent lorsqu'il s'agit d'une obligation non monétaire. Cette dernière caractéristique – de la possibilité d'une nature non pécuniaire – de l'obligation de règlement nous fait dire que même si l'objet de la sûreté porte sur une obligation de faire ou de ne pas faire, cela ne devrait en aucun cas faire obstacle à l'adoption du concept car, *in fine,* l'inexécution de ces obligations se règlerait pas le paiement de dommage et intérêts.

576. En ce qui concerne le régime de cette obligation, l'auteur nous informe qu'il s'agit d'une obligation dont la nature est future et éventuelle. Il faut donc attendre que la dette soit exigible pour que son exécution soit instantanée. Ainsi, souligne-t-il, « *l'exécution doit avoir lieu et, s'agissant du versement d'une somme d'argent, se réaliser en un trait de temps* »[1172]. En réalité, cette obligation se caractérise par sa subsidiarité puisque c'est la défaillance du débiteur qui la rend exigible.

577. Outre le cas spécifique du cautionnement, qu'il porte sur une dette présente ou futur, l'analyse de Christian MOULY nous permet de considérer que l'ensemble des sûretés personnelles se caractérise par une obligation de règlement à la charge du

[1169] Chr. MOULY, *op. cit.* n° 253.
[1170] Chr. MOULY, *op. cit.* n° 255 et 260.
[1171] Chr. MOULY, *op. cit., ibid idem.*
[1172] Chr. MOULY, *op. cit.* n° 261.

garant. En ce sens, elle est comparable à l'obligation de donner dont nous avons déjà établi qu'elle ne pouvait, à elle seule, caractériser l'engagement du garant. Naturellement, l'obligation de garantir doit être complétée par une autre obligation : l'obligation de couverture.

b. L'obligation de couverture

578. Pour Christian MOULY, l'objet de l'obligation de couverture « *est de retracer le cadre de la garantie offerte par la caution ; cette obligation détermine la couverture que fournit le cautionnement et pour cela elle est distincte de celle qui garantira la créance principale quand elle sera née* »[1173]. En clair, l'obligation de couverture se caractérise par un double objet : « d'une part déterminer l'étendue de l'intérêt cautionné, en poser les bornes puisque les créances garanties ne sont pas encore nées, d'autre part préserver cet intérêt contre les atteintes dont il peut être l'objet, en un mot couvrir le risque, l'aléa du non-paiement »*[1174]*. Contrairement à l'obligation de règlement qui est future et éventuelle[1175], l'obligation de couverture est immédiate et certaine. En effet, elle constitue le premier effet produit par la constitution du cautionnement. Elle offre au créancier une protection plus efficace de ses intérêts financiers et lui procure une certaine tranquillité d'esprit[1176].

579. L'obligation de couverture dispose d'une certaine autonomie par rapport à l'obligation de règlement dans la mesure où, souligne l'auteur, « *elle peut faire l'objet d'une rémunération […] même en l'absence d'un règlement à la charge de la caution* »*[1177]*. Le simple engagement du garant est constitutif d'un service en tant que tel alors que l'obligation de règlement porte sur une chose qui est la somme d'argent que représente

[1173] Chr. MOULY, *op. cit.* n° 255.
[1174] Chr. MOULY, *op. cit.* n° 260.
[1175] L'hypothèse envisagée par l'auteur est celui d'un cautionnement de dettes futures. Par conséquent, le règlement de la dette ne peut ni être immédiat, ni être certaine dans la mesure où le créancier ne pourra appeler le garant qu'à partir du moment où la défaillance du débiteur sera établie.
[1176] Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que la quête de quiétude était l'un des intérêts de la constitution d'une sûreté et subséquemment de sa conservation, Cf. *supra* n° 502 à 529.
[1177] Chr. MOULY, *op. cit. ibid idem,* cette autonomie est justifiée par le fait que la caution puisse conserver sa salaire alors même que le cautionnement est déclaré caduc en raison d'une résolution du contrat principal.

la dette du débiteur principal. Cette dernière, quant à elle, dépend de l'obligation de couverture qui détermine les conditions de sa naissance et de son étendue.

Il ressort de l'analyse de Christian MOULY que le cautionnement de dettes futures contient une prestation à la charge du garant dont la nature est double : d'une part, la caution est débitrice d'une obligation de couverture qui est immédiate et certaine car la simple constitution du cautionnement marque sa naissance. Constituant un service, son application est indépendante de la réalisation du risque prévu par le contrat ; d'autre part, la caution est débitrice d'une obligation de règlement qui est future et éventuelle car son exécution dépend de la défaillance du débiteur principal.

580. Si cette conception dualiste de l'obligation a convaincu une bonne partie de la doctrine, elle n'est pour autant pas exempt de critiques. Par ailleurs, certains auteurs ont manifesté des réticences sur la pertinence de la distinction. C'est pourquoi, il convient de revenir sur l'analyse de Christian MOULY dans le détail afin de la confronter aux critiques qui lui ont été faites.

2. Critique de la théorie dualiste de l'obligation

581. On peut relever trois arguments qui sont généralement avancées pour contester la pertinence de l'analyse de Christian MOULY :

D'abord, de nombreux auteurs ont, un temps, soulevé le caractère saugrenu de l'hypothèse même du cautionnement de dettes futures. Bien qu'elle fût unanimement admise par la doctrine, ces auteurs relevaient toutefois une contradiction avec la définition d'alors de l'institution qui supposait l'existence d'une dette. En effet, la formule de l'ancien article 2288 du Code civil disposait ainsi : « *Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». Ainsi, même si la possibilité de cautionner de dettes futures n'était pas contestée, la doctrine[1178] considérait que l'obligation de la caution ne prenait

[1178] V. en ce sens, A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 410 et s.: Ces auteurs font part de leur étonnement face à une telle hypothèse, se demandant « *comment ce cautionnement pourrait-il être accessoire d'une obligation qui n'existe pas?* »; V. L. HERVÉ, *Cautionnement, solidarité, indivisibilité (comparaison), op. cit.,* p. 28 et 29 : pour l'auteur également, « *Le cautionnement étant une obligation accessoire ne peut exister que sur une obligation principale déjà née […]* » ; V. déjà, R.-J. POTHIER, *Œuvres, Traité des obligations,* T. 1, M. Siffrein, Paris 1821 : « *[…] on peut se rendre caution, non seulement d'une obligation déjà contractée, mais d'une obligation qui doit se contracter, quoiqu'elle ne le soit pas encore […] de manière néanmoins que l'obligation résultant de ce cautionnement ne commencera à naître que du jour que se contractera l'obligation principale* » ; V. également, P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil, t. 9, Commentaire-traité des petits*

naissance que lorsque l'obligation principale était contractée. Dit autrement, le cautionnement demeurait en état de promesse, comme nous l'avions déjà mentionné, jusqu'à la naissance de la dette.

Mais ce premier argument opposé au postulat de départ même - reposant sur l'hypothèse du cautionnement de dettes futures – de l'analyse de Christian MOULY a été retoqué par le législateur depuis l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021. Selon le nouvel article 2292 du Code civil, *« Le cautionnement peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables »*. Dès lors que la possibilité de cautionner une dette future est légalement consacrée, l'argument reposant sur l'ancien 2288 du Code civil pour reporter l'effet de garantie du mécanisme à la naissance de l'obligation principale n'est plus valable.

582. Ensuite, un deuxième argument a fréquemment été opposé à la théorie dualiste de l'obligation : celui de nature introuvable de l'objet de l'obligation de couverture. L'obligation de couverture ne serait qu'une « coquille vide » de tout contenu obligationnel. Au premier rang des défenseurs de cet argument se trouve Pascal ANCEL qui, dans son célèbre article sur la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat, s'interroge sur l'objet de cette obligation. Selon l'auteur, *« c'est une bien curieuse obligation dont on serait en peine de définir l'objet : qu'est-ce que « couvrir » les dettes du débiteur ? puisque ce n'est pas encore payer, est-ce faire quelque chose ? (mais la caution n'est pas obligée d'accomplir, pendant toute la période d'attente, une quelconque prestation) est-ce ne pas faire quelque chose ? (mais là encore on ne voit pas de quoi la caution devrait s'abstenir).»*[1179]. Le moins que l'on puisse dire est que l'auteur ne semble pas convaincu par la consistance de l'obligation de couverture. Selon lui, l'obligation de couverture n'est, en réalité, que *« la traduction de la force obligatoire du contrat de cautionnement : dès la signature du contrat, la caution, même si elle n'est pas encore débitrice, est tenue par le contrat qui stipule que lorsque la personne cautionnée deviendra débitrice, la caution le deviendra également »*[1180]. De nombreux auteurs ont emboité le pas de Pascal ANCEL. C'est le cas notamment des Professeurs A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF qui

contrats, T. 2, Cautionnement – Transactions – Contrainte par corps – Nantissement, Paris, Delamotte et fils, 2e éd., 1878 : L'auteur reprend l'analyse de POTHIER sur la question en soulignant que ce type de cautionnement ne peut *« subsister sans une obligation principale »*.

[1179] P. ANCEL, *« La force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat », RTD Civ.* 1999 p.771, n° 41.

[1180] P. ANCEL, *op. cit., ibis idem.*

considère également que « "*l'obligation*" *dite de couverture n'est pas une véritable obligation – vinculum juris* »[1181].Le Professeur M. MIGNOT souligne également que « *Cette distinction est critiquable. L'obligation de couverture n'en est pas une : elle n'oblige la caution à l'exécution d'aucune prestation. La prétendue obligation de couverture n'est autre que l'effet obligatoire du contrat de cautionnement de dettes futures* »[1182]. En somme, selon l'argument soutenu par ces auteurs, seul l'obligation de règlement serait dotée réellement d'un objet au sens technique du terme.

583. Enfin, on peut utilement mentionner un autre argument qui s'oppose à l'analyse de la dualité de l'obligation : celui de l'incapacité de la théorie à s'exporter au-delà du cautionnement de dettes futures. Cette thèse est défendue au premier chef par Philippe SIMLER qui considère que « *la distinction entre l'obligation de couverture de la caution […] et son obligation de règlement […] est sans application en matière de garantie autonome* »[1183]. Pour l'auteur, l'effet de garantie qu'est censé produire l'obligation de couverture n'existe pas en matière de garantie autonome. Ainsi, cette dernière ne donnerait naissance qu'à une obligation de règlement. L'argument est justifié, selon l'auteur par la nature même de la garantie autonome qui ne permet pas une dépendance par rapport au contrat de base, contrairement au contrat de cautionnement[1184]. Cette position est également partagée par les auteurs H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS pour qui « *bien entendu, la fameuse distinction, applicable au cautionnement, entre obligation de couverture et de règlement, sera inopérante ici* »[1185]. Autre exemple de l'adhésion à cet argument, le Professeur Ph. DUPICHOT qui pense que « *la garantie autonome ne donne pas prise à la distinction des obligations de couverture et de règlement* »[1186]. C'est à la même conclusion que sont parvenus également de nombreux auteurs[1187].

584. On peut aisément constater qu'un courant doctrinal sérieux considère que si la théorie dualiste de l'obligation mise en lumière par Christian MOULY permet

---

[1181] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.,* n° 416, V. aussi n° 418 et 423.
[1182] M. MIGNOT, *op. cit.,* n° 271.
[1183] Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires,* Litec, 4e éd., 2008, n° 943.
[1184] Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.,* n° 312.
[1185] H., L., J., MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.,* n° 53.
[1186] V. Ph. DUPICHOT, « *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés* », *op. cit.,* n° 343.
[1187] Par exemple, S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.,* n° 272 : « *les garanties autonomes comportent seulement une obligation de règlement* » ; V. aussi, D. HOUTCIEFF, « *Les sûretés personnelles* », *op. cit.,* n° 15.

efficacement de rendre compte de la situation contractuelle de la caution d'une dette future vis-à-vis du créancier, le premier élément de ce duo – l'obligation de couverture – élément central de l'analyse, ne peut être constitutive *stricto sensu* d'une obligation ; et toute tentative d'extension de la théorie aux autres sûretés personnelles serait vaine. Pour autant, nous ne partageons pas cette lecture de la théorie dualiste de l'obligation. Nous pensons, au contraire, que l'analyse de Christian MOULY permet non seulement de cerner de manière effective la situation et ce, particulièrement la nature de la prestation de la caution, mais également d'expliquer plus généralement celle du garant personnel. En d'autres termes, son analyse nous permettra de démontrer l'existence d'une obligation de couverture dans toute sûreté personnelle ce qui, subséquemment nous conduira à considérer cette dernière comme l'effet de garantie destiné à faire l'objet d'une conservation dans cette catégorie de sûreté.

3. L'existence de l'obligation de couverture dans toute sûreté personnelle

585. On peut résumer l'ensemble des critiques émises à l'encontre de la notion d'obligation de couverture par son inaptitude à constituer une prestation, comme l'est par exemple l'obligation de donner ou de faire… L'analyse de Christian MOULY à propos de l'existence rationnelle à la charge de la caution d'une obligation de couverture rend, à notre sens, parfaitement compte de la situation envisagée par l'auteur mais plus généralement de celle du garant personnel. Pour s'en convaincre, il est nécessaire de procéder à une analyse méthodique de la prestation du garant personnel sous le prisme de l'obligation de couverture.

586. La mise cause de la « prestabilité » de l'obligation de couverture n'est, nous semble-t-il, pas justifiée. Soulignons, à titre liminaire, ce qui n'est pas sujet à discussion dans cette étude : le débiteur d'une sûreté personnelle s'engage à exécuter une prestation au bénéfice du créancier de cette sûreté. Cette prestation crée une obligation à la charge donc du garant. Ne fait pas débat non plus, la détermination évidente de la nature de cette obligation au stade de la mise en œuvre ; autrement dit, lorsque le débiteur principal est défaillant ou tout simplement lorsque les conditions de l'appel

en garantie sont réunies[1188]. Mais *quid* la nature de cette obligation du garant avant la mise en œuvre du mécanisme ? L'engagement du garant prenant naissance dès la constitution de la sûreté, il existe donc forcément une obligation à la charge du garant, quand bien même intangible soit-elle, pendant cette période de latence que les opposants à la théorie dualiste ne sont pas en mesure d'expliquer.

587. D'abord, intéressons-nous au triptyque obligationnel classique du Code civil dont nous avons déjà eu l'occasion de démontrer l'insuffisance pour caractériser de manière effective l'engagement du garant. Nous l'avons vu, selon cette analyse consacrée par le Code Napoléon, une prestation ne peut être exécutée que de trois manière : par une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Or, l'obligation de couverture n'est ni constitutive d'une obligation de donner, ni d'une obligation de faire, ni d'une obligation de ne pas faire. En effet, nous avons déjà établi qu'elle ne correspond pas à l'obligation de donner et de faire qui n'interviennent qu'au moment de la mise en œuvre. L'obligation de ne pas faire ne correspond pas non plus à l'obligation du garant pendant cette période car d'une part, ne pas faire, c'est une autre manière de faire ; d'autre part, il ne s'agit pas pour le garant de s'abstenir de faire quelque chose mais de garantir au créancier la couverture du risque que représente le crédit. Le triptyque obligationnel doit donc être écarté car dès la conclusion du contrat, l'obligation de couverture ouvre des droits au créancier. Ces droits sont loin d'être imaginaires puisque l'on retrouve des conséquences identiques même dans un simple contrat de vente. En effet, l'article 1196 du Code civil prévoit que « *[…] le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat […]* »[1189]. Dès le seul échange des consentements, le transfert de propriété s'opère. Donc, l'intangibilité d'une obligation n'est pas un argument suffisant pour remettre en question son existence et son application. De même, on peut tirer les mêmes conséquences pour ce qui concerne le contrat

[1188] La nature de l'obligation du garant au moment de la mise en œuvre ne aucune zone d'ombre selon la doctrine. Cette nature n'est autre qu'une obligation de donner selon l'analyse classique ; et une obligation de règlement selon l'analyse de Christian MOULY.

[1189] Art. 1196 C. civ. : « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.*
Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.
Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. »

d'assurance que Christian MOULY rapproche d'ailleurs au contrat de cautionnement dans sa thèse[1190]. L'obligation de la caution est comparable à celle de l'assureur dans la mesure où dans les deux situations, le contrat demeure dans une phase de latence jusqu'à la survenance d'un évènement dont l'éventualité de sa réalisation est non seulement prévu au contrat mais constitue également un élément objectif du contrat. Pour l'auteur, « *L'intérêt d'assurance* » qui couvre le risque de sinistre est le pendant de « *l'intérêt cautionné* » en matière de cautionnement[1191]. En principe, dans les deux cas, l'évènement, même après sa survenue, ne met pas fin au contrat. L'obligation de couverture demeure et elle s'exécute successivement jusqu'à son terme ou sa résiliation. Ainsi, même avant la survenue de l'évènement prévu, période pendant laquelle nous cherchons justement à identifier l'effet des sûretés personnelles, l'obligation existe et s'exécute par son débiteur[1192]. On ne peut analyser la situation autrement puisque si cela n'était pas le cas, l'assuré aurait le droit de demander à l'assureur, dans l'hypothèse où aucun accident n'intervenait, le remboursement des primes déjà payées en invoquant le fondement de l'enrichissement injustifié[1193]. Or, un tel raisonnement n'est pas acceptable. Dans l'hypothèse d'une sûreté personnelle consentie contre une rémunération, le raisonnement est identique : dès la constitution du contrat, le garant personnel exécute une prestation de service visant à conférer au créancier une sécurité accrue en fixant le cadre de garantie. Si cela ne suffisait pas, pour justifier l'existence de l'obligation de couverture, Christian MOULY rappelle que le créancier peut demander une attestation de son engagement de couverture au garant au cours de l'existence du cautionnement[1194]. Cette considération est tout à fait juste

---

1190 Chr. MOULY, *op. cit.,* n° 259.

1191 Chr. MOULY, *op. cit., ibis idem.*

1192 Un auteur souligne la nature instantanée de l'exécution de la prestation à propos du contrat d'assurance : « *« S'engager envers une personne signifie que l'on va lui donner, lui faire ou ne pas faire quelque chose. La prestation de l'assureur ne saurait consister en un espoir donné à l'assuré »,* Voir V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Thèse CAEN, Préf. J. HERON, LGDJ, 1996, n° 160, p. 76.

1193 Art. 1303-1 C. civ. : *« L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale ».* On pourrait, sans difficulté, nous rétorquer l'exception prévue à l'article suivant (art. 1303 al. 1er du même Code : *« Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel […] ».* Sauf que, si l'on identifie aisément le profit personnel d'un garant personnel rémunéré et de celui de l'assuré contraint par la loi de souscrire une assurance, il est plus difficile d'identifier celui du garant personnel qui s'engage à titre gratuit.

1194 Chr. MOULY, *op. cit.,* n° 257.

puisqu'on ne s'étonnerait guère que l'assuré demande à l'assureur une attestation justifiant qu'il est couvert contre tel ou tel risque de sinistre. De la même manière la caution il est tout à fait concevable que le créancier demande à la caution un tel document, ce qui justifie la rationalisation de cette obligation.

588. Ensuite, de manière plus concrète, la rationalité de l'obligation de couverture permet d'expliquer nombre de solutions du droit positif. Récemment, dans une série de quatre arrêts en date du 9 février 2022[1195], la chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé la nature dualiste de l'obligation de la caution d'une dette future. Dans l'une des espèces[1196], une personne physique avait consentie à se porter caution du solde éventuellement débiteur d'un compte courant pour une période déterminée et dans la limite d'un montant. Par la suite, la personne morale, titulaire du compte courant cautionné avait été mise en liquidation judiciaire. La banque avait engagé des poursuites contre la caution après cette liquidation mais surtout postérieurement à l'extinction du terme du contrat de cautionnement. Pourtant, les hauts magistrats ont jugé que *« sauf clause contraire, l'engagement de la caution pour une durée limitée demeure pour les obligations nées avant le terme fixé, peu important la date de leur exigibilité et celle des poursuites »*. Autrement dit, si la résiliation ou l'extinction du terme d'un cautionnement met fin à l'obligation de couverture de la caution, elle laisse subsister à sa charge les obligations nées à l'égard du débiteur avant la réalisation, l'obligation de règlement[1197]. Or, si la « prestabilité » de l'obligation de couverture était imaginaire car ne disposant d'aucune consistance, alors comment expliquer que la caution demeure, en dépit de l'extinction de son engagement, tenue des dettes déjà nées à la charge du débiteur principal ? C'est bien parce que la constitution de la sûreté personnelle met à la charge du débiteur une obligation de couvrir qui se distingue de celle de règlement.

[1195] 1er arrêt : Cass. com., 9 févr. 2022, n° 20-20602 ; 2e arrêt : Cass. com., 9 févr. 2022, n° 20-17532 ; 3e arrêt : Cass. com., 2 févr. 2022, n° 10-18725 ; 4e arrêt : Cass. com., 9 févr. 2022, n° 19-21942 ; V. M.-P. DUMONT, *« Cautionnement – Terme extinctif – Obligation de couverture et de règlement », Gaz. Pal.* 19 avril 2022, n° 13, p. 7 à 9.

[1196] Cass. com., 9 févr. 2022, n° 20-20602.

[1197] Depuis l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, l'engagement de la caution du solde d'un compte courant est limité dans le temps. Aux termes de l'article 2319 du Code civil : *« La caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement »*.

Ainsi que le souligne un auteur, *« le terme extinctif d'un contrat de cautionnement délimite seulement la période de couverture due par la caution »*[1198].

589. Cette solution de la Cour de cassation du 9 février 2022 n'est pas inédite. En réalité, elle vient entériner une jurisprudence déjà bien établie. En effet, à peine quelques années après que Christian MOULY ait mis en lumière sa théorie, la Cour de cassation, dans une décision en date du 29 juin 1982[1199], a implicitement consacré la nature dualiste du cautionnement de dettes futures. Sans faire mention explicitement des obligations de couverture et de règlement, la Haute juridiction a considéré, dans cette espèce, qu' *« ayant relevé qu'aucune dette n'existait à la charge du débiteur principal au décès [de la caution], l'arrêt retient que [celle-ci], qui n'était pas tenue à cette date, ne pouvait transmettre d'engagement à ses héritiers pour des dettes nées postérieurement »*. Cette consécration théorique a été suivie par une consécration, cette fois–ci, plus explicite de la théorie puisque dans une décision de la première chambre civile du 2 juin 2004[1200], la Cour de cassation a jugé que *« le cautionnement litigieux prévoyait, en des stipulations claires, que la résiliation de l'engagement laissait subsister l'obligation pour la caution de régler les sommes dues pour les dettes dont l'origine était antérieure à la date de sa prise d'effet, la cour d'appel, qui a méconnu la distinction entre obligations de règlement et de couverture, a violé le texte susvisé »*. La référence sémantique aux obligations de couverture et de règlement vient couronner, dans cette jurisprudence, l'adoption de la nature dualiste de l'engagement de la caution. L'arrêt du 9 février 2022 s'inscrit ainsi dans la continuité d'une solution largement admise par la jurisprudence antérieure[1201]

590. Enfin, l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a consacré certaines solutions jurisprudentielles, ce qui laisse désormais peu de place, nous semble-t-il, aux multiples suspicions portées par une partie de la doctrine sur la pertinence de la distinction. D'une part, le législateur a consacré au sein du nouvel article 2317 du Code civil ce qui constituait la solution retenue par la Cour de cassation dans sa décision du

---

[1198] V. M.-P. DUMONT, *« Cautionnement – Terme extinctif – Obligation de couverture et de règlement », op. cit.*, n° p. 8.

[1199] Com. 29 juin 1982, *Bull. civ. IV*, n° 258 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 283 ; *D*. 1983, p. 360, note Chr. MOULY ; *RTD civ*. 1983, p. 354, obs. Ph. RÉMY ; Rev. Sociétés, 1983, p. 86, note CABRILLAC ; R. DESGORCES, H. AUBRY et E. NAUDIN, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile,* PUF, 2011, n° 46.

[1200] Cass. 1re civ., 2 juin 2004, *Bull. civ., I,* n° 157.

[1201] À noter également, un autre arrêt : Cass. com., 5 nov. 2009, n° 08-15433.

29 juin 1982. Selon le texte, *« Les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès »*. Cette disposition ne peut faire l'objet d'un aménagement contractuel puisque l'alinéa second du même article prévoit que *« toute clause contraire est réputée non écrite »*. La circonscription de l'obligation des héritiers à la seule période antérieure au décès et pendant laquelle les dettes sont nées invite ainsi à opérer une nuance entre l'obligation de règlement (le paiement de la dette du débiteur principal) et l'obligation de couverture (celle détermine la période de couverture qui donnera par la suite force obligation à l'engagement par le paiement). D'autre part, l'Ordonnance de réforme va, de manière plus explicite, consacrer la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement en présence d'un cautionnement de dettes futures. En effet, désormais un nouvel article fait son apparition au sein des dispositions relatives à l'extinction du cautionnement. L'article 2316 du Code civil dispose ainsi : *« Lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire »*. En clair, l'extinction du cautionnement de dettes futures ne libère la caution que seulement si les dettes objet du contrat de cautionnement sont nées postérieurement à cette extinction. Il n'est libéré que pour l'avenir. Contrairement à l'article 2317 que nous venons d'étudier, l'article 2316 du Code civil n'est pas une disposition d'ordre public. Les parties sont donc libres de prévoir dans leur convention que l'extinction du cautionnement libèrera également la caution des dettes nées antérieurement, en l'absence de toute poursuite[1202]. Notons cependant que cette disposition supplétive de volonté risque d'être fort peu plébiscitée par les créanciers qui, généralement en situation de force, n'ont aucune raison de renoncer à un tel avantage. Dès lors, considérer que l'obligation de couverture est une prestation imaginaire nous paraît excessivement réducteur. L'existence et la pertinence de la conception dualiste de l'obligation dans le cautionnement de dettes futures étant désormais démontrées, intéressons-nous à présent aux autres mécanismes de la catégorie des sûretés personnelles.

591. En premier lieu, nous soutenons que la dualité défendue par Christian MOULY n'est pas exclusive de la seule hypothèse des cautionnements de dettes futures.

[1202] Bien entendu, la condition à cette libération de caution pour les dettes nées antérieurement à l'extinction est que le créancier n'ait pas déjà engagé des poursuites pour recouvrir ces dettes.

L'analyse de la théorie doit inéluctablement conduire à constater l'existence de l'obligation de couverture dans tout cautionnement. En effet, si nous prenons le cas du cautionnement dettes présentes, on ne peut concevoir qu'il n'y existerait qu'une seule obligation à la charge de la caution : l'obligation de règlement. Cela nous renverrait vers les prémices de notre analyse où nous cherchions à identifier l'effet de garantie personnelle avant toute mise en œuvre. Même dans le cautionnement de dettes présentes, l'exécution de l'obligation de la caution est subordonnée à certaines conditions (défaillance du débiteur…). Avant cet évènement, la caution d'une dette présente se trouve dans la même situation que la caution d'une dette qui n'est pas encore née, autrement dit d'une dette future. Cette analyse est partagée par de nombreux auteurs qui considèrent qu'à l'instar du cautionnement de dettes futures, le cautionnement de dettes présentes contient deux obligations : une obligation de couverture et une obligation de règlement[1203].

592. En second lieu, nous soutenons que la distinction dualiste de l'obligation est applicable à l'ensemble des sûretés personnelles. Nous considérons même que l'obligation de couverture est le seule élément dont nous avons la certitude dans un contrat de sûreté personnelle. En effet, le paiement du créancier par le garant, que l'on parle d'obligation de règlement, d'obligation de donner ou de faire…, est une obligation conditionnée à la réalisation d'un évènement qui peut être la défaillance du débiteur principal, la réalisation d'un certain nombre de conditions dans l'hypothèse d'une garantie à première demande justifiée… Les sûretés personnelles ont en commun cette caractéristique de ne faire intervenir le tiers garant pour payer la dette du débiteur principal que subsidiairement. Il se peut donc que le créancier n'ait ni le besoin ni « l'envie » d'appeler la garantie, pour autant la sûreté aura parfaitement joué son rôle. Partant, dès la conclusion du contrat, tout garant personnel est tenu d'une obligation de couverture jusqu'au terme ou à la réalisation de l'engagement contractuel. Cette obligation, au-delà de tracer les bornes et déterminer l'étendue de

[1203] Ph. THÉRY, *op. cit.,* n° 89, pour l'auteur, « *La distinction entre l'obligation de couverture et de règlement intéresse donc tous les cautionnements, de dettes futures et de dettes présentes* » ; D. LEGAIS, *op. cit.,* n° 320 pour qui : « *Tout cautionnement donne en réalité naissance à deux obligation* » ; N. KAYANAMA, « *De l'obligation de couverture à la prestation de garantie* », Mélanges Ch. Mouly, Litec, 1998, p. 366 à 387 : « *à la base, se trouve toujours l'élément de couverture auquel peut s'ajouter l'élément de règlement […]* ».

l'intérêt garanti[1204], met à la charge du garant personnel « *un service ayant pour objet d'assurer l'aléa du non-paiement* »[1205]. Nous l'avons déjà évoqué en nous appuyant sur les primes versées à l'assureur dans le contrat d'assurance, l'existence de l'obligation de couverture justifie que dans toute sûreté personnelle le garant puisse recevoir une rémunération du débiteur principal même si ce dernier demeure solvable au terme de la relation contractuelle. L'objet de la couverture est avant tout de créer chez le créancier une sécurité lui permettant d'avoir la certitude qu'en cas de déconvenue, ses intérêts seront préservés. Il s'agit là d'une constante, nous semble-t-il, que l'on peut observer aisément dans toutes les sûretés personnelles.

593. En définitive, la quête de l'effet de garantie à conserver au cours de l'existence d'une sûreté personnelle nous a conduit à constater que la matière traverse une crise identitaire qui laisse planer le doute sur la lecture qu'il faut adopter quant à certaines de ses caractéristiques. C'est bien simple, le Code civil ne dispose encore d'aucune définition de la notion de sûreté personnelle. Partant, lorsque l'on s'interroge sur l'effet principal produit par cette sûreté au cours de son existence, les opinions divergent. Ce dont on est néanmoins sûr, c'est que le triptyque obligationnel classique de donner, faire et ne pas faire est insuffisant pour qualifier l'engagement du garant personnel. L'analyse dialectique de la théorie dualiste de l'obligation mise en lumière par Christian MOULY nous a permis de démontrer que malgré les critiques adressées à son encontre, sa pertinence ne fait plus aucun doute non seulement pour ce qui concerne le postulat pris par l'auteur (le cautionnement de dettes futures) mais également pour l'ensemble des sûretés personnelles. Fort de ce raisonnement, nous pouvons dorénavant poser un jalon : toute sûreté personnelle contient une obligation de couverture qui constitue le seul élément susceptible de faire l'objet d'une conservation au cours de l'existence du mécanisme. Reste à identifier les moyens dont dispose le créancier pour effectuer cette conservation.

594. S'agissant de l'identification de l'effet de garantie à conserver des sûretés réelles, nous ne sommes que peu confrontés aux difficultés que nous avons surmontées concernant les sûretés personnelles. Les choses sont différentes en matière de sûretés

[1204] Chr. MOULY, *op. cit.*, n° 260.
[1205] Chr. MOULY, *op. cit.*, n° 261.

réelles car l'effet de garantie n'est pas attaché à la personne du garant, mais dans le bien affecté en garantie.

§2. UNE IDENTIFICATION ÉVIDENTE EN MATIÈRE DE SÛRETÉS RÉELLES : UN EFFET À RECHERCHER DANS LE BIEN AFFECTÉ EN GARANTIE

595. Au cours de son existence, l'effet de garantie produit par une sûreté réelle est bien plus évidente à identifier que ne l'est celui d'une sûreté personnelle. C'est le bien donné en garantie qui est au cœur de toutes les attentions, ce qui constitue déjà une différence fondamentale avec les sûretés personnelles. En effet, on identifie aisément une sûreté réelle par l'avantage particulièrement palpable qu'elle confère à son bénéficiaire puisqu'il est attaché au bien affecté en garantie (**A**). De cet avantage, seule la valeur du bien peut faire l'objet d'une conservation au cours de l'existence du mécanisme (**B**).

A. LA TECHNIQUE DE L'AFFECTATION, L'ÉLÉMENT D'IDENTIFICATION DES SÛRETÉS RÉELLES

596. Avant la réforme, la définition des sûretés réelles était doctrinale et faisait l'objet de nombreuses interrogations[1206]. C'est simple, on ne disposait, dans le Code civil, que d'une définition relative aux causes légitimes dérogatoires au principe d'égalité entre les créanciers en guise de définition de la matière. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 consacre désormais une définition des sûretés réelles. Aux termes du nouvel article 2323 du Code civil *« La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier »*. La nature singulière de cette catégorie de sûreté est, dorénavant, pleinement appréhendée par le législateur : sa technique repose sur l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de

[1206] Parmi ces interrogations, était récurrente celle de l'existence d'un *numerus clausus* des sûretés réelles, question que nous avons largement traitée : V. *supra* n° 210 à 242.

biens ; et sa constitution confère à son bénéficiaire un droit préférentiel ou un droit exclusif.

597. Cette nouvelle définition légale contourne, nous semble-t-il, la question épineuse relative à l'aptitude des sûretés réelles à faire naître au profit de leur bénéficiaire un droit réel. En effet, il est unanimement acquis au sein de la doctrine contemporaine qu'outre la technique de l'affectation et le caractère accessoire, toute sûreté réelle devait conférer à son bénéficiaire un droit réel[1207]. Ainsi, alors qu'une sûreté personnelle confère à son titulaire un droit personnel qui lui donne le droit d'exiger une prestation de la part de son débiteur[1208], une sûreté réelle confèrerait à son bénéficiaire un droit réel sur un bien.

598. Cette conception des sûretés réelles remonte à Rome où la relation entre le créancier et la chose se réglait soit par le *pignus* qui impliquait obligatoirement un transfert de propriété, soit par *l'hypotheca* qui conférait au bénéficiaire une reconnaissance juridique d'une action réelle sur le bien en quelle que main qu'il se trouve. C'est bien cette action réelle au bénéfice du créancier[1209] qui conduira les juristes de l'Ancien régime[1210] à attribuer aux sûretés réelles la caractéristique de conférer un droit réel à leur titulaire. Aux côtés de l'usufruit, de la servitude, on pouvait donc compter le gage et l'hypothèque parmi la catégorie des droits réels. D'ailleurs, le premier alinéa de l'article 1er de la loi 11 Brumaire an VII était explicite puisqu'il définissait l'hypothèque comme étant « *un droit réel sur les immeubles affectés au paiement d'une obligation* ». Le législateur en 1804 n'a point remis en question ce

---

[1207] D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n° 388 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 633 ; Ph. DUPICHOT, « *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés* », *op. cit.,* n° 13 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière, op. cit.,* p. 44 ; M. FARGES, *Les sûretés, op. cit.,* n° 12.

[1208] Notre analyse sur la question nous a conduit à identifier la nature de cette prestation comme une obligation de couverture pendant l'existence de la sûreté ; et une obligation de règlement au moment de la mise en œuvre.

[1209] HULLOT et BERTHELOT, « *Les cinquante livres du digeste* », T. III, Behmer et Lamort, Paris, 1803, p. 102, où l'on peut retrouver la traduction suivante : « *Le droit qu'à le créancier de poursuivre son gage contre tout détenteur lui donne à cet effet une action réelle* ».

[1210] On peut, par exemple citer Pothier qui considère que « *ce droit [l'hypothèque] est un droit sur la chose* », avant d'ajouter que « *l'action hypothécaire n'est point une action personnelle, mais une action réelle* », POTHIER, *Traité de l'Hypothèque », in* Œuvres, T. IX, par Bugnet, Paris, 1861, p. 423 ; On peut également citer Josserand selon lequel « *qui dit sûreté réelle dit droit réel* », L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français,* T. II, 3e éd., Sirey, 1939, n° 1545, p. 838 ; On peut encore citer Fleury qui classe l'hypothèque parmi les différentes sortes de droits réels, FLEURY, *Institution au droit français,* Durant, Paris, 2 tomes, 1858, T. II, p. 31- 32.

caractère des sûretés réelles car l'ancien article 2393 du Code civil retenait que « *L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles […].*

599. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre semble prendre ses distances avec cette vision pourtant bien ancrée dans le droit positif français. En effet, à l'instar de la nouvelle définition de l'article 2323 des sûretés réelles évoquée précédemment, le nouvel article 2385 du Code civil relatif à la définition de l'hypothèque ne fait plus aucune référence au droit réel duquel le mécanisme est censé investir le créancier. Le nouveau texte prévoit en toute simplicité que : « *L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation sans dépossession de celui qui la constitue* ». Les articles relatifs aux autres sûretés réelles consacrées par le législateur vont dans le même sens. Sur la forme donc, le droit réel ne semble plus constituer une caractéristique distinctive légale de la matière.

600. Mais sur le fond, l'existence d'un droit réel au profit du créancier est défendue par les auteurs en raison de deux attributs que confère la constitution d'une sûreté réelle, à savoir : le droit de suite et le droit de préférence. La matière bénéficierait ainsi du régime applicable aux droits réels[1211], ce qui justifierait son appartenance à la même famille juridique que les droits réels[1212]. Or, nous avons déjà eu l'occasion de nous pencher sur la réalité de son appartenance à cette catégorie dans cadre de notre analyse relative à la confrontation avec le droit des biens[1213]. En effet, le doute est permis puisque ce droit réel attribué aux sûretés réelles ne confère au créancier aucune prérogative telle que décrite par les dispositions de l'article 544[1214] du Code civil, exception faite de l'hypothèse d'une sûreté conférant un droit de propriété[1215]. Même dans ce dernier cas, ce droit ne va conférer aucune utilité immédiate au créancier car initialement ce droit réel, selon sa définition juridique, doit lui permettre *de retirer directement tout ou partie des utilités économique* de la chose[1216]. C'est la raison pour

---

[1211] D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n° 388 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 633.

[1212] C. CARON et H. LÉCUYER, *Le droit des biens,* Dalloz, Connaissance du droit, 2002, p. 27-28.

[1213] V. *supra* n° 132 et s.

[1214] Art. 544 C. civ. : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

[1215] Exception faite, bien entendu, du droit de propriété lorsque la constitution du mécanisme confère un droit exclusif. En tout état de cause, la défaillance du débiteur reste une condition pour que le bénéficiaire puisse y prétendre.

[1216] V. J. CARBONNIER, *Droit civil,* T. II, *Les biens, Les obligations, op. cit.,* n° 700.

laquelle, très tôt, certains auteurs ont manifesté leurs réserves quant à l'aptitude des sûretés réelles à intégrer pleinement la catégorie des droits réels. Ainsi, d'une part, les auteurs ont tempéré l'affirmation, souvent en y ajoutant le qualificatif « d'accessoire » ou « de garantie » au droit réel prétendument conféré au créancier par le mécanisme des sûretés réelles[1217]. Puis, une partie de la doctrine est allée plus loin. C'est le cas de L. D'AVOUT qui s'est interrogé sur la pertinence de la qualification de droit réel, soulignant ainsi l'autonomie des sûretés réelles[1218]. De manière encore plus directe, M. CHAUVEAU réfute pour sa part l'idée même d'associer la matière aux sûretés réelles. En effet, analysant le mécanisme de l'hypothèque, il considèrera que « *sa nature intrinsèque ne correspond pas à celle des droits réels* »[1219]. L'auteur ne croyait pas si bien dire puisque, nous l'avons vu, l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a fait disparaître toute mention du droit réel pour qualifier les sûretés réelles.

601. L'élément d'identification des sûretés réelles demeure la technique de l'affectation ; et c'est un bien ou un ensemble de biens qui en est l'objet. Il plus juste de considérer que la technique confère non pas un droit réel - tel l'usufruit, l'usage, ou l'habitation – mais un droit sur la valeur d'échange du bien. Cette valeur demeure l'unique élément sur lequel va s'exercer la conservation au cours de l'existence des sûretés réelles.

B. LA VALEUR DU BIEN, UNIQUE ÉLÉMENT DE CONSERVATION AU COURS DE L'EXISTENCE DES SÛRETÉS RÉELLES

602. Le titulaire d'une sûreté réelle attend non pas l'exécution d'une prestation mais plutôt de tirer profit d'une ou plusieurs utilités spécifiques du bien donné en garantie. Nous avons vu que cet avantage ne correspondait pas à celui que procure un droit réel

[1217] De nombreux ouvrages généraux traitant du droit des biens et parfois du droit des sûretés font, dans la catégorie des droits réels, une distinction entre les droit réels principaux et les droits réels accessoires ; pour plus de précision, V. par exemple R. PERRIER, *Le droit réel de garantie, contribution à la notion de droit réel sur la chose d'autrui,* Thèse, Paris V, 2005.

[1218] L. D'AVOUT, « *Notions fondamentales et domaine du droit des biens. Comparaisons franco-allemandes* », in *Le patrimoine au XXIe siècle. Regards croisés franco-japonais,* 2012, p. 49 s.

[1219] M. CHAVEAU, « *Classification nouvelle des droits réels et des droit personnels* », *Rev. crit. lég. et jur.*, 1931, p. 539 s., spéc. n° 44, p. 601.

mais à une spécificité propre aux sûretés réelles, à savoir l'attribution de droits sur la valeur du bien affecté en garantie. En effet, au stade de sa constitution, le mécanisme mobilise la valeur de crédit du bien qui s'apprécie en fonction de la nature et des effets de la sûreté réelle à constituer. Mais dans la phase postérieure à sa constitution, en réalité c'est la valeur d'échange du bien qui est affecté en garantie[1220]. En d'autres termes, l'effet de garantie produit par une sûreté réelle est de conférer à son bénéficiaire un droit sur la valeur du bien affecté en garantie. Seule cette valeur est susceptible de faire l'objet d'une conservation qu'il s'agisse d'une sûreté réelle constituée pour soi ou pour autrui.

603. Ce dernier cas – la sûreté réelle pour autrui – aurait pu susciter le doute en raison de sa nature hybride. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 est venue dissiper ce doute puisque le nouvel article 2325 du Code civil *« La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers. Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299,2302 à 2305-1,2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables ».* Confirmant la jurisprudence antérieure[1221], l'Ordonnance de réforme réaffirme l'appartenance de la sûreté réelle pour autrui à la catégorie des sûretés réelles. Le créancier ne dispose ainsi d'aucune action contre le tiers constituant. Ses droits sont circonscris au bien affecté en garantie. Cependant, comme nous le verrons, sur le terrain du régime de ce mécanisme singulier, le tiers se verra octroyer des droits dont bénéficie initialement la caution comme le devoir de mise en garde, le bénéficie de discussion, le bénéfice de subrogation ou encore les obligations d'information périodiques, ainsi que le rappelle l'article 2325 du Code civil[1222].

* *
*

604. Conclusion de la section 2. Finalement, l'identification de l'effet de garantie objet de la conservation en matière de sûretés réelles ne nous aura pas éprouvé autant

[1220] Nous l'avons vu lors de sa confrontation avec le droit des biens, V. *supra* n° 147 et s..
[1221] V. par exemple Cass. ch. Mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210 : *Bull. ch. mixte,* n° 7 ; *D*. 2006. 2855, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. LEGEAIS ; *CCC* 2006, n° 61, obs. L. LEVENEUR ; *JCP* 2005. II. 10183, n. PH. SIMLER.
[1222] Ces droits personnels constituent des moyens de conservation que nous aborderons dans nos développements à venir.

qu'en matière de sûretés personnelles. Au cours de son existence, cette catégorie de sûreté confère à son bénéficiaire un avantage sur un ou plusieurs biens affectés en garantie de la dette. Cet avantage sur la chose se distingue des attributs que confèrent les droits réels en dépit de l'acceptation communément admise au sein de la doctrine depuis plusieurs siècles. En effet, le créancier ne peut tirer profit que de la valeur de ce bien. Au cours de l'existence du mécanisme, seulement cette valeur est objet d'une conservation.

Conclusion du chapitre 1

605. En définitive, la détermination du domaine de la conservation s'est révélée être un préalable très utile dans notre analyse. Une approche hâtive de la conservation des sûretés nous aurait, sans doute, conduit à traiter la question sans identifier exactement ce sur quoi portera cette conservation. En effet, le droit des sûretés est un domaine du droit assez complexe en ce sens que les mécanismes qu'il régi font intervenir de nombreuses matières.

Partant, avant d'identifier les moyens de conservation que ces mécanismes déploient, encore fallait-il en identifier l'intérêt. Cette quête nous a conduit vers la notion non juridique de confiance qui, somme toute, est la raison d'être des sûretés. Tirant son fondement de la force obligatoire et de la bonne foi, c'est elle qui procure la quiétude attendue par les parties au contrat de sûreté. De même, un autre intérêt de la conservation réside dans l'observation d'un certain nombre de règles que les parties devront veiller à respecter si elles souhaitent préserver la finalité assignée au mécanisme de garantie.

606. Dès lors que nous avions identifié l'intérêt de la conservation, restait, à présent, à déterminer ce sur quoi devait porter cette conservation. L'analyse dialectique de la théorie de Chr. MOULY nous a permis de conclure à l'existence d'une obligation de couverture dans toute sûreté personnelle. Cette catégorie de sûreté fait naître, au cours de son existence, une obligation de couverture à la charge du garant. C'est cet effet de garantie qui, de toute évidence, doit faire l'objet d'une conservation. Quant aux sûretés réelles, l'effet de garantie qu'elles font naître est plus évident à identifier dans la mesure où les droits du créancier sont attachés à la valeur du bien affecté en garantie. Nous pouvons, à présent, nous pencher sur les moyens qui sont à la disposition des parties pour conserver le mécanisme de sûreté choisi par elles.

Chapitre 2

L'IDENTIFICATION DES MOYENS DE CONSERVATION

607. Comment conserver l'effet de garantie d'une sûreté ? La réponse à cette question n'est pas aussi simple que sa formulation le suggère. Comme nous le savons déjà, une sûreté personnelle ne produit pas le même effet de garantie qu'une sûreté réelle. Pendant leur période de latence, seule l'obligation de couverture est susceptible de faire l'objet d'une conservation en matière de sûretés personnelles, tandis qu'en matière de sûretés réelles, c'est la valeur du bien affecté en garantie qui fait l'objet d'une conservation. Il s'en suit que les mécanismes de conservation mis en place par le législateur ainsi que la possibilité de leur aménagement par les parties varient selon qu'il s'agisse d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle.

L'examen attentif des moyens de conservation des sûretés pendant leur existence révèle un traitement inégalitaire du législateur pendant cette phase. En effet, celui-ci déploie des mécanismes de conservation directs et efficaces comme la subrogation réelle ou encore le principe d'indivisibilité, permettant au créancier de conserver l'assiette de son gage. En revanche, pour les sûretés personnelles, le législateur n'organise leur conservation que de manière incidente. Des mesures telles que l'action paulienne, l'action oblique ou encore les obligations d'information pesant sur le créancier, dont l'accomplissement lui assure la couverture et le règlement des accessoires de la dette, n'ont pas pour fonction première la conservation de l'effet de garantie. Il en va de même des situations de transfert des sûretés qui, *in fine*, permettent d'éviter, dans certaines hypothèses, la fin de la garantie.

Notre analyse précédente sur la liberté contractuelle dans la création des sûretés, démontrant une influence émancipatrice du droit des contrats sur les sûretés personnelles mais une influence plus conservatrice du droit des biens sur les sûretés

réelles, semble trouver son prolongement dans cette phase de conservation. L'analyse de la place de liberté contractuelle révèlera qu'en matière de sûretés personnelles, la conservation est principalement organisée par les parties ; tandis qu'en matière de sûretés réelles, elle n'est que résiduelle en raison de l'espace prépondérante déjà occupée par la loi.

608. Pour mener à bien ce raisonnement, il convient de traiter en premier lieu les moyens de conservation de l'effet de garantie dans les sûretés personnelles (**Section 1**), puis en second lieu, les moyens de conservation de l'effet de garantie dans les sûretés réelles (**Section 2**).

SECTION 1

LES MOYENS DE CONSERVATION DE L'EFFET DE GARANTIE DANS LES SÛRETÉS PERSONNELLES

609. La conservation des suretés personnelles est insuffisamment organisée par la loi à plusieurs titres. D'une part, les dispositions du Code civil ne considèrent que très peu la phase qui précède l'insolvabilité du débiteur. Or, c'est durant cette phase que la conservation revêt toute son importance. D'autre part, les moyens légaux pouvant servir d'outils de conservation au service du créancier résultent, pour la plupart, du droit commun des obligations. Ils demeurent dès lors insuffisants.

610. Cette insuffisance s'explique, à notre sens, par la nature singulière de l'effet produit par les sûretés personnelles pendant leur existence. Il s'ensuit une conservation résiduellement organisée par loi (**§1**), laissant quasiment le champ libre à la liberté contractuelle (**§2**).

§1. UNE CONSERVATION RÉSIDUELLEMENT ORGANISÉE PAR LA LOI

611. À titre liminaire, il faut souligner que le bénéficiaire d'une sûreté personnelle dispose, comme tous les créanciers, de la possibilité de préserver son droit de gage sur le patrimoine de son débiteur. En effet, dès lors que la défaillance du débiteur principal

est avérée, le garant devient à son tour un débiteur d'une créance désormais exigible[1223]. Naturellement, les mesures conservatoires édictées par les procédures civiles d'exécution sont ouvertes au créancier[1224]. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que, du moins théoriquement, le créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle se prévale de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution[1225] pour figer le patrimoine du garant. Toutefois, la principale difficulté à laquelle le créancier risque d'être confronté est la preuve d'une menace dans le cadre du recouvrement de sa dette. En effet, la défaillance du débiteur principal est insuffisante pour engager une telle action. Le créancier doit être en mesure de prouver des circonstances susceptibles de compromettre le paiement de sa dette par le garant. C'est pourquoi, la question de l'exigibilité de la créance du créancier contre le garant sera décisive pour exercer ces moyens de même que ceux plus spécifiques.

612. Il faut distinguer parmi les moyens légaux de conservation, ceux qui résultent des mécanismes issus du droit commun des contrats (**A**) et ceux qui sont spécifiquement attachés au domaine spécifique des sûretés personnelles (**B**).

A. LES MÉCANISMES ISSUS DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

613. Une sûreté personnelle fait naître une obligation à la charge du garant dès le premier jour de sa constitution. Cette prestation, nous l'avons identifié comme étant l'obligation de couverture. Comme toute obligation, elle est soumise au droit commun des contrats. S'applique donc à cette obligation le principe général du droit à

[1223] En effet, tant que le paiement de la créance principale n'est pas exigible, celle résultant de la garantie ne peut l'être : V. Cass. 1re civ. 1990 : *Bull. civ.* I, n° 20, p. 14 ; *Defrénois* 1990, p. 812, obs. L. AYNÈS ; il s'agit d'un règle d'ordre public car elle est intrinsèque au fonctionne même du mécanisme des sûretés, à savoir le caractère accessoire, en particulier du cautionnement : art. 2296 du C. civ.

[1224] Nous ne visons pas ici les voies d'exécution qui « *constituent le prolongement procédural du droit des garanties* » cf. D. LEGEAIS, *op. cit.* n° 24 ; mais strictement les mesures conservatoires préservant le droit de gage général.

[1225] Art. L. 511-1 CPCE : « *Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.*
La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire ».

l'exécution au profit du créancier prévu à l'article 1341 du Code civil[1226]. Assez logiquement, sont ouverts au créancier des prérogatives avant même que n'intervienne l'insolvabilité du débiteur principal. Parmi ces prérogatives figurent un certain nombre d'actions qui, une fois exercées, conduisent à la conservation du mécanisme de sûreté constitué par les parties. Nous nous pencherons sur le cas de l'action paulienne (**1**) et de l'action oblique (**2**).

1. L'action paulienne comme moyen de conservation

614. L'action paulienne est prévue à l'article 1341-2 du Code civil. Selon le texte, « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude ». Pour le dire plus simplement, cette action a pour effet de rendre inopposable au créancier agissant, un acte accompli par son débiteur dans le but d'organiser ou augmenter son insolvabilité[1227]. On dit que l'acte est accompli en fraude des droits du créancier ; le but étant, ici, de rendre l'acte frauduleux inopposable au créancier. Sans aucun doute le mécanisme à une vocation conservatoire[1228] au service du créancier. Ce dernier est d'ailleurs explicitement invité par le législateur à y avoir recours selon la lettre de l'alinéa 9 de l'article 1397 du Code civil[1229]. S'il peut naturellement être exercé par le créancier contre la caution, rien ne s'oppose à ce que l'action paulienne soit invoquée dans les autres mécanismes de la catégorie des sûretés personnelles. Cependant, nous verrons que ses conditions de recevabilité demeurent difficiles à réunir.

615. Pour être autorisé à invoquer l'action paulienne comme moyen de conservation, le créancier doit d'abord faire la preuve de l'existence d'une créance antérieure à l'accomplissement de l'acte présumé frauduleux. Il s'agit, ici, d'une condition bien

---

[1226] Art. 1341 C. civ. : « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi* ».

[1227] Pour plus de détail, V. B. ROMAN, « La caution et l'action paulienne : la délicate alliance des règles de fond et de procédure », *D* 2003, chron. 2156.

[1228] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 620.

[1229] Le texte dispose, à propos du changement de régime matrimonial entre deux époux : « *Les créanciers non opposants, s'il a été fait fraude à leurs droits, peuvent attaquer le changement de régime matrimonial dans les conditions de l'article 1341-2* ».

établie au sein de la jurisprudence[1230]. Cette condition ne pose guère de difficulté au créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle - pas plus que le caractère certain de la créance, critère progressivement atténué par la jurisprudence[1231] - dans la mesure où l'obligation du garant naît dès le jour de sa constitution.

616. Ensuite, l'acte jugé frauduleux doit causer un préjudice au créancier. Cette condition ne pose pas plus de difficulté que la première. La jurisprudence considère que dès lors que le créancier est en mesure de démontrer l'insolvabilité de la caution, le préjudice est en principe constitué[1232] ; le cas échéant, il doit démontrer, selon la jurisprudence, qu'à la suite de la fraude paulienne, la caution ne dispose plus de biens suffisants pour désintéresser le créancier[1233]. Dans cette dernière hypothèse, nul ne doute qu'il sera difficile de prouver que la valeur du patrimoine du garant est insuffisante, sauf si le créancier est la banque du garant[1234].

617. Enfin, l'acte litigieux doit avoir été commis en fraude des droits du créancier. Mais dès lors que l'on parle de fraude, on ne peut se défaire du critère de l'intentionnalité. En effet, la fraude suppose un acte de « *mauvaise foi, […], un acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter* »[1235]. Cette condition, envisagée telle quelle, se révèle particulièrement difficile à démontrer pour le créancier car cela suppose qu'il dispose de suffisamment d'information sur la situation du garant ou sur sa relation avec le tiers acquéreur pour démontrer que c'est à dessein qu'il s'est rendu insolvable. C'est pourquoi, la jurisprudence est intervenue pour préciser les contours de la fraude paulienne en allégeant la preuve de cette

---

[1230] Cass. 1re civ. 14 juin 1961, *Bull*. civ. I, n° 312 ; V. également, Cass. 1re 15 févr. 1967, *Bull*. civ. I, n° 66 ; Cass. 1re 17 janv. 1984, n° 82.15-146, *Bull*. civ. I, n° 16 ; *D*. 1984, Jur. p. 437, note P. MALAURIE ; *RTD civ*. 1984, p. 719, obs. J. MESTRE ; Plus récemment, Cass. com. 25 mars 1991, *Bull*. civ. IV, n° 119 ; *D*. 1991, IR p. 117.

[1231] Dans un premier temps en facilitant le mode preuve, Cass. 1re civ. 11 oct. 1978, *Bull*. civ. I, n° 299 ; Puis, en permettant au créancier de prouve simplement une créance certaine en son principe, Cass. com. 26 mai 1983, *Bull*. civ. IV, n° 151 ; *D*. 1984, IR p. 9, obs. F. DERRIDA : selon l'arrêt, « *il appartenait à la cour d'appel de rechercher si, à l'époque des donations attaquées, et plus particulièrement de la première, ... il pouvait exister, au même moment, un principe certain de créance* » ; dans le même sens, Cass. 1re 17 janv. 1984, n° 82.15-146, *Bull*. civ. I, n° 16, déjà cité ; plus récemment : Cass. com., 24 mars 2021, n° 19-20.033, FS-P.

[1232] Cass. 1re civ., 1er déc. 1987, *Bull. civ.* I, n° 318.

[1233] Cass. com. 14 nov. 2000, *Bull. civ.* IV, n° 173 ; *D*. 2000, Act. Jur., p. 441, obs. V. AVÉNA-ROBARDET.

[1234] Comme le soulignent les auteurs A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF : V. A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 623.

[1235] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V. FRAUDE.

condition de fraude. Ainsi, la simple conscience de causer un préjudice, nous dit la Cour de cassation, suffirait à constituer la condition tenant à la fraude[1236].

618. De manière incidente, l'action paulienne constitue un moyen à la disposition du créancier contre un acte frauduleux du garant. Théoriquement, cette voie d'action lui permet de préserver son droit de gage sur le patrimoine du garant[1237] en se rendant lesdits actes frauduleux inopposables. Mais dans la pratique, la réunion des trois conditions requises demeure délicate. On peut, d'ailleurs, en dire autant de l'action oblique, autre mécanisme de conservation, issu du droit commun des contrats.

2. L'action oblique comme moyen de conservation

619. Parmi les mécanismes issus du droit commun des contrats susceptibles d'être employés par le créancier pour conserver son droit de gage sur le patrimoine du garant personnel, il faut citer, à côté de l'action paulienne, l'action oblique. Cette action est prévue à l'article 1341-1 du Code civil qui dispose : « *Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne* ». En clair, cette disposition légale donne l'autorisation au créancier d'exercer un droit ou une action que le débiteur néglige d'exercer[1238]. Cependant, le bénéfice de l'action ne profite pas directement au créancier agissant mais intègre le patrimoine du débiteur sur lequel il viendra en concours avec les autres créanciers[1239]. En effet, *in fine,* elle permet au créancier de préserver l'intégrité du patrimoine du débiteur[1240] afin d'augmenter ses chances d'être payé au moment de la réalisation. À l'aune de la relation créancier-garant, théoriquement, le mécanisme de

---

[1236] Cela résulte d'une jurisprudence ancienne et constante depuis : V. Cass. civ. 18 déc. 1893, *DP* 1894, 1, p. 263 ; V. également, Cass. 1re civ. 25 févr. 1981, préc. ; 4 nov. 1983, *Bull. civ*. I, n° 254 ; 29 mai 1985, *Bull. civ*. I, n° 163 ; 13 avr. 1988, *Bull. civ.* I, n° 91 ; Cass. 3e civ. 1er juill. 1998, inédit ; Cass. 1re civ. 28 nov. 2000, 12 déc. 2000 et 18 déc. 2002, inédits.

[1237] En effet, *in fine* l'exigibilité de la dette du garant n'est pas une condition de l'action. Il suffit que le créancier démontre que le patrimoine du garant est insuffisant pour payer la dette.

[1238] Pour plus de détail, V. W. DROSS, *RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS– Actions ouvertes au créancier– Action oblique*, *JurisClasseur Notarial Répertoire, fasc. 38.*

[1239] Contrairement à l'action paulienne qui rend inopposable l'acte frauduleux au seul créancier qui l'invoque, la recevabilité de l'action oblique entraîne une reconstitution du patrimoine du débiteur qui profite à l'ensemble des créanciers. On note ici un caractère collectif de cette action.

[1240] V. J. BIGOT DE PREAMENEU, « *Exposé des motifs* », in P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XIII, 1827, p. 238.

préservation du patrimoine puisse sans difficulté être exercé par le créancier pourvu que les conditions nécessaires pour l'invoquer soient réunies.

620. Ainsi, pour que le créancier puisse s'immiscer dans les affaires du garant, il faut d'abord que le créancier ait une créance clairement définie envers le débiteur. La créance doit être certaine, liquide et exigible[1241]. Si les caractères de certitude et de liquidité de la créance ne semblent poser de difficulté particulière, celui de l'exigibilité suscite des doutes. En effet, dans la relation contractuelle entre le créancier et son garant, l'obligation de règlement n'est exigible que lorsque la défaillance du débiteur principal intervient. Faut-il alors supposer qu'avant la survenance de cet évènement le créancier serait infondé à se substituer au garant afin de reconstituer le patrimoine de ce dernier sous le fondement l'action oblique ? Il faut d'abord noter que le garant, en particulier la caution, peut exercer un recours avant paiement contre le débiteur garanti[1242] par la voie de l'action oblique[1243]. Cependant, en ce qui concerne le créancier, l'exigibilité de la créance est un préalable nécessaire à l'action oblique[1244]. D'une part, la défaillance du débiteur doit être établie, puisque l'évènement marque la possibilité pour le créancier d'appeler la caution. D'autre part, le créancier garanti doit également être en mesure de prouver la défaillance de la caution[1245].

621. En matière de garantie autonome, les choses sont sensiblement différentes, selon les modalités de l'appel en garantie prédéterminé par les parties. En effet, lorsque la garantie autonome est documentaire, l'appel du garant autonome est conditionné à la remise d'un certain nombre de documents desquels va dépendre l'exigibilité de la créance.

622. Au-delà, cette double condition pour remplir le seul critère de l'exigibilité de la créance rend peu probable l'invocation du fondement par le créancier, plus enclin à se

---

[1241] Selon la Cour de cassation : « *Attendu que l'action oblique est ouverte à tout créancier dont la créance est certaine, liquide et exigible* » : Cass. 1re civ., 26 sept. 2007, n° 05-14.020 : *JurisData* n° 2007-040552.

[1242] L'article 2309 du C. civ. reproduit à l'identique par l'Ordonnance de réforme donne cette faculté à la caution par le biais du recours subrogatoire : « *La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur* » ; Pour plus de détail, V. C. CORGAS-BERNARD, « *Recours avant paiement de la caution et action oblique, une combinaison délicate* », *RLDC*, 2006, p.26.

[1243] Cass. 1re civ., 25 mai 2005 : *Bull. civ*. I, n° 225 ; Rev. Lamy dr. civ. mars 2006, p. 24, obs. Ch. CORGAS-BERNARD ; Banque et droit 2005, p. 62, obs. N. RONTCHEVSKY.

[1244] Tout au plus, la Cour de cassation exige qu'elle le soit au moment où le juge statue : Cass. 1re civ., 4 janv. 1983, préc. n° 19.

[1245] Par exemple par une mise en demeure laissée sans réponse.

tourner vers d'autres voies d'action plus aisées à mettre en œuvre. Pourtant, certains auteurs défendent l'idée selon laquelle tant l'action paulienne que l'action oblique puisse être exercée par le créancier contre le garant avant même l'appel de la garantie[1246]. En effet, cette thèse est défendue par ces auteurs[1247] pour justifier l'existence de l'obligation de couverture mise en lumière par Chr. MOULY. Il nous semble pourtant que si l'affirmation est acceptable pour l'action paulienne[1248] (l'exigibilité n'étant pas une condition), elle l'est moins pour l'action oblique dans la mesure où la défaillance est une condition pour exercer le mécanisme.

623. En définitive, lorsqu'ils sont exercés par des créanciers chirographaires, les mécanismes de l'action paulienne et de l'action oblique constituent sans aucun doute des moyens efficaces pour réintégrer des biens dans le patrimoine du débiteur lorsque l'insolvabilité de ce dernier est avérée. La préservation de l'intégrité de son patrimoine augmente les chances du créancier d'être payé. Par contre, lorsque ces mécanismes issus du droit commun des contrats sont exercés par le créancier muni d'une sûreté personnelle contre le garant, leur efficacité est douteuse. Non seulement, les conditions requises pour se prévaloir de ces moyens actions sont difficiles à réunir, mais en plus leurs effets ne procurent qu'une satisfaction minimale au créancier. Pour l'un, l'action rend simplement inopposable au créancier l'acte frauduleux (l'action paulienne), et pour l'autre, l'action ne profite pas directement au créancier mais permet seulement la reconstitution du patrimoine du débiteur, et profite à l'ensemble des créanciers (l'action oblique). Il en est autrement concernant les mécanismes de conservation issus du droit des sûretés.

[1246] M. BOURASSIN, *thèse préc. op. cit.*, n° 460.

[1247] N. KANAYAMA, « *De l'obligation de « couverture » à l'obligation de « garantir », Donner, faire, ne pas faire…et garantir ? »*, Mélanges Christian Mouly, tome 2, p. 463 et 464.

[1248] C'est plutôt le caractère certain de la créance qui est débattu. À ce titre, la jurisprudence considère que « *l'obligation de la caution naît le jour de son engagement, de sorte que le créancier qui exerce l'action paulienne contre un acte de la caution a un principe certain de créance dès cette date* » : Cass. 1re civ. 2 juill. 2002, n° 00-10.296 ; V. également, Cass. 1re 19 janv. 1993, n° 91-11.871 ; *Bull. civ.* I, n° 5.

B. LES MÉCANISMES ISSUS DU DROIT DES SÛRETÉS

624. À titre préliminaire, il y a lieu, ici, d'exclure des présents développements les sûretés constituées à titre conservatoire, à savoir les sûretés judiciaires[1249]. La détermination préalable du domaine de la conservation nous a conduit, en toute logique, à exclure ces mesures conservatoires, auxquelles nous avons déjà consacré des développements à propos du choix des sûretés. La raison en est simple : leur objet consiste à conserver le patrimoine du débiteur par la constitution d'une sûreté au profit du créancier. Or, ici, l'objet de notre étude porte sur la conservation des effets de garantie d'une sûreté déjà constituée ; effets que nous avions identifiés comme étant l'obligation de couverture pendant l'existence du mécanisme et l'obligation de règlement au moment de la réalisation. Il est donc question ici d'identifier, non pas les moyens permettant, dans l'absolu, de préserver les droits du créancier sur le patrimoine du débiteur en imposant la constitution d'une sûreté, mais ceux permettant de préserver l'effet de garantie d'une sûreté déjà constituée.

625. Au-delà, outre les moyens de conservation issus du droit commun des contrats, le Code civil n'accorde que peu de place à la conservation des mécanismes de garantie. En effet, certaines règles édictées par le législateur ont vocation à maintenir le créancier dans ses droits pendant l'existence de la sûreté. Cette appréhension de la légalité de la conservation, qui ne fait référence qu'au contrat de cautionnement, prend tantôt la forme d'obligations légales d'information à la charge du créancier[1250] mais dont l'exécution conduit *in fine* à la conservation de l'intégralité de l'obligation de couverture du cautionnement (**1**) ; tantôt, elle résulte de l'organisation de la circulation du cautionnement par la transmission en cas de disparition d'une des parties (**2**).

[1249] V. *supra* n° 350 à 356.

[1250] Nous nous contenterons, ici, d'aborder uniquement les obligations d'information à la charge du créancier bien que, au titre des devoirs à sa charge, figurent également l'obligation de ne pas compromettre le bénéfice du recours subrogatoire de la caution (art. 2314 C. civ.) ou encore l'hypothèse de l'abus ou de la mauvaise foi en matière de garantie autonome (art. 2321, al. 2 C. civ.). Le non-respect de ces deux obligations est une cause d'extinction de la garantie. C'est pourquoi nous réservons le traitement de ces hypothèses aux développements relatifs à l'extinction des sûretés.

1. La conservation par le respect des obligations à la charge du créancier : Les obligations légales d'information

626. Ainsi que nous avons pu le démontrer dans nos précédents développements, la place conquérante de la bonne foi a fait naître de nombreuses obligations à la charge du créancier. Parmi celles qui sont susceptibles d'affecter l'effet de garantie produit par le cautionnement pendant son existence figurent les obligations d'information à la charge du créancier. Si le non-respect de ces exigences n'entraine pas une déchéance à proprement parler de la garantie, il entraîne cependant celle des intérêts et accessoires de la dette sur une période donnée. Pour conserver la couverture de ces éléments contractuels, le créancier a tout intérêt à s'acquitter envers la caution personne physique d'une obligation d'information chaque année (**a**) et si besoin est, d'une obligation d'information sur la défaillance du débiteur (**b**).

a. Le respect de l'information annuelle

627. La constitution d'un contrat de cautionnement met à la charge de la caution une obligation de couverture qui porte non seulement sur le principal, mais également sur les accessoires de la dette. Cette règle a été érigée en principe depuis la réforme du 15 septembre 2021. En effet, aux termes de l'article 2295 *« Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution ».* Cette présomption de l'extension du cautionnement aux intérêts et autres accessoires prévue par ce nouveau texte issu de la réforme fait du cautionnement un contrat par nature indéfini. On perçoit aisément les raisons qui justifient ce choix du législateur[1251]. En effet, la règle de l'accessoire qui caractérise le mécanisme implique que l'accessoire suive le principal. Partant, toute dette en relation directe avec la dette principale est en principe couverte par la caution pourvu qu'elle soit prévisible. Il va

[1251] Avant la réforme, c'est l'article 2293, alinéa 1er qui régissait le cautionnement indéfini. Le texte disposait : *« Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution ».* La distinction entre le cautionnement défini et le cautionnement indéfini perdure. Toutefois, le législateur considère, du moins implicitement, que le cautionnement est en principe indéfini et donne la possibilité aux parties d'y déroger en excluant les accessoires de la dette.

sans dire que les intérêts de retard[1252], les pénalités et indemnités[1253] ou encore les frais de justice englobent sauf clause contraire l'obligation de couverture de la caution. Toutes ces dettes encourues par le débiteur principal s'imposent également à la caution en application de la règle de l'accessoire. Afin de continuer à bénéficier de la couverture de ces charges accessoires à la dette principale, le législateur a mis à la charge du créancier l'accomplissement d'une obligation d'information chaque année à une période déterminée.

628. Ainsi, durant l'exécution du contrat de cautionnement, le législateur va exiger le maintien d'un lien informationnel entre le créancier et la caution. Comme une piqure de rappel sur son engagement, la caution doit se voir délivrer une série d'informations sur la dette garantie, indépendamment de la défaillance du débiteur principal. Selon l'article 2302 du Code civil, le créancier professionnel doit, au plus tard le 31 mars de chaque année, renseigner la caution personne physique du « *montant principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie* ». Cette nouvelle disposition issue de la réforme du 15 septembre 2021 vient unifier au sein du seul Code civil un régime précédemment morcelé entre plusieurs matières. Il résulte de cette uniformisation, le bénéfice également pour la caution personne morale de cette obligation d'information lorsque le créancier est un établissement de crédit ou une société de financement[1254].

Toujours au titre de cette l'obligation d'information à la charge du créancier professionnel, la caution doit également être informée « *du terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celles-ci peut être exercée* », nous dit l'alinéa 2 de l'article 2302.

Le manquement à cette obligation ne fait certes pas perdre au créancier la couverture de la dette principale mais entraîne tout de même « *la déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information* » ; d'autant plus que *ces accessoires peuvent*

[1252] Cass. 1re civ. 8 déc. 1993 : *RGAT* 1994, p. 193, note J. MAURY.
[1253] Cass. 1re civ., 27 mars 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, n° 73
[1254] Avant la réforme, ce bénéfice accordé à la personne morale résultait de l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 mais qui avait entre-temps été abrogé par l'Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

représenter des sommes importantes, allant parfois jusqu'à doubler ou tripler le principal[1255]. Au risque de se voir privé d'une importante partie du bénéfice de l'obligation de couverture à la charge de la caution, le créancier à tout intérêt à s'acquitter de ce devoir d'information dont il doit supporter l'entièreté des frais[1256].

629. À côté de l'obligation d'information annuelle, pèse également sur le créancier professionnel une obligation d'informer la caution personne physique sur la défaillance du débiteur principal. Du respect de ce devoir dépendra également le bénéfice pour le créancier de l'intégralité de la couverture à laquelle il peut prétendre.

b. Le respect de l'information portant sur la défaillance du débiteur

630. Dans la même lignée que l'obligation d'information annuelle, l'obligation pour le créancier d'informer la caution sur les difficultés de remboursement du débiteur participe à une meilleure conservation de l'obligation de couverture des accessoires de la dette principale. Nous soulignions, en effet tantôt, son importance pour instaurer la confiance entre les parties et démontrions que cette règle constituait une preuve de l'existence de la bonne foi contractuelle au service du garant[1257]. Inversement, l'accomplissement de ce devoir permet au créancier professionnel de conserver entièrement la couverture de la dette principale et de ses accessoires. En effet, l'article 2303 du Code civil, issu de l'Ordonnance du 15 septembre 2021 met à la charge du créancier l'obligation *« d'informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement […] ».* On peut le dire, l'exécution de cette obligation profite aux deux protagonistes de la relation contractuelle envisagée ici. Du point de vue du garant, le respect de ce devoir par le créancier lui permet de s'organiser en vue du risque d'être appelé en paiement par le créancier dans un futur proche et d'éviter l'aggravation de la dette. Dès lors, la caution de bonne foi disposée à s'acquitter de son obligation envers le créancier évitera de constituer de nouvelles sûretés ou de nouveaux engagements financiers ; il peut tout aussi commencer à organiser les éventuels recours après paiement à sa disposition. Du point de vue du créancier, la

[1255] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°196.
[1256] Art. 2302, al. 2 C. civ.
[1257] V. *supra* n° 516 et s.

délivrance de l'information sur la défaillance du débiteur permet une exécution plus efficace du contrat de cautionnement. Plus la caution est au fait de la situation, plus le créancier augmentera ses chances d'être payée par cette dernière pourvu qu'elle soit de bonne foi ; car en effet, la sanction du manquement à ce devoir est, à l'instar de la sanction de l'article 2302, « *la déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informé* ». Sans surprise, le coût de l'information reste à la charge du créancier mais à la différence de l'article 2302, le nouvel article 2303 consacré par l'Ordonnance de 2021 n'a pas étendu le bénéfice de l'information de la défaillance du débiteur principal à la personne morale lorsque celle-ci s'est portée caution en faveur d'un établissement de crédit ou d'une société de financement. Par contre la sous-caution personne physique bénéficie des deux obligations d'information qui doivent lui être transmises par la caution à ses propres frais[1258].

631. Il serait exagéré de considérer que l'accomplissement de ces devoirs d'information pesant sur le créancier professionnel constitue, à proprement parler d'un moyen de conservation de la sûreté. Mais dès lors que leur inexécution fait perdre au créancier la couverture des intérêts et autres accessoires de la dette principale, leur accomplissement est intrinsèque à la bonne conservation de la sûreté personnelle pendant son existence.

632. Le législateur a une approche beaucoup plus directe lorsque survient la disparition d'un des protagonistes de la relation créancier-garant puisqu'il organise dans ce cas la conservation à travers le transfert de l'effet de garantie.

2. La conservation par la circulation : Le transfert des sûretés personnelles organisé par la loi

633. À la suite de sa constitution, l'existence d'une sûreté personnelle n'est pas si paisible qu'il n'y paraît. Certes, le créancier comme le garant partagent la crainte de voir le débiteur principal échouer dans l'exécution de ses engagements ; mais d'autres évènements sont susceptibles de bouleverser les prévisions initiales de la convention.

[1258] Art. 2304 C. civ. : « *Dans le mois qui en suit la réception, la caution communique à ses frais à la sous-caution personne physique les informations qu'elle a reçues en application des articles 2302 et 2303* ».

La déconvenue peut survenir de la situation même du créancier ou du garant lorsque l'un de ces acteurs vient à décéder ou tout simplement lorsque pour des raisons d'ordre purement subjectif, l'une des parties ne souhaite plus prospérer dans le contrat. C'est pourquoi le législateur a mis en place des mécanismes permettant la circulation de la garantie constituée.

634. Cela dit, aborder de ce pas les situations de transfert organisées par la loi serait contrevenir à cette singularité des sûretés personnelles que nous n'avons cessé de souligner le long de notre démonstration, à savoir la corrélation entre la notion d'obligation et la matière. Les sûretés personnelles font naître à la charge du garant l'exécution d'une obligation dont il convient de démontrer l'aptitude à être transférée (**a**). Ce n'est qu'à l'issue de ce travail que nous nous pencherons sur la distinction classique entre le transfert à cause de mort des sûretés personnelles (**b**) et le transfert entre vifs de ces dernières (**c**).

a. L'aptitude d'une sûreté personnelle à pouvoir être transférée

635. Pour évaluer l'aptitude d'une sûreté personnelle à pouvoir circuler, il convient, au préalable, de faire le tri parmi les différentes terminologies employées pour désigner l'opération (**α**) avant de s'intéresser à proprement parler à son fondement juridique (**β**).

α. Les débats autour du choix de la bonne terminologie : circulation, transfert, transmission

636. La circulation, le transfert, la transmission…, il y a là tant d'expressions employées par la doctrine[1259] pour exprimer une seule et même opération juridique. Dès lors, peut-on utiliser indifféremment ces termes ? Faut-il privilégier l'usage d'un terme plus que les autres ?

La réponse à ces questions nécessite inéluctablement une analyse terminologique de ces expressions. Considérons en premier lieu les termes transfert et transmission, couramment employés dans la littérature juridique française. Ils viennent du latin

[1259] Pour ne citer que quelques exemples : V. L. AYNÈS, P. CORCQ, *op. cit.*, n° 347 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n°1188 à n° 2127 et 2128 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 680 et s.

transferre et *transmittere*[1260]. De prime abord, les deux termes ne semblent pas être si différent l'un de l'autre puisqu'ils sont traduit par le verbe « transporter »[1261]. Mais lorsque l'on rentre dans le détail, *transmittere* est traduit comme l'action de *« passer de l'autre côté »* activement comme passivement, alors que *« transferre »* ne s'envisage que de manière active. On peut déduire de cette première approche que la transmission semble désigner un terme plus général pendant que le transfert ne constituerait qu'une seule de ses manifestations.

637. Une seconde approche, plus contemporaine laisse, en revanche, peu de place à la nuance dans l'usage de ces deux termes. En effet, le transfert sera défini comme une « *opération juridique de transmission d'un droit, d'une obligation ou d'une fonction* »[1262] et la transmission comme une « *opération par laquelle les droits ou les obligations d'une personne sont transférés à une autre […]* »[1263]. Ainsi, le transfert serait une opération juridique de transmission ; et la transmission serait, quant à elle, une opération de transfert… Pourtant la nuance existe belle et bien dans le choix des termes selon la situation juridique. L'une des significations premières du terme transmission est l'idée de continuité soit à cause de mort, soit durant le cours normal des activités d'une personne morale. Alors que le terme de transfert est entendu comme l'acte par lequel une personne fait passer à une autre un droit ou une obligation en respectant certaines formes. Cette dernière définition renvoie plus précisément à l'action, l'opération juridique en tant que tel dans sa particularité. C'est précisément cette opération juridique, cet acte de transfert de la sûreté qui nous intéresse[1264].

638. En ce qui concerne la notion de circulation, elle englobe à la fois les deux termes de transmission et de transfert. En effet, elle suppose l'idée d'un mouvement de droits ou de devoirs d'un patrimoine à un autre. Que l'on parle de transmission ou de transfert, les effets de l'opération envisagée entraînent une circulation. Dès lors, nous privilégierons l'usage du terme transfert à titre particulier et celui de circulation comme terme générique de l'opération.

[1260] V. F. GAFFIOT, *Le Grand FAFFIOT – Dictionnaire latin-français,* nouvelle éd. revue et augmentée sous la dir. de P. FLOBERT, Hachette, 2000, V° TRANSFERER, V° TRANSMISSION.
[1261] « *Ferre* » est traduit par « *porter* » et « *mittere* » par « *envoyer* ».
[1262] G. CORNU, *op. cit.,* V° TRANSMISSION
[1263] G. CORNU, *op. cit.,* V° TRANSFERT
[1264] Nous voyons, en effet, dans le transfert un acte tandis que la transmission est un fait.

639. L'identification de la terminologie appropriée ne suffit pas à démontrer l'aptitude des sûretés personnelles à circuler d'un patrimoine à un autre. Il convient d'en faire la démonstration en identifiant le fondement juridique de l'opération.

β. Le fondement juridique de la circulation

640. La singularité des sûretés personnelles est qu'elles font naître au profit de leur bénéficiaire, comme nous l'avons vu, un droit personnel[1265]. Ce caractère personnel charge dès lors le mécanisme d'une forte dose *d'intuitu personae.* C'est pourquoi, la circulation de la dimension patrimoniale de l'obligation a longtemps été ignorée par le droit romain[1266]. Mais depuis, la doctrine contemporaine a fait évoluer la position du droit français sur la question. En effet, SALEILLES voyait déjà dans l'obligation une valeur pouvant circuler d'un patrimoine à un autre, aussi bien activement que passivement[1267]. Quant à GAUDEMET, il a défendu l'idée de l'existence d'un double aspect de l'obligation correspondant à « *la distinction entre la dette, Schuld, et l'obligation ou Haftung* » [1268].

En réalité, les doutes sur l'aptitude des sûretés personnelles à circuler ont trait à la nature même de la matière. En effet, les sûretés personnelles portent bien leur nom : elles sont « personnelles ». Elles confèrent au créancier un droit de gage supplémentaire – outre celui dont il dispose sur les biens du créancier - sur le patrimoine du garant et pas un autre[1269]. Le garant, lui, n'accepte de se porter caution que pour un débiteur précis dont il détient, sans doute des informations sur sa personnalité et son patrimoine. Il va sans dire que la personne des parties ainsi que leur situation financière respective sont décisives dans l'opération.

641. Toutefois, on ne saurait s'arrêter à ce stade du raisonnement. L'aptitude du mécanisme à circuler ne doit pas se résoudre en fonction de la personnalité du

---

[1265] L. AYNÈS et P. CROCQ *op. cit.,* n° 5.

[1266] Pour plus de détail, V. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations,* Economica, 2007, p. 42 et s.

[1267] R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1890, n° 74 et s.

[1268] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, op. cit.,* n° 12 et s. Pour l'auteur, « *[…] tout l'effort du droit moderne tend à développer le principe de transmissibilité, à faciliter de plus en plus la circulation des obligations.*

[1269] Alors que les sûretés réelles ne s'apprécient que par rapport à un bien grevé sans égard de la personnalité du constituant.

créancier ou du garant. En effet, prenant en guide notre bon sens, on constate aisément qu'aucune raison légitime n'est susceptible de faire obstacle à une circulation du mécanisme lorsque le changement ne concerne que le créancier. Un tel transfert n'aurait aucune incidence sur la situation ni du débiteur ni du garant[1270]. Plus techniquement et d'un point de vue juridique, le fondement de l'aptitude d'une sûreté personnelle à faire l'objet d'une circulation est à rechercher dans le but de l'opération : la cause. C'est au Professeur AYNÈS que revient le mérite d'avoir établi le lien entre la cause de l'obligation et son aptitude à circuler, au sujet de la cession de contrat, à laquelle il a consacré sa thèse de doctorat. Selon l'auteur, *« la cause justifie la cession de contrat. Elle permet de considérer celui-ci non comme un objet, mais comme le moyen de réaliser une opération économique. Le contrat ne vaut que par son but. La détermination de celui-ci ne dépend pas seulement d'une activité intime et originale de la personne, mais d'une situation qui peut être objectivement caractérisée. C'est ce que révèle l'évolution de la théorie causaliste. Indissociable de la cause, le contrat ne l'est pas de la personne des contractants. Un changement de personnes par rapport à la cause ne saurait donc altérer le contrat. Seule, une modification de la cause même du contrat, qu'elle soit ou non associée à un changement de personnes, provoque sa disparition »*[1271]. Même si l'auteur poursuit sa réflexion en défendant une vision objective de la cause, cette fois-ci, du contrat, nous estimons, à l'instar d'autres auteurs[1272], qu'il est plus juste de parler de cause de l'obligation pour fonder l'aptitude des sûretés personnelles à faire l'objet d'un transfert. Il faut cependant admettre que c'est avec beaucoup de prudence que l'on emploiera la notion de cause depuis l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En effet, le nouvel article 1128 du Code civil[1273] ne fait plus référence ni à l'objet ni à la cause[1274]. Les deux notions sont

---

[1270] On ne peut nier purement et simplement que la créance puisse être susceptible de circuler.

[1271] L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes,* préf. Ph. MALAURIE, Economica, 1986, n° 120.

[1272] H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs),* 3e éd., Dalloz, 1927, n° 5. L'auteur estime que *« c'est une erreur de parler, comme certains auteurs, de la cause du contrat. Il y a là une évidente méprise. La cause d'un contrat, cela ne signifie rien. Il ne peut être question que de cause des obligations assumées par les contractants ».*

[1273] Art. 1128 C. civ. : *« Sont nécessaires à la validité d'un contrat :1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain. »*

[1274] Anciennement, l'article 1108 du Code civil disposait : *« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :-Le consentement de la partie qui s'oblige ; -Sa capacité de contracter ; -Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; -Une cause licite dans l'obligation. »*

remplacées par la référence au contenu. Pour ce qui concerne la cause, notion qui nous intéresse ici, le mot ne figure plus dans les textes, de sorte que le concept disparaît véritablement de Code. Cependant, certaines dispositions du Code, comme celles de l'article 1163[1275], font référence au « but » du contrat, ce qui correspond, au moins, à la cause subjective de l'engagement, en l'occurrence, du garant.

642. En dépit de sa disparition du Code civil, la cause ou en tout cas, le but de l'obligation doit être à même de fonder son aptitude à faire l'objet d'une circulation. Il convient, à présent, de s'intéresser aux moyens qui permettent cette circulation.

b. Le transfert à cause de mort des sûretés personnelles

643. Lorsque la cause du transfert d'une sûreté personnelle est la mort, cette dernière peut naturellement frapper aussi bien le créancier que le garant. Dès lors, même si les solutions sont les mêmes dans les deux cas de figure, il convient d'étudier successivement le transfert à cause de mort de manière active (**α**) et de manière passive (**β**).

α. Le transfert actif à cause de mort des sûretés personnelles

644. Le transfert est actif lorsque vient à décéder le bénéficiaire de la sûreté personnelle constituée. Disposant d'un droit de gage contre le débiteur mais également contre le garant, son patrimoine contient un élément actif en vertu du contrat de sûreté que la loi se charge d'organiser. En réalité, une telle hypothèse ne pose que peu de difficulté : Ce sont les héritiers du créancier bénéficiaire de cette sûreté qui recueillent le droit d'en bénéficier. Ces derniers continuent la personne du *de cujus.* Pour le dire plus simplement, ils sont investis du droit de recevoir le paiement de la créance. Il en va ainsi pour les héritiers du créancier bénéficiant d'un cautionnement, d'une obligation solidaire, d'une délégation imparfaite certaine, d'une garantie autonome[1276] ou encore d'une lettre d'intention.

[1275] Art. 1163 C. civ. : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.*
Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.
La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

[1276] Le régime de la garantie autonome ne s'oppose pas, en principe, à ce transfert : V. en ce sens : A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.*, n° 1404 : « *[…] en l'absence de clause interdisant toute circulation de la garantie, il n'existe sans doute pas d'intuitu personae inhérent à la garantie autonome […] et susceptible de faire,*

645. Étant en présence d'une pluralité de sujets, on ne saurait contourner l'application du régime de l'indivisibilité. Partant, le droit de créance transféré aux héritiers doit, en principe, se diviser entre eux, conformément aux dispositions de l'aliéna 1er de l'article 1320 du Code civil [1277] sauf si une clause d'indivisibilité était stipulée dans le contrat de sûreté. À défaut d'une telle clause, la créance serait exposée à une division entre les cohéritiers comme le commande le texte. Or, une telle situation est susceptible, d'altérer l'efficacité de la sûreté. C'est pourquoi, la stipulation de l'indivisibilité de la créance lors du transfert de la sûreté après le décès du bénéficiaire est, nous semble-t-il, de nature à renforcer le mécanisme de garantie.

646. Lorsque le créancier est une personne morale, le Code civil est encore moins silencieux, du moins en ce qui concerne le contrat de cautionnement. En effet, l'Ordonnance de réforme a été l'occasion pour le législateur de consacrer l'organisation du transfert du cautionnement lorsque la personne morale est créancière, débitrice principale ou caution. S'agissant de la première situation qui, en l'occurrence nous intéresse ici plus particulièrement, elle renvoie à l'hypothèse où une personne morale est bénéficiaire d'un cautionnement. Lorsque survient une fusion, scission ou absorption « *la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers […]* », nous dit le nouvel article 2318 du Code civil. Ainsi, la nouvelle société bénéficiera de la même sûreté, en l'occurrence du cautionnement.

647. Il y a lieu, ici, de préciser que cette nouvelle disposition consacre une nouvelle fois[1278], nous semble-t-il, la nature dualiste de l'obligation de la caution. En effet, le texte précise que la caution n'est, en principe, tenue envers la nouvelle société que des dettes nées antérieurement à l'opération. En effet, la caution « *ne garantit celles nées postérieurement que si elle y a consenti à l'occasion de cette opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance* » précise le texte. Autrement dit, en cas de fusion,

---

à coup sûr, échec à sa survie. En conséquence, sauf stipulation contraire dans la lettre de garantie, la généralité et l'automaticité de la transmission universelle doivent l'emporter : le contrat de garantie autonome demeure entre le garant et l'ayant cause universel du bénéficiaire ».

[1277] Art. 1320 C. civ. : « *Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose […].* »

[1278] L'article 2316 du Code civil avait déjà pris les devants : « *Lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire* ».

scission, absorption, seule l'obligation de règlement est en principe transmise à la nouvelle société, l'obligation de couverture s'éteignant[1279]. Cette innovation formelle résulte, en réalité, de solutions jurisprudentielles déjà bien établies[1280]. C'est le même principe qui s'applique lorsqu'il s'agit d'une personne physique. Ainsi, seul l'aménagement convention est susceptible de permettre la conservation de l'obligation de couverture auquel cas, cette dernière se trouverait transmise en même temps que l'obligation de règlement.

Au-delà du cas particulier du cautionnement, la fusion, scission, absorption entraîne sans difficultés, s'agissant des autres sûretés personnelles, le transfert du mécanisme à la nouvelle société[1281].

648. La survenance d'une disparition de la personne physique ou morale bénéficiaire d'une sûreté personnelle est largement règlementée par le législateur. Dans une telle hypothèse, le bénéfice de la sûreté est transféré aux héritiers (ou à la nouvelle société lorsqu'il s'agit de personne morale). Pour être plus précis, seule l'obligation de règlement fait l'objet d'un transfert automatique. L'obligation de couverture prend fin à la disparition du créancier. Toutefois, cette dernière peut faire l'objet d'une continuation au-delà de la disparition si une telle clause était prévue entre les parties ou si le garant y consent postérieurement. S'agissant du transfert passif à cause de mort des sûretés personnelles, la solution est *mutatis mutandis* identique.

β. Le transfert passif à cause de mort des sûretés personnelles

649. Lorsqu'il est envisagé passivement, le transfert permet la circulation de la sûreté personnelle suite au décès (ou la disparition de la personnalité morale) du débiteur principal dans le cautionnement, du donneur d'ordre dans la garantie personnelle, du

[1279] V. par exemple, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 219 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 701.

[1280] À titre d'exemple en cas de fusion absorption de la société créancière: Cass. com., 25 oct.1983, n° 82-13.358 : Bull. civ. IV, n° 274 ; Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-14.305, *JCP* G 2008, I, 211, obs. Ph. SIMLER, *RD bancaire et fin.* 2008, n° 4, p. 50, obs. A. CERLES ; Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-10.719, *JCP* G 2009, n° 48, 492, obs. Ph. SIMLER, *RD bancaire et fin.* 2009, n° 6, p. 56, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-21.896, *RLDC* 2011/11, p. 87, obs. J.-J. ANSAULT.

[1281] Par exemple V. A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.*, n° 1402 et s., à propos de la garantie autonome.

délégant dans la délégation imparfaite certaine ou encore du conforté dans la lettre d'intention.

650. À l'instar du cas du décès du créancier, la dette est transmise aux héritiers demeure à leur charge[1282]. En effet, l'article 2317 du Code civil, nouvellement consacré par le législateur à la faveur de l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 est encore plus explicite que l'ancien texte[1283]. Selon le texte, « *Les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Le législateur, nous semble-t-il, a fait le choix, en consacrant cette disposition, de focaliser l'attention sur les dettes concernées par le transfert aux héritiers plutôt qu'au principe même de transmission aux héritiers qui est, ici, entendu implicitement. En effet, le décès du garant marque le terme de l'obligation de couverture. En clair, les héritiers ne sont tenus que des dettes nées antérieurement au décès du *de cujus ;* et cette règle, contrairement au transfert actif, n'est pas supplétive de volonté puisque « *toute clause contraire est réputée non écrite* », nous dit le texte. Ainsi, les dettes qui pourraient naître après le décès ne sauraient être supportées par les héritiers[1284]. La consécration de cette disposition est le fruit d'une évolution jurisprudentielle[1285] qui s'est soldée par une interprétation plus souple de l'ancien article 2294 du Code civil. Dans cette décision notable, dont la substance est reprise par le nouvel article 2317, la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 29 juin 1982[1286] a opéré un revirement en retenant dans l'espèce soumise à son autorité que « *aucune dette n'existait à la charge du débiteur principal au décès de M. Ernault (la caution) […] qui n'était pas tenu à cette dette* » puis en ajoutant qu'elle « *ne pouvait transmettre l'engagement à ses héritiers pour des dettes*

[1282] V. par exemple : Ph. SIMLER, *op. cit.* n° 701 et s. en matière de cautionnement et n° 872 en matière de garantie autonome.

[1283] Il faut dire que l'ancienne disposition de l'article 2294 ne faisait pas preuve de suffisamment de clarté. Il disposait : « *Les engagements des cautions passent à leurs héritiers si l'engagement était tel que la caution u fût obligée* ».

[1284] Bien entendu, lorsque la dette née postérieurement au décès est rattachable à une dette antérieure, la couverture perdure. On peut, en effet, aisément imaginer qu'en dette non payée continue après le décès à faire naître des pénalités de retard. En l'occurrence, il ne s'agit pas d'une nouvelle dette puisque dans une telle hypothèse, le créancier sera en mesure d'établir le lien originel avec la dette née antérieurement au décès du garant.

[1285] La Cour de cassation avait dans un premier temps estimé que les héritiers de la caution étaient tenus de payer les dettes nées postérieurement à son décès : V. par exemple, Cass. com., 14 nov. 1966, *Bull. civ.* IV, n° 427, *RTD civ.* 1967, p. 627, obs. CHEVALLIER.

[1286] Cass. com., 29 juin 1982, *Bull. civ.* IV, n° 258.

nées postérieurement ». En l'absence d'un nouvel engagement entre les héritiers de la caution et le créancier, l'obligation de couverture ne peut faire l'objet d'une conservation. Elle s'éteint en même temps que la personnalité de la caution, dont le patrimoine est gelé à son décès.

651. Pour ce qui concerne les personnes morales, le législateur fait preuve d'autant de clarté. En effet, l'alinéa 2 du nouvel article 2318 précité prévoit qu'*« En cas de dissolution de la personne morale caution pour l'une des causes indiquées au premier alinéa (fusion, scission ou absorption), toutes les obligations issues du cautionnement sont transmise ».* Opportunément, le législateur se saisi du sort du cautionnement en cas de dissolution de la personne morale. Il s'agit là également de la consécration de solutions jurisprudentielles[1287]. La nouvelle société ne sera tenue que des dettes nées antérieurement à la dissolution.

652. De manière opportune, l'Ordonnance de réforme a été l'occasion de consacrer nombre de solutions jurisprudentielles relatives au transfert à cause de mort des sûretés personnelles. Que ce transfert soit envisagé activement ou passivement, la solution est identique : un transfert s'opère aux héritiers (ou à la nouvelle société). Activement, seule l'obligation de règlement est transmise avec la faculté pour les parties d'y déroger. Passivement, seule l'obligation de règlement est transmise sans que les parties puissent déroger à cette règle. La seule possibilité pour elles de conserver l'obligation de couverture serait de constituer un nouvel engagement.

c. Le transfert entre vifs des sûretés personnelles

653. Le transfert entre vifs est celui dont les effets juridiques se produisent du vivant même de ses auteurs[1288]. En droit français, ce transfert est organisé par la loi grâce au mécanisme de la cession. Comme pour le transfert à cause de mort, cette cession n'échappe pas à la dichotomie active (**α**) et passive (**β**) de la circulation.

[1287] V. par exemple : Cass. com., 25 oct. 1983, n° 82-13.358 : *Bull. civ.* IV, n° 274.
[1288] V. G. CORNU, *op. cit.*, V° VIF.

α. La cession active entre vifs des sûretés personnelles

654. C'est assez rapidement qu'est apparue, en France, la cession de créance[1289]. On retrouve ses traces dans les écrits de DOMAT qui considérait déjà que le transport de la créance est une véritable cession qui entraîne la subrogation aux hypothèques[1290]. POTHIER va également consacrer des développements au transport des créances[1291]. Pour l'auteur, la transmission active des créances est impossible en raison de la « *subtilité du droit* ». Cependant, il met en lumière une forme nouvelle du mandat : le mandat pour son propre compte. C'est l'effet de cette figure qui constituerait, nous dit POTHIER, un véritable transport-cession. C'est bien cette idée qui va fonder le socle de base de la cession de créance consacrée en 1804, par les articles 1689 et suivants dans le Code civil. En réalité, ce n'est que la codification qui sépare le transport de la créance de l'idée de mandat[1292], de sorte que jusqu'au milieu du XIXe siècle, de nombreux auteurs rapprochaient encore la cession de créance au mandat[1293]. Dès lors que la cession de créance était admise, le transfert des sûretés garantissant celle-ci s'en trouvait déduit.

655. L'Ordonnance de réforme n° 2016-131 du 10 février 2016 a opéré une évolution majeure en ce qui concerne la cession de contrat. En effet, bien que ponctuellement reconnue par le législateur, aucune théorie générale de la cession de contrat, née des besoins de la pratique des entreprises, n'existait dans le code civil. Traduisant le souhait du législateur de moderniser le droit des contrats en s'inspirant des apports de la pratique, la cession de contrat fut son entrée dans le code civil. L'Ordonnance consacre une conception unitaire de la cession de contrat, qui n'est pas la simple adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance, mais qui a pour objet de

---

[1289] Pour certains auteurs, son apparition remonte au XIIe siècle, V. R.-M. RAMPELBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats,* LGDJ, 2005, p. 166 et s.

[1290] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus,* N. GOSSELIN, 1723, livre I, titre I, section IV, II.

[1291] M. SIFFREIN, *Œuvre de POTHIER, t. 3, Traités du contrat de vente et des retraits,* Didot, 1821, n° 551, p. 329.

[1292] V. par exemple, J.-E.-M. PORTALIS, « *Présentation au corps législatif* », P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris, 1827, p. 149 : « *Indépendamment des choses mobilières et immobilières, il est une troisième espèce de biens, celles des créances et autres droits incorporels. Cette espèce de biens est de la création de l'homme ; elle est l'ouvrage de nos mains ; elle est dans le commerce comme tous les autres biens. Elle est conséquemment susceptible d'être vendue, cédée et transportée* ».

[1293] Par exemple, R.-T. TROPLONG, *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente, Des privilèges et hypothèques,* t. I, Ch. HINGRAY, 4e éd., 1845, n° 340, p. 524.

permettre le remplacement d'une des parties au contrat par un tiers, sans rupture du lien contractuel.

C'est donc dans la figure de la cession de créance que la cession active d'une obligation trouve sa meilleure illustration. Selon l'alinéa 1er de l'article 1321 du Code civil, « *La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire* ». Pour le dire autrement, le créancier cède au cessionnaire son droit à l'égard du débiteur, de recevoir une prestation ou plusieurs prestations « *présentes ou futures, déterminées ou déterminables* »[1294]. Sauf clause contraire, « *le consentement du débiteur n'est pas requis* »[1295]. Bien entendu, le cédé conserve le droit d'opposer au cessionnaire les exceptions personnelles en sus de celles inhérentes à la dette[1296] dans la mesure où cette dernière est due en vertu du lien qui l'unissait au cédant, dont elle est indissociable. Comme sous le régime des anciennes dispositions[1297], la cession de créance « *s'étend aux accessoires de la créance* » nous dit l'alinéa 3 de l'article 1321 précité. C'est cette conception du caractère accessoire de la sûreté par rapport à la créance qui fonde la cession. Cependant, elle ne lui sera opposable « *que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte* »[1298]. À ce stade, donc, le transfert des sûretés personnelles est rendu possible grâce au mécanisme de la cession de créance, qui fait passer la garantie en même temps que la créance, en raison du caractère accessoire, du patrimoine d'une personne à une autre.

656. Quant aux tiers, la cession leur est opposable à la date de l'acte[1299]. La question de l'opposabilité aux tiers soulève naturellement la question de l'information du garant personnel. Faut-il comprendre, selon les dispositions en vigueur, que l'information du débiteur principal suffit pour que la cession soit opposable au garant

---

1294 Art. 1321 C. civ., al. 2.

1295 Art. 1321 C. civ., al. 4.

1296 Art. 1324 C. civ., al 2 : « *Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes* ».

1297 Anc. Art. 1692 C. civ. : la vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque ».

1298 Art. 1324 C. civ., al. 1er.

1299 Art. 1323 C. civ., al. 2.

personnel ? Disons-le autrement, le garant doit-il avoir connaissance de la cession de créance pour que cette dernière lui soit opposable ?

Dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 juin 1992[1300], le débiteur cédé et les cautions avaient été informés de la cession de créance. La Cour de cassation avait retenu que la cession leur était opposable alors même que les formalités prévues à l'ancien article 1690[1301] (article 1323 et 1324) du Code civil n'avaient pas été respectées. Pour trouver une justification à cette solution, un auteur[1302] a soutenu l'argument selon lequel l'information du débiteur principal est, en tout cas, indifférent à la situation de la caution. Pour l'auteur, l'identité du créancier leur est indifférente. Cette position est d'ailleurs soutenue par la jurisprudence qui considère que *« elles (les cautions) n'ont aucun intérêt à se prévaloir du non-respect des formalités de l'article 1690 du Code civil [1303]»*. Toujours pour cet auteur, l'information de la caution ne serait même pas nécessaire puisque cette connaissance ne changerait rien en son obligation accessoire à celle du débiteur principal, étant entendu que la cession devait être opposable à ce dernier.

Ce propos doit, nous semble-t-il, être nuancé. En effet, s'il est vrai que l'information du garant ne change rien à la consistance de son obligation, une telle absence est susceptible d'entraîner une conséquence importante : tant qu'il n'a pas connaissance du transfert de créance, il peut se libérer valablement entre les mains du cédant de la créance.

657. En conclusion, l'information du garant n'est pas indispensable. En effet, il n'est certainement pas libéré s'il n'est pas informé du transfert de la créance. Par contre, l'information du garant est utile, parce qu'elle l'empêche de se libérer entre les mains d'une autre personne que le cessionnaire.

[1300] Cass. com., 9 juin 1992, n° 89-19.862 : *Banque* 1992, p. 950, obs. L.-L. RIVES-LANGE ; *D*. 1994, IR p. 323, obs. M. VASSEUR.

[1301] Art. 1690 C. civ. : *« Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. »*

[1302] L.-L. RIVES-LANGE, obs. sous Cass. com., 9 juin 1992, n° 89-19.862 : *Banque* 1992, p. 950.

[1303] Cass. civ., 4 déc. 1985, n° 84-12.737, *Bull. civ.* I, n° 336, p. 302 : *RTD civ.* 1986, p. 750, obs. J. MESTRE.

658. Ces principes valent également, nous semble-t-il, en cas de cession de contrat[1304]. Pourtant, dans un arrêt remarqué en date du 26 octobre 1999[1305], la chambre commerciale de la Cour de cassation avait réprouvé cette analyse à l'occasion d'une espèce où un immeuble loué avait été vendu. Le bail ayant été transmis au nouvel acquéreur conformément à l'article 1743 du Code civil, le cessionnaire avait poursuivi la caution d'un des locataires pour le paiement des loyers échus postérieurement à la vente. La haute juridiction avait rejeté le transfert du cautionnement en même temps que la vente de l'immeuble au motif que la Cour d'appel avait violé l'ancien article 2292 (art. 2294) du Code civil, estimant qu' « *à défaut de manifestation de volonté de la part de la caution de s'engager encres le nouveau bailleur, le cautionnement souscrit au profit (du bailleur initial) ne pouvait être étendu en faveur (du nouveau)* ». La Cour d'appel de renvoi ne s'étant pas inclinée, l'Assemblée plénière dut se réunir. Dans un arrêt en date du 6 décembre 2004[1306], la Cour de cassation a retenu une solution plus orthodoxe : *en cas de vente de l'immeuble donnée à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil* ». Cela signifie que la caution demeure tenue de la créance de loyers, qui, par hypothèse, est née antérieurement à la cession. En revanche, si le bail venait à être renouvelé à l'égard du nouveau propriétaire, un nouvel accord serait nécessaire.

659. Notons toutefois que l'alinéa 4 de l'article 2321 du Code civil relatif à la garantie autonome, issu de la réforme de 2006 et reproduit à l'identique par celle de 2021, prévoit que « *sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* ». Pourtant la jurisprudence avait retenu exactement la solution inverse antérieurement à l'Ordonnance de 2006. D'abord dans un arrêt du 21 octobre 2004[1307], où la Cour de cassation avait décidé que « *l'autonomie de la garantie financière des courtiers […], tendant à la sauvegarde des intérêts de l'assuré qui en est le bénéficiaire, ne fait pas obstacle à la transmission par celui-ci, par l'effet d'une cession ou d'une subrogation, du droit issu de cette*

[1304] Dans une telle hypothèse, c'est la qualité de partie au contrat qui est transférée.
[1305] Cass. com., 26 oct. 1999 : *Bull. civ.* 1999, IV, n° 184 ; *D.* 2000, p. 224, note L. AYNÈS.
[1306] Cass., ass. plén., 6 déc. 2004, n° 03-10.713 ; *JCP G* 2005, II, 10010, note S. PIEDELIÈVRE.
[1307] Cass. 2e civ., 21 oct. 2004, *Bull. civ.*, II, n° 464 ; *D.* 2005, p. 692, note S. CABRILLAC.

garantie ». Puis à l'occasion d'un arrêt du 19 décembre 2006[1308] où la Chambre commerciale a estimé que la garantie autonome se transmettait avec le prêt garanti en cas d'apport partiel d'actif dès lors qu'elle se rattachait à la branche d'activité apportée. Plus récemment, la chambre commerciale a considéré, dans une décision du 31 janvier 2017, que lorsque survenait une scission du bénéficiaire, la garantie autonome ne se transmettait pas[1309]. L'apport de ces solutions jurisprudentielles est clair : sauf stipulation contraire, la garantie autonome se transmet avec la créance du bénéficiaire contre le donneur d'ordre. La matière n'est pas exclusive des règles du droit commun de la cession de créance[1310]. Comment expliquer alors le revirement opéré par le législateur à l'occasion de la réforme de 2006[1311] ?

660. À propos de cette question, les auteurs ne partagent pas le même avis. Pour certains, la relation entre le créancier et le garant n'est pas marquée par l'*intuitu personae* de sorte qu'un changement de créancier serait sans incidence du point de vue du garant[1312]. Pour d'autres, le principe de l'intransmissibilité du texte ne trouve justification seulement que pour les garanties à première demande pure et simple[1313]. Pour ce qui concerne les garanties moins sévères, le principe manquerait de justification.

Le fait est que l'autonomie caractéristique de cette catégorie de sûreté ainsi que l'influence de *l'intuitu personae* posent nécessairement la question de son aptitude à faire l'objet d'une transmission. En réalité nous pensons qu'il ne s'agit là que d'obstacles apparents.

D'une part, concernant le caractère autonome, l'indépendance de la garantie autonome par rapport au contrat de base doit être nuancée. En réalité, l'autonomie de cette

---

[1308] Cas.. com., 19 déc. 2006, n° 05-18.836 ; *JCP* G 2007, I 158, n° 4, obs. Ph. SIMLER.

[1309] Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-19.158, n° 15-19.174 ; *AJ Contrat* 2017. 190, obs. N. BORGA; *RLDC* 2017, p. 22, note M. BERAU, B. FOURNIER ; Banque et droit, 2017, n° 172, p. 81, obs. N. RONTCHEVSKY; *JCP* 2017. 310, note Ph. SIMLER.

[1310] CA CAEN, 8 juin 2006, Juris-Data, n° 2006-339111.

[1311] Avant donc la réforme de 2006, la jurisprudence posait comme principe la transmissibilité de la garantie autonome. Depuis 2006, l'article 2321, al. 4, prévoit que sauf clause contraire, la garantie autonome ne suit pas l'obligation garantie.

[1312] V. A. LECOURT, *« Transmission universelle du patrimoine et garanties : faut-il revenir sur l'influence de l'intuitu personae ? »*, *RTD com*. 2017, p. 633 ; dans le même sens : R. LIBCHABER, *« Retour sur l'autonomie prétendue de la garantie à première demande »*, RDC 2017 n° 114, p. 253.

[1313] P. CROCQ, *« Le principe d'intransmissibilité de la garantie autonome s'applique également en cas de scission de la société bénéficiaire », RTD civ*. 2017, p. 451.

garantie ne se manifeste par l'inopposabilité des exceptions tenant à l'obligation garantie au moment de l'appel en paiement[1314], sauf en cas d'abus ou de fraude[1315]. Ainsi, l'autonomie du mécanisme est attachée à la seule obligation de règlement, autrement dit, à l'exécution de la sûreté[1316]. La fonction de garantie objet de toute sûreté entraîne nécessairement un lien accessoire puisque le paiement du garant libère le débiteur. On ne peut donc pas affirmer qu'il n'existerait aucun lien entre le contrat de garantie et le contrat de base. L'indépendance ne concerne que la phase de réalisation de la sûreté et non le fondement de l'obligation garantie. Partant, l'indépendance ne fait pas obstacle à l'aptitude d'une garantie autonome à pouvoir être transmise.

D'autre part, *l'intuitu personae* aurait pu constituer un argument solide pour s'opposer à la circulation du mécanisme puisque le garant autonome n'est, après tout, qu'un tiers au contrat de base entre le débiteur et le créancier. Pourtant lorsque l'on décortique à *minima* l'opération tripartite, on se rend compte que seul le rapport entre le garant et le débiteur revêt un intérêt en ce qui concerne la considération de leur personne. En effet, la considération de la personne du bénéficiaire n'a aucune importance du point de vue du garant autonome. Par contre, il en est autrement s'agissant de celle du débiteur donneur d'ordre. Il est la cause de son engagement dans l'opération en raison soit de leurs liens personnels ou d'affaires ou même en vue de la rémunération qu'il recevra de ce dernier. Ainsi, le changement de bénéficiaire lui étant indifférent, la transmission devrait pleinement s'appliquer en matière de garantie autonome.

Si le caractère autonome, pas plus que l'*intuitu personae,* ne peuvent faire obstacle à la transmissibilité, le droit issu de la garantie autonome devrait naturellement suivre la créance dont il fait partie intégrante.

[1314] Art. 2321, al. 3 C. civ.

[1315] Art. 2321, al. 2 C. civ.

[1316] Ce que souligne d'ailleurs R. LIBCHABER, qui rappelle qu'originellement, *« l'autonomie n'était conçue que comme une application particulière de l'inopposabilité des exceptions […], le garant devait commencer par payer, avant d'agir en revendication si son paiement avait été dépourvu de justification. Mais le terme d'autonomie fut progressivement entendu dans une signification plus forte, en opposition systématique à l'idée d'accessoire : exactement comme s'il ne pouvait y avoir aucun lien entre l'obligation garantie et sa sûreté. […].* Or, toujours selon l'auteur, *« une sûreté ne peut jamais être autonome, dans une acception tant soit peu fondamentale : par sa nature même, elle se réfère à l'obligation dont elle est censée assurer le paiement. Au mieux, elle est susceptible de ne pas suivre le régime de l'obligation garantie – dont elle demeure néanmoins l'accessoire » ;* V. R. LIBCHABER, *« Retour sur l'autonomie prétendue de la garantie à première demande »*, RDC 2017 n° 114, p. 253.

661. L'ensemble de ces principes s'appliquent également à toutes les autres sûretés personnelles, comme les lettres d'intention. Il convient à présent d'examiner le versant passif de la cession des sûretés personnelles.

β. La cession passive entre vifs des sûretés personnelles

662. La cession passive d'une obligation renvoie à la très controversée cession de dette, par laquelle un débiteur (le cédant), cède sa dette à l'égard d'un créancier (le cédé) à un nouveau débiteur (le cessionnaire)[1317]. Pour le dire plus simplement, il s'opère un changement de débiteur qui n'est, en principe, pas novatoire. À l'exception des mécanismes semblables permettant d'arriver à un résultat similaire[1318], la possibilité d'une telle opération en droit français a pendant longtemps été privée d'une consécration légale. Pourtant, ce n'était pas faute d'y avoir sa place puisqu' « *aucune disposition du Code civil n'interdit la succession à titre particulier aux dettes d'autrui* [1319]». En principe, rien ne s'opposait à ce que les parties construisent elles-mêmes une opération sur le modèle de la reprise de dette qui nécessite l'accord entre l'ancien débiteur et le nouveau, avec l'assentiment du créancier[1320]. D'ailleurs, on pouvait relever, au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation quelques rares références à la cession de dette. Dans un arrêt du 10 février 1975[1321], la Chambre commerciale décidait que « *la cession de dette n'a […] pu se réaliser en raison de l'opposition du créancier* ». Plus récemment, la Chambre commerciale cassait un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse qui avait retenu la responsabilité du cessionnaire d'un fonds de commerce « *sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si l'acte de cession prévoyait en particulier la cession des dettes* »[1322]. Il a fallu attendre l'Ordonnance de réforme du 10 février 2016 pour enfin voir la cession de dette intégrer le Code civil français. Le régime de la cession de dette est régi par les articles 1327 à 1328-1 du Code civil. Il s'agit d'un

---

[1317] V. L. AYNÈS, thèse préc., n° 36 et s.
[1318] Au titre des solutions de substitution à la cession de dette, les auteurs F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE évoquent l'engagement d'un tiers envers le débiteur à payer sa dette, la stipulation pour autrui et la délégation (parfaite et imparfaite), V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.,* n° 1306.
[1319] G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil,* t. XIV, *Des obligations,* t. III, Sirey, 3e éd., 1908, n° 1766.
[1320] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif, op. cit.,* n° 830.
[1321] Cass. com., 10 févr. 1975, n° 73-12.442, *Bull. civ.* IV, n° 38.
[1322] Cass. com., 17 déc. 2002, n° 99-18.669.

apport majeur de la réforme car c'est, *a priori*[1323], la cession directe de dette qui est reconnue par le Code civil. Intéressons-nous à présent à son régime juridique.

663. Sans même donner la définition de ce mécanisme nouvellement consacré, le législateur amorce son traitement par ce qui, semble-t-il, constitue l'axe névralgique de la cession de dette : aux termes de l'article 1327, « *Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette* ». En effet, cette disposition, que certains auteurs qualifient de *laconique*[1324], subordonne la validité de la cession de dette au consentement du créancier. Pourtant, ce premier consentement à la cession ne semble pas suffire à libérer le débiteur originaire puisque l'article 1327-2 précise que « *Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette* ». En clair, pour qu'il y ait véritablement cession de dette parfaite, c'est-à-dire substitution de débiteur, il faut un double consentement[1325] : le créancier doit non seulement consentir à la cession, mais également à libérer le débiteur originaire. Le cas échéant, la cession ne produira aucun effet translatif puisque le débiteur originaire restera solidairement tenu à la dette. Après avoir distingué entre la cession parfaite et la cession imparfaite, il convient à présent de s'intéresser au sort des sûretés.

664. Le régime de la nouvelle cession de dette renvoie à deux cas de figure dont seulement l'une nous intéresse dans le cadre de l'étude du sort des sûretés et, corrélativement, de leur aptitude à être transférées. Nous soulignions tantôt l'exigence d'un double consentement du créancier pour qu'il y ait cession translative de dette ; mais si le débiteur originaire ne parvient à obtenir que le premier consentement du créancier, c'est-à-dire celui autorisant la cession, il demeurera « *tenu solidairement au paiement de la dette*[1326] ». Dès lors, aucun changement ne s'opère du point de vue du tiers garant : Il s'est porté garant pour un débiteur qui demeure tenu de la même dette, la défaillance de ce dernier rend exigible la dette à son égard. La seule différence notable est l'adjonction d'un nouveau débiteur à ce rapport d'obligation

[1323] En réalité, le régime de la cession de dette consacré par la réforme est critiquable à bien des égards, de sorte que son apport est jugé infime par rapport aux mécanismes déjà existant.
[1324] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNÈRE, *Droit civil, Les obligations,* 18e éd., SIREY, 2022-2023, n° 497.
[1325] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNÈRE, *op. cit. ibis idem.*
[1326] Art. 1327-2 C. civ.

originellement tripartite. En somme, dans cette hypothèse aucun transfert de sûreté ne s'opère car la cession de dette est imparfaite, le créancier n'ayant consentie seulement qu'à la cession.

665. Maintenant, envisageons l'hypothèse où le débiteur cédant parvient à obtenir le second consentement du créancier, c'est-à-dire celui autorisant la substitution entre le débiteur originaire et le nouveau débiteur. Dans ce cas, « *le débiteur originaire est libéré pour l'avenir* », nous dit l'article 1327-2. Il y a cession de dette parfaite. Un débiteur est remplacé par un autre débiteur dans l'opération contractuelle. La cession a cette fois-ci une incidence sur la situation du garant puisque celui pour lequel il s'est porté garant s'est retiré de l'opération contractuelle. Dans un tel cas de figure, le législateur a envisagé deux hypothèses : soit le tiers garant consent à maintenir son engagement en dépit du changement de débiteur, auquel cas un transfert de sûreté s'opère ; soit le tiers garant refuse de garantir la dette du débiteur cessionnaire, auquel cas il sera libéré, comme le débiteur originaire, de son engagement envers le créancier qui perdra dès lors sa sûreté[1327].

666. C'est, naturellement, l'hypothèse de la cession pure et simple de la dette conjuguée à l'acceptation du tiers garant de se maintenir dans l'opération qui nous intéresse particulièrement ici. Ce n'est que dans ce cas de figure qu'il y a, à proprement parlé, une conservation de l'obligation de couverture et de règlement en faveur du créancier. En effet, il y a lieu de s'attarder sur le fondement qui justifie le maintien du garant personnel alors même que le débiteur originaire n'est plus partie au contrat. L'article 1328-1 ne semble pas inviter les parties à constituer un nouvel engagement de garantie, le consentement écrit du garant à se maintenir dans l'opération semble suffire. Que faire alors de la place prééminente de l'*intuitu personae* dans les sûretés personnelles ?

667. Si l'on prend par exemple le contrat de cautionnement, on retient généralement que le débiteur principal a une importance particulière pour la caution. Donc, en cas de changement de débiteur, la caution devrait être libérée automatiquement pour l'avenir. C'est d'ailleurs ce que prévoit le régime de la cession de dette comme nous venons de le voir. Son maintien au titre de l'engagement contractuel initial se justifie-

[1327] Bien entendu, il pourra toujours en demander une au débiteur cessionnaire.

t-il juridiquement ? Pour SALEILLES, tout dépend de la nature de l'engagement de la caution. S'agit-il toujours du service d'amis du droit romain qui justifierait naturellement que la caution refuse de se maintenir dans l'opération en cas de changement de débiteur, ou bien s'agit-il d'un engagement au vu d'une dette qu'elle entend garantir quelle que soit la personne concernée[1328] ? Le sort de l'engagement dépendrait alors de la prise en compte de la personne du débiteur pour la détermination de la dette. Si la modification de l'obligation résultant de la reprise de la dette aggrave l'engagement de la caution, il ne fera pas de doute que celle-ci ne se maintiendra pas au contrat. Il en sera ainsi, par exemple, si les facultés du débiteur nouveau de rembourser la dette ne sont pas les mêmes que celles du débiteur originaire. S'il n'y a pas d'aggravation, on peut, dans une certaine mesure, concevoir que le garant veuille continuer à garantir la dette. Car, *in fine,* est-ce la personne qui est garantie ou bien la dette ? Avant la réforme du 15 septembre 2021, la formule employée par l'ancien article 2288 était pour le moins explicite : « *celui qui se rend* ***caution d'une obligation*** *se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation […]* ». À partir de ce texte on pouvait affirmer avec certitude que c'était bien une dette, plus qu'une personne, que le garant garantissait. Le nouvel article 2288 est moins parlant en ce sens, puisqu'il évoque une obligation « *envers le créancier à payer* ***la dette du débiteur*** *[…]* ». En tout état de cause, la personnalité du débiteur n'est pas exclusive de l'engagement de la caution, de sorte que même si en pratique, le plus souvent la cession de dette entraînera la perte de la sûreté – le consentement du garant étant obligatoire – théoriquement, le cas de figure d'un maintien reste possible.

668. Nous pensons que cette démonstration gouverne l'ensemble des sûretés personnelles. La conservation de l'obligation de couverture et de règlement exigera systématiquement le consentement du garant personnel en cas de cession de dette. À défaut, le créancier perdra le bénéfice de la garantie. Il pourra néanmoins exiger du débiteur cessionnaire une nouvelle sûreté.

[1328] R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation…, op. cit.,* n° 108.

669. En définitive, la nature des sûretés personnelles n'est en rien un frein à leur aptitude pour circuler. La cause, ou pour être précis, le but de l'obligation constitue le fondement de leur transfert. Lorsqu'il y a transfert à cause de mort, la solution est identique que celui-ci soit envisagé activement ou passivement : seule l'obligation de règlement est transférée aux héritiers (ou à la nouvelle société)[1329]. Mais lorsqu'il s'agit d'un transfert entre vifs, la solution diffère selon qu'il s'agisse d'un transfert actif ou d'un transfert passif ; activement, le caractère accessoire de sûreté à la créance permet le transfert, à la fois de l'obligation de couverture et de règlement, qui devient opposable au garant dès lors que la cession est notifiée au débiteur principal. Passivement, aucun transfert automatique ne s'opère. Le consentement écrit du garant personnel est exigé par la loi qui règlement dorénavant le mécanisme. La cession de dette fait, en principe, perdre au créancier l'obligation de couverture et de règlement, sauf si le garant personnel consent par écrit à se maintenir dans le contrat.

670. Finalement, ce n'est que de manière incidente que le législateur organise la conservation des sûretés personnelles. En effet, l'essentiel des moyens que nous avons pu identifier, n'ont pas pour fonction première la conservation, en tant que telle, des sûretés personnelles. Il en est ainsi de l'action paulienne, de l'action oblique ou encore des obligations d'information pesant sur le créancier dont l'accomplissement lui assure la couverture et le règlement des accessoires de la dette. Quant aux hypothèses de transfert que nous avons étudiées, la sûreté n'est *in fine* transmise qu'en raison de son caractère accessoire à l'objet réel de l'opération[1330]. En réalité, la nature singulière

---

[1329] La seule nuance est que, activement les parties peuvent déroger à la règle, alors que passivement, elles n'en n'ont pas la possibilité.

[1330] Il faut toutefois reconnaître qu'à côté de la cession de créance de droit commun, de nouvelles cessions de créances simplifiées sont apparues en dehors du Code civil. Il s'agit essentiellement du transfert des sûretés expressément prévu et règlementé aux articles L. 214-169 IV et L. 313-27 du Code monétaire et financier :

Art. L. 214-169 IV C. mon. fin. : « *Dans les conditions définies par son règlement ou ses statuts et sous réserve respectivement de l'application de l'article L. 214-177 et de l'article L. 214-183, l'organisme ou, le cas échéant, ses compartiments peuvent céder ou transférer les créances qu'ils acquièrent et les éléments d'actif qu'ils détiennent et dénouer ou liquider les contrats constituant des instruments financiers à terme.*

Les éléments d'actif et de passif d'un compartiment peuvent être cédés ou transférés à un autre compartiment du même organisme conformément et en application du premier alinéa. »

Art. L. 313-27 C. mon. fin. : « *La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs.*

de l'effet produit par les sûretés personnelles pendant leur existence laisse peu de place pour que le législateur consacre véritablement des mécanismes dédiés à la conservation. Dès lors, ce sont les parties qui, nous semble-t-il, sont à même d'organiser, comme il se doit, la conservation.

§2. UNE CONSERVATION PRINCIPALEMENT ORGANISÉE PAR LES PARTIES

671. L'organisation légale de la conservation des sûretés personnelles, comme nous avons pu le constater, ne s'effectue qu'incidemment. Partant, à chaque fois que la loi ne l'interdit pas, les parties sont, en principe, libres, soit d'aménager les moyens de conservation légaux (**A**) soit de procéder à des montages pour préserver au mieux leurs intérêts (**B**).

A. L'AMÉNAGEMENT DES MOYENS DE CONSERVATION LÉGAUX

672. Plusieurs raisons peuvent justifier l'organisation du transfert des sûretés par les parties. D'une part, il possible que la sûreté personnelle ne soit pas transférée automatiquement. Cela est par exemple le cas des sûretés non accessoires comme la garantie autonome[1331]. D'autre part, et c'est cela qui fera l'objet des présents développements, il est possible qu'un tel aménagement soit justifié par des circonstances particulières propres à la volonté des parties. C'est pourquoi, bien qu'organisés par le législateur, certains mécanismes permettant la conservation sont

A compter de cette date, le client de l'établissement de crédit ou de la société de financement ou du FIA mentionné à l'article L. 313-23 bénéficiaire du bordereau ne peut, sans l'accord de cet établissement ou de cette société ou de ce FIA, modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par ce bordereau.
La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité.
En cas de contestation de la date portée sur le bordereau, l'établissement de crédit ou la société de financement ou le FIA mentionné à l'article L. 313-23 rapporte, par tous moyens, l'exactitude de celle-ci. »

[1331] Art. 2321 al. 4 C. civ. : « *sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* ».

librement aménageables par les parties (**1**) tandis que d'autres sont proscrits à tout aménagement (**2**).

1. Les aménagements libres

673. Jusqu'ici, le transfert des sûretés personnelles n'a été rendu possible qu'en raison du caractère accessoire du mécanisme par rapport à la créance. Pourtant, rien ne s'oppose à ce que les parties opèrent le transfert d'une sûreté personnelle à titre principal (**a**), de même qu'elles peuvent, si elles le souhaitent, procéder à la substitution par une autre (**b**).

a. Le transfert d'une sûreté personnelle à titre principal

674. En acceptant de se porter garant, le tiers s'engage à garantir le paiement de la dette du débiteur et non la personne du débiteur. Nous l'avons déjà évoqué[1332], hormis l'engagement motivé exclusivement par le fameux « service d'amis », l'appréciation de la personnalité du débiteur n'intéressera le garant qu'au regard de ses facultés de remboursement. Ainsi, la situation financière du débiteur principal a tendance à être le critère déterminant pour le garant dans l'opération. Il faut d'ailleurs rajouter que dans le cadre des opérations de financement, le garant est bien souvent rémunéré par une commission pour son engagement envers le créancier[1333] ; ce qui nous éloigne encore plus de la volonté de rendre service à un ami, fondant originellement le cautionnement à titre d'exemple.

675. Du point de vue du créancier, le critère financier domine autant. Sa crainte est de se retrouver face à un garant insolvable en plus du débiteur principal. Lorsque le débiteur lui proposera un garant, son regard se portera avant tout sur la solvabilité de ce dernier par rapport à la dette principale.

676. S'agissant du débiteur, son intérêt ne réside que dans l'obtention du crédit. La personne du garant lui importe peu. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent, pour une raison ou une autre, de transférer à titre principal la sûreté personnelle. Bien évidemment cette opération nécessitera le consentement écrit des

---

[1332] V. *supra* n° 667.

[1333] V. G. PIETTE, *« Le cautionnement », Rép. civ. Dalloz,* n° 32, à propos du cautionnement bancaire ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* n° 336 et 337 ; M. SORCK, *JCl.* Notarial Répertoire, Fasc. 7-2 : Contrat – Effets du contrat à l'égard des tiers – Porte-fort, n° 51, à propos de la garantie autonome.

trois parties en application de l'article 2294 du Code civil s'il s'agit d'un cautionnement. La règle devrait s'appliquer indifféremment aux autres sûretés personnelles.

677. Le transfert à titre principal des sûretés personnelles est, nous semble-t-il, le moyen qui présente le plus d'intérêt pour l'ensemble des parties. Imaginons que, dans un contrat de cautionnement, après s'être résolu à l'insolvabilité du débiteur principal, le créancier fasse face à celle de la caution. Son premier regret ne serait-il pas d'avoir cru, à tort, aux capacités financières de ce dernier à couvrir la dette du débiteur principal ? Son souhait le plus cher, à cet instant, ne serait-il pas qu'une caution de meilleure fortune se substitue au débiteur ? Dans le même temps, la caution insolvable se trouve tenue d'un engagement dont il n'a vraisemblablement pas la force financière de supporter. Se retirer du contrat serait la meilleure option pour elle. Enfin, du point de vue du débiteur, tant que le créancier n'est pas désintéressé, sa situation demeurera critique. Dès lors, toutes les parties auront intérêt à ce qu'un tiers solvable accepte de se substituer à la caution originaire. Cette hypothèse est d'autant plus admissible qu'elle est érigée en principe par l'Acte uniforme OHADA[1334] du 15 décembre 2010. L'article 16, l'alinéa 1er du texte dispose que : « *Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est devenue ensuite insolvable, le débiteur doit en fournir une autre ou fournir une sûreté réelle donnant les mêmes garanties au créancier* ». Seule une stipulation contraire permet de déroger à ce principe puisque le second alinéa du texte prévoit que « *Cette règle ne reçoit exception que lorsque le créancier a subordonné son consentement au contrat principal à l'engagement, à son égard, d'une caution nommément désignée* ».

Évidemment, il ne sera pas aisé de trouver un nouveau garant prêt à s'engager dans une opération compromise d'avance. Toujours est-il que certains établissements financiers, dont c'est le métier, sont susceptibles d'y consentir moyennant une rémunération jugée à la hauteur du risque qu'ils encourent.

678. En somme, il est donc tout à fait loisible aux parties et ce, strictement dans leurs propres intérêts, d'aménager le transfert de la sûreté personnelle de sorte qu'une circulation du mécanisme s'opère, non pas à titre accessoire - à l'image d'une cession

[1334] Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

de créance - mais à titre principal. Cette voie constitue, nous semble-t-il, l'un des moyens le plus efficace pour conserver la garantie. L'aménagement du transfert peut également conduire les parties à substituer une nouvelle sûreté personnelle à celle qui était originellement consentie.

b. La substitution de la sûreté personnelle déjà constituée

679. En général, c'est sur le terrain des sûretés réelles que l'idée d'une possibilité de substituer une sûreté par une autre, est envisagée. La doctrine, la jurisprudence ainsi que le législateur ont contribué à l'intégration, dans le droit positif français, de ce qu'on appelle la subrogation réelle afin de préserver l'assiette de la sûreté réelle. Ce moyen de conservation des sûretés réelles – qui fera l'objet d'une étude détaillée dans nos prochains développements – doit être distingué de deux notions voisines dont seulement l'une nous intéressera dans le cadre de notre analyse.

680. La subrogation réelle désigne l'opération juridique par laquelle, tout en conservant la sûreté de même nature, les parties décident de remplacer un bien par un autre en lui empruntant ses qualités[1335]. Par cette opération, le bien affecté en garantie d'une dette est remplacé par un autre bien d'une valeur équivalente. Autant dire que cette opération n'est pas celle qui risque d'attirer notre attention dans la quête des moyens permettant la conservation des sûretés personnelles ; d'ailleurs, pas plus que l'hypothèse d'une subrogation personnelle. En effet, cette notion, toujours sous le prisme du droit des sûretés, permet la substitution d'une sûreté personnelle par une autre de même nature. Nous imaginons mal les raisons qui pourraient justifier une telle volonté des parties[1336]. Par contre l'hypothèse de substitution que nous souhaitons évoquer, ici, renvoie à celle qui consiste à remplacer une sûreté par une autre de différente nature[1337].

681. Il est tout à fait concevable que, constatant l'insolvabilité du garant, le créancier accepte du débiteur ou du tiers garant, par le mécanisme de la sûreté réelle pour

[1335] G. CORNU, *op. cit.,* V° SUBROGATION RÉELLE.
[1336] Il ne s'agit pas, ici, de l'hypothèse où il y a un changement de garant – hypothèse que nous avons déjà abordée dans le cadre du transfert à titre principal – mais de celle où le même garant confère au créancier une sûreté personnelle différente de la première de même nature.
[1337] J. ISSA-SAYEGH, « *La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA* », *Ohadata* D-05-06, p. 16.

autrui[1338], la constitution d'une sûreté réelle. À l'image d'une dation en paiement[1339], une caution peut, avec l'accord du créancier, fournir à la place de son obligation initiale une sûreté réelle. Cependant, il faut souligner que la mise en œuvre d'une dation en paiement constitue un mode d'extinction de la dette principale. Dès lors, celle-ci emportera par voie accessoire l'extinction de la sûreté personnelle[1340]. La dation en paiement ne peut, dès lors, pas être invoquée au titre des moyens permettant la conservation des sûretés. Ce qui n'est pas le cas de la substitution qui permet de maintenir le créancier dans ses droits au moyen d'une sûreté de nature différente de celle initialement constituée et ce, jusqu'au paiement complet de sa créance.

682. Ainsi, les parties demeurent libres d'aménager le transfert organisé par la loi dès lors qu'aucune règle impérative ne s'y oppose. Elles peuvent opérer un transfert de la sûreté personnelle à titre principal, comme elles peuvent aussi décider de substituer la sûreté personnelle constituée par une sûreté de nature différente. Par contre, leur liberté contractuelle ne peut s'étendre aux aménagements proscrits.

2. Les aménagements proscrits

683. Si les parties disposent d'une marge de manœuvre pour aménager les moyens permettant la conservation de la sûreté personnelle ; l'ordre public est susceptible d'entraver cette liberté. Deux cas de figure symbolisent, à notre sens, cet encadrement : il s'agit du cas de la renonciation à l'obligation d'information pesant sur le créancier (**a**) et celui du bénéfice de subrogation (**b**).

a. La renonciation aux obligations d'information

684. Nous l'avons déjà évoqué[1341], les dispositions des articles 2302, 2303 du Code civil, consacrées par l'Ordonnance de réforme du 21 septembre 2021, mettent à la charge du créancier l'accomplissement d'obligations permettant l'information de la caution sur la situation du remboursement de la dette par le débiteur principal. Leur

---

[1338] Art. 2325 C. civ. : « *La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers. Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299,2302 à 2305-1,2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables* ».

[1339] Art. 1342-4, al. 2 : « *[…] Il (le créancier) peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû* ». L'acceptation du créancier entraîne, par voie accessoire l'extinction de la sûreté personnelle.

[1340] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 235.

[1341] V. *supra* n° 626 et s.

inexécution fait perdre au créancier la couverture des intérêts et autres accessoires de la dette principale. Nous concluions alors que même si ces obligations ne constituaient pas véritablement des moyens de conservation, leur accomplissement était inhérent à la bonne conservation de la sûreté personnelle pendant son existence. Mieux, toute stipulation visant à faire renoncer à la caution le bénéfice de droit est exclue. L'accomplissement de cette obligation résulte des arguments, que nous avons pu identifier, participant à la caractérisation de la quiétude et donc de la confiance espérée par la caution dans une opération dont les risques sont connus d'avance[1342].
Il en est de même en ce qui concerne la renonciation au bénéfice de subrogation.

b. La renonciation au bénéfice de subrogation

685. L'une des causes d'extinction du cautionnement figure à l'article 2314 que nous avons déjà étudié[1343]. Selon le texte, « *Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Le législateur considère que la caution doit être libérée de son obligation si la faute du créancier[1344] compromet le recours subrogatoire qu'elle pourrait exercer contre le débiteur après avoir payé pour ce dernier. En effet, cette perspective d'une subrogation dans les droits du créancier peut avoir une importance du point de vue de la caution car son engagement peut avoir été motivé par elle. Au final, il s'agit d'un devoir de prudence et de diligence imposé au créancier dans le but de préserver les intérêts de la caution. Il y a ici un aspect de l'équilibre contractuel édicté par le législateur auquel les parties ne peuvent déroger.

686. À défaut d'être autorisées à aménager la conservation des moyens légaux, les parties peuvent, elles-mêmes, opérer des montages conventionnels susceptibles de répondre au mieux à leur espérance du fonctionnement de la garantie personnelle.

[1342] V. *supra* n° 502 et s.
[1343] V. *supra* n° 524.
[1344] Conformément à l'interprétation jurisprudentielle, il faut un fait fautif du créancier, V. Cass. com. 2 avr. 1996, n° 93-19.074 : *Bull. civ.*, IV, n° 100.

B. LA VALIDITÉ DES MONTAGES CONVENTIONNELS

687. Ce serait une erreur de considérer que le créancier est le seul à détenir la force de l'argument pour « forcer la main » de ses cocontractants à lui consentir des engagements personnels supplémentaires. Certaines opérations de crédit d'envergure impliquent une vigilance accrue du prêteur qui ne se contentera pas d'une seule sûreté réelle ou personnelle mais de plusieurs, souvent de natures différentes, pouvant même faire intervenir un contre-garant[1345]. Il en est ainsi lorsque, dans le cadre du financement de marchés importants, la banque, bien que bénéficiaire d'une sûreté réelle sur plusieurs biens de l'emprunteur, fait appel à un organisme financier public international[1346] pour garantir une partie des pertes finales que l'exécution de l'opération peut entraîner à son égard. Autant dire que, dans une telle hypothèse, le prêteur est loin d'être en situation d'imposer unilatéralement ses conditions au garant des pertes finales puisque ces organismes ont des capacités financières que ne peuvent avoir les banques locales. C'est ainsi que dans de telles conventions, le garant des pertes finales peut imposer tout une série de conditions à réunir avant d'être appelé par la banque[1347], comme il peut imposer au banquier des obligations positives telles que « la supervision de l'exécution du marché objet du crédit », « la communication de toute information susceptible de porter atteinte à ses intérêts » etc. le tout pouvant être sanctionné soit par l'extinction du contrat, soit par une pénalité. C'est dans le cadre du commerce international que ces opérations sont fréquentes.

688. Au niveau interne, les montages conventionnels permettant l'organisation de la conservation sont non seulement tout autant possibles mais également très variés. Ils n'ont de limites que l'imagination des parties pourvu qu'aucune règle impérative ne s'y oppose. Nous nous focaliserons sur deux mécanismes qui, à notre sens, sont

---

[1345] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 330.

[1346] Parmi ces organismes, on peut citer la BPIfrance, la Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE) qui se rapproche davantage de l'assurance mais qui peut faire office de garantie principalement pour l'emprunteur (V. en ce sens, G. POURRET, « *La couverture COFACE des engagements de caution* » : *LPA* 3 juill. 1981, p. 9), le Fonds de Solidarité Africain (FSA) ou encore la Banque Africaine d'import-export (Afreximbank).

[1347] À image d'une garantie documentaire. Par exemple l'engagement pour le prêteur « *de prendre toutes les dispositions utiles et nécessaires en vue de la matérialisation des sûretés et de la mise en place des mécanismes de remboursement* ».

représentatifs de cette liberté contractuelle des parties : la validité des sûretés dites « négatives » (**1**) et celle des clauses pénales, astreintes et pénalités (**2**).

1. Les clauses renforçant l'obligation de couverture : la validité des sûretés dites « négatives »

689. L'aptitude de l'obligation de couverture à être renforcée par des prestations spéciales a été mise en avant par Chr. MOULY pour justifier l'autonomie de cette obligation[1348]. Pour l'auteur, rien ne s'oppose à ce que des prestations particulières se greffent à l'obligation de couverture pour renforcer les chances du créancier d'être payé. Il en est ainsi de celles des sûretés négatives.

690. À l'origine des sûretés négatives, on retrouve un auteur, Y. CHAPUT[1349], qui y voit « dans une conception restrictive, un engagement pris par le débiteur de ne pas constituer de sûretés en faveur d'un tiers. […] Dans une conception extensive, la prohibition n'est pas limitée aux sûretés. Le débiteur s'interdit de disposer de certains droits réels ou de contracter des engagements personnels sans l'accord de son créancier ou, à tout le moins, sans l'en informer. »[1350]. Ce qui distingue ces engagements des sûretés, c'est qu'ils ont pour but de « protéger leur bénéficiaire contre des changements touchant la composition du patrimoine d'un débiteur[1351]. Il s'agirait d'un ensemble assez hétérogène d'engagements pouvant être pris par le débiteur dans le but de sécuriser le recouvrement du créancier. On peut, toutefois, remarquer que le noyau dur de ces engagements, qualifiés parfois de « prérogatives de contrôle » et de « garanties fourre-tout[1352] », ou encore de « pseudo-sûretés[1353] », est, il nous semble, constitué d'interdictions conventionnelles imposées au débiteur. Nous comprenons ainsi, qu'au départ, ce montage conventionnel semble être destiné à conforter la position du créancier dans l'opération principal de prêt ; ce qui signifie que les

---

1348 V. Chr. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement, op. cit.*, n° 258.
1349 Y. CHAPUT, *« Les sûretés négatives »*, Annales de la faculté de droit et de Science politique de Clermont-Ferrand, 1974, p. 165 et s.
1350 Y. CHAPUT, A. CERMOLACCE, V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *JCl. Banque - crédit – bourse,* « sûretés négatives », fasc. 790, 2009, n° 7.
1351 Y. CHAPUT, *« Les sûretés négatives », op. cit.*, p. 167.
1352 J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 628.
1353 Expression employée par M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droits des sûretés, *op. cit.*, n° 666 et s.

engagements constitués par ces sûretés négatives ne pèseront que sur le débiteur principal. Mais puisque l'exécution de l'obligation de couverture résulte de la responsabilité du garant, pour la renforcer, le créancier peut-il obtenir de ce dernier des engagements personnels prenant la forme de sûretés négatives ? Une prompte réponse nous oblige à répondre avec certitude par l'affirmative. En effet, Chr. MOULY le soulignait déjà à propos du cautionnement, considérant que « la transposition à notre matière (le cautionnement) s'effectue aisément en théorie comme en pratique[1354].Nous considérons d'ailleurs, que cela vaut également pour toute sûreté personnelle et même réelle.

691. Ce chemin désormais tracé, le garant peut se voir tenu de nombreuses abstentions qui n'ont d'autres limites que l'imagination de la pratique. Parmi celles-ci et sans que cela ne soit exhaustif[1355], peuvent y figurer la promesse pour le garant de ne pas augmenter son passif ou celle de ne pas diminuer son actif[1356], l'engagement de ne pas se constituer garant en faveur d'un autre créancier, la promesse de ne pas aliéner un ou plusieurs de ses biens ou *a fortiori* obtenir l'autorisation du créancier pour une telle opération. Sur cette dernière promesse – la clause d'inaliénabilité - il convient d'apporter une réserve à un tel engagement. En effet, il faudra qu'une telle clause ne rentre pas en contradiction avec le principe de librement disposer de ses biens consacré, d'une part, par l'article 544[1357] du Code civil et d'autre part, par l'alinéa 1er de l'article 537[1358] du même Code. Ainsi, selon la doctrine majoritaire, cette clause d'inaliénabilité, pour être valide, doit respecter les conditions de validité posées par l'article 900-1 du Code civil[1359] relatif aux biens cédés à titre gratuit. Partant, la clause selon laquelle, un garant s'engage à ne pas aliéner un ou plusieurs de ses biens doit

---

1354 Chr. MOULY, *op. cit.,* n° 258, p. 331.

1355 Dans sa thèse doctorat, Ph. DUPICHOT fourni une assez longue liste de ces hypothèses de sûretés négatives : V. Ph. DUPICHOT, *Thèse préc. op. cit.,* n° 845.

1356 Chr. MOULY, *op. cit., ibis idem.*

1357 Art 544 C. civ. : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

1358 Art. 537 C. civ. : « *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois* ».

1359 Art. 900-1 C. civ. : « *Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige* ».

d'une part, être temporaire, d'autre part, être justifiées par un intérêt sérieux et légitime.

692. Au-delà de ces engagements constitués exclusivement d'abstentions[1360], d'où le qualificatif « négative », des prestations positives peuvent également renforcer l'obligation de couverture, nous dit Chr. MOULY[1361]. Outre les garanties réelles que la caution peut constituer pour le paiement de sa propre dette envers le créancier, existent également la possibilité de stipuler des clauses octroyant un « droit de regard » au créancier sur la situation patrimoniale de la caution. À l'image des obligations d'information pesant sur le créancier en faveur de la caution sur la situation du remboursement de la dette garantie, il est possible de mettre à la charge du garant « *une obligation contractuelle de renseignement portant sur la situation patrimoniale du débiteur et sur certains évènements susceptibles d'affecter celle-ci pendant la durée de remboursement du crédit* » comme le souligne Ph. DUPICHOT[1362].

693. Les sûretés négatives constituent, sans aucun doute, des moyens efficaces permettant au créancier de renforcer l'obligation de couverture qui pèse sur le garant personnel. Par ailleurs, certains engagements contractuels, comme l'obligation de renseigner le créancier sur la situation patrimoniale du débiteur, entrent difficilement dans le moule des sûretés négatives puisqu'il s'agit justement d'une prestation positive. En tout état de cause, que ces engagements personnels soient positives ou négatives, ils contribuent tous au renforcement de l'obligation de couverture. Comme nous le verrons, les clauses de pénalité jouent la même fonction.

[1360] Il convient de souligner que les clauses de « non-concours » souvent stipulées dans certains contrats de cautionnement ne peuvent être envisagées comme des moyens de conservation de l'obligation de couverture. En effet, une telle clause suppose que seulement une partie de la dette est garantie par le garant. Par conséquent, lorsque le garant est appelé et une fois la portion garantie payée, il se retrouve en concurrence avec le créancier sur le patrimoine du débiteur principal. Le garant, pour la portion qu'il a payée au créancier ; le créancier, pour le reste de la dette non garantie. Dans ce cas, la clause de non concours a pour objet de donner la priorité, en générale, au créancier sur les biens du débiteur principal. Portant sur la partie non garantie de la dette et donc, non couverte par le garant, cette clause ne peut être qualifiée de moyen de conservation.

[1361] Chr. MOULY, *op. cit.*, n° 258, p. 331.

[1362] Ph. DUPICHOT, *Thèse préc. op. cit.*, n° 893.

2. Les clauses sanctionnant l'inexécution : la validité des clauses pénales, astreintes et pénalités

694. La clause pénale peut également constituer un moyen efficace permettant le renforcement de l'obligation de couverture. Comme le souligne D. MAZEAUD[1363], *« la clause pénale est un contrat unilatéral et accessoire créé pour garantir, par la menace d'une sanction, l'exécution d'une obligation principale et qui, en cas d'inexécution illicite imputable au débiteur, confère au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution d'une peine privée ».* En d'autres termes, cette clause permet aux parties d'instituer dans le contrat une sorte d'amende privée en cas d'inexécution fautive de ses obligations par le débiteur. Sous le prisme de la relation contractuelle entre le créancier et le garant, on peut imaginer différents montages.

695. Cette clause pénale peut, par exemple, résulter du retard dans le remboursement du crédit par débiteur. Dans une telle hypothèse, les parties peuvent tout à fait convenir de la stipulation d'une clause de pénalité à hauteur d'un certain montant, lorsque, donc, le retard dans l'exécution perdure au-delà d'une certaine période. Dans le rapport contractuel entre le garant et le créancier, on peut imaginer sans difficulté que les parties conviennent que le paiement du montant de cette clause se greffera aux obligations du garant si le créancier venait à lui faire appel.

La clause pénale a une fonction comminatoire, ainsi que le souligne un auteur[1364], puisqu'elle constitue la plupart du temps *« un moyen de pression énergique sur le débiteur pour l'amener à s'exécuter correctement[1365] ».* D'autres mécanismes, qui permettent d'arriver au même résultat, peuvent être assimilés à la clause pénale et augmenter les chances de paiement du créancier. Il en est ainsi de l'astreinte ou encore des pénalités. L'ensemble de ces mécanismes peut faire l'objet de clauses dans le but d'aboutir à une meilleure conservation de l'obligation de couverture pesant sur le garant par l'adjonction de prérogatives au profit du créancier.

* *
*

[1363] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale,* Bibl. dr. privé, t. 223, LGDJ, 1992, préf. F. CHABAS, n° 705.
[1364] P. CROCQ, *thèse préc.* n° 270 : *« […] par leur fonction comminatoire elles accroissent les chances d'obtenir exécution […] ».*
[1365] V. R. DEMOGUE, *Cours de droit civil, 2e année, 1934-1935,* Les cours de droit, 1935, p. 299.

696. Conclusion de la section 1. En définitive, les mécanismes légaux permettant d'organiser la conservation des sûretés personnelles paraissent largement insuffisants lorsque l'on examine un minimum l'espace de liberté dont dispose les parties à cette fin. Naturellement, le créancier avisé prendra en amont les précautions idoines, en prévoyant dans l'opération toute clause permettant de renforcer conventionnellement l'obligation de couverture qu'il détient contre le garant.
Il ne bénéficiera pas d'une telle liberté en tant que créancier d'une sûreté réelle puisque l'on observe, à notre sens, le phénomène inverse par rapport aux sûretés personnelles : La conservation du mécanisme est principalement organisée par la loi, alors qu'elle ne l'est qu'accessoirement par les parties.

SECTION 2

LES MOYENS DE CONSERVATION DE L'EFFET DE GARANTIE DANS LES SÛRETÉS RÉELLES

697. Le titulaire d'une sûreté réelle attend non pas l'exécution d'une prestation mais plutôt de tirer profit d'une ou plusieurs utilités spécifiques du bien donné en garantie. Nous avons vu que cet avantage ne correspondait pas à celui que procure un droit réel mais à une spécificité propre aux sûretés réelles, à savoir l'attribution de droits sur la valeur du bien affecté en garantie. En effet, au stade de sa constitution, le mécanisme mobilise la valeur de crédit du bien qui s'apprécie en fonction de la nature et des effets de la sûreté réelle à constituer. Mais dans la phase postérieure à sa constitution, en réalité c'est la valeur d'échange du bien qui est affectée en garantie[1366]. En d'autres termes, l'effet de garantie produit par une sûreté réelle est de conférer à son bénéficiaire un droit sur la valeur du bien affecté en garantie. Seule cette valeur est

[1366] Nous l'avons vu lors de sa confrontation avec le droit des biens, V. *supra* n° 147 et s.

susceptible de faire l'objet d'une conservation qu'il s'agisse d'une sûreté réelle constituée pour soi ou pour autrui.

698. Dans cette perspective, la conservation de la valeur se révèle principalement organisée par le législateur qui encadre la fluctuation de l'assiette de la sûreté (**§1**). Les parties n'y interviennent que de manière accessoire (**§2**).

§1. UNE CONSERVATION PRINCIPALEMENT ORGANISÉE PAR LA LOI : L'ENCADREMENT LÉGAL DE LA FLUCTUATION DE L'ASSIETTE

699. Le gage du créancier correspond à son aptitude à faire valoir son droit sur le bien ou l'ensemble de biens composant l'assiette de la sûreté. Après la constitution de la sûreté, c'est-à-dire pendant la durée de la sûreté, l'assiette est susceptible de modification pour diverses raisons, ce qui est de nature à représenter un danger pour le gage du créancier. Lorsque la valeur de l'assiette est amenée à être réduite, le gage du créancier sera de même. C'est pourquoi, s'agissant du gage sans dépossession, le législateur prévoit que « *le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage* »[1367]. Le constituant tenu d'une obligation de conservation, se trouvera dans l'obligation de payer ou de reconstituer le gage s'il ne satisfait pas son obligation. À l'inverse, en matière d'hypothèque de la nue-propriété, le créancier peut voir agrandir son gage en cas de décès de l'usufruitier. En effet, ce décès entraine la reconstitution de l'ensemble des attributs de la propriété, permettant, ainsi, au créancier de réaliser sa sûreté sur l'immeuble dans son intégralité[1368]. Par ailleurs, le gage du créancier n'est pas à l'abri d'autres contingences comme la division du bien, sa détérioration ou même sa disparition.

[1367] Art. 2344, al.2 C. civ : « *Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage* » ; Était, également, concerné le gage des stocks avant sa suppression par l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021.

[1368] V. Cass. Com., 13 mars 2012, n°11-10.289 ; « *L'Essentiel du droit de l'immobilier et de l'urbanisme* », 1er mai 2012, n°5, p.3, obs. F.-X. AGOSTINI.

700. Face à ces éventualités, le législateur a institué deux mécanismes majeurs au sein des sûretés réelles : la subrogation réelle (**A**) et le principe d'indivisibilité (**B**).

A. LA CONSERVATION DE L'ASSIETTE DE LA SURETE PAR LA SUBROGATION REELLE

701. Le législateur ne donne pas de définition de la notion de subrogation réelle. Il s'agit d'une théorie doctrinale qui se définit comme une « *Fiction de droit par laquelle un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités*[1369] ». C'est un mécanisme permettant la substitution, à l'occasion d'un rapport de droit, d'une chose par une autre[1370] par application de l'adage « *Subrogatum capit naturam subrogati*[1371] ». Envisagée sous le prisme du gage du créancier, la subrogation réelle constitue un mécanisme de sauvegarde de l'assiette de la sûreté qui intervient à plusieurs égards. C'est le cas lorsqu'il y a atteinte au droit de propriété du constituant ou encore lorsque le bien est détruit. Il vient contrebalancer l'application du principe traditionnel de d'individualisation du bien objet de la sûreté. En effet, l'atteinte au bien entraîne la caducité de la sûreté qui s'éteint à titre principal[1372] faisant obstacle à toute réalisation du bien par le créancier. C'est pour éviter de telles situations d'atteintes au gage du créancier que le législateur a adouci les effets de la règle en instituant des hypothèses spéciales de subrogation réelle. Parmi ces situations, nous nous focaliserons sur les hypothèses de subrogation réelle en cas d'atteinte juridique ou matérielle (**1**) au bien grevé et en présence de biens fongibles (**2**).

1. La subrogation en cas d'atteinte au bien grevé

702. L'introduction de la subrogation réelle dans le droit français comme mécanisme de protection du gage du créancier ne saurait être évoquée sans mentionner une

---

[1369] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, *op. cit.*, p. 2093.
[1370] H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations théorie générale, Leçons de droit civil*, t.II, vol.1, Montchrestien, 9ème éd. 1998.
[1371] Qu'on peut traduire littéralement par « *Ce qui est subrogé prend la nature de ce à quoi il est subrogé* ».
[1372] V. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n°410 ; V. en ce sens également, M. DOLS-MAGNEVILLE, *La réalisation des sûretés réelles, th.*, 2013, TOULOUSE, n° 119.

décision célèbre de la Cour de cassation rendue le 18 juin 1831[1373]. La haute juridiction y décidera que l'indemnité d'assurance d'un immeuble hypothéqué qui a péri par un incendie doit être également repartie entre tous les créanciers sans tenir compte des causes de préférence qui préexistent sur l'immeuble. Par cette décision, considérant qu'aucune disposition légale ne permettait de considérer l'indemnité d'assurance d'un bien hypothéqué comme un bien immobilier, la jurisprudence se refusait catégoriquement d'accorder une quelconque préférence au créancier d'une sûreté réelle en cas de perte ou de destruction du bien grevé. Le créancier muni d'une sûreté réelle était dès lors rétrogradé au statut d'un simple créancier chirographaire. La décision fera l'objet de vives critiques au sein de la doctrine[1374] en raison de ses inconvénients dans la pratique[1375]. La situation était source d'insécurité juridique particulièrement pour le créancier. Elle ne pouvait aboutir qu'à une évolution du droit positif. En effet, après quelques consécrations législatives sans envergure, le véritable tournant de l'évolution législative en la matière fut la loi du 19 février 1889 sur l'assurance incendie qui organisera enfin la subrogation de l'indemnité d'assurance dans le bien grevé d'hypothèque ou de privilège[1376]. Aux termes de l'article 2 du texte, « *les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang* »[1377]. Par la suite, on assistera à une multiplication des dispositions légales consacrant la subrogation réelle au sein des sûretés réelles jusqu'à la réforme du 23 mars 2006 qui va poursuivre ce mouvement de consécration en y en ajoutant de nouvelles applications.

[1373] Cass. civ. 28 juin 1831, S. 1831, I, 290 ; V. également, à propos du privilège, Cass. req. 20 déc. 1859, S. 1860, I, 24 ; À propos du nantissement de créance, Cass. civ. 24 janv. 1905, S. 1905. 1. 113.

[1374] V. notamment SALEILLES, S. 1894, II, p. 185 s. qui sera d'ailleurs à l'origine de l'approche moderne de la subrogation réelle.

[1375] Outre la rétrogradation du créancier titulaire d'une sûreté réelle, certains auteurs ont considéré qu'il s'agissant, ni plus ni moins, qu'un « *enrichissement indu des créanciers chirographaires au détriment des créanciers privilégiés* », V. en ce sens, DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle,* Pichon, Paris, 1901, p. 27.

[1376] Pour plus de détail sur la consécration de la subrogation réelle V. R. CHAROY, *Étude sur la subrogation d'assurance en matière d'incendie, th.,* 1900, Paris, p. 47.

[1377] Les dispositions de l'article sont aujourd'hui au sein du Code des assurances à l'article L. 121-13, alinéa 1er.

703. Ainsi, nous venons de le voir, l'alinéa 1er de l'article L. 121-13 du Code des assurances[1378] protège le gage du créancier privilégié et hypothécaire contre le risque de destruction matérielle de l'immeuble par le jeu de la subrogation réelle. Il en sera de même en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique[1379]. D'autres cas légaux existent comme la subrogation réelle au profit du créancier hypothécaire en cas de remembrement rural[1380], ou celle relative à la propriété retenue à titre de garantie prévu à l'article 2372 du Code civil[1381]. En tout état de cause, en matière d'hypothèque, la subrogation est exceptionnelle[1382] et demeure très rare en dehors des cas prévus par la loi. En effet, on note dans quelques rares hypothèques des applications jurisprudentielles du principe de la subrogation réelle[1383]. En cas d'aliénation volontaire du bien, la jurisprudence a admis, pour protéger le gage du créancier, l'application de la subrogation réelle en matière d'hypothèque consentie par un indivisaire en cas d'attribution à son profit d'une fraction du prix de vente de l'immeuble grevé[1384].

704. Le législateur français n'a, certes, pas consacré de principe général de subrogation réelle dans le droit des sûretés, mais, comme nous l'avons vu, de nombreuses dispositions spéciales conjuguées au travail jurisprudentiel viennent protéger l'assiette de la sûreté préservant ainsi le gage du créancier. Malgré tout, le mécanisme de la subrogation réelle n'envisage pas toutes les hypothèses de remplacement d'un bien par un autre. En effet, elle ne vise que les hypothèses où le nouveau bien remplace économiquement l'ancien. Or la fongibilité repose sur le

---

1378 Art. L. 121-13, al. 1er , « *Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang* ».

1379 Art. L. 222-3 C. expr. : « *Les droits des créanciers régulièrement inscrits sur les immeubles expropriés avant la publication au fichier immobilier de l'ordonnance d'expropriation, de l'ordonnance de donné acte ou de l'acte de cession consentie après la déclaration d'utilité publique sont reportés sur l'indemnité compte tenu du rang de préférence qui leur est reconnu par les textes qui les régissent.* »

1380 V. Art. L.123-13. du C. rural et de la pêche maritime.

1381 Art. 2372 C. civ. : « *En cas d'aliénation ou de perte du bien, la propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien.*
Le sous-acquéreur ou l'assureur peut alors opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions nées de ses rapports avec le débiteur avant qu'il ait eu connaissance du report. »

1382 V. L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 683.

1383 Par ex. à propos du gage, selon une interprétation large de la jurisprudence, le créancier gagiste bénéficierait d'une action directe contre l'assureur : Cass. Civ. 1er , 30 mars 1978, n° 76-14.784 ; *Bull. Civ.* I, n°130. Cela vaut également pour le nantissement.

1384 Cass. com., 20 juin 1995, *JCP G*, 1996, I, 3896, obs. M. CABRILLAC.

remplacement des biens suivant leur identité objective et matérielle et non sur leur provenance économique. Suivant la même logique de protection de l'assiette, la subrogation des biens fongibles est également consacré dans le droit positif.

2. La subrogation des biens fongibles

705. Contrairement aux corps certains, lorsqu'un bien fongible est donné en garantie, les parties sont bien souvent confrontées à des difficultés pratiques relatives à l'identification du bien grevé. En effet, contrairement aux corps certains[1385], un bien fongible est « *une chose appartenant au même genre qu'une autre, pouvant être considérée comme équivalente (sur un marché, pour un paiement) si elle est de même qualité et de même quantité, ce qui suppose que les choses fongibles peuvent se compter, se mesurer, se peser, qu'il s'agisse de choses tangibles ou de biens incorporels* ». Les biens fongibles nécessitent « *un rapport d'équivalence entre les deux choses, en vertu duquel l'une peut remplir la fonction libératoire de l'autre* »[1386]. Or, un bien d'une telle nature est difficilement conciliable avec l'exigence d'identification de l'assiette de la sûreté, en particulier lorsque les parties ont décidé de constituer une sûreté réelle sans dépossession. Une confusion matérielle peut vite survenir entre les biens qui appartiennent au débiteur et ceux objet de la sûreté. Mais comme les biens fongibles se caractérisent par un rapport d'équivalence, on conçoit aisément qu'ils puissent se subroger les uns aux autres.

706. La consécration de la subrogation des biens fongibles a vu le jour dans la législation française pour répondre aux besoins de la pratique. Les commerçants, artisans et industriels souhaitant bénéficier du crédit sans pour autant subir d'entraves dans la pratique de leur profession ont manifesté les incommodités des biens fongibles donnés en garantie. Il fallait donc instituer un mécanisme permettant à ces professionnels de n'avoir pas à les isoler du reste de leur stock non affecté en garantie, de ne pas avoir à se défaire de la possession des biens affectés en garantie et de pouvoir continuer à les écouler normalement. Mais cette espérance devait conjuguer avec le

---

1385 « *Un corps certain est une chose individualisée au moment de l'accord de volonté l'ayant pour objet, parce qu'elle est déterminée dans son individualité* »,V. P. MAULAURIE, L. AYNÈS, *Les Biens*, Defrénois, Droit civil, 3e éd., août 2007, n°155.

1386 G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Capitant, PUF, août 2005, p. 1016.

principe de spécialité de l'assiette. Pourtant le législateur va réussir à concilier cette exigence de précision de l'assiette et la fongibilité des biens.

707. Le législateur a consacré de manière spécifique la possibilité pour le débiteur d'affecter en garantie une partie de ses biens fongibles sans qu'il ait besoin ni de s'en déposséder entre les mains du créancier ou d'un tiers, ni de les tenir séparés de ses autres biens non grevés. Ces consécrations spéciales portent le nom de warrant. Il s'agit notamment du warrant agricole[1387], pétrolier[1388], industriel[1389], des stocks de guerre[1390] etc. Certains de ces mécanismes ont été abrogés par l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021. En effet, ces sûretés mobilières spéciales étaient tombées en désuétudes par rapport aux règles de droit commun et complexifiaient inutilement le droit français. Partant, depuis le 1er janvier 2022, date d'entrée en vigueur de la réforme, le warrant hôtelier, le warrant pétrolier, le warrant des stocks de guerre et le warrant industriel ont été abrogés par le législateur[1391]. Mais subsiste le warrant agricole[1392] qui trouve toujours son utilité dans la pratique. Par le mécanisme de la subrogation des biens fongibles, dans la mesure où le warrant porte sur des choses fongibles, le débiteur disposer de la faculté de substituer aux biens warrantés d'autres biens de même nature[1393].

708. À côté du droit spécial du warrant, l'Ordonnance du 23 mars 2006 a fait le choix de généraliser l'institution en l'intégrant dans le cadre du régime du gage de droit commun. En effet, aux termes de l'article 2342 du Code civil, *« Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut, sauf convention contraire, les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes »*. Le nouvel article 2342 issu de la réforme du 15 septembre 2021 modifie la faculté de remplacement qui devient, désormais, de droit[1394]. Ainsi, par le jeu de la subrogation,

---

[1387] Art. L. 342-2, L. 342-3, L. 342-4, L. 342-6, L. 342-7, L. 342-8, L. 342-10 et L. 342-11 du Code rural et de la pêche maritime.
[1388] Anc. art. L. 524-1 et s. C. com.
[1389] Anc. art. 2, al. 2 L. 12 sept. 1940.
[1390] Décr. –L. 24 juin 1939.
[1391] V. Rapp. Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, JO, 16 sept. 2021, n° 216.
[1392] Les biens warrantables sont listés à l'article L. 342-1 du Code rural et de la pêche maritime :
[1393] V. également, CA Agen, 27 févr. 1985 : *JurisData* n° 1986-699463.
[1394] Avant la réforme, le remplacement n'était possible que si la clause le prévoyait, V. anc. art. 2342 C. civ.

le droit du gagiste ne se fixera pas sur un bien individuellement déterminé mais sur une certaine quantité de choses identiques que le débiteur aura le droit d'aliéner, sauf clause contraire, à charge de les remplacer par des éléments équivalents. C'est l'obligation de renouvellement imposée au débiteur qui confère une protection au gage du créancier. Le pendant de cette disposition concernant le gage avec dépossession sur les biens fongibles est prévu par l'article 2341[1395] du Code civil. Mais, cette hypothèse n'expose pas le gage du créancier aux mêmes risques que lorsqu'il s'agit d'un gage avec dépossession puisque le bien gagé est sous sa propre responsabilité. L'article 2341 issu de la réforme prévoit un nouvel alinéa 3 qui institue la subrogation des biens fongibles à condition que la convention des parties le prévoit. De même, à l'instar du gage des biens mobiliers, la réserve de propriété des biens fongible a été intégrée au droit commun[1396] à l'occasion de la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006. Selon l'article 2369, qui est reproduit à l'identique par la réforme du15 septembre 2021, *« La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte ».*

B. LA CONSERVATION DE L'ASSIETTE DE LA SÛRETÉ PAR LE PRINCIPE D'INDIVISIBILITÉ

709. Le principe d'indivisibilité est définie comme « *l'état de ce qui ne peut être divisé sous un rapport donné (spécialement de ce qui ne peut être admis ou fourni en partie) et qui*

[1395] Art. 2341 C. civ : « *Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344.*
Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes.
Dans le cas visé au premier alinéa, le constituant peut, si la convention le prévoit, aliéner les choses gagées à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. »

[1396] Avant la réforme de 2006, la subrogation en la matière était régie par l'article L. 621-122 alinéa 3 du Code de commerce : « *La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés. La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité.* ».

doit être considéré ou payé globalement comme un tout, même (s'il s'agit d'une dette) par les héritiers du débiteur[1397] ». L'application du principe d'indivisibilité permet au créancier muni d'une sûreté antérieur à la division d'ignorer l'état de division du bien, de la créance ou de la dette. Cette division n'a, ainsi, aucune incidence sur son droit de gage. Autrement dit, l'indivisibilité traduit, en réalité, l'indivisibilité de la valeur affectée. Ce qui signifie que le droit de gage est indivisible parce qu'il a pour objet une valeur qui est elle-même indivisible[1398].

710. Le principe d'indivisibilité a, dans un premier temps, été dégagé en matière d'hypothèque. DUMOULIN donnait une définition du principe d'indivisibilité de l'hypothèque par l'adage suivant : « *hypoteca est tota in toto et tota in qualibet parte, sicut anima in corpore*[1399] », qu'on traduit généralement par « *l'hypothèque est entière sur le tout et entière sur chaque partie, comme l'âme dans le corps* ». Par la suite, le principe a été étendu à l'ensemble des autres sûretés réelles. Ainsi, l'hypothèque[1400], le gage[1401], le nantissement[1402]…sont indivisibles. L'exigence d'indivisibilité se manifeste de deux manières s'agissant des sûretés réelles : en premier lieu elle se rapporte à l'obligation (**1**) ; en second lieu, elle se rapporte au bien grevé (**2**).

1. L'indivisibilité de la créance garantie

711. Alors même que l'obligation se trouve divisée, l'application du principe d'indivisibilité va permettre au créancier de préserver son gage contre l'évolution éventuelle de l'assiette de la sûreté : la division lui est indifférente. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a consacré un nouvel article 2391 au sein du Code civil précisant les contours du principe d'indivisibilité. En effet, avant la réforme, il fallait se référer à l'article 2349 qui, seul, énonçait le caractère indivisible de l'obligation à propos du gage[1403]. C'est la doctrine qui s'accordait à dire que la règle s'appliquait

---

[1397] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, *op. cit.*, p. 1163.
[1398] Pour plus de détail sur le principe : V. J. SOUHAMI, « *Retour sur le principe de l'indivisibilité des sûretés réelles* », *RTD civ.* 2008. 27.
[1399] DUMOULIN, Extr. Lab. Div. Et indiv. Paris II, 91.
[1400] Art. 2391 C. civ.
[1401] Art. 2349 C. civ.
[1402] Art. 2355 C. civ. qui renvoi aux règles relatives au gage quant à l'application du principe d'indivisibilité.
[1403] Art. 2349 C. civ., al. 1er : « *Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier.* »

néanmoins à toutes les sûretés réelles[1404]. Précision est désormais faite depuis la réforme, puisque l'alinéa 1er de l'article 2391 prévoit que l'hypothèque est indivisible quant à la créance garantie, de sorte que le décès du créancier n'affectera pas l'assiette de la sûreté. La créance se divisera entre les héritiers du défunt créancier selon les règles applicables dans le droit des successions, chacun d'eux pouvant saisir l'immeuble hypothéqué à concurrence du montant de sa créance. Le droit de gage de chaque créancier demeure préservé. Il en est de même pour l'ensemble des sûretés réelles.

712. À l'inverse, lorsque la dette est divisée en raison du décès du débiteur, en application du principe d'indivisibilité, le créancier préserve son droit de gage sur la sûreté réelle comme si la division de la dette n'avait pas eu lieu. L'alinéa 1er de l'article 2391prévoit qu'en une telle hypothèse *« le codébiteur propriétaire de l'immeuble hypothéqué est, sur cet immeuble, tenu pour le tout […] »*. En clair, en cas de décès du débiteur et en présence d'une pluralité de successeurs, le créancier n'est pas tenu d'opérer une division de ses recours. Il peut saisir le bien entre les mains de l'héritier attributaire. Par ailleurs, toujours selon les dispositions du même article 2391, le paiement partiel de la créance n'est pas de nature à diminuer le gage du créancier puisque le bien reste indivisible jusqu'au complet paiement. L'ensemble de ces règles s'appliquent également aux autres sûretés réelles.

2. L'indivisibilité du bien grevé

713. Le gage du créancier est encore protégé par l'indivisibilité du bien qui constitue l'assiette de la sûreté. C'est le cas en présence d'un seul bien donné en sûreté pour une même dette. Même si le bien vient à être divisé, le gage du créancier lui restera intact. En effet, s'agissant par exemple de l'hypothèque, chaque lot est grevé de l'hypothèque pour la totalité de la dette[1405]. De manière fictive, le gage du créancier demeure inchangé en application du principe d'indivisibilité de l'assiette.

[1404] J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 1197.

[1405] Art. 2391, al. 3. : *« L'hypothèque est encore indivisible, nonobstant la division de l'immeuble ou la pluralité d'immeubles : chaque partie de l'immeuble divisé, chacun des immeubles est affecté à la sûreté de la totalité de la dette. »*

714. En présence d'une sûreté réelle portant sur un ensemble de biens, le gage du créancier porte indifféremment sur chacun des biens. Par conséquent, le créancier peut saisir indifféremment l'un d'entre eux pour l'intégralité de sa créance (article 2391, alinéa 2 du Code civil, s'agissant de l'hypothèque).

715. Le principe d'indivisibilité participe à la protection du gage du créancier muni d'une sûreté réelle. En effet, la technique de cette catégorie de sûreté conduit naturellement au respect d'une exigence de spécialité du contenu de l'assiette relativement à l'obligation objet de l'opération. Le gage du créancier porte non pas sur un patrimoine mais sur des éléments bien déterminés du patrimoine du débiteur. Il est, de fait, restreint à ces derniers, mais bénéficie d'une forte protection du législateur grâce au mécanisme de la subrogation réelle et du principe d'indivisibilité.

716. La technique des sûretés personnelles, contrairement à ce que nous venons de démontrer, ne se traduit pas par une affectation spéciale d'un ou plusieurs biens déterminés et conduisant à une restriction des pouvoirs du débiteur sur ces biens. L'affection en matière de sûreté personnelle est plus générale. Le gage du créancier l'est tout autant puisqu'il porte sur le patrimoine du garant. Enfin, à quelques rares exceptions près, le garant dispose d'une grande liberté de pouvoir sur les biens composant son patrimoine.

§2. LA CONSERVATION ACCESSOIREMENT ORGANISÉE PAR LES PARTIES : L'AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DE LA PRÉSERVATION DE L'ASSIETTE

717. Traditionnellement réputé inaccessible aux initiatives individuelles[1406], le domaine du droit des sûretés réelles a progressivement évolué, principalement grâce à l'influence de la jurisprudence, afin de les accueillir de plus en plus favorablement[1407]. Par conséquent, l'aménagement conventionnel de la préservation de l'assiette s'est développée afin de répondre, d'une part, aux besoins de la pratique,

[1406] J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.,* n° 5, p. 11.

[1407] Sur la réception des initiatives conventionnelles en matière de sûretés réelles, V. Ph. DUPICHOT, *thèse préc. op. cit.,* n° 531 et s. ; M. GRIMALDI, « *Problèmes actuels des sûretés réelles* », *op. cit.,* n° 77, p.7 et s.

et d'autre part, pour que la fluctuation de l'assiette puisse demeurer la plus stable possible et ce, quelle que soit la nature du bien. Toute règle qui se situe en dehors du giron de l'ordre public est susceptible d'aménagement. De manière ponctuelle, les parties sont libres de stipuler certaines clauses visant à mieux protéger leurs intérêts respectifs. Tel est le cas de la clause de maintien du solde[1408] *« qui impose au titulaire du compte de maintenir le solde à un niveau précisé »* lorsqu'un nantissement de compte bancaire est constitué. Prenant de la hauteur sur ces hypothèses bien trop particulières, deux mécanismes d'origine conventionnelle méritent notre attention ici : la substitution de l'assiette de la sûreté (**A**) et la promesse de sûreté réelle (**B**).

A. LA SUBSTITUTION DE L'ASSIETTE DE LA SÛRETÉ

718. La substitution de l'assiette est l'une des voies permettant aux parties de préserver l'assiette de la sûreté sans pour autant être un frein à la poursuite de leurs activités économiques. Ce mécanisme dont la validité ne fait plus de doute (**1**) fait preuve d'une efficacité certaine (**2**) depuis plusieurs décennies.

1. La validité de la clause de substitution

719. La clause de substitution de l'assiette a pour objet de tout simplement permettre conventionnellement au constituant de remplacer les biens initialement grevés par d'autres[1409]. Ce montage conventionnel n'est pas une invention nouvelle de la pratique[1410]. En réalité, par un arrêt en date du 10 mars 1915, la chambre des requêtes rendait déjà une décision sur la validité ainsi que les effets de cette invention conventionnelle.

720. Cette clause a l'avantage de permettre au constituant de faire un usage professionnel des biens sur lesquels une sûreté réelle est constituée ; et dans le même temps, toujours par l'effet de cette même clause, procéder à la substitution des biens

[1408] P.-Y. ARDOY, *Fiches de droit des sûretés : rappels de cours et exercices corrigés, op. cit.,* p. 180.
[1409] Pour plus de détails sur la validité de cette clause, V. PRAICHEUX, *Les sûretés sur les marchés financiers, thèse,* préf. A. GHOZI, Revue Banque, 2004, p. 322 et s.
[1410] Cass. req., 10 mars 1915 ; *DP* 1916, I, p. 241 ; S. 1916, I, p. 5, note, C. LYON-CAEN.

utilisés par une valeur de l'assiette équivalente, le but étant de garantir au créancier la préservation de la valeur de l'assiette en dépit de la fluctuation de ses éléments. Pour le dire encore plus simplement, la clause de substitution de l'assiette vient assouplir le régime de la sûreté pour le constituant en lui permettant de disposer librement des biens engagés et de les remplacer au fur et à mesure des besoins de son cycle d'activité.

721. Cette clause de substitution a connu une consécration légale au sein de l'article 2342 du Code civil qui dispose : « *Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut, sauf convention contraire, les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes* ». Nous l'avons vu[1411], l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a reproduit l'ancienne disposition du texte en modifiant la faculté de remplacement qui devient, désormais, de droit[1412]. En effet, avant la réforme, la substitution du bien constitué en garantie devait résulter de la volonté contractuelle des parties. Depuis la réforme, le remplacement par la même quantité de choses équivalentes est automatique sauf si les parties en décident autrement. Quant aux biens acquis en remplacement, ils « sont de plein droit compris dans l'assiette du gage[1413] ». Faut-il dès considérer que cette consécration légale rend la clause de substitution sans intérêt ; d'autant plus que depuis la réforme de 2021, la faculté de substitution est de droit sauf clause contraire… ?

722. Nous pensons, au contraire, que la clause de substitution d'origine conventionnelle revêt encore une importance non négligeable. En effet, le nouveau texte, comme l'ancien d'ailleurs, conditionne le remplacement des biens à leur fongibilité. C'est pourquoi certains auteurs y voient une innovation timide[1414] des dispositions du nouvel article. À l'inverse, la clause de substitution conventionnelle englobe les biens de toute nature, de sorte à offrir au constituant une flexibilité de taille que ne lui permet pas l'article 2342 du Code civil. À ce titre, il faut néanmoins souligner la rareté de cette clause en présence de biens immeubles. En effet, de nombreuses règles impératives s'opposent à une telle circulation. À titre d'exemple, le régime de

---

1411 V. *supra* n° 708.
1412 Il faut noter qu'avant la réforme, le remplacement n'était possible que si la clause le prévoyait, V. anc. art. 2342 C. civ.
1413 Art. 2341-1 C. civ.
1414 V. Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés, op. cit.,* p. 61, V° art. 2342.

l'hypothèque s'associerait mal à la clause puisque l'article 2414 du Code civil exige, à peine de nullité, que l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation du bien ; ce qui entraînera systématiquement la constitution d'un nouvel acte. De même, il faut noter que des biens meubles ne peuvent venir en remplacement de biens immeubles car, il faut le rappeler, cette faculté est exclusive de la structure même des sûretés mobilières. Pour le reste, l'efficacité de la clause de substitution semble difficilement contestable.

2. L'efficacité certaine de la clause de substitution

723. Le premier argument que l'on peut avancer pour justifier l'efficacité de la clause de substitution est sans aucun doute la satisfaction que sa stipulation procure aux parties, de même qu'aux tiers. D'abord, elle fait les affaires du constituant qui peut faire usage de biens affectés en garantie. Ensuite, elle procure au créancier une quiétude puisqu'il a l'assurance que la valeur de l'assiette se maintiendra. Enfin, à l'égard des tiers, la substitution permet une réintégration des éléments de l'assiette et une préservation de sa valeur. Il reste la question de savoir si tout bien, quelle que soit sa nature, est susceptible de venir en remplacement des biens originellement affectés en garantie.

724. Une prompte réponse à cette question nous oblige à relever que l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 était, sans doute, l'occasion d'aligner la position de la jurisprudence sur celle du Code civil à ce sujet. Ce fut une occasion manquée. En effet, nous le citions tantôt, c'est de longue date que la jurisprudence[1415] a consacré la validité de la clause de substitution. Cette solution, qui date du début du XXe siècle, a le mérite d'avoir, très tôt, admis une circulation des éléments de l'assiette en fonction des besoins du constituant. Elle a depuis reçu confirmation au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation[1416]. Cependant, des limites ont toujours existé à cette faculté[1417] de substitution au sein de la jurisprudence. La principale était, depuis l'arrêt de

[1415] Cass. req., 10 mars 1915 ; *DP* 1916, I, p. 241 ; S. 1916, I, p. 5, note, C. LYON-CAEN.
[1416] Cass. com., 4 juill. 2000, n° 99-11.803, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; Cass. com., 19 nov. 2002, n° 00-20.516, *Bull. civ.* IV, n° 172 ; *JCP E* 2003, p. 526, note P. BOUTEILLER ; *JCP G* 2003, I, 124, n° 17, p. 619, obs. Ph. DELBECQUE.
[1417] Devenue aujourd'hui un principe depuis l'Ordonnance du 15 septembre 2021 avec l'article 2342 du Code civil.

principe[1418], que le remplacement des biens grevés ne pouvait se faire qu'à la condition qu'ils soient fongibles. Autrement dit, seuls des biens naturellement identiques pouvaient venir en remplacement des biens aliénés par le constituant pour les besoins de son activité.

725. Mais optant pour une conception plus large de la fongibilité[1419], la jurisprudence plus récente de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 26 mai 2010[1420] retient que « *la substitution de nouvelles marchandises, de nature et de qualité différentes de celles initialement gagées, ne peut résulter que de l'exécution d'une clause de substitution conventionnelle* ». Ainsi, quand bien même les biens seraient de nature et de qualité différente, la substitution demeure valable, « *pourvu que la valeur de chaque pièce soit identique* », nous précise l'arrêt. La reconnaissance de ce qu'il convient d'appeler « un gage tournant[1421] » mais cette fois sous une acceptation large de la conception de fongibilité, résultait d'une vision libérale du fonctionnement des mécanismes de sûreté. En effet, ainsi que le souligne un auteur, ce qui compte pour que l'opération soit valide, ce n'est pas tant la nature du bien acquis en remplacement, mais la quantité de la même valeur[1422]. Dès lors la condition de fongibilité serait subjective, selon l'auteur. Pourtant, malgré cette jurisprudence de principe, le législateur a opté pour une conception restrictive de la fongibilité. Selon le nouveau texte, ne peuvent venir en remplacement que les biens naturellement fongibles. Il ne serait, alors, pas surprenant que les parties se dirigent prioritairement vers la conception subjective de la fongibilité défendue par la doctrine et déjà consacrée par la jurisprudence.

726. De même, elles seront tentées de s'orienter davantage vers la promesse de sûreté puisque, comme nous l'avons vu, le champ d'application de l'article 2342 exclut les immeubles.

[1418] Cass. req., 10 mars 1915, *op. cit.*
[1419] Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés, op. cit.*, p. 61, V° art. 2342.
[1420] Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, note Ph. DUPICHOT, *Dr. et pat.* 2010, n° 196, p. 94.
[1421] Car la composition des éléments de l'assiette sont susceptible de circuler.
[1422] L. AYNÈS, *RDC* 2010-4, p. 1341, note sous Cass. com. 26 mais 2010.

B. LA PROMESSE DE SÛRETÉ RÉELLE

727. La promesse de sûreté est l'une des techniques contractuelles permettant aux parties d'organiser la préservation de l'assiette. Si sa validité est certaine (**1**), l'efficacité de la promesse de sûreté est beaucoup plus douteuse (**2**).

1. La validité de la promesse de sûreté réelle

728. Dans l'absolu, une promesse de sûreté est tout simplement l'engagement pris par un débiteur (le promettant) envers un créancier (bénéficiaire) de constituer une sûreté dans le futur pour garantir une obligation. À l'aune des sûretés réelles, elle signifie pour le constituant de s'engager à donner en garantie des biens présents ou futurs pour couvrir son obligation envers le créancier. C'est justement pour donner en garantie des biens futurs que la promesse de sûreté a, pendant longtemps, constitué un intérêt certain pour les parties.

Jusqu'à la réforme de 2006, les dispositions du Code civil prohibaient purement et simplement la possibilité de constituer une sûreté réelle sur des biens futurs. Dans la mesure où, en effet, la dépossession du bien constitué en garantie était impérative, on ne pouvait dès lors envisager l'engagement de biens futurs. À titre d'exemple, le Code civil de 1804 qui considérait le gage comme une variété de nantissement[1423], définissait le nantissement comme le « *contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette*[1424] ». Or, on ne peut remettre seulement ce que l'on possède déjà. Ainsi, la dépossession étant, alors, impérative pour constituer un gage, le mécanisme ne pouvait être constitué que sur des biens présents. C'est justement ici que la promesse de sûreté jouait un rôle. En effet, en l'absence de dépossession, de tels engagements sur des biens futurs se voyaient systématiquement rejeter la qualité de sûreté. Cependant, la jurisprudence considérait qu'il s'agissait de promesse de

[1423] Anc. Art. 2072 C. civ. ; V. M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 808.
[1424] Anc. Art. 2071 C. civ.

sûreté[1425]. Ainsi, toute convention sur des biens à venir visant à garantir une dette était considérée par la jurisprudence comme étant une promesse de sûreté.

729. L'Ordonnance de réforme du 23 mars 2006 a fait disparaître la condition impérative de la dépossession. De sorte que le droit positif français reconnaît dorénavant l'aptitude du gage et du nantissement à porter sur des biens présents comme futurs dès lors que l'assiette est déterminable[1426]. Par contre, il a fallu attendre la réforme de 2021 pour que le législateur se décide à reconnaître l'hypothèque consentie sur des immeubles futurs[1427].

Ces consécrations législatives issues des réformes successives de 2006 et de 2021 posent la question de la pertinence de la promesse de sûreté. En effet, c'est de longue date[1428] que la jurisprudence admettait la possibilité de consentir une promesse de sûreté réelle sur des biens futurs. Avec les consécrations légales récentes, l'intérêt et surtout l'efficacité de la promesse sont dorénavant douteuses.

2. L'efficacité douteuse de la promesse de sûreté réelle

730. Depuis les réformes de 2006 et de 2021, les parties ont la faculté de constituer une sûreté sur des biens futurs. Or, c'est justement pour contourner l'ancienne interdiction d'engager des biens à venir que de la promesse de sûreté était utilisée par les parties, avec comme nous l'avons souligné, l'aval de la jurisprudence ; de sorte que les parties disposent, à la fois, d'un mécanisme permettant d'engager des biens futurs d'origine légale et d'origine conventionnelle. Dès lors, à quoi peut bien servir cette promesse de sûreté aujourd'hui ?

La question est légitime dans la mesure où ces deux facultés partagent le même objet, mais ne produisent pas les mêmes effets. En effet, dans les deux cas, le constituant s'engage à donner en garantie un bien qu'il ne possède pas au jour de la signature de la convention. Par contre, en ce qui concerne leurs effets respectifs, la différence entre les deux conventions est significative. D'un côté, le régime légal de la constitution de

---

[1425] Par exemple, Cass. 1re civ., 6 janv. 1994, n° 94-21.646, *Bull. civ.* I, n° 4, p. 3 ; *JCP* 1994, I, 3765, n° 18.

[1426] L'article 2333 issu de la réforme de 2006 a été reproduit à l'identique par la réforme de 2021. Concernant le nantissement, le nouvel article 2355 ne modifie pas les dispositions relatives à cette aptitude.

[1427] Art. 2314 C. civ.

[1428] Cass. req., 5 nov. 1860 ; *D.* 1861, 1, p. 301 ; S. 1861, 1, p. 858.

sûreté sur biens futurs produit l'effet de garantie recherché par les parties dès la rédaction de l'acte. Le droit réel de garantie prend naissance dès que le bien entre dans le patrimoine du constituant. De l'autre, la situation du créancier est beaucoup plus précaire car la promesse ne lui confère aucune sûreté. La jurisprudence considère qu'aucune mesure d'exécution forcée, visant à la constitution de la sûreté, ne peut être exercée sur le promettant, son accord étant indispensable[1429]. La sanction de l'inexécution de la promesse se résout en dommages et intérêts[1430]. Il va sans dire que le créancier a tout intérêt à opter pour la faculté d'origine légale.

731. En dépit de l'infléchissement de l'intérêt de la promesse de sûreté, elle est susceptible de remplir une fonction intéressante en ce qui concerne la préservation de l'assiette de la sûreté. En effet, nous l'avons évoqué, le constituant d'une sûreté réelle mobilière a bien souvent, dans le cadre de son activité professionnelle, vocation à acquérir de nouveaux biens au fil des aliénations, des incorporations ou des destructions de ceux préexistants. Pour le créancier, ces fluctuations de l'assiette sont sources d'instabilité et d'inquiétude. La promesse de sûreté paraît alors représenter une alternative sérieuse pour les parties souhaitant organiser la circulation des biens successifs, d'autant plus qu'elle sera en mesure d'intégrer parfaitement les biens non fongibles exclus par le régime de l'article 2342 du Code civil.

* *
*

732. Conclusion de la section 2. Les précédents développements confirment l'influence de la liberté contractuelle en dépit de d'une conservation déjà largement organisée par la loi. Qu'il s'agisse de la clause de substitution ou de la promesse de sûreté, la jurisprudence a accueilli le pouvoir des volontés individuelles par la reconnaissance de leur validité. Mais l'efficacité de ces interventions conventionnelles reste pour l'heure limitée. En effet, si l'efficacité de la clause de substitution de sûreté ne fait pas de doute, son régime légal exclut les biens non fongibles. En outre, même si

[1429] Cass.civ. 1re civ., 12 mars 2002, n° 99-15.059, *Bull. civ.* I, n° 87, p. 68 ; plus récemment, Cass. 1re civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.173, *Bull. civ.* I, n° 228 ; *D* 2009, n° 43, p. 2860, obs. V. AVENA-ROBARDET.
[1430] V. par exemple, Cass. 3e civ., 7 avr. 1993, n° 91-10.032, *Bull. civ.* III, n° 55, p. 35 ; *Defrénois* 1993, art. 35617, n° 104, p. 1063, obs. L. AYNÈS ; plus récemment, Cass. 1re civ., 5 févr. 2014 : *JCP* E 2014, 1325, § 14, obs. Ph. DELBECQUE.

la promesse de sûreté est susceptible de permettre aux parties de préserver la fluctuation de l'assiette de la sûreté, son utilisation a considérablement infléchie depuis la consécration par les réformes successives de 2006 et de 2021 des sûretés réelles sur les biens à venir.

Conclusion du chapitre 2

733. À l'issue de cette analyse sur les moyens de conservation de l'effet de garantie des sûretés, un constat s'impose : en matière de sûretés personnelles, la loi n'organise leur conservation que de manière résiduelle. En effet, le législateur ne prévoit que de façon incidente les mécanismes de conservation des sûretés personnelles. La plupart des moyens identifiés, tels que l'action paulienne, l'action oblique ou encore les obligations d'information du créancier, n'ont pas pour objectif principal la conservation des sûretés personnelles, mais plutôt la protection des droits du créancier en général. Quant aux hypothèses de transfert examinées, la transmission de la sûreté ne se fait qu'en raison de son caractère accessoire par rapport à l'objet principal de l'opération. En réalité, la nature spécifique de l'effet garantie produit par les sûretés personnelles durant leur existence limite la possibilité pour le législateur d'établir des mécanismes dédiés à leur conservation. Il semble que ce soit donc les parties qui, par des arrangements contractuels, doivent assumer la responsabilité de cette conservation. Par conséquent, les parties jouissent d'une grande liberté en matière de sûretés personnelles concernant leur conservation.

734. À l'inverse, en matière de sûretés réelles, la conservation est principalement organisée par la loi. Le législateur a depuis longtemps institué deux mécanismes majeurs pour encadrer les fluctuations de l'assiette de la sûreté : la subrogation réelle et le principe d'indivisibilité. Certes, la jurisprudence a progressivement reconnu des mécanismes d'origine conventionnelle, tels que la substitution de l'assiette de la sûreté ou la promesse de sûreté réelle, mais leur efficacité reste limitée. Ainsi, la liberté accordée aux parties dans ce domaine est marginale.

735. Finalement, dans le domaine de la conservation des sûretés, la place de la liberté contractuelle oscille entre une large liberté pour les sûretés personnelles et une liberté plus encadrée pour les sûretés réelles.

Conclusion du titre 1

736. Pour identifier pleinement les moyens de conservation des sûretés qui sont à la disposition des parties, il nous aura fallu circonscrire au préalable le domaine de cette conservation. Ceci nous a alors permis, non seulement de déterminer l'intérêt de la conservation, mais surtout, et principalement, d'identifier l'effet de garantie produit par les sûretés selon leur nature et ce, pendant leur existence. Il en a résulté une certaine aisance pour ce qui concerne l'identification de l'effet de garantie produit par les sûretés réelles. À l'inverse, pour ce qui concerne les sûretés personnelles, la recherche de l'effet de garantie produit par ces dernières durant leur existence nous aura conduit à identifier cet effet au sein même de l'obligation du garant. À partir de la théorie dualiste de l'obligation mise en lumière par Chr. MOULY, c'est l'obligation de couverture qui nous a, finalement, paru être l'effet de garantie produit par toute sûreté personnelle en cours d'existence.

Cette singularité de l'effet de garantie produit par les sûretés personnelles explique, nous semble-t-il, l'organisation résiduelle de la conservation par la loi. Qu'il s'agisse des mécanismes détournés du droit commun des contrats, comme l'action paulienne ou oblique, ou qu'il s'agisse des mécanismes spécifiques au droit des sûretés, aucun ne vise, à titre principal, à organiser la conservation de l'obligation de couverture. En la matière, la liberté contractuelle se présente donc comme la source principale de l'organisation de la conservation. C'est tout l'inverse en matière de sûreté réelle puisque la préservation de l'assiette est largement organisée par le législateur, ne laissant ainsi qu'une place limitée à la liberté contractuelle.

Titre 2

L'AMÉNAGEMENT DE LA FIN DES SÛRETÉS : LE DÉNOUEMENT

737. Ainsi que le soulignait le Doyen Carbonnier, le Code de 1804 « *ne paraît avoir envisagé pour les obligations, une fois nées, d'autre destin que de s'éteindre*[1431] ». En effet, le contrat de sûreté, en tant que contrat à part entière, connaît lui aussi son dénouement inéluctable. Les engagements que les parties consentent sont amenés, un jour, à prendre fin. Cette fin du mécanisme de garantie marque le dénouement de l'opération, l'ultime phase où les sûretés tirent leur révérence. À la lumière de la liberté contractuelle, l'analyse de cette phase exige un examen détaillé des différentes manières par lesquelles ces engagements sont susceptibles de prendre fin ainsi que celui des montages contractuels qui peuvent guider ce processus.

La fin d'une sûreté peut survenir de nombreuses manières, de la réalisation par le débiteur, un tiers ou le garant dans le cas de sûretés personnelles, aux alternatives au paiement telles que la dation en paiement, la novation, la compensation, jusqu'à l'échéance du terme extinctif de l'engagement de garantie. Elle peut résulter également des facultés de résiliation, des causes d'extinction relevant du droit commun des contrats telles que la prescription, la nullité, ou la caducité, sans oublier la réalisation pure et simple, ainsi que d'autres voies menant au dénouement telles que les recours ou les actions en responsabilité.

Face à cette longue liste de situations, l'examen de cette phase terminale soulève une question essentielle : quelle est réellement la marge de manœuvre des parties lors de ce dénouement des sûretés ?

Notons que ces causes de dénouement poursuivent toutes la même quête : la satisfaction du créancier. Le mécanisme doit, en effet, remplir son rôle de garantie. Or,

[1431] J. CARBONNIER, *Droit civil, tome 4, Les Obligations, PUF*, 22e éd., 2000, n° 314.

cette quête étant « *aussi fuyante que le bonheur*[1432] », ce seul critère de la satisfaction du créancier se révèle toutefois insuffisant puisqu'il s'incline sans difficulté face à certaines règles d'ordre public[1433]. En réalité, il convient de distinguer selon que le dénouement résulte ou non de l'exécution de la sûreté. En d'autres termes, soit la cause du dénouement résulte de l'extinction - que celle-ci soit recherchée, consentie entre les parties ou imposée par la loi - soit elle résulte de la mise en oeuvre de la garantie répondant ainsi à sa finalité première.

738. Chacune des causes de dénouement présente des particularités et obéit à des règles qui lui sont propres. Extinction et mise en œuvre doivent être ici nettement distinguées. Tout d'abord parce qu'un sûreté peut s'éteindre sans que son mécanisme n'ait été actionée et ce, qu'il ait ou non satisfaction du créancier. Ensuite parce qu'en matière d'extinction, se pose des questions spécifiques relatives à l'organisation conventionnelle des moyens de satisfaction du créancier, aux limites de cette liberté et aux aménagements conventionnels des effets de cette extinction. Enfin, parce que la présence ou non d'une procédure collective est susceptible d'avoir une influence perturbatrice sur la mise en œuvre de la sûreté. Pour ces raisons, l'extinction des sûretés (**chapitre 1**) doit être envisagée séparément de leur mise en œuvre (**chapitre 2**).

[1432] Chr. MOULY, Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.*, n° 79.
[1433] C'est le cas de la nullité, la prescirption, la caducité etc.

Chapitre 1

L'EXTINCTION DES SÛRETÉS

739. Les hypothèses d'extinction sont largement étudiées et développées dans les ouvrages généraux traitant du droit des sûretés. Cependant, l'essentiel des développements est consacré au cautionnement[1434] dont l'extinction est traitée selon une présentation traditionnelle distinguant entre l'extinction par voie accessoire et par voie principale[1435]. Adopter une telle classification, dans le cadre de notre analyse, serait, nous semble-t-il, peu pertinente car nous nous contenterions d'envisager les différentes hypothèses d'extinction sans pouvoir réellement jauger l'influence de la liberté contractuelle dans le dénouement de l'opération. En revanche, il est plus pertinent d'identifier, sous le prisme de la liberté contractuelle, les hypothèses où le mode de l'extinction résulte d'un choix ou au contraire, s'impose aux parties ; de même, la place de la liberté contractuelle dans l'aménagement des effets de l'extinction est tout aussi significative depuis la théorie dualiste de l'obligation mis en lumière par Chr. MOULY[1436].

740. Il conviendra, dès lors, d'étudier la place de la liberté contractuelle dans le choix du mode d'extinction (**Section 1**) avant de s'intéresser à son influence dans l'aménagement des effets de l'extinction (**Section 2**).

[1434] Ce traitement inégalitaire des ouvrages généraux s'explique par la place que l'extinction du cautionnement occupe au sein même du Code civil. En effet, le législateur consacre entièrement une section (Art. 2313 à 2320) au thème ; tandis que parmi les autres mécanismes de sûreté, seule l'hypothèque bénéficie d'une considération similaire, dédiant, ainsi, une section à « *la transmission* » et « *l'extinction* » avec seulement deux articles (art. 2473 et 2474).

[1435] L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.,* n° 251 et s.; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n° 195 et s.; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles, op. cit.,* n° 919 et s. ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés op. cit*., n° 341 et s.

[1436] V. Chr. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, *op. cit.*, n°255 et s.

SECTION 1

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LE CHOIX DU MODE D'EXTINCTION

741. L'extinction des sûretés est un aspect fondamental de la matière dans la mesure où elle entraîne la cessation des droits et obligations nés à la suite de la constitution de la sûreté donnée en garantie. Il est donc essentiel pour les créanciers et les débiteurs de comprendre les différents modes d'extinction, afin d'anticiper les conséquences juridiques et de sécuriser la transaction.

Bien évidemment, les volontés individuelles n'exercent pas la même emprise selon les modes d'extinction envisagés. Cela dit, le domaine de l'extinction n'échappe pas à leur influence. Partant, il est des situations où l'extinction de la sûreté résulte de l'organisation conventionnelle (**§1**), tandis que d'autres s'imposent aux parties par l'effet de la loi (**§2**).

§1. L'ORGANISATION CONVENTIONNELLE DE L'EXTINCTION

742. Pour comprendre pleinement les mécanismes permettant l'aménagement de l'extinction des sûretés, il est essentiel d'explorer dans le détail l'organisation conventionnelle de ce processus. Le but de toute sûreté étant de pallier la défaillance du débiteur principal, c'est en toute logique qu'il faudra supposer que toute extinction conventionnelle du mécanisme de garantie signifierait, au préalable, que le créancier aurait obtenu satisfaction de l'opération[1437]. C'est autour du critère de la satisfaction du créancier que les volontés individuelles sont susceptibles d'organiser l'extinction. Or, la promesse de cette satisfaction au moment de l'engagement des parties est justement garantie par la constitution d'une sûreté qui doit exister au moins jusqu'à la phase de dénouement de l'opération. La sûreté a donc vocation à s'inscrire dans la

[1437] Ce premier constat est celui qui a conduit Chr. MOULY à distinguer entre les causes relatives à l'engagement des parties et celles inhérentes à la personne des parties. V. Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.*, n° 10.

durée, d'où l'importance pour les parties d'organiser son terme. Ensemble, ces deux aspects fournissent un aperçu complet des stratégies contractuelles permettant aux parties de façonner l'extinction des sûretés selon leurs besoins et leurs accords mutuels.

743. Il conviendra alors d'examiner les diverses possibilités offertes aux parties pour satisfaire les créanciers, en mettant en évidence les modalités flexibles et les alternatives au paiement traditionnel (**A**). Par la suite, nous nous focaliserons sur l'aménagement du terme de l'engagement, en explorant les mécanismes permettant de définir et de négocier la durée et les échéances des obligations liées aux sûretés(**B**).

A. L'AMÉNAGEMENT DES MOYENS DE SATISFACTION DU CRÉANCIER

744. Dans l'absolu, la satisfaction du créancier correspond à l'exécution de la prestation qui est convenue dans l'accord des parties. Mais comme le souligne Chr. MOULY, « *la satisfaction d'un créancier vient ou fuit avec le temps* »[1438]. En effet, dans la pratique, il résulte de la vie d'un contrat certaines circonstances qui rendent difficile la satisfaction du créancier par la voie initialement convenue. Au lieu de risquer l'inexécution, le créancier a plutôt intérêt, dans une telle hypothèse, à aménager les modalités de l'exécution pour les adapter aux capacités du *solvens*. L'autonomie de la volonté permet ainsi aux parties d'organiser librement cette satisfaction en modifiant l'engagement originel.

745. Ainsi, selon les circonstances, le paiement (**1**) et ses modalités alternatives (**2**) conduisent de manière complémentaire à la satisfaction du créancier.

1. La satisfaction directe du créancier : le paiement

746. En tête de la liste des causes d'extinction des obligations énumérées par le Code civil, se trouve le paiement, considéré comme la principale modalité. Du latin *pacare*[1439] qui signifie pacifier, apaiser ou encore satisfaire, le paiement a juridiquement un sens plus large que dans le langage courant. Il correspond à « *l'exécution d'une obligation,*

[1438] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.* n° 13.
[1439] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° PAIEMENT.

quel que soit l'objet de celle-ci (somme d'argent, remise en nature d'un bien ou d'un document, autre prestation)[1440]. La satisfaction du créancier est au cœur de la notion. C'est cette conception large, qui dépasse le simple versement d'une somme d'argent en exécution d'une obligation[1441], qui a été retenue par l'Ordonnance de réforme du 10 février 2016 car selon l'article 1342, « *Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due. Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible. Il libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier* ». Quelle que soit la nature de la sûreté constituée entre les parties, la cause ordinaire[1442] de son extinction résulte du paiement. C'est justement pour avoir l'assurance d'être payé que le créancier va souhaiter qu'une sûreté soit consentie en sa faveur. Conduisant à la satisfaction du créancier, le paiement produit, dans le même temps, un effet extinctif, d'une part, de l'obligation exécutée, d'autre part, de la sûreté constituée ; il s'agit, ici, du cas de figure d'une extinction de la sûreté par voie accessoire.

747. L'auteur du paiement peut varier selon les circonstances et la nature de l'engagement (**a**). En tout état de cause, il doit être conforme à l'acte d'engagement des parties (**b**) de sorte que le créancier ne puisse le refuser (**c**).

a. L'identité variable du *solvens*

748. Le paiement peut émaner du débiteur principal (**α**) comme il peut l'être d'un tiers non tenu au paiement pour le compte du débiteur (**β**). Mais le paiement effectué par le garant suppose que les conditions de son appel soient réunies (**γ**).

α. Le paiement extinctif effectué par le débiteur

749. Le paiement est en principe effectué par le débiteur principal car il est, après tout, la première personne à y avoir intérêt[1443]. Comme le souligne Chr. MOULY, « *il n'est pas meilleure satisfaction pour le créancier que l'exécution de la dette principale par celui-là même qu'elle vise : le principal obligé*[1444] ». Comme le souligne l'alinéa 3 de l'article 1342

[1440] G. CORNU, *op. cit. ibis idem.*
[1441] V. notamment Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations,* SIREY, 18e éd., n° 595 et 600.
[1442] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n°922.
[1443] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n°930.
[1444] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.* n° 27.

du Code civil, en principe, il libère le débiteur et éteint la dette. Or, si l'obligation principale est éteinte par voie accessoire, celle relative à la sûreté est également amenée à l'être. Cet effet extinctif du paiement effectué par le principal obligé, reposant sur la règle de l'accessoire, est valable pour la plupart des sûretés, qu'il s'agisse de sûretés constituées pour autrui ou pour soi-même.

750. Concernant les sûretés constituées pour autrui, le cautionnement est sans doute le mécanisme qui exprime le mieux la règle de l'extinction concomitante du cautionnement à la dette du débiteur principale. L'article 2313 du Code civil contient désormais un nouvel alinéa 2 qui dispose : « *Elle* (l'obligation de la caution) *s'éteint aussi par suite de l'extinction de l'obligation principale).* Cette nouvelle disposition issue de l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021[1445] vient, de manière opportune, insister[1446] sur la dimension accessoire du cautionnement. Le paiement effectué par le débiteur principal ainsi que toutes les autres causes qui mettent fin à l'obligation principale[1447], entraînent parallèlement l'extinction du cautionnement.

751. Cependant, en matière de garantie autonome, les choses sont bien différentes et nous avons déjà souligné sa particularité à propos de son aptitude à pouvoir faire l'objet d'une circulation[1448]. En effet, alors que le caractère accessoire du cautionnement lie, d'une certaine manière, le destin du débiteur et de la caution, en matière de garantie autonome la règle est l'indépendance entre le contrat principal et le mécanisme de garantie. Si la formation de la garantie autonome nécessite forcément l'existence d'une obligation qu'elle vient donc garantir, son extinction ne dépend pas, en principe, de l'obligation principale pour la simple et bonne raison qu'on est ici en présence de deux obligations distinctes. De sorte que le paiement effectué par le débiteur principal ne peut être invoqué par le garant autonome. Pour le dire plus simplement, la garantie autonome ne peut faire l'objet d'une extinction par voie

---

[1445] L'ancien article 2311 ne prévoyait pas cette disposition, il ne limitait qu'à l'énoncé du premier alinéa du nouvel article 2313 ; anc. Art. 2311 C. civ. : «*L'obligation qui résulte du cautionnement, s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.* »

[1446] En effet, la règle était déjà rappelée par POTHIER au lendemain du Code civil : V. R-J POTHIER, *Traité des obligations,* t. 3, Paris, 1818.

[1447] Pour ce qui concerne les autres causes entraînant l'extinction des sûretés de manière générale, nous avons déjà eu l'occasion d'aborder le cas des sûretés constituées sur une obligation non autorisée par la loi : V. *supra* n° 135 et s. et 426 et s. Mais pour ce qui concerne les autres moyens de satisfaction du créancier qui conduisent à l'extinction de la dette principale et de la sûreté, V. *infra* n° 778 et s.

[1448] V. *supra* n° 659 et s.

accessoire. Remarquons toutefois que certains auteurs[1449] ont relevé deux exceptions, de surcroit légales à ce principe. Il s'agit, d'une part, de l'article 792[1450] du Code civil qui contraint les créanciers à déclarer leurs créances dans les quinze (15) mois qui suivent la publicité et l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif. À défaut, l'alinéa 2 du texte prévoit que *« les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte »*. Dans un tel cas de figure, la créance s'éteint en même temps que la garantie autonome et donc par voie accessoire. D'autre part, les dispositions de l'article L. 626-11 du Code de commerce permettent aux personnes physiques cautions ou garantes autonomes de bénéficier des mesures adoptées par le plan de sauvegarde, qui peut tout à fait contenir des remises de dette et permettre, pour ainsi dire, l'extinction par voie accessoire de la garantie autonome.

752. Dans le sillage de la garantie autonome, la lettre d'intention manifeste la même autonomie[1451] quant à la question de l'extinction de l'obligation principale. En effet, l'obligation de l'émetteur ne doit pas se confondre avec celle du débiteur garanti puisque l'on se trouve, ici, en présence de deux obligations qui n'ont pas les mêmes objets[1452]. D'une part, on a un débiteur principal qui s'engage à exécuter une prestation au créancier ; d'autre part, l'auteur d'une lettre d'intention s'engage, à travers une obligation de faire ou de ne pas faire, à soutenir le débiteur. Pour autant, l'indépendance du mécanisme ne conduit pas aux mêmes conséquences qu'en matière de garantie autonome. La lettre d'intention se singularise par son caractère indemnitaire[1453], de sorte qu'en cas de défaillance du débiteur, la satisfaction du

---

[1449] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n°1406; M. MIGNOT, *op. cit.,* n° 624 et 625.

[1450] Art 792 C. civ. : *« Les créanciers de la succession déclarent leurs créances en notifiant leur titre au domicile élu de la succession. Ils sont payés dans les conditions prévues à l'article 796. Les créances dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées à titre provisionnel sur la base d'une évaluation.*
Faute de déclaration dans un délai de quinze mois à compter de la publicité prévue à l'article 788, les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte. »

[1451] De nombreux auteurs réfutent l'idée de voir dans la lettre d'intention un rapport accessoire. V. par exemple : G. PIETTE, *« Lettre d'intention », RDC,* 2015 ; C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 336 ;

[1452] V. obs. H. SYNVET, sous Cass. com., 21 déc. 1987, *Rev. société* 1988, p. 398 et spéc. 404.

[1453] Ph. SIMLER, *« Les solutions de substitution au cautionnement », JCP G*, 1990, I, 3427, spéc. N° 19.

créancier passe forcément par la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur de la lettre. Or, qui dit responsabilité dit préjudice. En cas de paiement du débiteur principal et donc de l'extinction de l'obligation principale, on imagine mal le préjudice que pourrait invoquer le créancier pour mettre en jeu la responsabilité contractuelle du souscripteur. Il faut, par ailleurs, noter que c'est en se référant au contrat de base que l'on pourra déterminer si la lettre a été réalisée ou non. Partant, en dépit de l'indépendance du mécanisme de la lettre d'intention, le paiement du débiteur entraîne l'extinction de la sûreté[1454].

753. Concernant les sûretés consenties pour garantir sa propre dette, nous le savons déjà, elles se définissent comme l'affection d'un ou plusieurs biens, présents ou futurs, à garantir la propre créance du constituant en conférant un droit de préférence ou exclusif au créancier. L'essence de ces sûretés est qu'elles forment un lien indéfectible avec la créance garantie puisque le constituant (celui qui donne son bien en garantie) est également celui qui bénéficie du crédit. La sûreté n'a naturellement pas d'existence propre, elle est au service de la créance principale qu'elle vient garantir. En droit français, les sûretés réelles sont présentées comme étant l'accessoire du contrat de base[1455]. Ainsi, à titre d'exemple, parmi les causes d'extinction de l'hypothèque prévues par le Code civil à l'article 2474, n°1, figure celle résultant de *« l'extinction de l'obligation principale […] »*[1456]. Le paiement effectué par le débiteur - constituant - libère le bien affecté en garantie de cette même dette. Par définition aucune sûreté réelle n'échappe à l'accessoriété qui la lie à la dette principale. Par conséquent le paiement par le débiteur conduit à l'extinction de la sûreté réelle.

754. Ainsi, lorsque le paiement émane du débiteur principal lui-même, dans la majorité des cas, son exécution entraîne l'extinction de la sûreté. Cela dit, il se trouve qu'en pratique, *l'accipiens* peut recevoir le paiement d'une personne différente du

---

[1454] Il est classique d'affirmer que la satisfaction directe ou indirecte du créancier par le conforté libère le confortant, V. par exemple, R. BAILLOT, *« Les lettres d'intention », RTDCom.* 1992, p. 547, n° 51.

[1455] J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 330 et s. ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. I, n° 9.

[1456] Art. 2474 C. civ. : *« Les hypothèques s'éteignent notamment :1° Par l'extinction de l'obligation principale sous réserve du cas prévu à l'article 2422 ; 2° Par la renonciation du créancier à l'hypothèque sous la même réserve ; 3° Par la purge ; 4° Par la résiliation permise au dernier alinéa de l'article 2417 et dans la mesure prévue par ce texte. »*

débiteur principal : un tiers. Il convient de vérifier, dans une telle hypothèse, dans quelles conditions prendra fin la sûreté.

β. Le paiement extinctif effectué par un tiers

755. Rien ne s'oppose à ce qu'un tiers non tenu paie au créancier la dette du débiteur. C'est l'article 1342-1 du Code civil qui le prévoit. Selon le texte, « *Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier* ». Toute la question est de savoir dans quelles conditions ce paiement effectué par le tiers conduira à l'extinction de la sûreté.

Une prompte réponse nous oblige à immédiatement mettre de côté l'hypothèse singulière du tiers non tenu à la dette qui effectue le paiement sur ses propres deniers. Cette situation s'apparente à une libéralité qui ne donne guère au tiers la possibilité de se voir subrogé dans les droits du créancier. En effet, après une brève hésitation[1457], la Cour de cassation a jugé qu'il « *incombe à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui, sans être subrogé dans les droits du créancier, de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser les sommes ainsi versées*[1458] ». Cette hypothèse du paiement effectué par le tiers conduit naturellement à l'extinction de la sûreté[1459]. Intéressons-nous à présent au cas du tiers *solvens* subrogé dans les droits du créancier.

756. Lorsque le tiers *solvens* est subrogé dans les droits du créancier, la sûreté n'est pas éteinte car cette forme de paiement a pour effet de transmettre la créance et ses accessoires. Il y a lieu, à ce propos, de noter que l'Ordonnance de réforme du 16 février 2016 a délibérément maintenue la subrogation personnelle dans la section relative au paiement dans une sous-section 4 : « *Le paiement avec subrogation* ». En effet, cette opération *constitue un transfert de créance du créancier originaire au créancier subrogé avec tous ses accessoires et sûretés*[1460]. Ce qui, justement, différencie la subrogation personnelle et la cession de créance est que le transfert, ici, s'effectue obligatoirement

---

[1457] Cass. 1re civ., 15 mai 1990, *JCP* 1991, II. 21628, note P. PETIT.

[1458] Cass. 1re civ., 2 juin 1992, *JCP* 1992, IV, n° 2215 ; *D*. 1992, 407, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1992, I, 3632, n° 6, obs. M. BILLIAU.

[1459] Le tiers ici n'est bien évidemment pas un mandataire du débiteur qui effectue le paiement à son nom, à l'instar du banquier qui procèdera à un virement bancaire sur le compte du créancier. Un tel paiement effectué par le tiers s'assimile en réalité au paiement effectué par le débiteur lui.

[1460] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 660.

à l'occasion du paiement et uniquement à concurrence du montant versé[1461]. Il s'agit donc bien d'un paiement.

Cela dit, cette prise de position du législateur ne constitue pas l'évolution la plus remarquable du champ d'application de la subrogation. En effet, la réforme de 2016 a été l'occasion pour le législateur de simplifier son régime en procédant par exemple à la suppression des quatre hypothèses de subrogation légale énumérées par l'ancien article 1251 du Code civil[1462]. Désormais, le nouvel article 1346 dispose : « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». Le critère de qualification de la subrogation légale est généralisé puisque c'est désormais le critère de l'intérêt légitime du *solvens* à effectuer le paiement au créancier qui est pris en compte.

757. Cette généralisation de définition concerne également la subrogation conventionnelle qui, comme sous l'empire de la loi ancienne, peut être consentie par le créancier[1463] ou le débiteur[1464]. En tout état de cause, qu'il s'agisse d'une subrogation légale ou d'une convention consentie par le créancier ou le débiteur, les effets de l'opération demeurent les mêmes, à savoir la transmission de la créance et de ses accessoires parmi lesquelles il y a les sûretés. En effet, l'aliéna 1er de l'article 1346-4

[1461] *op. cit. ibis idem.*

[1462] Anc. art. 1251 C. civ. : « *La subrogation a lieu de plein droit:*
1o Au profit de celui qui étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques;
2o Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué;
3o Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter;
4o Au profit de l'héritier (L. no 2006-728 du 23 juin 2006, art. 29-29o) «acceptant à concurrence de l'actif net» qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ».

[1463] Art. 1346-1 C. civ. : « *La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur. Cette subrogation doit être expresse. Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens.* »

[1464] Art. 1346-2 C. civ. : « *La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds.*
La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier. »

dispose : « *La subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier* ». Par contre, lorsque n'a été payé par le tiers *solvens* qu'une partie de la dette, le créancier originaire conserve ses sûretés jusqu'au paiement de l'intégralité de la dette, nous précise l'article 1346-3 du Code civil[1465].

758. Au final, en cas de paiement effectué par le tiers subrogé dans les droits du créancier, la sûreté reste en vie et profite au *solvens*. En d'autres termes, un tel paiement ne libère ni le garant, ni les biens affectés en garantie. Ainsi, l'extinction de la sûreté à l'occasion du paiement effectué par un tiers ne peut résulter que de deux hypothèses : soit le paiement de la dette du débiteur résulte d'une volonté d'accomplir une libéralité[1466] en sa faveur par le tiers ; soit le tiers est tout simplement mandaté par le débiteur pour payer le créancier.

Outre le débiteur principal et le tiers non tenu à la dette, l'auteur du paiement peut encore être le garant.

γ. Le paiement extinctif effectué par le garant

759. L'existence d'un garant signifie naturellement que l'on se trouve en présence d'une sûreté constituée pour autrui, ce qui exclut, de fait, les mécanismes de sûretés réelles traditionnelles[1467]. Qu'en est-il, alors, de la sûreté lorsque le paiement est effectué par le garant ?

En réalité, il faut distinguer entre deux hypothèses selon l'identité portée par le garant :

760. D'une part, à l'instar d'un mandataire du débiteur principal ou d'un codébiteur, il est tout à fait envisageable que le garant s'acquitte de la dette sous un titre différent. Il en est ainsi lorsque la caution dirigeante de la société débitrice est tenue d'assumer

---

[1465] En application de l'adage « *nemo contra se subrogare censetur* » (nul n'est censé avoir subrogé contre soi) ; Art 1346-3 C. civ. : « *La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* » ; Pour plus de détail : V. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 677 et s.

[1466] Ou bien dans le cadre de la gestion d'affaire.

[1467] Il faut noter que depuis la réforme du 15 septembre 2021, le législateur a consacré dans le Code civil les sûretés réelles pour autrui qu'il classe dans la catégorie des sûretés réelles. Mais sans le moindre doute, ce mécanisme hybride de sûreté doit être rangé dans la catégorie des sûretés constituées pour autrui.

une partie du passif en raison de ses fautes de gestion[1468]. Dans une telle hypothèse, le *solvens* ne s'acquitte pas de la dette en tant que garant, potentiellement exposé au recours du créancier, mais en tant que codébiteur ou mandataire du débiteur principal. N'intervenant pas, à proprement parler, en tant que garant, le paiement ne le libèrera qu'à la condition que le créancier soit entièrement satisfait conformément au contrat. Ce n'est que dans ce cas que la sûreté sera éteinte.

761. D'autre part, lorsque le *solvens* intervient en tant que garant de l'opération, le paiement entre les mains du créancier conduit à l'extinction non seulement de la dette du débiteur principal mais également celle du garant lui-même. C'est pourquoi le l'gislateur confère notamment à la caution les recours après paiement, l'un personnel[1469] et l'autre subrogatoire[1470].

762. La nuance entre ces deux hypothèses est certes subtile dans la mesure où dans l'une et l'autre des situations le paiement intégrale conduit à l'extinction, et de la dette du débiteur et de la dette du garant, mais pour autant, elle existe bien. En effet, dans la première, le paiement du garant ne lui confère aucun recours après paiement car le paiement est effectué à titre principal contrairement à la seconde.

763. Finalement, il y a lieu de retenir que l'identité du *solvens* peut varier entre le débiteur principal lui-même, le tiers non tenu à la dette et le garant en présence d'une sûreté constituée pour autrui. Étant donné que les conséquences que nous avons tirées des effets du paiement effectué par le débiteur principal sur chaque sûreté[1471] valent également lorsque le paiement émane d'un tiers ou du garant, on peut en conclure que la satisfaction du créancier par le paiement dans l'essentiel des hypothèses en présence, aboutit à l'extinction de la sûreté. Les parties disposent d'une certaine liberté de choix en ce qui concerne l'identité du *solvens.*

[1468] Cass. com., 8 nov. 1976, n° 75-11.975, *Bull. civ.*, IV, n° 282.

[1469] Art. 2308 C. civ. : « *La caution qui a payé tout ou partie de la dette a un recours personnel contre le débiteur tant pour les sommes qu'elle a payées que pour les intérêts et les frais.*
Les intérêts courent de plein droit du jour du paiement.
Ne sont restituables que les frais postérieurs à la dénonciation, faite par la caution au débiteur, des poursuites dirigées contre elle.
Si la caution a subi un préjudice indépendant du retard dans le paiement des sommes mentionnées à l'alinéa premier, elle peut aussi en obtenir réparation. »

[1470] Art. 2309 C. civ. : « *La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.* »

[1471] V. *supra* n° 746 et s..

Au-delà des interrogations relatives à l'identité du *solvens*, la qualité du paiement conformément au contrat revêt également d'une importance essentielle dans la quête de la satisfaction du créancier.

b. La conformité du paiement à la convention

764. Paiement, satisfaction du créancier, extinction de la sûreté, tel est concrètement l'ordre dans lequel les évènements conduisant à l'extinction d'une sûreté par le paiement doivent se dérouler. Parmi ces évènements, la satisfaction du créancier est le facteur essentiel car il serait bien imprudent de déduire du paiement pour conclure à la satisfaction du créancier. En effet, tous les paiements ne satisfont pas le créancier. Pour s'en convaincre, il suffit d'imaginer une situation dans laquelle un créancier français dont les activités commerciales se situent exclusivement en France, est payé par son débiteur dans une devise étrangère, telle une monnaie Sud-américaine[1472]. À moins que le paiement dans une telle devise soit prévu par leur contrat, il est fort à craindre que ce créancier ne trouve pas satisfaction dans ledit paiement. De même, un paiement effectué seulement partiellement ne pourra emporter satisfaction de l'*accipiens*. C'est pourquoi, il doit être conforme à la convention conclue entre les parties. C'est parce que le créancier se trouve satisfait par la prestation accomplie que l'obligation disparaît ; et c'est bien le contrat qui va déterminer les conditions d'un paiement satisfaisant. Partant, pour que le l'extinction de la sûreté ait lieu, le paiement doit être valable, pour ainsi dire, conforme aux caractéristiques définies par la convention (**α**) et également conforme quant à son montant intégral (**β**).

α. La conformité quant aux caractéristiques du paiement : le respect des principes du paiement en monnaie légale et du nominalisme monétaire

765. Le paiement a pour but et effet principal d'exécuter une obligation donnée[1473] ; et nous l'avons vu, il conduit à l'extinction de la sûreté. Cependant, il doit revêtir une

[1472] En effet, nous savons que l'un des principes de fonctionnement de la monnaie repose sur le principe de la confiance. Parmi ses appellations, on retrouve la notion de monnaie fiduciaire. Le terme fiduciaire du latin *fiducia*, veut dire confiance, croire, la foi. Or, le paiement dans une devise étrangère au contrat n'inspire pas forcément confiance au créancier, de sorte que cette monnaie ne reçoit pas suffisamment de crédit de son point de vue. Crédit qui, du point de vue des sûretés, renvoie également à la même notion car du latin *Creditum ou Credere,* il signifie la confiance.

[1473] Chr. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement, op cit,* n°14.

forme conforme à l'accord des parties. La problématique de la forme d'un paiement nous renvoie nécessairement à la définition même de la notion. Au sens courant du terme, le paiement désigne *« le versement d'une somme d'argent en exécution d'une obligation de somme d'argent*[1474] » alors que plus techniquement, il englobe l'exécution de toute obligation, quel qu'en soit l'objet (une somme d'argent, la remise en nature d'un bien ou d'un document…)[1475]. Il est inutile de préciser que dans la perspective du droit des sûretés, c'est l'obligation de somme d'argent qui constituera principalement l'objet de l'obligation et qui nous occupera dans l'étude de la plupart des mécanismes[1476]. Or, un contrat dont l'obligation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent doit obéir à deux principes essentiels en droit français : le principe du paiement en monnaie légale et celui du nominalisme monétaire. Il convient de vérifier l'influence de la liberté contractuelle au regard du respect de ces deux principes.

766. En premier lieu, le principe du paiement en monnaie légale résulte des dispositions de l'article de l'alinéa 1er de l'article 1343-3 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016. Selon le texte, *« Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros »*[1477]. Ce principe du paiement en euro dans les opérations où une obligation de somme d'argent pèse sur une partie s'explique par le besoin pour les pouvoirs publics de conserver la maîtrise de la circulation et de la sécurité de la monnaie[1478]. Ce principe résulte donc d'un impératif de l'ordre public économique. Ce paiement en euro peut se faire de différentes manières. Il peut être effectué en espèce ou en monnaie scripturale, c'est-à-dire par virement ou par chèque, ce qui est souvent exigé par certaines lois par mesure de sécurité. Toujours est-il que le principe reste le paiement en euro de l'obligation en somme d'argent quand bien même l'accord des parties ne le spécifierait pas car tel est le principe en France. Mais le législateur s'empresse aussitôt de poser les tempéraments au principe énoncé à l'alinéa 1er du

---

1474 G. CORNU, *op. cit.,* V° PAIEMENT.

1475 G. CORNU, *op. cit. ibis idem.*

1476 Plus de précisions sur la nature du paiement, V. N. CATALA, *la nature juridique du payement*, Paris, 1960, LGDJ 1961, bibl. dr. privé, t. 25, préf. J. CARBONNIER.

1477 Cette disposition nouvelle consacrée dans le Code civil ne figurait traditionnellement que dans le Code monétaire et financier à l'article L. 111-1 toujours en vigueur : *« La monnaie de la France est l'euro. Un euro est divisé en cent centimes. »*

1478 ; Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire, op. cit.,* n° 187 et s.

texte. Selon l'alinéa 2 de l'article 1343-3, « *toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger. Les parties peuvent convenir que le paiement aura lieu en devise s'il intervient entre professionnels, lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée* ». En clair, lorsque l'opération revêt un caractère international ou lorsqu'elle résulte d'un jugement étranger, le paiement peut valablement être effectué dans une devise autre que l'euro. Cette disposition est d'ailleurs le fruit d'une modification ultérieure à l'Ordonnance de réforme de 2016 et opérée par la loi de ratification du 20 avril 2018. Le texte originel faisait maladroitement référence à la notion de contrat international comme tempérament au paiement dans une devise étrangère. Or, ainsi que l'ont remarqué certains auteurs[1479], cette notion était trop restrictive, de sorte que de nombreuses opérations à caractère international supposant un paiement international sans pour autant s'inscrire dans le cadre d'un contrat international se trouvaient exclues du champ d'application du texte. En faisant référence à la notion d' « opération à caractère international » au lieu de « contrat international », l'ensemble des hypothèses susceptibles d'entraîner un paiement international sont prises en compte. Au-delà de ces deux exceptions, le législateur donne encore plus de latitude aux parties qui, lorsqu'elles sont professionnelles, peuvent d'une commun accord décider que le paiement se fera dans une monnaie étrangère, à la condition qu'en telle pratique corresponde aux usages de ladite opération.

767. Il faut enfin signaler une difficulté particulière qui a fait son apparition depuis la consécration, par la réforme du 15 septembre 2021, d'une nouvelle propriété-sûreté : la cession de somme d'argent à titre de garantie, anciennement connue sous le nom du « gage-espèce ». Le nouvel article 2374 du Code civil prévoit que « *La propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures* ». Le législateur autorise donc que la somme grevée puisse être dans une devise étrangère. Mais ce qui nous intéresse ici, c'est le régime et plus précisément les modes de réalisation, de cette propriété-sûreté

[1479] M. MEKKI, *La loi de ratification du 20 avril 2018 : une réforme de la réforme ?, D* 2018, 901, n° 36 ; V. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 631.

nouvellement consacrée. En effet, l'article 2374-5 du Code civil précise qu' « *en cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire peut imputer le montant de la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts, sur la créance garantie. Le cas échéant, il restitue l'excédent au cédant* ». En clair, si la sûreté porte sur une devise étrangère qui n'est donc pas l'euro, en cas de défaillance du débiteur, et que la réalisation s'opère par une attribution au bénéficiaire en vertu de l'article 2374-5 précité, le paiement se fera alors dans une monnaie étrangère en violation du principe du paiement en monnaie légale de l'article 1343-3. Le texte de l'article 2374-5 est donc susceptible de contredire celui de l'article 1343-3. La solution pourrait résulter de l'ajout d'une précision supplémentaire à l'article 2374-5, qui viendrait signaler que l'hypothèse s'appliquerait par exception aux dispositions de l'article 1343-3 du Code civil.

768. Retenons donc ceci : le paiement en monnaie légale reste le principe. Le paiement effectué par le débiteur dans une devise étrangère ne le libère pas de son engagement[1480] et encore moins la sûreté constituée pour garantir cette dernière. Cependant, lorsque l'opération procède de l'une des deux hypothèses énumérées par l'article 1343-3 du Code civil à savoir, une opération à caractère international ou une opération résultant d'un jugement étranger, le paiement dans une devise étrangère est valable. Mieux, lorsque le débiteur et le créancier sont des professionnels, ils peuvent même convenir, au-delà des deux exceptions de l'article 1343-3, de la devise du paiement. Et exceptionnellement, l'application du nouvel article 2374-5 peut conduire, à travers l'attribution, au paiement dans une monnaie étrangère. Dans ces hypothèses donc, le paiement libère non seulement le débiteur, mais conduit surtout à l'extinction de la sûreté.

769. En second lieu, il faut aborder l'épineuse question de l'imprévision dans les contrats. Durant de nombreuses décennies, la jurisprudence s'était toujours refusée à réviser un contrat devenu gravement déséquilibré en raison d'un changement de circonstance économique imprévisible[1481]. La raison en était qu'en droit français, dans

[1480] Le paiement dans une devise autre qui n'est pas celle du contrat est considéré comme défaillant : V. Cass. com., 18 avr. 1989 : *Bull. civ.* 1989, IV, n° 116, p. 78 ; *RD bancaire et fin.* 1990, 209, obs. P. BLOCH.
[1481] Civ., 6 mars 1876, *DP* 1876. 1. 195, note GIBOULOT ; *S.* 1876. 1. 161 (solution constante depuis l'arrêt *Canal de Craponne* où la Cour de cassation avait refusé la révision du montant d'une redevance due pour l'entretien d'un canal d'arrosage qui avait été fixée au XVIe siècle.)

toutes les obligations de somme d'argent, « *Le débiteur […] se libère par le versement de son montant nominal* »[1482].Mais depuis l'Ordonnance de réforme du 10 février 2016, le juge peut désormais procéder à l'adaptation ou à la révision du contrat[1483]. Il en résulte que sur le fondement de l'article 1195 du Code civil, le débiteur ou le créancier peut obtenir du juge la révision du montant de la somme d'argent en cas de survenance de circonstances qui étaient imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Le paiement de ce montant conduira subséquemment à l'extinction de la sûreté.

770. Il faut noter que d'autres mécanismes avaient, antérieurement à l'Ordonnance de réforme de 2016, fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle. C'était notamment le cas de la clause d'indexation et de la technique des dettes de valeur. Depuis la réforme de 2016, le législateur a consacré ces clauses. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1343 pose un premier tempérament au principe du nominalisme monétaire en prévoyant que « *le montant de la somme due peut varier par le jeu de l'indexation* ». Cette clause, également appelée la clause d'échelle mobile, permet ainsi aux parties de prévoir une indexation du montant du paiement sur un susceptible d'évoluer dans le temps[1484]. De même, l'Ordonnance de réforme a été l'occasion d'intégrer dans le Code les clauses relatives aux dettes de valeur qui, nous dit l'alinéa 3 de l'article, libèrent le débiteur « *par le versement de la somme d'argent résultant de sa liquidation*[1485] ».

771. Finalement, lorsqu'une sûreté vient garantir une obligation de somme d'argent, les parties doivent prendre égard au respect de deux principes : le principe du paiement en monnaie légale et celui du nominalisme monétaire. À défaut, la convention objet de l'opération doit contenir des clauses permettant d'y déroger conformément au droit positif comme nous avons eu l'occasion de l'exposer. Le

---

[1482] Art. 1343 C. civ.

[1483] Art. 1195 C. civ. : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

[1484] V. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 637 et s.

[1485] Art. 1343, al. 3 C. civ.

paiement qui est conforme une telle règlementation éteint la dette en même temps que la sûreté à condition que le montant ait été payé dans son intégralité.

β. La conformité quant à l'intégralité du montant : le respect des règles d'imputation

772. L'article 1343 du Code civil prévoit à son premier alinéa, comme nous l'avons déjà vu, que « *Le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal* ». Seul le paiement de l'intégralité du montant dû permet l'extinction de la sûreté. Mais *quid* de la sûreté lorsque le paiement effectué ne l'a été que partiellement ?

773. En théorie, le créancier n'est pas obligé d'accepter un paiement partiel. En effet, l'alinéa 1er de l'article 1342-4 du Code civil prévoit que « *Le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible* ». Mais, convaincus par le fameux proverbe « *une tient vaut mieux que deux tu l'auras* », dans la pratique, les créanciers acceptent bien souvent le paiement partiel. Ainsi que le souligne Chr. MOULY à propos du contrat de cautionnement, « *la satisfaction du créancier détermine le quota d'extinction […] lorsque l'exécution n'est pas intégrale*[1486] ». Autrement dit, moins le créancier est satisfait, moins la sûreté a de chance d'être éteinte. L'hypothèse d'un paiement partiel conduit inexorablement au calcul des règles d'imputation, c'est-à-dire les conditions dans lesquelles le paiement va s'appliquer à la dette garantie. Ce calcul nous oblige à envisager plusieurs hypothèses :

774. D'abord, il peut s'agir d'un paiement partiel d'une dette entièrement garantie par la sûreté. Une telle hypothèse ne pose pas vraiment de difficulté puisqu'on considère que ce paiement partiel libère le garant à due concurrence[1487]. En d'autres termes, la sûreté n'est éteinte qu'à concurrence du paiement partiel.

775. Ensuite, il peut s'agir d'un paiement partiel d'une dette partiellement garantie par la sûreté. C'est-à-dire que seule une partie de la dette est couverte par la garantie constituée lors de la formation du contrat. En effet, il est fréquent notamment dans les

---

[1486] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.,* n° 29.

[1487] V. A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles, op. cit.,* n° 937 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 343 et s. ; D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 197 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.,* n° 252.

sûretés personnelles que le garant plafonne son engagement. Or, la dette peut tout à fait dépasser ce seuil ou s'effectuer par fraction. Cette hypothèse se singularise par le silence du législateur sur la solution à appliquer surtout lorsque l'on sait qu'en pareil circonstance, les intérêts du créancier et ceux du garant s'opposent. D'une part, le créancier a intérêt que le paiement partiel s'impute sur la partie non couverte par la garantie ; alors que d'autre part, le garant, lui, a plutôt intérêt à ce qu'il s'impute sur la partie garantie. La solution unanimement admise par la jurisprudence et la doctrine préconise d'imputer le paiement partiel d'abord sur la partie non garantie de la dette[1488]. Cependant, comme le soulignait déjà Chr. MOULY[1489], la volonté des parties doit primer qu'il s'agisse d'un choix effectué d'un commun accord au moment du paiement, ou bien qu'il résulte d'une clause insérée dans le contrat de garantie.

776. Enfin, il peut s'agir d'un paiement partiel en présence d'une pluralité de dettes dont seulement l'une est garantie par la sûreté. À l'inverse de la situation précédente, le Code civil dégage la solution qui doit s'appliquer. À défaut de volonté exprimée par les parties, la loi prévoit que c'est le paiement partiel qui éteint d'abord la dette garantie. En effet, l'article 1342-10 pose à son premier aliéna que c'est d'abord le débiteur qui, en payant la dette, peut indiquer celle qu'il souhaite éteindre. Cela signifie qu'il agit en raison de ses propres intérêts. Par conséquent, il aura naturellement plus d'intérêt à s'acquitter de sa dette couverte par une sûreté, surtout lorsqu'il a lui-même fourni la garantie (en l'occurrence dans le cas d'une sûreté constituée pour soi-même). Mais si le débiteur n'a pas fait d'indication, le second alinéa du texte prévoit que l'imputation se fait « *d'abord sur les dettes échues ; parmi celles-ci, sur les dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter. A égalité d'intérêt, l'imputation se fait sur la plus ancienne ; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement* ». En pratique, l'imputation se fait la plupart du temps sur la dette garantie car tel est le scénario le plus utile pour le débiteur[1490].

[1488] Déjà : Cass. civ., 12 janv. 1857, *DP* 1857, 1, 278, S. 1857, 1 349 ; V. aussi, Cass. com., 5 nov. 1968, *Bull. civ.* 1968, IV, n° 306, p. 275 ; Au sein de la doctrine V. par ex. Ph. SIMLER, *Cautionnement, garantie autonome, garanties indemnitaires, op. cit.,* n° 703.

[1489] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.,* n° 32.

[1490] V. par ex à propos du cautionnement, Cass. 1re civ., 23 oct. 1963, *Bull. civ.* 1963, I, n° 462 ; *D*. 1964, p. 39 ; *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 454 ; plus récemment, Cass. 3e civ., 12 juin 2014, *Banque et droit,* juill.-août 2014, p. 41, note N. RONTCHEWSHKY.

777. La satisfaction du créancier, cause d'extinction de la sûreté, nécessite ainsi une certaine conformité avec la convention des parties. Nous l'avons vu, si la loi intervient fréquemment pour poser le cadre dans lequel le paiement doit s'effectuer dans tout contrat, ces principes sont, pour la plupart, supplétifs de volonté. Le paiement conforme à la convention, donc valable, met *l'accipiens* dans une situation telle qu'il ne peut légitimement le refuser.

c. L'interdiction pour l'*accipiens* de refuser le paiement conforme

778. C'est entre les mains du créancier ou de la personne désignée pour le recevoir que le *solvens* doit effectuer le paiement[1491]. Ce paiement libère non seulement le créancier, mais conduit également à l'extinction de la sûreté. Ainsi, un refus de *l'accipiens* de recevoir le paiement en dépit de sa validité, fait survivre la sûreté de même qu'il maintien injustement le débiteur dans le *statu quo*. On peut raisonnablement se demander pour quelles raisons un créancier refuserait d'accepter un paiement valable. Pourtant, bien qu'il soit plus courant que ce soit le débiteur qui fasse l'objet d'une mise en demeure pour l'exécution de sa prestation, il est des cas où c'est le créancier qui en fait l'objet. Ce sera le cas lorsque ce dernier s'estime insatisfait de la prestation ou conteste le prix. La situation peut également se présenter lorsque le créancier de mauvaise foi œuvre pour faire durer le plus longtemps la dette afin de bénéficier du produit des intérêts.

779. C'est pourquoi le législateur avait, antérieurement à la réforme de 2016, consacré pour de telles situations le système des offres réelles. Depuis l'Ordonnance de réforme, cette procédure s'est vue être davantage simplifiée : on parle dorénavant de *la mise en demeure du créancier* régie dans un paragraphe 2 par les articles 1345 à 1345-3 du Code civil. Selon l'alinéa 1er du premier texte, *« Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution »*. Afin de protéger le débiteur contre le créancier de mauvaise foi, cette mise en demeure *« arrête le cours des intérêts dus par le débiteur*[1492] ». Si l'opposition du créancier perdure

[1491] Art. 1342-2, al. 1 C. civ.
[1492] Art. 1345, al. 2 C. civ.

au-delà de deux mois à compter de la mise en demeure, « *le débiteur peut, lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent, la consigner à la Caisse des dépôts et consignations […]* [1493]». Une telle consignation libère le débiteur à compter de sa notification au créancier[1494] et donc subséquemment conduit à l'extinction de la sûreté.

780. Que le paiement émane du débiteur principal, d'un tiers ou du garant, il demeure la base de l'extinction des sûretés accessoires ; car, nous l'avons vu, certaines sûretés indépendantes comme la garantie autonome n'obéissent pas à ce principe de l'automaticité de l'extinction de la sûreté suite à celle de la dette principale[1495]. Elles ne peuvent ainsi être éteintes que par voie principale. Les lettres d'intention, quant à elles, conduisent, en dépit de leur indépendant par rapport au contrat principal, à l'extinction du mécanisme. En effet, en raison de leur caractère indemnitaire, la poursuite du souscripteur suppose l'existence d'un préjudice difficilement justifiable lorsque le paiement effectué par le débiteur est valable. Ce paiement doit, en outre, être conforme à certaines exigences légales qui demeurent, de toute manière, supplétives de volonté. Il en résulte que le paiement constitue la cause principale de l'extinction de la sûreté. Mais elle ne constitue toutefois pas le seul moyen de satisfaction du créancier. Le créancier peut obtenir satisfaction de manière indirecte par d'autres moyens qu'il convient d'étudier à l'aune de la volonté des parties.

2. La satisfaction indirecte du créancier : les moyens alternatifs au paiement

781. « *La satisfaction du créancier pouvant être aussi fuyante que le bonheur, elle oblige parfois pour être atteinte, à des accommodements*[1496] ». En effet, le paiement n'est, somme toute, qu'une manière parmi d'autres d'aboutir à la satisfaction du créancier. Comme le souligne l'alinéa 2 du nouvel article 1342-4 du Code civil, le créancier « *peut recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû* ». Ainsi, lorsque les contingences et les éventuels changements de contexte révèlent des insuffisances, les parties peuvent modifier le contrat ou simplement convenir d'un arrangement pour obtenir malgré

[1493] Art. 1345-1, al. 1 C. civ.
[1494] Art. 1345-1, al. 3 C. civ.
[1495] Comme nous l'avons souligné, seuls les tempéraments légaux prévus aux articles 792 et L. 626-11, respectivement du Code civil et de Code de commerce, font exception à ce principe de non extinction de la garantie autonome en dépit du paiement de la dette principale.
[1496] Chr. MOULY, Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.*, n° 79.

tout la satisfaction du créancier. Ces moyens de satisfaction du créancier, alternatives au paiement, reçoivent différentes conceptions des auteurs[1497]. Toujours est-il que l'objectif de satisfaction du créancier ne doit pas nous détourner du but de la présente étude qui porte sur les causes d'extinction susceptibles de faire l'objet d'un aménagement par les parties. Ayant d'emblée[1498] précisé l'indépendance qui caractérise la garantie autonome par rapport au contrat de base, le mécanisme ne sera naturellement pas visé par les développements à suivre. Là-dessus, parmi les causes d'extinctions des sûretés résultant de la volonté des parties et qui constituent des alternatives au paiement, on dénombre la dation en paiement (**a**), la novation (**b**), la compensation (**c**) et la remise de dette (**d**).

a. La dation en paiement

782. À défaut d'être en mesure de fournir la prestation originairement convenue, le débiteur peut en fournir une autre en transférant la propriété d'un bien lui appartenant à son créancier, qui l'accepte à la place du paiement dû[1499]. En d'autres termes, elle consiste à changer l'objet même du paiement, en employant pour satisfaire le créancier une chose autre que celle qui faisait l'objet de l'obligation[1500]. Cette modalité de paiement de la dette principale emporte par voie accessoire l'extinction de la sûreté.

783. Avant la réforme du 10 février 2016, on ne pouvait recenser que peu d'information dans le Code civil à propos de cette opération, à commencer par l'absence d'une définition légale. En effet, c'est la jurisprudence qui a consacré son existence en déterminant son régime. Depuis la réforme de 2016, la dation en paiement dispose d'un fondement textuel dans les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1342-4[1501]. L'acceptation de l'opération par le créancier libère le débiteur et subséquemment,

---

[1497] Par exemple selon les auteurs J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *op. cit.,* n° 842 et s. considèrent les mécanismes du paiement, la dation en paiement, la compensation et la novation comme des mécanismes satisfactoires ou non satisfactoires ; De même, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.,* n° 1389 et s., présentent ces mêmes mécanismes comme des modes d'extinction par satisfaction indirecte ou différée du créancier ; Différemment, J. FRANÇOIS, *op. cit.,* traite la compensation, la novation, la dation en paiement et la confusion au titre des modes d'extinction par satisfaction indirecte du créancier.

[1498] V. *supra* n° 748 et s.

[1499] V. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 620.

[1500] G. CORNU, *op. cit.,* V° DATION EN PAIEMENT.

[1501] Art. 1342-4, al. 2 : « *Il peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû.* »

conduit à l'extinction de la sûreté. Il faut, cependant, noter, l'abandon notable par le législateur d'une disposition qui faisait référence à la dation en paiement et qui favorisait la caution. En effet, l'ancien article 2315 du Code civil prévoyait que « *L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé* ». Cette faveur légale[1502], pour le moins explicite, permettait au cautionnement de rester éteint par le jeu de la dation quand bien même l'obligation principale devait, par la suite, renaître. Certains auteurs ont expliqué cette protection de la caution par l'esprit d'équité en ce sens qu'il serait injuste que la caution ait à souffrir des risques particuliers que le créancier a pris à l'occasion du recouvrement de sa créance. Partant, la caution devait demeurer libérée même si, le créancier étant évincé, la dation en paiement était nulle[1503]. Pour d'autres auteurs, le but de cette disposition était simplement de d'éviter à la caution d'être actionnée en lieu et place du débiteur principal alors que le créancier a la possibilité d'être satisfait autrement. Toujours est-il que l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, n'a pas repris la substance du texte dans le Code. Cette suppression est, nous semble-t-il, opportune puisqu'elle remettait profondément en question le caractère accessoire du cautionnement. Bien que la nature juridique de la dation en paiement soit encore discutée[1504] car englobant à la fois paiement, vente et novation[1505], la faveur légale de l'ancien article 2315 aux cautions ne trouvait guère de justification légitime.

784. Il faut ainsi retenir, à l'aune de la réforme du 15 septembre 2021, que la dation en paiement effectuée par le débiteur et acceptée par le créancier éteint le cautionnement en même temps que la dette principale, à condition que cette dation ne soit pas postérieurement déclarée nulle. À l'exception de la garantie autonome, cette solution s'applique à l'ensemble des sûretés.

785. Il est toutefois une question que l'on peut légitimement se poser : *quid* de la dation en paiement effectuée par le garant lui-même ? Lorsque le débiteur principal

---

[1502] Sur l'emploi du terme faveur, V. L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 162.
[1503] J. FRANÇOIS, *Les obligations – régime général, op. cit.,* n° 120.
[1504] V. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 620.
[1505] En faveur de l'autonomie conceptuelle de la notion de dation en paiement, V. F. BICHERON, *La dation en paiement,* préf. M. GRIMALDI, Éd. Panthéon Assas, 2006.

est déclaré défaillant et que la caution est appelée par le créancier, une dation en paiement est-elle envisageable ? Cette hypothèse très peu abordée par les ouvrages généraux traitant de la matière, ne doit pas être occultée de notre analyse. En effet, l'objectif étant d'identifier, ici, la place de la liberté contractuelle dans les différentes manières de satisfaire le créancier en vue de l'extinction de la sûreté, la dation en paiement apparaît comme une alternative envisageable également pour la caution ou pour tout garant de manière générale. Une analyse téléologique nous conduit à naturellement considérer qu'une telle opération émanant du garant et acceptée du créancier équivaut à un paiement. En effet, aucune justification raisonnable n'empêche l'application de la substance de l'alinéa 2 de l'article 1342-4 au garant qui, lorsque la dette lui devient exigible, demeure un débiteur comme un autre.

786. Ainsi, la dation en paiement effectuée par le débiteur principal ou le garant produit le même effet que le paiement à savoir, l'extinction de la dette en même temps que la sûreté. Il convient à présent de se pencher sur le cas de la novation, présentée comme une autre alternative au paiement pour satisfaire le créancier.

b. La novation

787. La novation reçoit depuis la réforme du 10 février 2016 une nouvelle définition : aux termes de l'alinéa 1er de l'article 1329 du Code civil, « *La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée* ». Une prompte analyse de l'opération nous oblige à différencier la novation de la cession de dette puisque selon la définition de l'article 1329, elle éteint l'ancienne obligation et crée une nouvelle à la charge d'un nouveau débiteur. Aucun transfert de la dette ne s'opère dans la novation. Il en est de même concernant la cession de créance puisque l'extinction de l'ancienne obligation se produit en même temps que la création d'une nouvelle au profit d'un nouveau créancier. Il faut enfin préciser que la novation ne doit pas se confondre avec de simples aménagements du contrat. En effet, une simple modification d'une condition ou du terme de l'obligation ne suffit pour qu'il y ait novation[1506]

[1506] V. par exemple, V. A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties,* préf. D. TALLON, LGDJ, 1980 ; V. également, D. HOUTCIEFF, *La modification du contrat,* Étude 348, sous la direction de B. FAGES, *in Lamy contrat,* 2009.

788. Cette précision faite, il faut noter que la novation peut résulter de trois modes que nous énumère l'alinéa second de l'article 1329 : par substitution de l'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur, ou par changement de créancier. L'opération n'est valide que si elle recueille le consentement des parties puisqu'elle ne se présume point selon l'article 1330[1507]. Par contre, la novation par changement de débiteur ne requiert pas nécessairement l'intervention du débiteur initial[1508], ce qui la distingue de la cession de dette. Au contraire, la novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur et les conditions de son opposabilité aux tiers sont précisées, à l'instar de la cession de créance[1509]. Dans tous les cas, la novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables, nous dit l'article 1331.

789. Pour ce qui concerne les effets de la novation sur le sort des sûretés, les dispositions du Code civil sont pour le moins explicites. L'article 1334 règle le sort des sûretés et autres accessoires de l'obligation éteinte par novation, de façon plus lisible que les dispositions antérieures du code civil, parfois obscures. En effet, selon le premier alinéa du texte, l'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires. Il faut en déduire donc que l'extinction des sûretés est l'effet naturel de la novation. Puisque l'accessoire dépend du principal, la sûreté dépend de la créance garantie. Si cette créance vient à disparaître, l'accessoire disparaîtrait également car la créance constitue sa cause. Cependant, l'alinéa second de l'article 1334 prévoit une exception à ce principe en permettant, sous réserve du consentement des tiers garants, aux sûretés de survivre à l'extinction de l'ancienne obligation. La sûreté est, pour ainsi dire, affectée à la nouvelle créance. Cette exception au principe d'extinction de la sûreté en raison de la novation pose une question de l'étendue de la sûreté. Faut-il y voir la constitution d'une nouvelle sûreté ? À l'analyse des dispositions du texte, la sûreté garde, nous semble-t-il, en dépit de sa nouvelle indépendance vis-à-vis de l'ancienne

---

[1507] Art. 1330 C. civ. : « *La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte.* »
[1508] Art. 1332 C. civ. : « *La novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.* »
[1509] Art. 1333 C. civ. : « *La novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur. Celui-ci peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier.*
La novation est opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation de la date de la novation, la preuve en incombe au nouveau créancier, qui peut l'apporter par tout moyen. »

obligation, ses attributs originels. Pour le dire plus simplement, la sûreté garde son rang, elle ne peut pas garantir une créance d'un montant plus important que celui de la créance initialement garantie. Il s'agit bien de la même sûreté.

Le Code civil apporte enfin une précision concernant la libération des codébiteurs solidaires et des cautions, avec une précision par rapport au droit antérieur sur la libération des cofidéjusseurs, qui n'opère qu'à concurrence de la part contributive de la caution dont l'obligation a fait l'objet de la novation[1510].

790. En définitive, la novation acceptée par le créancier conduit en principe à l'extinction de la sûreté. Ce principe est toutefois supplétif de volonté puisque si le garant y consent, son engagement peut être affecté à la nouvelle opération. À l'instar de la dation en paiement, la novation se présente, nous semble-t-il, comme une alternative au paiement à la portée des parties et source d'extinction des sûretés. Le mécanisme de la compensation mérite la même analyse afin d'y déterminer la place de la liberté contractuelle dans l'extinction des sûretés.

c. La compensation

791. Avant la réforme du 10 février 2016, le Code civil ne traitait que de la compensation légale, ignorant la compensation judiciaire et la compensation conventionnelle. La réforme de 2016, a opéré une refonte du régime de la compensation en l'adaptant à l'évolution de la pratique. En effet, à côte de la compensation légale figure désormais dans le Code civil, des règles particulières de la compensation qui renvoient précisément à la compensation judiciaire et à la compensation conventionnelle.

792. Le mécanisme de compensation est défini par le premier alinéa de l'article 1347 du Code civil : *« La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes ».* La définition est pour le moins explicite lorsque l'on se souci particulièrement du sort des sûretés. En effet, la disparition de l'obligation principale ne laisse aucune chance de survie aux sûretés fonctionnellement accessoires. Mais encore faut-il que l'opération puisse être susceptible de faire l'objet d'une

[1510] Art. 1335 C. civ. : *« La novation convenue entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires libère les autres. La novation convenue entre le créancier et une caution ne libère pas le débiteur principal. Elle libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation. »*

compensation. La compensation n'a, ainsi, lieu qu'entre obligations fongibles, certaines, liquides et exigibles, nous indique l'alinéa 1 de l'article 1347-1. Très opportunément, le législateur ne s'est pas contenté de reprendre les conditions de la compensation, il donne désormais une définition du caractère fongible[1511]. Dès lors que ces conditions sont remplies, la compensation éteint les obligations à partir du jour où lesdites conditions étaient réunies, à condition d'avoir été invoquée[1512]. Elle entraîne l'extinction de la sûreté puisque l'article 1374-6 prévoit que *« La caution peut opposer au créancier la compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal »*[1513]. À l'exception de la garantie autonome, cette règle d'extinction devrait, à notre sens, s'appliquer à l'ensemble des sûretés.

À défaut d'être en mesure de réunir les conditions énoncées à l'article 1347-1, la partie la plus diligente a la possibilité de s'adresser au juge afin que ce dernier prononce la compensation entre les obligations des parties. Cela résulte des articles 1348 et 1348-1 du Code civil. Cette compensation judiciaire est possible quand bien même l'obligation ne serait pas liquide ou exigible.

793. en outre, lorsque les conditions de la compensation légale ne sont pas remplies, deux personnes réciproquement créancière et débitrice peuvent décider par convention de se libérer mutuellement par compensation de leurs obligations. Cette compensation conventionnelle résulte de la volonté des parties qui peuvent donc, d'un commun accord, décider d'éteindre simultanément leurs dettes réciproques.

794. Il résulte du mécanisme de la compensation, un moyen de satisfaction indirecte du créancier par ce qu'on pourrait qualifier de mode simplifié de paiement, permettant ainsi d'éviter un double paiement en sens opposés[1514] . Qu'il résulte d'une compensation légale, judiciaire ou conventionnelle, l'opération a pour effet d'éteindre l'obligation principale en même temps que la sûreté.

795. La remise de dette est un autre mécanisme résultant de la volonté des parties et susceptible de constituer une cause d'extinction de la sûreté. Il convient de s'y pencher.

[1511] Art. 1347-1, al. 2.

[1512] Art. 1347, al. 2.

[1513] Il en est de même du codébiteur solidaire « *pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette* » ; V. art. 1347-6, al. 2.

[1514] V. L. ANDREU, « *Réflexions sur la nature juridique de la compensation* », *RTD com.* 2009, p. 655 et s.

d. La remise de dette

796. Le créancier qui s'appauvri par l'exécution de sa contreprestation est naturellement en droit de recevoir l'équivalent attendu. Tout mécanisme ayant pour effet de compenser ou de supprimer cet appauvrissement mérite la qualification de moyens de satisfaction indirecte car si le créancier a reçu l'enrichissement corrélatif auquel il a droit, l'obligation d'exécuter la prestation n'a plus de raison d'être. Comme nous l'avons vu jusqu'ici, entrent dans cette catégorie, le paiement, la dation en paiement, la compensation, la novation.

797. Le cas de la remise de dette est plus discutable. Son analyse mérite, au préalable, de souligner l'apport de la réforme du 10 février 2016 qui donne enfin une définition du mécanisme à l'article 1350 du Code civil. Selon le texte, *« La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation »*. En qualifiant la remise de dette de contrat, il faut y voir une modalité qui suppose l'accord des deux parties. Même si l'on peut identifier sans difficulté la partie à qui profite une telle convention le consentement du débiteur reste néanmoins requis. En effet, la rupture du lien d'obligation nécessite l'accord de toutes les parties. Ensuite, la réforme a rénové les règles qui régissent la portée de la remise de dette sur les coobligés et cautions.

798. Sous le prisme de l'objectif de satisfaction du créancier, une telle opération ne peut qu'être problématique. En effet, matériellement, elle ne constitue pas un mode de satisfaction du créancier puisque l'appauvrissement de ce dernier n'est pas compensé. En cela, elle se différencie des autres modes de satisfaction que nous avons déjà étudiés. Cependant, nous pensons que l'absence d'enrichissement corrélatif à son appauvrissement est justement comblée par la renonciation volontaire du créancier. Ainsi, c'est la force de la volonté qui justifie en quelque sorte la satisfaction. Cette dernière se trouve dans sa renonciation[1515]. L'insatisfaction du créancier résulte de sa propre volonté. Ainsi, la remise de dette s'assimile, nous semble-t-il, aux autres manières de parvenir à la satisfaction du créancier dès lors que toutes ces opérations aboutissent au même résultat à savoir, l'extinction de l'obligation.

[1515] Dans le même sens, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.,* p. 651.

799. S'agissant du sort des sûretés, l'article 1350-1 prend le contrepied de l'ancien article 1285, en supposant, de façon plus réaliste, que le créancier n'entend pas faire bénéficier tous les codébiteurs solidaires de la remise de dette consentie à l'un d'eux. En réalité, il convient d'opérer une distinction selon l'effet que le créancier a voulu faire produire à la remise. Souhaite-t-il libérer uniquement le débiteur ou un garant en particulier ou bien souhaite-t-il renoncer purement et simplement à sa créance ? La doctrine avait, en effet, déjà exposé cette distinction en opposant la « *remise réelle* » à la « *décharge personnelle* »[1516]. D'autres ont évoqué une opposition entre la « *remise de dette réelle* » et « *la remise de dette personnelle* » *:* elle serait réelle « *lorsqu'elle est absolue, générale, sans restriction à telle ou telle personne ; personnelle, lorsqu'elle est limitée à telle ou telle personne* »[1517]. En ce qui concerne donc les codébiteurs solidaires, la remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part. Cette disposition se justifie puisqu'elle résulte de la finalité même de la remise de dette qui est de libérer un codébiteur. Si les autres restaient tenus de la totalité de la dette, le ou les *solvens* conserveraient leur recours après paiement contre le codébiteur libéré.

800. Concernant le cautionnement, l'alinéa premier de l'article 1350-2 précise que « *La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires* ». Il résulte de cette disposition une application du principe de l'accessoire[1518], ce qui nous conduit à considérer que le principe a vocation à s'appliquer à toutes les sûretés fonctionnellement accessoires. S'agissant des remises accordées au cours des procédures collectives et de surendettement, elles obéissent à une logique bien différente qui mérite un traitement spécifique[1519].

En définitive, c'est la satisfaction du créancier qui constitue le curseur du dénouement des sûretés par la voie de l'extinction. Que cette satisfaction soit directe ou indirecte, nous avons été en mesure d'identifier l'essentiel des moyens résultant de la volonté des parties pour y parvenir. Or, ces moyens constituent la base de l'extinction des

---

[1516] R.-J. POTHIER, T2, *op. cit.,* n° 616 et s.

[1517] F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques,* A. MARESCQ et E. DUJARDIN, 4e éd., PARIS 1855.

[1518] J. FRANÇOIS, *Les obligations – régime général, op. cit.,* n° 139 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.,* n° 1471.

[1519] V. *infra* n° 1122 et s.

sûretés[1520]. Nous considérons, dès lors, que l'extinction des sûretés est surtout et principalement l'affaire des parties puisque même une renonciation volontaire du créancier à la prestation qui lui est pourtant due peut suffire à mettre fin au mécanisme de garantie.

B. L'AMÉNAGEMENT DU TERME EXTINCTIF DE L'ENGAGEMENT

801. Les engagements perpétuels sont de longue date[1521] prohibés par le droit français. Le contrat de sûreté étant un contrat comme un autre, il n'échappe pas à l'application de cette règle de principe. Comme le soulignait le Doyen Carbonnier, le Code de 1804 « *ne paraît avoir envisagé pour les obligations, une fois nées, d'autre destin que de s'éteindre*[1522]». Le contrat de sûreté est donc assorti d'un terme à l'arrivée duquel il s'éteint[1523]. Ce terme extinctif se différencie naturellement du terme suspensif qui se rapporte à l'obligation dont l'« *exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine* »[1524]. Cette dimension du terme ne nous occupera qu'accessoirement. En effet, lorsqu'il s'agira d'envisager les facultés de prorogation, nous verrons que celles du terme suspensif peuvent influer indirectement sur l'extinction de la sûreté. Surtout, l'objet de la présente étude demeure l'identification de la place de la liberté contractuelle dans l'extinction des sûretés. Partant, seules nous intéresse, les hypothèses d'extinction résultant de la volonté ou

---

[1520] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.,* n° 115.

[1521] Ce principe ne souffre plus d'aucun doute depuis l'Ordonnance de réforme du 10 février 2016 laquelle prévoit au nouvel article 1210 du Code civil que « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.* » ; Mais déjà, la Cour de cassation consacrait le principe et ce, à plusieurs reprises : Civ., 28 juin 1887, S. 1887, 1, p. 380 ; *DP*. 1888, I, 296 ; postérieurement, *sur la nullité d'un contrat de bail perpétuel* : Cass. com., 3 janvier 1989, *RTD civ*. 1989, 534 et 535, obs. J. MESTRE ; Plus récemment, *sur la nullité d'une clause de perpétuité portant sur l'engagement d'une caution* Cass. civ. 1re, 7 mars 2006, 04-12.914, *Bull. civ.,* I, n° 132 ; enfin, la prohibition des engagements perpétuels a également fait l'objet d'une consécration par le Conseil constitutionnel : Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.

[1522] J. CARBONNIER, *Droit civil, tome 4, Les Obligations, PUF*, 22e éd., 2000, n° 314.

[1523] Naturellement, il est ici question du terme extinctif de l'obligation. C'est l'existence même de l'obligation qui se trouve affectée. Il est régi par les articles 1210 et suivants du Code civil. Le terme suspensif, quant à lui, suspend l'exigibilité de l'obligation jusqu'à la survenance d'un évènement futur et certain. Il est régi par les articles 1305 et suivants du Code civil.

[1524] Art. 1305 C. civ.

s'imposant aux parties. Sous le prisme du terme extinctif donc, son échéance marque en principe la fin de la sûreté (**1**). Mais ce principe ne fait nullement obstacle aux facultés de prolongation du terme qui sont à la disposition des parties (**2**), ni même à une faculté d'extinction anticipée de la garantie dans certaines situations précises (**3**).

1. Le principe d'extinction de la sûreté à l'échéance du terme

802. À titre liminaire, il convient de préciser que la question de l'existence d'un terme extinctif n'a d'intérêt qu'en ce qui concerne les sûretés conventionnelles. Lorsque la source de la sûreté résulte de la loi ou du juge, le terme de la garantie est bien souvent expressément stipulé[1525]. En dehors de ces deux hypothèses, la détermination du terme résulte de la volonté des parties. Naturellement, le garant et le constituant sont ceux qui ont le plus intérêt à prévoir la limite temporelle de leur engagement. Cette limite peut résulter d'une clause contractuelle propre à la sûreté comme elle peut, au contraire, en être dépourvue. Dans cette dernière situation, les choses sont plus complexes. En effet, l'engagement ne pouvant être inconditionnellement illimité dans le temps, ce sont les caractéristiques de l'obligation principale ou celles du contrat de sûreté qui permettront de révéler le terme extinctif, initialement déterminé de manière tacite. Cette difficulté ne se présente pas en matière de garantie autonome puisque les parties ont l'obligation de déterminer un terme extinctif propre au mécanisme (**a**). Alors que dans les autres sûretés, c'est la liberté de déterminer le terme qui prévaut (**b**).

a. La singularité de la garantie autonome : L'obligation de déterminer un terme extinctif propre au mécanisme

803. Comme pour les moyens de satisfaction du créancier, la garantie autonome manifeste ici également sa singularité. Comme nous l'avons vu, l'indépendance du mécanisme vis-à-vis du contrat de base fait obstacle à l'application de nombreux effets attachés à l'obligation principale[1526]. Pour cette raison, le terme de l'engagement du garant doit être stipulé dans l'acte. La simple stipulation ne saurait point suffire

[1525] Chr. MOULY donne de nombreux exemples en ce qui concerne le terme extinctif résultant d'une sûreté d'origine légale : V. Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.*, n° 263.
[1526] Le paiement et ses alternatifs en sont, bien évidemment, un exemple frappant.

puisque nous savons que les sûretés peuvent sans difficulté porter sur des dettes futures. Dans une telle hypothèse, le terme serait nécessairement indéterminé avec une faculté de résiliation unilatérale au bénéfice du créancier[1527]. Nous verrons donc que, dans l'intérêt du créancier, il est nécessaire que les clauses contractuelles prévoient un terme déterminé à l'engagement du garant autonome (**α**). C'est pourquoi certains créanciers ont abandonné la vision binaire de la durée de l'engagement du garant (garantie autonome à durée déterminée ou indéterminée) en s'emparant, carrément, du mode d'extinction du mécanisme. Ainsi, la restitution de la lettre de garantie par le bénéficiaire comme seule et unique condition de l'extinction s'est multipliée depuis plusieurs décennies, dans les contrats (**β**). Une telle clause mérite qu'on s'y attarde.

α. La nécessaire stipulation d'un terme déterminé dans l'intérêt du garant

804. Le contrat de sûreté n'a pas d'existence propre indépendamment du contrat de base. Sans dette principale, il n'y a pas de sûreté puisque par définition l'objet de la sûreté est de palier le risque d'insolvabilité du débiteur principal. Autrement dit, la sûreté a pour fonction de garantir la dette principale. C'est pour cette raison que la stipulation d'un terme est facultative dans la majorité des garanties. En effet, le principe est que la durée de la sûreté est calquée sur celle de la dette principale. De sorte qu'en l'absence d'un terme propre à la sûreté, les parties pourront toujours se référer à la durée de la dette principale. Il en sera de même lorsque la dette du débiteur est une dette future. Mais dans une telle hypothèse, afin que l'engagement ne soit perpétuel, la loi permet au garant/constituant une faculté de résiliation unilatérale[1528].

805. En matière de garanties autonomes, les choses sont différentes. Leur extinction ne dépend pas du terme de l'obligation principale car on est, ici, en présence de deux obligations bien distinctes. Par conséquent, on ne peut se référer au terme de l'obligation principale pour déterminer celui de l'engagement du garant autonome. Ce faisant, la garantie autonome doit toujours contenir un terme extinctif propre[1529]. Mais *quid* de l'hypothèse où le mécanisme porte sur une dette future ? En d'autres termes,

[1527] En raison du principe de prohibition des engagements perpétuels, V. art. 1210 C. civ.
[1528] V. par exemple article 2315 C. civ., en ce qui concerne le cautionnement ; V. art. 2417 C. civ., en ce qui concerne l'hypothèque.
[1529] Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes, op. cit.,* n° 941.

la garantie autonome peut-elle porter sur une dette future et ce, pour une durée indéterminée ? La réponse à cette question nécessite une analyse rationnelle de la situation. Théoriquement, la réponse est sans doute positive. On ne peut pas exclure cette possibilité[1530]. Mais en pratique, la stipulation brute d'une telle clause emmènerait le bénéficiaire à accepter le risque de perdre à tout moment sa garantie puisque le garant disposerait, dans une telle hypothèse, d'une faculté unilatérale de résiliation en raison de la prohibition des engagements perpétuels. La stipulation du respect d'un délai de préavis avancé comme palliatif à cette faculté de résiliation discrétionnaire ne semble pas être d'un grand intérêt pour le créancier car une telle clause a peu de chance d'être acceptée par le garant qui craint d'être appelé pendant ledit délai. Alors, si la théorie ne s'oppose pas à l'idée d'une garantie autonome à durée indéterminée, elle est difficilement concevable en pratique.

806. La garantie autonome comportera donc fréquemment un terme déterminé dans le temps. Ce terme propre à la sûreté peut résulter d'une date certaine[1531] - c'est-à-dire une date fixe - comme il peut être attaché à la survenance d'un évènement[1532] - c'est-à-dire adapté au risque couvert[1533]. En tout état de cause, les parties sont libres dans la manière et le choix de la formule à employer pour déterminer le terme de l'engagement du garant. En effet, une formulation trop imprécise de l'évènement qui conditionne l'extinction peut entraîner des difficultés d'interprétation. Ce n'est qu'à l'issue de ce terme que la garantie prendra fin.

807. Pour éviter le risque d'une rédaction maladroite ou insuffisamment précise, certains créanciers prennent la précaution de stipuler en plus de la date ou de l'évènement conditionnel, la restitution du document contenant l'engagement de garantie. Pour certains auteur, cette condition supplémentaire de l'extinction est inutile dans la mesure où la réalisation de l'évènement est censée mettre fin à la garantie. Mais qu'en est-il lorsque l'extinction de la garantie autonome est

---

[1530] V. A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 1312.

[1531] Pae ex.CA Paris, 12 déc. 2000, *RD banc. fin.*, juill.-août 2001, n° 151, obs. A. CERLES.

[1532] Cass. com., 10 mars 1987, n° 85-10.761, *à propos de l'extinction d'une garantie autonome conditionnée à l'émission d'une garantie de bonne fin par l'adjucateur.*

[1533] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 520.

subordonnée à la seule clause de restitution ? Il convient d'étudier cette hypothèse de plus près.

β. Le cas particulier des clauses d'extinction par restitution

808. La clause d'extinction par restitution signifie que le terme extinctif de la garantie autonome est subordonné à la restitution, par le créancier, de la lettre au garant. La durée de l'engagement du garant dans pareille situation dépend du « bon vouloir »[1534] du bénéficiaire. La première question qui vient à l'esprit après l'évocation d'une telle clause est sa licéité. En effet, conférer un tel pouvoir au bénéficiaire risque de maintenir indéfiniment le garant dans le contrat, chose que prohibe l'article 1210 du Code civil. Quelle est donc la solution ?

809. La doctrine majoritaire considère que la clause d'extinction par restitution est valide[1535]. Pour les auteurs Chr. GAVALDA et J. STOUFFLET, puisqu'une telle clause confinerait à un engagement perpétuel, le garant disposerait de la faculté de résilier unilatéralement le contrat[1536]. Pour d'autres, ce pouvoir discrétionnaire ne serait que la continuité du mécanisme même de la garantie autonome, à l'image du pouvoir que le créancier détient pour appeler le garant[1537].

810. En définitive, l'indépendance du mécanisme de la garantie autonome ne manque pas de se manifester une fois de plus, mais cette fois-ci pour la détermination du terme extinctif. Son terme ne peut donc être calqué sur celui de la dette principale. Les parties doivent stipuler un terme propre au mécanisme qui peut résulter d'une date certaine ou être attaché à la survenance d'un évènement. Elles peuvent même adjoindre à cela d'autres conditions comme la restitution de la lettre par exemple. Cependant, si la restitution est convenue comme étant la seule condition de l'extinction, il faut retenir que le garant disposera d'une faculté de résiliation

---

1534 V. A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 1314.

1535 V. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 520 ; Chr. GAVALDA, J. STOUFFLET, *« La lettre de garantie internationale », RTD com.* 1980, p. 1, spéc., n° 22 ; V. aussi en ce sens, B.-G. SABEH-AFFAKI, *L'unification internationale des droits des garanties indépendantes, th.* Paris II, 1995, p. 383 ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 1314.

1536 V. Chr. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit., préc.,* n° 22.

1537 B.-G. SABEH-AFFAKI, *L'unification internationale des droits des garanties indépendantes, op. cit.,* p. 383.

unilatérale au risque de conférer au bénéficiaire un pouvoir exorbitant sur le contrat[1538].

811. Les autres sûretés n'obéissent pas au même fonctionnement. L'accessoire qui les caractérise confère aux parties la faculté de stipuler ou non un terme propre au mécanisme de garantie.

b. L'application égalitaire du principe aux autres sûretés : La liberté de déterminer un terme extinctif

812. À l'exclusion de la garantie autonome, les parties disposent d'une grande liberté dans la détermination du terme extinctif de la sûreté. Il faut envisager deux hypothèses : selon que l'on se trouve en l'absence (**α**) ou en présence (**β**) d'un terme propre à la sûreté.

α. En l'absence d'un terme propre à la sûreté

813. Lorsque la sûreté n'est assortie d'aucun terme extinctif, c'est, en réalité, à l'engagement principal - le contrat de base - qu'il faut se référer pour rechercher une date de fin de la sûreté. On dit alors que la sûreté est indéfinie[1539]. Une telle hypothèse nécessite que les parties aient recours aux modalités de l'obligation principale pour déterminer le terme de la sûreté. Ce raisonnement est valable pour l'ensemble des sûretés constituées pour soi mais l'est encore plus pour les sûretés accessoires comme le cautionnement.

814. Dans le cautionnement, lorsque les parties procèdent à une détermination tacite du terme extinctif de l'engagement de la caution, bien souvent, il est calqué sur celui de la dette principale.

Lorsque l'obligation principale est à durée déterminée comme un prêt dont le remboursement s'étale sur une durée de dix (10) ans, le cautionnement sera aligné sur le même terme. L'objet de la dette principale étant le remboursement du prêt, la caution restera engagée jusqu'au dernier paiement. Le terme se situe dans l'objet même de l'obligation principale[1540]. Mais dès lors que survient le terme expressément

[1538] Ce pouvoir est également qualifié de terme potestatif.
[1539] Il ne s'agit pas ici d'envisager le terme suspensif de l'engagement qui *in fine* renvoi à la question de l'exigibilité de la dette. Il plutôt question du terme extinctif, celui qui marque la fin de la sûreté.
[1540] Chr. MOULY, *thèse préc., op. cit.,* n° 264.

convenu, la caution est libérée pour l'avenir[1541]. Dès lors, si les parties au contrat principal décident, malgré tout, de poursuivre le contrat par hypothèse en prorogeant le terme, la caution demeure libérée. La jurisprudence et la loi considèrent qu'une nouvelle relation contractuelle est née depuis la nouvelle période[1542]. Cette règle a vocation à s'appliquer aux autres sûretés.

Lorsque l'obligation principale est conclue pour une durée indéterminée, les choses sont différentes. En effet, puisque la durée du cautionnement est calquée sur celle de la dette principale, il est conclu pour une durée indéterminée également. Or, les engagements perpétuels étant prohibés par la loi, la caution dispose d'une faculté de résiliation unilatérale, précise le nouvel article 2315 du Code civil[1543]. Cette même solution est valable pour les autres sûretés.

815. Les parties échappent ainsi à l'impasse alors même qu'elles n'ont stipulé aucune disposition relativement au terme extinctif de la sûreté. Bien évidemment, le risque d'une telle attitude est d'être confronté à des difficultés d'interprétation quant au terme de l'obligation principale elle-même. C'est pourquoi, afin de se prémunir contre toute surprise résultant de l'interprétation de leurs volontés respectives, elles ont intérêt à déterminer expressément un terme extinctif propre à la sûreté.

β. En présence d'un terme propre à la sûreté

816. La détermination d'un terme distinct, propre à la sûreté n'a réellement d'intérêt que dans l'hypothèse d'une dette future. En effet, nous venons de le voir, lorsque c'est une dette présente qui est garantie, la durée de la sûreté épouse parfaitement celle de la dette. Dans le souci de faciliter l'interprétation de leur volonté, les parties peuvent, par exemple, stipuler purement et simplement que « le cautionnement sera conclu pour la durée du prêt ». Le montant de la dette étant connu des parties dès la formation du contrat, cette précision est une mesure de prudence qui n'appelle pas de

---

[1541] En effet, la survenue du terme met fin à l'obligation de couverture à laquelle nous consacrerons postérieurement des développements.

[1542] Par exemple l'article 1740 du Code civil consacre cette règle à propos du bail : « *[…] la caution donné pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation* » ; La Cour de cassation l'a consacré à propos d'un contrat de location-gérance : Cass. com., 9 avril 2013, *Bull. civ.*, IV, n° 56.

[1543] Art. 2315 C. civ., « *Lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ».

commentaire particulier. Mais lorsqu'il s'agit d'une dette future, par définition, la dette n'est pas encore née au moment de la formation de la sûreté. D'où l'intérêt de stipuler un terme à la sûreté de sorte qu'à la survenue du terme convenu, la garantie soit libérée pour l'avenir.

817. La possibilité pour les parties de consentir à de tels engagements est expressément prévue pour certains mécanismes de garantie comme le cautionnement[1544]. Lorsque le cautionnement est consenti pour garantir des dettes futures, il s'adapte automatiquement à l'évolution de l'endettement du débiteur principal[1545]. En l'absence d'un terme expresse à l'engagement de la caution, la faculté de résiliation de l'article 2315 du Code civil s'applique[1546]. Cependant, la détermination d'un terme extinctif à l'engagement de la caution de dettes futures le prive naturellement du bénéfice de l'article 2315 du Code précité. La caution demeurera tenue jusqu'à l'échéance du terme. Ainsi, sauf convention contraire, toute volonté de résiliation anticipée serait fautive.

818. Au final, rien n'oblige les parties à déterminer expressément le terme extinctif de la sûreté puisque, à l'exception du mécanisme de la garantie autonome, l'accessoire structurellement caractéristique des sûretés l'organise. Cependant, la stipulation du terme revêt une importance non négligeable pour deux raisons : D'une part, elle est fort utile lorsque la volonté des parties ne transparaît pas clairement ; d'autre part, en présence d'une dette future, elle permet de circonscrire la période de couverture de la sûreté et évite au bénéficiaire le risque de s'exposer à la faculté de résiliation unilatéral dont dispose tout débiteur d'un contrat à durée indéterminée.

819. Comme l'échéance du terme extinctif éteint la sûreté, les parties peuvent être tentées de prolonger leurs engagements respectifs avant ce terme. Il convient d'envisager les effets d'un tel aménagement de l'opération.

[1544] Art. 2292 C. civ.

[1545] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 185.

[1546] Comme dans l'hypothèse précédente où les parties ont décidé de ne stipuler aucun terme à la sûreté.

2. Les facultés de modification du terme

820. Afin de cerner au mieux les subtilités temporelles au sein des engagements de garantie, il convient, à titre liminaire, de faire le tri entre les différentes déclinaisons de la prolongation du contrat (**a**) avant d'étudier la modification des termes suspensif (**b**) et extinctif (**c**).

a. Les différentes déclinaisons de la prolongation de contrat : Prorogation, renouvellement et tacite reconduction

821. La prolongation du contrat correspond très simplement à l'hypothèse d'un contrat qui arrive à son terme mais qui continue, malgré tout, à être exécuté par les parties. Alors que le Code civil de 1804 ne comportait aucune disposition régissant cette faculté, la réforme du droit des contrats y a remédié en reprenant les solutions générales dégagées par la jurisprudence. C'est le lieu, ici, de distinguer trois situations de prolongation sans que les frontières entre elles soient toujours facile à déterminer.

822. D'abord, on distingue la faculté de prorogation du contrat qui est désormais prévu au nouvel article 1213 du Code civil. Selon le texte, « *Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers* ». Cette situation correspond ainsi à l'allongement conventionnel de la durée initiale du contrat : les parties se mettent d'accord, avant l'arrivée du terme, que celui-ci sera prolongé. Il s'agit donc du même contrat qui est prolongé jusqu'à un nouveau terme, et donc d'une modification du contrat en cours d'exécution.

823. On a ensuite le renouvellement du contrat qui, aux termes de l'article 1214 du Code civil « *[…] donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée* ». Il s'agit donc d'une situation qui se réalise par la conclusion d'un nouveau contrat entre les parties, fruit de leurs volontés ou par l'effet de la loi[1547]. Il peut être le même ou à des conditions différentes. De ce fait, il est

[1547] Tel est par exemple le cas en matière de baux spéciaux.

totalement autonome du premier[1548]. La formulation maladroite de l'alinéa 2 de l'article 1214 précisant que le contenu du nouveau contrat « *est identique au précédent mais à durée indéterminée* » ne peut se comprendre qu'à titre de disposition supplétive ; il en résulte donc que les parties sont évidemment libres de modifier le contenu du contrat. Par ailleurs, ce renouvellement peut être le fruit d'un nouvel accord négocié ou d'une clause de renouvellement prévue dans le contrat initial. Cependant, en dehors des lois spéciales, il n'existe pas de droit au renouvellement[1549], souligne l'alinéa 2 de l'article 1212 du Code civil[1550].

824. Il faut enfin considérer le cas de la tacite reconduction, prévue à l'article 1215 du Code civil, qui se caractérise par le dépassement du terme du contrat initial malgré une continuation de son exécution matérielle. Elle peut être le fruit d'une clause au terme de laquelle il est prévu que le contrat se « poursuivra » après le terme du contrat, sauf volonté contraire exprimée dans un certain délai. En l'absence de clause, texte précise explicitement qu'il s'agit d'une tacite reconduction. Puisque le premier contrat est arrivé à son terme, la tacite reconduction conduit à la naissance d'un nouveau contrat. En effet, les dispositions du texte précisent que la reconduction tacite produit les mêmes effets que le renouvellement. Or, nous venons de voir que le renouvellement de l'article 1214, alinéa 2, conduit à la conclusion d'un nouveau contrat. Ainsi, cette tacite reconduction produit donc deux effets : l'extinction du contrat initial - et donc, comme pour le renouvellement, la disparition des sûretés, etc. - et la formation d'un nouveau.

825. Il résulte de l'analyse de ces différentes manières de prolonger un contrat que seule l'hypothèse d'une prorogation maintien le contrat en vie. Les droits et obligations des parties résultant du contrat sont prolongés dans le temps. Le renouvellement et la tacite reconduction du contrat font nécessairement naître une nouvelle convention.

[1548] Ce qui, naturellement, entraînera la disparition des sûretés attachées au premier contrat ou encore l'application d'une loi nouvelle etc.

[1549] Une limite importante au droit de ne pas renouveler existe cependant à travers la « rupture brutale d'une commerciale établie » de l'art. L. 442-6 I.5° C. com. Une autre limite à la liberté de ne pas renouveler se présente également avec l'article L. 121-11 du code de la consommation, anc. art. L. 122-1 (exigeant donc un contrat entre un professionnel et un consommateur) selon lequel *« il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime »* ; le refus de renouveler le contrat pourrait s'analyser en un refus de prestation de service prohibé s'il n'est pas justifié par un « motif légitime » : V. à ce sujet, Cass. 3e civ., 13 mai 2009, n° 07-12.478.

[1550] Art. 1212, al. 2 : *« Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ».*

Sous le prisme du droit des sûretés, ces deux dernières hypothèses conduisent à l'extinction du mécanisme de garantie contrairement à la prorogation qui fait perdurer la sûreté.

826. Nous avons, à présent, posé un premier jalon en identifiant la prorogation du terme comme la seule opération apte à maintenir en vie la sûreté. Mais ce terme objet d'une prorogation correspond au terme extinctif du contrat. Autrement dit, il s'agit, ici, de la date à laquelle le contrat était censé s'éteindre. *Quid* du sort des sûretés lorsque c'est le terme suspensif qui fait l'objet d'une prorogation ? Il convient de s'intéresser à une telle situation.

b. La modification du terme suspensif

827. Nous le savons déjà, le terme suspensif correspond à la date d'exigibilité de la dette. Or, les sûretés personnelles font intervenir, *in fine,* au moins deux débiteurs dans l'opération triangulaire. Le premier débiteur est le principal, c'est lui qui bénéficie du crédit ; le second ne l'est qu'accessoirement. Une modification du terme suspensif influe d'une manière ou d'une autre sur la situation du garant. Dans les sûretés réelles, c'est la question du timing de la mise en œuvre du bien qui se pose. Outre le débiteur, le créancier peut également espérer obtenir satisfaction sur le bien affecté en garantie.

828. Afin de déterminer les effets d'une telle modification ainsi que l'ordre des choses, il convient d'analyser distinctement celle du terme suspensif de la dette principale (**α**) et celle du terme suspensif de la sûreté (**β**).

α. La modification du terme suspensif de la dette principale

829. En pratique, il arrive fréquemment que le débiteur soit en retard dans le paiement. Dans une telle hypothèse, il peut obtenir du créancier une prorogation du terme suspensif. Alors que cet aménagement constitue pour lui un sursis bienvenu, il est porteur d'incertitudes pour le sort de la sûreté, en particulier pour le garant d'une sûreté personnelle[1551]. Une telle prorogation se répercute-t-elle automatiquement sur l'engagement du garant ?

[1551] Incertitude, car le report du terme suspensif est un indice pour le créancier et le garant qui laisse transparaître les difficultés financières naissantes du débiteur.

830. En matière de cautionnement, le principe est que, contrairement au renouvellement du contrat ou de la tacite reconduction, la prorogation du terme suspensif ne libère pas la caution. Cette prolongation d'une modalité temporelle ne donne pas naissance à un nouveau contrat. Cette règle qui trouve son fondement dans le caractère accessoire est d'ailleurs réaffirmée par l'alinéa 1er du nouvel article 2320[1552] du Code civil. Selon le texte, « *La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge pas la caution* ». Le bénéfice d'une telle prorogation du terme suspensif de la dette principal profite ainsi à la caution. Mais ainsi que le souligne un auteur[1553], la véritable innovation de la réforme réside au sein de l'alinéa second du texte. En effet, la réforme du 15 septembre 2021 a purement et simplement supprimé le recours avant paiement de la caution anciennement prévu à l'article 2309 du Code civil[1554]. En lieu et place de ces hypothèses de recours avant paiement, le nouvel alinéa 2 de l'article 2320[1555] offre désormais à la caution la possibilité de prendre des mesures conservatoires sur le patrimoine du débiteur principal. En claire, en cas de prorogation du terme, donc de l'échéance du terme initial, la caution est présumée remplir la condition du péril dans le recouvrement de sa créance[1556], lui permettant ainsi de solliciter une sûreté judiciaire sur les biens du débiteur principal. Par contre, il reste néanmoins possible pour le créancier de payer la dette du créancier et se retourner immédiatement contre le débiteur principal.

[1552] Anc. Article 2316 C. civ. « *La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement* ».

[1553] Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés*, Table de concordance commentée, *op. cit.*, V° art. 2320, p. 43.

[1554] Anc. Art. 2309 C. civ. : « *La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée :*
1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ;
2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ;
3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ;
4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ;
5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. »

[1555] Art. 2320 C. civ., « *Lorsque le terme initial est échu, la caution peut soit payer le créancier et se retourner contre le débiteur, soit, en vertu des dispositions du livre V du code des procédures civiles d'exécution, solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties. Elle est alors présumée justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance, sauf preuve contraire apportée par le débiteur* ».

[1556] Art. L. 511-1 CPC, « *Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.*
La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire ».

831. Au-delà du cautionnement, l'indépendance qui caractérise la garantie autonome fait obstacle à l'idée d'une répercussion du report de la date d'exigibilité de la dette principale sur l'engagement du garant autonome. En présence d'une garantie autonome, la modification du terme suspensif de la dette principale n'influe aucunement sur l'engagement du garant autonome. Le garant autonome demeure tenu de son obligation tel que prévu initialement dans le contrat.

832. Lorsqu'il y prorogation du terme suspensif de la dette principale garantie par une sûreté réelle, la solution est identique à celle du cautionnement. En effet, le créancier ne peut prétendre à la mise en œuvre du bien donné en garantie alors même que la dette principale n'est pas encore exigible.

833. En réalité, c'est n'est pas le scénario d'une prorogation du terme suspensif, en d'autres termes, de l'exécution retardée par une prorogation qui met en danger le garant ou le bien affecté en garantie. On l'a vu, une telle hypothèse n'aurait pour conséquence qu'une prolongation de l'engagement de la garantie dans le temps[1557]. Le vrai risque pour la sûreté serait le cas de figure d'une exigibilité anticipée de la dette du débiteur. Pire, la loi ou la convention des parties peut prévoir des hypothèses où le débiteur encourt la perte du terme suspensif. Toute la question est alors de mesurer les répercussions d'une telle situation sur le sort des sûretés. Ce sont les articles 1305-2 à 1305-5 du Code civil, issus de la réforme du 10 février 2016, qui régissent le sort du paiement effectué avant le terme, la renonciation au bénéfice du terme, mais surtout les cas de déchéance du terme en l'absence de constitution des sûretés promises par le débiteur ou en cas de diminution des sûretés qui garantissent l'obligation. En premier lieu, les dispositions de l'article 1305-4 précisent que, « *Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* ». En second lieu, l'article 1305-5 rappelle que « *La déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires, et à ses cautions* ». Dans la continuité de la jurisprudence[1558], le législateur consacre l'inopposabilité de la déchéance du terme aux coobligés, même solidaires, dans la

[1557] À l'exclusion du cas de la garantie autonome et à considérer que les parties n'aient convenues d'aucun terme extinctif pour la sûreté.

[1558] Cass. com., 4 nov. 2014, inédit, n° 12-35.357 ; mais déjà, Cass. civ. 1re, 20 déc. 1976, *Bull. civ.* I, n° 415.

mesure où la déchéance est par nature une sanction personnelle. Bien entendu, les cautions sont concernées par la règle.

834. Finalement, le droit français n'assimile pas la simple prorogation du terme suspensif de la dette principale à la naissance d'un nouveau rapport d'obligation permettant ainsi de libérer la sûreté constituée. À l'exclusion du cas particulier de la garantie autonome, le garant demeure tenu de son engagement lorsqu'il s'agit d'une sûreté personnelle ; et le bien affecté en garantie demeure engagé en présence d'une sûreté réelle. Toutefois, le postulat du législateur semble manquer de cohérence[1559] quant aux effets de la modification du terme. En effet, en présence d'une prorogation du terme, le caractère accessoire est prédominant puisque le garant bénéficie de la prolongation et se voit accordé la faculté de solliciter une sûreté judiciaire sur les biens du débiteur principal. Mais en cas de déchéance, la force obligatoire du contrat prend le dessus puisque celle-ci est inopposable au garant.

β. La modification du terme suspensif de la sûreté

835. Le terme suspensif de la sûreté renvoie à l'exigibilité de cette dernière. Avant l'échéance de ce terme, la garantie ne peut être appelée[1560]. En présence d'un garant, l'échéance du terme suspensif marque la date à partir de laquelle il doit exécuter son engagement. En présence d'un bien affecté en garantie de la dette principale, ce terme indique le moment à partir duquel le créancier est autorisé à mettre en œuvre la garantie.

836. Les contractants jouissent de la plus totale liberté quant à la stipulation d'une telle modalité : l'un peut très bien être obligé sous un terme et l'autre purement et simplement. Ainsi, le terme suspensif de l'engagement de l'un peut très bien être plus court ou plus long que celui de l'autre. Tout au plus, peut-on observer quelques spécificités, propres à telle ou telle garantie. Par exemple, concernant la promesse de porte-fort de l'exécution, s'il n'est pas inconcevable que le garant soit obligé sous un terme suspensif plus long que celui du débiteur principal, il paraît plus logique qu'il

[1559] V. notamment M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 204.
[1560] Cass. com., 5 févr. 1985 : *Bull. civ*. IV, n° 45 ; *D.* 1985, jurispr. p. 269, 4e esp., note M. VASSEUR.

soit obligé sous un terme plus court, puisque l'engagement du premier a précisément pour objet de permettre au second d'exécuter sa propre prestation[1561]

837. Par ailleurs, concernant le cautionnement, nous avons vu précédemment que si la prorogation du terme suspensif de la dette principale bénéficiait également aux cautions en raison du caractère accessoire, la déchéance, elle, leur était inopposable[1562]. Après avoir tiré les conséquences des effets de telles modifications du terme suspensif de la dette principale, une volonté de protection de la caution transparaît clairement à travers ces solutions légales. Ce qui nous amène à considérer que même si les parties sont libres de modifier le terme suspensif de la sûreté, l'échéance de ce terme ne peut en aucun cas précéder celui de la dette principale. Et cela est particulièrement vrai en matière de cautionnement en application du principe de subsidiarité. En effet, le principe de subsidiarité signifie que la caution n'est tenue à l'égard du créancier qu'en second rang, en cas de défaillance du débiteur principal. Contrairement au créancier d'une obligation solidaire, qui « *peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix*[1563] », il doit respecter un certain ordre en matière de cautionnement. Le texte de l'article car l'article 2288 prévoit expressément que « *Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur* ***en cas de défaillance de celui-ci*** ». Cette dernière expression exprime l'idée d'une subsidiarité[1564] : la caution se trouve engagée à la même dette que le débiteur principal et ce, depuis la date de l'engagement, mais en second rang. La solution est logique puisque dans l'hypothèse inverse, la caution pourrait être poursuivie avant le débiteur principal, ce qui contreviendrait à l'ordre des poursuites.

La même logique ne s'applique aux sûretés réelles qu'en raison du principe de subsidiarité dans la poursuite : le bénéficiaire du mécanisme ne peut procéder à la réalisation des biens affectés en garantie qu'après avoir constaté la défaillance du débiteur.

838. En définitive, les parties disposent d'une grande liberté de modification du terme suspensif, qu'il s'agisse du terme de la dette principale ou de la sûreté même.

[1561] Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 1018.
[1562] En raison du fondement de la force obligatoire du contrat.
[1563] Art. 1313 C. civ.
[1564] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 217 et s

Cette liberté connaît, cependant, certaines limites : D'une part, la déchéance du terme suspensif de la dette principale est inopposable à la sûreté. D'autre part, le principe de la subsidiarité contraint les parties à faire suivre le terme suspensif de la dette principale à celui de la sûreté.

c. La modification du terme extinctif

839. Le terme extinctif a trait à l'existence même de l'obligation. Il marque la durée de l'engagement de celui qui s'engage. Ainsi, à son échéance, l'engagement cesse sans possibilité de rétroactivité[1565]. À l'instar du terme suspensif, les parties disposent d'une grande liberté dans la détermination du terme extinctif[1566] mais également dans sa modification ce qui, ici, est l'objet de notre analyse. L'analyse d'une telle faculté nécessite une étude séparée selon que l'on envisage une modification du terme extinctif de la dette principale (**α**) ou de la sûreté (**β**).

α. La modification du terme extinctif de la dette principale

840. La stipulation d'un terme extinctif emporte irrévocabilité du contrat[1567]. En effet, l'article 1212 du Code civil le précise : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme* ». L'absence de la stipulation d'un terme fait présumer l'existence d'un contrat à durée indéterminée[1568], conférant, dès lors, au débiteur, une faculté de résiliation[1569]. Ainsi, seule la commune volonté des parties ou une cause légale permet de modifier le terme extinctif d'un contrat à durée déterminée.

841. Le Code civil ne traite que de manière elliptique le terme extinctif[1570]. Néanmoins, il est classiquement enseigné que si l'échéance du terme extinctif libère les parties pour l'avenir, elle les maintient tenues pour les prestations non encore

---

1565 Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 294.
1566 V. *supra* n° 809 et s..
1567 A.-E DE SAINTE MARIE, *EXTINCTION DU CONTRAT. – Les causes, JurisClasseur Contrats, Fasc. 175,* 2022, n° 100.
1568 A.-E DE SAINTE MARIE, *EXTINCTION DU CONTRAT. – Les causes, JurisClasseur Contrats, Fasc. 175, op. cit.,* n° 78.
1569 L'absence d'une telle faculté serait constitutive d'un engagement perpétuel, prohibé par la loi, art. 1210 C. civ.
1570 Contrairement au terme suspensif qui fait l'objet davantage d'attention de la part du législateur..

exécutées[1571]. Ainsi, l'extinction d'un prêt ne libèrera le débiteur et son garant que pour l'avenir ; mais pour ce qui concerne les échéances non encore payées, ils demeurent tenus[1572].

Avant l'échéance du terme, les parties ont la faculté de l'aménager à souhait. Selon l'article 1213 du Code civil, « *Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers* ». Comme nous l'avons vu[1573], la prorogation ne donne pas naissance à une nouvelle convention, de sorte que les parties restent tenues par l'engagement initial. Seule la durée de l'engagement est prolongée dans le temps. Cette prorogation peut être expresse comme elle peut être tacite[1574]. Ainsi, lorsqu'il y a prorogation du terme extinctif, le contrat demeure soumis à la loi sous l'empire de laquelle il a été initialement conclu. Cependant, faut-il en conclure que la prorogation du terme extinctif de la dette principale entraîne également une prorogation de la sûreté ?

On serait bien tenté de se référer aux dispositions de l'article 2320 du Code civil (*« la simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution »)* pour en déduire une prorogation également de l'engagement du garant. Pourtant, le doute est permis. En effet, une disposition du Code civil issue de la réforme de 2016 jette le trouble à l'application de l'article 2320 au cas de figure d'une prorogation du terme extinctif. Il s'agit de l'article 1213 précité qui prévoit que « *[…] La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers* ». Faut-il comprendre qu'en application de cette disposition, les sûretés consenties par les tiers ne survivent pas à une telle prorogation ? Nous pensons que la réponse est positive pour deux raisons : D'une part, les dispositions de l'article 2320 ne visent, nous semble-t-il, que la prorogation du terme suspensif. D'autre part, le tiers garant est certainement la partie

---

[1571] J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat* : LGDJ, 3e éd., 2001, n° 267 ; V. également, J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, *PUF* coll. Thémis, 22e éd., 2000, n° 134.

[1572] Cass. com., 19 sept. 2006, n° 03-19.132 : *JurisData* n° 2006-035092 ; *RTD civ*. 2007, p. 117, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Il en résulte un effet de la dualité de l'obligation du garant à laquelle nous consacreront des développements plus détaillés postérieurement.

[1573] V. *supra* n° 818 et s..

[1574] Cass. com., 23 oct. 2007, n° 05-19.092 : *JurisData* n° 2007-041013 ; *Bull. civ. IV*, n° 224 ; Dr. sociétés 2007, comm. 210, note H. LECUYER ; Rev. sociétés 2008, p. 383, note B. DONDERO ; LPA 8 juill. 2008, note P. STORCK ; V. également, Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-24.715 : *JurisData* n° 2012-001261 ; *Bull. civ. IV*, n° 12 ; *Gaz. Pal*. 10-11 août 2012, p. 30, obs. B. DONDERO.

qui a le moins d'intérêt à voir le terme extinctif du contrat se prolonger. Par conséquent, nous considérons que les sûretés consenties par les tiers ne survivent pas à la prorogation. Les sûretés constituées pour soi ne faisant pas intervenir de tiers, la prorogation du terme extinctif de la dette principale ne pose pas de difficulté ; elle proroge également le mécanisme de garantie.

Il convient, à présent, de s'intéresser de plus près aux hypothèses de modification du terme extinctif de la sûreté.

β. La modification du terme extinctif de la sûreté

842. De manière générale, les parties vont ici également être dotées d'une grande liberté quant à l'aménagement du terme extinctif de la sûreté. Cependant, elles ne peuvent assigner à l'obligation du garant une échéance plus rapprochée que celle prévue pour la dette principale. Ainsi, tel que l'article 2396 le prévoit à propos du cautionnement, la caution peut s'obliger *« sous des conditions plus onéreuses »* que le débiteur principal. Cette position est confirmée par la jurisprudence qui considère également que la durée du cautionnement plus brève que celle de l'obligation principale dont le terme est déterminé, est dépourvue de sens[1575]. Une telle hypothèse conduirait à l'extinction du cautionnement avant que la dette ne soit exigible. Si prorogation il y a, elle doit donc tenir compte du terme du contrat de base.

843. Les choses sont sensiblement différentes en matière de garantie autonome. S'il est possible que l'engagement du garant autonome soit à durée indéterminée, il comporte le plus souvent un terme extinctif[1576], qui peut très bien tenir compte de la durée de l'engagement du débiteur principal, pourvu que sa prestation soit différente. Mais contrairement au cautionnement, le garant autonome peut très bien être appelé avant le débiteur principal. La garantie autonome peut donc être assujettie à un terme plus court.

Simplement, dans l'hypothèse d'un retard dans l'exécution de la prestation principale, il est fréquent que le bénéficiaire mette le garant devant une alternative, communément appelée « prorogez ou payez » : ou bien le garant consent à une

[1575] CA Douai, 19 sept. 2013, n° 12/03999 : *JurisData* n° 2013-027919.

[1576] V. en ce sens Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 941 : *« Le plus souvent, la garantie est consentie pour tant de mois ou d'année, ou, plus simplement, jusqu'à telle date, constitutive d'un terme extinctif ».*

prorogation du terme extinctif ou bien le bénéficiaire opte pour la mise en œuvre de la garantie. Ce procédé qui peut paraître brutal est pourtant en harmonie avec l'économie générale de la sûreté[1577].

844. Au final, qu'il s'agisse du terme suspensif ou du terme extinctif, les parties ont la possibilité d'y apporter des modifications. Ces modifications peuvent résulter d'une prorogation, auquel cas leurs engagements réciproques demeurent régis par le contrat initial ; contrairement au renouvellement ou la reconduction que fait naître un nouvel engagement et éteint l'ancien. Elles peuvent également résulter d'une anticipation du terme ou même de sa déchéance. Bien que le terme suspensif soit davantage traité par le Code civil que le terme extinctif, l'analyse de ce dernier a révélé de nombreuses solutions qui, pour la plupart, résultent de la structure spécifique même de certains mécanismes de garantie. C'est ainsi que la fonction de garantie du cautionnement s'oppose à ce qu'il soit assorti d'un terme extinctif plus rapproché que ne l'est celui de la dette principale. Alors que structurellement, rien ne s'oppose à ce que ce soit le cas en matière de garantie autonome puisque le garant peut être appelé à tout moment.

845. Bien que l'étude des termes suspensif et extinctif ait été complexe et laborieuse, les conséquences qui en ont résulté nous permettent désormais d'identifier clairement les modalités temporelles supplétives de volonté. Elles nous ont surtout permis d'identifier clairement les hypothèses où la garantie, dépourvue d'un terme extinctif, est à durée indéterminée. Or, il apparaît alors qu'en raison de la prohibition des engagements perpétuels, le débiteur d'une opération, dont la durée est indéterminée, dispose d'une faculté de résiliation. Il convient, à présent, de se pencher sur ces hypothèses.

3. Les facultés de résiliation unilatérale du contrat de sûreté

846. De prime abord, l'admission, dans le droit français, d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat de sûreté peut interpeller en raison, ne serait-ce que de la fonction même des sûretés. L'objectif étant de couvrir le risque que prend le créancier qui octroie au débiteur le crédit, on peut voir d'un mauvais œil un tel pouvoir entre les mains d'une seule partie. Les effets d'une telle faculté installent, à n'en pas douter,

[1577] En ce sens Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 945.

le créancier sur un siège éjectable où il peut, à tout moment, risquer de perdre sa sûreté. Nous l'avons pourtant souligné tantôt[1578], la faculté de résiliation unilatérale est un principe fondamental bien ancré dans le droit français qui remonte aux révolutionnaires de la liberté. Cette faculté constitue un moyen de contrebalancer un engagement qui s'inscrit dans la durée et susceptible d'hypothéquer l'avenir du contractant. La résiliation permet ainsi à son bénéficiaire de s'évader d'un contrat trop contraignant. À n'en pas douter, la sûreté constituée pour une durée indéterminée est de ce nombre. Or, nous savons déjà que l'intérêt de la détermination d'un terme extinctif n'a de sens que lorsque la sûreté vient garantir une dette future. En effet, lorsque la dette est présente, elle est, en toute hypothèse, couverte par la sûreté quelle que soit la durée de l'engagement. C'est pourquoi, se focalisant sur les hypothèses de garantie de dettes futures, nous démontrerons que cette prescription impérieuse du droit positif français est réaffirmée tant en matières de sûretés personnelles (**a**) qu'en matière de sûretés réelles (**b**).

a. La faculté de résiliation unilatérale du garant

847. Dans le domaine des sûretés personnelles, le régime du cautionnement est, sans doute, la figure principale de l'expression du principe de la prohibition des engagements perpétuels. Cela est encore plus vrai depuis la réforme du 15 septembre 2021 qui fait présumer au cautionnement un caractère indéfini[1579]. Or, si nous savons que le cautionnement indéfini peut très bien s'appliquer à une dette unique déterminée[1580], il est fréquemment employé, en pratique, pour les dettes futures indéterminée. À défaut de terme extinctif propre au cautionnement, le cautionnement indéfini se trouvera lui également à durée indéterminée puisqu'il emprunte la durée de la dette principale. Ainsi, dans une telle hypothèse, le législateur a jugé nécessaire de consacrer une nouvelle disposition prévue au nouvel article 2315 du Code civil, issu de la réforme de 2021. Selon le texte, *« Lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le*

[1578] V. *supra* n° 798.

[1579] Art. 2295 C. civ., *« Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution ».*

[1580] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés op. cit.*, n° 185.

délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». La caution d'une dette future qui s'engage pour une durée indéterminée dispose ainsi d'une faculté de résiliation unilatérale qu'elle peut mettre en œuvre à tout moment pendant l'exécution du contrat. La seule réserve à cette faculté résulte du délai raisonnable conventionnel que la caution devra respecter. Mais dans le silence des parties, il faudra rechercher si le préavis est conforme aux standards d'un délai raisonnable qui sera, naturellement, apprécié par les juges du fond. Cette dernière précision constitue, nous semble-t-il, la vraie innovation du texte. En effet, la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée avait déjà connu une consécration à la faveur de la réforme du 10 février 2016[1581]. Par contre, la précision du respect du délai de préavis raisonnable en l'absence d'une clause des parties en ce sens est opportune.

848. Il faut cependant noter que cet encadrement légal ne laisse pas la liberté contractuelle en reste. Rien ne s'oppose à ce que la faculté de résiliation unilatérale fasse l'objet d'aménagements conventionnels pourvu que les parties ne contreviennent pas au principe de prohibition des engagements perpétuels[1582]. Ainsi, pourront-elles stipuler une clause n'ouvrant la résiliation à la caution qu'à partir d'une période déterminée ou seulement à partir d'un certain montant. La stipulation de ces aménagements est tout à fait valable dès lors que la faculté de résiliation n'est pas supprimée à la caution. L'Ordonnance de réforme a d'ailleurs pris le soin d'inclure dans les obligations annuelles d'information pesant sur le créancier professionnel à l'égard de la caution personne physique le rappel de cette faculté de résiliation ainsi que les conditions de son exercice.

849. En matière de garantie autonome, rien n'interdit qu'elle soit constituée à durée indéterminée. Seulement, un tel cas de figure, comme nous l'avons vu[1583], expose sérieusement le bénéficiaire au risque de perdre à tout moment sa garantie. C'est pourquoi nous considérions, tantôt, que les garanties autonomes devaient particulièrement être affectées d'un terme extinctif afin de mettre le créancier à l'abri d'une résiliation unilatérale. Cependant, le créancier pourrait trouver, par le respect

---

[1581] Art. 1210 C. civ., « *Les engagements perpétuels sont prohibés.*
Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. »
[1582] Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 284.
[1583] V. *supra* n° 748.

du délai de préavis, une porte de sortie lui permettant ainsi, éventuellement, d'appeler la garantie[1584]. En tout état de cause, les dispositions du nouvel article 2015 relatives au respect d'un délai de préavis devraient, nous semble-t-il, s'appliquer à la garantie autonome.

850. De même, comme toute sûreté personnelle, la lettre d'intention peut être conclue pour une durée déterminée ou indéterminée. Ainsi, lorsque qu'aucune durée n'est inscrite dans la lettre et qu'elle est consentie pour une durée indéterminée, le souscripteur dispose de la faculté de résiliation unilatérale[1585].

851. Quelle que soit la nature de la sûreté personnelle constituée, le garant dispose d'une faculté de résiliation unilatérale lorsque son engagement est à durée indéterminée. Cette faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, qui trouve son fondement à l'article 1210 du Code civil a fait l'objet d'une réaffirmation dans le domaine spécifique des sûretés à la faveur de la réforme du droit des sûretés en date du 15 septembre 2021. L'étude de la catégorie des sûretés personnelles a révélé une application uniforme du principe à l'ensemble de ses mécanismes.

b. La faculté de résiliation unilatérale du constituant

852. Les sûretés réelles n'échappent pas à la prohibition générale des engagements perpétuels. Le constituant bénéficie dès lors d'une faculté de résiliation unilatérale lorsque son engagement ne stipule pas de terme extinctif.

853. En matière d'hypothèque, cette faculté est explicitement prévue par le Code civil. En effet, le nouvel article 2474 érige la faculté de résiliation unilatérale en une cause principale de l'extinction des hypothèques. Selon le texte, *« Les hypothèques s'éteignent notamment : 1° Par l'extinction de l'obligation principale sous réserve du cas prévu à l'article 2422 ; 2° Par la renonciation du créancier à l'hypothèque sous la même réserve ; 3° Par la purge ; 4° Par la résiliation permise au dernier alinéa de l'article 2417 et dans la mesure prévue par ce texte »*. Ce dernier motif d'extinction de l'hypothèque vise expressément la faculté de résiliation unilatérale du constituant lorsque l'hypothèque est consentie pour une durée indéterminée. Ainsi, *« Lorsqu'elle est consentie pour sûreté d'une ou*

[1584] CA Douai, 2e ch., 11 mai 2000, n° 1998/04524 : *JurisData* n° 2000-174955 ; CA Bordeaux, 4e ch. civ., 9 déc. 2020, n° 17/02694 : *JurisData* n° 2020-020425.
[1585] Même si les exemples d'une telle résiliation sont rares en pratique.

plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement »[1586]. À la différence de l'article 2315 relatif à la faculté de résiliation de la caution, le texte de l'article 2417 précise que le constituant devra respecter un délai de préavis de trois mois.

854. Pour ce qui concerne les autres sûretés réelles, législateur n'a pas jugé nécessaire de consacrer des dispositions similaires à l'article 2417 du Code civil. Pour autant, le principe est suffisamment ancré dans le droit français pour douter de son application.

855. Au final, on ne saurait aborder les causes d'extinction des sûretés sans évoquer les facultés de résiliation unilatérale. Qu'il s'agisse d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle, la loi donne au garant et constituant la faculté de se retirer du contrat dès lors qu'il est conclu pour une durée indéterminée. Les parties peuvent toutefois aménager cette faculté mais sans jamais pouvoir la supprimer.

856. En définitive, le chemin qui mène à la satisfaction du créancier est le meilleur que les parties puissent suivre pour arriver à l'extinction de la sûreté. Cette cause de l'extinction traduit, en effet, l'équilibre parfait entre les intérêts respectifs des parties ; le désintéressement du créancier justifiant la disparition de la garantie. Que cette satisfaction soit directe ou indirecte, les moyens pour y parvenir sont entre les mains des parties. C'est pourquoi, la renonciation volontaire du créancier à la prestation qui lui est pourtant due peut suffire à mettre fin au mécanisme de garantie. Mais bien que naturelle et fondamentale, l'extinction des sûretés ne saurait être envisagée seulement sous le prisme de la satisfaction du créancier. Les sûretés s'insèrent avant tout dans un mécanisme contractuel qui obéit aux règles classiques du droit commun des contrats. Ainsi, comme tout contrat, le contrat de sûreté peut être assorti d'un terme marquant la fin des engagements respectifs des parties. À ce titre, la liberté contractuelle joue un rôle prépondérant, qu'elle puise de l'accord des parties, organisateur du terme, ou de la volonté du garant/constituant, générateur de la résiliation.

857. Même si le terme et la résiliation sont des causes d'extinction extérieures à la satisfaction du créancier, leur mise en œuvre résulte cependant de la volonté individuelle. Mais il est des situations où la volonté est impuissante pour aménager

[1586] Art. 2417 C. civ., al. 3.

l'extinction. C'est donc précisément dans ces hypothèses que la liberté contractuelle trouve ses limites.

§2. LES LIMITES DE L'ORGANISATION CONVENTIONNELLE DE L'EXTINCTION

858. L'ancien article 1234 du Code civil antérieur à la réforme du 10 février 2016 énumérait toute une série de causes d'extinction de l'obligation parmi lesquelles figuraient la novation, la confusion, la prescription ou encore la nullité. Si l'Ordonnance a supprimé cette liste exhaustive, pour autant ces causes précitées n'ont pas été abandonnées car elles figurent bien au sein du Code. Ces sont également ces causes d'extinction qui, nous semble-t-il, marquent les limites de l'aménagement par les parties. Comme nous avons pu le démontrer, les moyens de satisfaction du créancier et les modalités temporelles[1587] sont largement supplétives de volonté[1588]. Par contre, certaines causes d'extinction des obligations dépassent le simple cadre subjectif contractuel. Elles résultent de l'ordre public du droit commun des contrats. C'est le cas de la prescription, de la caducité et de la nullité. D'autres mécanismes légaux conduisant à l'extinction des obligations ont une forme hybride. En effet, dans ces situations, si la volonté est susceptible d'être à la source de la cause d'extinction, les effets de l'extinction sont exclusivement organisés par la loi. Cela concerne en l'occurrence les hypothèses de changement de parties. Nous aborderons, à ce titre, la novation et la confusion.

859. L'aménagement conventionnel de l'extinction se heurte ainsi à deux limites : celle résultant du droit commun des contrats (**A**) et celle résultant de l'organisation légale des hypothèses de changement de parties (**B**).

[1587] Incluant la faculté de résiliation unilatérale lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée.

[1588] Pour quelques exemples : l'identité du *solvens* est variable, plusieurs moyens de satisfaction du créancier alternatifs au paiement sont admises, à l'exception de la garantie autonome (qui, pour des raisons pratiques, nécessite la détermination d'un terme extinctif) les parties sont libres dans la détermination du terme extinctif, elles peuvent également aménager librement la faculté de résiliation unilatérale sous réserve de ne pas la supprimer etc.

A. LES LIMITES RÉSULTANT DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

860. Lorsque l'extinction de la sûreté résulte d'une cause dont le régime est organisé par le droit commun des contrats, la liberté contractuelle des parties s'en trouve fortement limitée. Il en est ainsi des sanctions suivantes : La prescription (**1**), la nullité (**2**) et la caducité (**3**).

1. La prescription extinctive

861. À titre liminaire, il faut préciser que le régime de la prescription tel qu'on le connait aujourd'hui est le fruit d'une réforme profonde issue de la loi du 17 juin 2008 *« portant réforme de la prescription en matière civile ».* Constituant le premier volet de la réforme du droit des obligations et de la prescription[1589], cette réforme a été l'occasion de distinguer clairement la prescription extinctive de la prescription acquisitive[1590]. En effet, l'ancien régime de la prescription traitait ensemble ces deux mécanismes qui pourtant sont très différents, à commencer par leur définition. L'ancien article 2219 du Code civil donnait une définition commune à la prescription acquisitive et extinctive. Il s'agissait alors d'*«un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi ».* Depuis la réforme de 2008, le législateur observe une nette séparation entre la prescription acquisitive et la prescription extinction. La première, désormais régie aux articles 2258 à 2277, *« est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».* Autant dire qu'elle ne retiendra pas notre attention dans le cadre de notre étude. Quant à la seconde, la prescription extinctive, qui nous intéresse particulièrement, elle est prévue aux articles 2219 à 2258 et se définit comme *« un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ».* Par ailleurs, outre la consécration de

[1589] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 719.
[1590] Pour plus de détails, V. H. LECUYER, C. BRENNER, *« La réforme de la prescription », JCP* 2009, 146 ; V. G. VINEY, *« Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », RDC* 2009, 493 s.

dispositions inédites comme la définition du « point de départ du délai » de prescription[1591], la réforme de 2008 a opéré une simplification importante du nombre et de la durée des délais, permettant ainsi une meilleure lisibilité des textes[1592].

862. L'étude de l'aménagement des termes suspensif et extinctif[1593] a démontré combien le temps est susceptible d'attenter à l'efficacité des engagements juridiques. Il a de même démontré que la liberté contractuelle y occupe une place prépondérante. Mais l'organisation du temps peut aussi résulter de la règle de droit objectif[1594]. La prescription constitue alors l'une des techniques d'intégration des effets du temps dans le droit. La perte du droit est présumée en raison de l'inaction prolongée du créancier dans le temps. Ainsi, la confrontation entre le droit des sûretés et le régime de la prescription implique une distinction entre la relation contractuelle de base (celle pour laquelle la sûreté est constituée) et celle portant affectation de la sûreté à proprement parlé. En raison du caractère structurellement subsidiaire des sûretés, le bénéficiaire de la garantie est non seulement créancier du contrat principal, mais également créancier du contrat ou l'engagement résultant de la constitution de la sûreté. L'une comme l'autre de ces créances pouvant être affectée par la prescription, toute la question est désormais de savoir quels en sont les effets en considération du mécanisme de garantie constitué par les parties. La prescription est une cause d'extinction dont le régime est principalement organisé par le législateur lui-même (**a**) ne laissant, dès lors, qu'une marge de manœuvre résiduelle aux parties (**b**).

a. Une cause d'extinction principalement organisée par la loi

863. Une prompte réponse à la problématique relative aux effets de la prescription sur la sûreté constituée oblige nous conduit au constat suivant : dans l'ensemble des sûretés dites accessoires, la prescription acquise de l'obligation principale éteint la

---

[1591] Art. 2224 C. civ. : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* » ; art. 2227 C. civ. : « *Le droit de propriété est imprescriptible. Sous cette réserve, les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

[1592] Pour plus de précisions, V. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 723.

[1593] V. *supra* n° 798.

[1594] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.*, n° 165.

sûreté. Cela se vérifie assez aisément en raison de l'application de la théorie de l'accessoire qui implique l'existence d'un lien fondamental unissant la garantie au contrat principal. Ainsi, en matière de cautionnement, l'article 2298 du Code civil autorise la caution à opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette. Mieux, le nouveau texte issu de la réforme de 2021, permet désormais aux cautions de soulever également les exceptions personnelles qui appartiennent au débiteur[1595]. Par conséquent, la prescription de l'obligation principale éteint, par l'effet de l'accessoire, l'obligation de la caution[1596]. La même analyse s'applique à l'ensemble des sûretés réelles puisque l'opposabilité des exceptions, corollaire de leur caractère accessoire, est inhérente à toute sûreté réelle[1597]. Par exemple, le nouvel article 2474 du Code civil prévoit que *les hypothèques s'éteignent notamment : 1° Par l'extinction de l'obligation principale […]* ». À l'instar des autres causes d'extinction de l'obligation principale, la prescription fait cesser l'hypothèque[1598]. Par contre, contrairement au bénéficiaire d'un cautionnement, l'action du bénéficiaire d'une hypothèque est réelle et immobilière. Elle est donc soumise à la prescription trentenaire[1599] prévue à l'article 2227[1600] et non à la prescription quinquennale de droit commun de l'article 2224 du Code civil[1601] correspondant aux actions personnelles et mobilières.

864. Toutefois, en matière de garantie autonome les choses sont différentes. Nous avons en effet déjà insisté sur le caractère autonome du mécanisme pour justifier sa singularité par rapport aux autres sûretés[1602]. Le régime de la prescription ne fait pas

---

[1595] À l'exception de l'incapacité connue du débiteur principal, personne physique, art. 2293, al. 2, C. civ.
[1596] Pour un exemple de jurisprudence en ce sens, Cass. 1re civ., 11 déc. 2019, n° 18-16.147, F-PBI : *RTD* civ. 2020, p. 161, obs. Ch. GISBERS ; *D*. 2020, p. 523, note M. NICOLE ; *Dalloz actualité*, janv. 2020, note J.-D.PELLIER.
[1597] Ph. SIMLER, *« Sûretés réelles-Sûreté réelle constituée par un tiers », Jcl. Dr. bancaire et fin.,* sept. 2022, n° 19.
[1598] Cass. 3e civ., 12 mai 2021, n° 19-16.514 : *Contrats, conc. consom*. 2021, comm. 100, n° 7 ; Procédures 2021, comm. 190, n° 7.
[1599] Cass. com., 2 juin 2021, n° 20-12.908 : *JurisData* n° 2021-008557 ; *JCP* N 2021, act. 604, n° 23 ; *JCP E* 2021, act. 411, n° 23.
[1600] Art. 2227 C. civ. : *« Le droit de propriété est imprescriptible. Sous cette réserve, les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».*
[1601] Art. 2224 C. civ. : *« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».*
[1602] Notamment à propos du paiement effectué par le débiteur principal qui ne peut être invoqué par le garant autonome : *supra* n° 743 et s. ; ou encore dans la détermination du terme où l'indépendance du mécanisme par rapport au contrat principal s'oppose à tout alignement entre leurs termes respectifs.

exception à cette remarque. En effet, à moins que la prescription ne porte sur la dette résultant du rapport contractuel entre le garant autonome et le bénéficiaire - auquel cas la dette du garant est éteinte - celle de la dette principale ne conduit pas à l'extinction du mécanisme. Pour le dire plus simplement, la prescription qui affecte l'objet dû par le donneur d'ordre est sans incidence sur l'engagement du garant et inversement[1603]. Elle ne joue, en réalité, qu'à titre principal. Il faut, à ce titre, noter qu'il en est de même dans la délégation imparfaite certaine[1604]. Ce faisant, en l'absence d'un terme extinctif propre, si donc la garantie autonome est consentie pour une durée indéterminée, son exigibilité est en principe immédiate : la prescription court dès son émission[1605]. Dans ce cas, la garantie est donc éteinte par la prescription si elle n'a pas été appelée dans le délai quinquennal.

865. La prescription extinctive peut toujours faire l'objet d'une renonciation du débiteur mais seulement lorsqu'elle est acquise nous dit l'article 2250 du Code civil[1606]. Ce qui signifie que la prescription s'impose aux parties à moins qu'elle ne soit déjà acquise au débiteur. Cependant, malgré cet encadrement légal opéré par la réforme, les parties disposent toutefois d'une marge de manœuvre, particulièrement en ce qui concerne la durée et le cours de la prescription.

b. Une cause d'extinction résiduellement organisée par les parties

866. Quand bien même l'ancien article 2020 prohibait la renonciation à la prescription par anticipation, les parties avaient la possibilité d'apporter des aménagements aux délais légaux. Dans une décision de 1976[1607], la première chambre civile avait jugé que la « *limitation conventionnelle de la prescription n'en modifie pas la nature* ». Autrement dit, la stipulation conventionnelle d'une durée pour agir n'est pas incompatible avec l'application du régime légal de la prescription. Cette reconnaissance jurisprudentielle de l'aménagement des délais de prescription a été consacrée par la réforme du 17 juin 2008. Pour autant, faut-il en déduire que les parties ont une totale liberté d'aménagement de la durée de la prescription ? Une réponse

[1603] Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 993 ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 1406.
[1604] Cass. 1re civ., 17 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 84 ; *D.* 1992, p. 481, note L. AYNÈS.
[1605] CA Paris, 19 mai 1988 : *JurisData* n° 1988-023149 ; D. 1989, somm. p. 146, obs. M. VASSEUR.
[1606] Art. 2250 C. civ. : « *Seule une prescription acquise est susceptible de renonciation* ».
[1607] V. Cass. 1re Civ., 6 oct. 1976, *Bull. civ.* I, n° 286.

négative s'impose puisque la liberté accordé aux parties sur le régime de la prescription n'est que partielle.

867. L'unique disposition de la section relative à « *l'aménagement conventionnel de la prescription* », à savoir l'article 2254, n'accorde aux parties qu'une liberté résiduelle d'aménagement du régime de la prescription. En effet, à la lecture du texte, si les parties sont autorisées par la loi à abréger ou allonger la durée de la prescription, le même texte s'empresse d'y poser des limites. Ainsi, elles ne peuvent ni l'abréger à moins d'un an, ni l'allonger à plus de dix ans[1608]. De même, d'un commun accord, les parties ont la possibilité d'« *ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi* »[1609], sans jamais pouvoir en retrancher[1610]. Enfin, sans doute en raison de la dangerosité d'une telle liberté d'aménagement[1611], le législateur, lui-même, exclut le principe de l'aménagement comme cela est le cas en matière d'actions en paiement ou en répétition des salaires, rentes, loyers, charges locatives relatifs aux baux d'habitation et fermages, en matière d'assurance, dans les relations des professionnels avec les consommateurs[1612]. Par conséquent, la liberté contractuelle ne peut agir en dehors de ce cadre légal. À condition donc de ne pas sortir de cet

[1608] Art. 2254 C. civ., al. 1er : «*La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans* ».

[1609] Art. 2254 C. civ., al. 2 : « *Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi* ».

[1610] L'article 2232 pose d'ailleurs un délai maximum de vingt ans au-delà duquel « *le report d'un point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription* » ne peut dépasser. Mais ne sont pas concernées par ce délai butoir, certaines actions comme celles relatives aux actions relatives à l'état des personnes ou bien en cas de dommage corporel ; Voir en ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation », *Sirey*, 9e éd., 2015, n° 513 ; L. LEVENEUR, « *Le nouvel article 2254 du code civil* », Liber amicorum Christian Larroumet, Économica, 2010, p. 283, n° 6; A. HONTEBEYRIE, *Rép. civ. Dalloz*, v°
PRESCRIPTION.

[1611] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 729.

[1612] Art. L. 137-1 C. consom. : « *Par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat entre un professionnel et un consommateur ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci* ».

ordre[1613], les parties sont libres d'abréger, allonger ou modifier le cours de la prescription[1614].

868. La prescription extinctive est assurément un moyen efficace de sanctionner la stérilité de l'engagement des parties. Que cette inaction du créancier résulte de sa propre négligence, donc involontaire, ou qu'elle soit, au contraire volontaire[1615], le droit s'approprie cet état de fait en lui donnant une valeur juridique. Pour son inaction, le créancier est sanctionné à l'instar d'une déchéance. Pourtant il faut le dire, la prescription ne vise pas, *in fine*, à sanctionner le créancier mais plutôt à stabiliser en droit une situation déjà acquise en fait[1616]. La réforme de 2008 a ainsi contribué à clarifier son régime en délimitant le cadre dans lequel s'exerce la liberté contractuelle des parties. Que l'aménagement des parties porte sur l'abréviation, l'allongement ou la modification du cours de la prescription, la marge de manœuvre des parties est, nous semble-t-il, considérablement résiduelle. De même, les parties n'ont pas plus de marge de manœuvre lorsque la loi prévoit l'anéantissement du contrat en raison du manque ou de l'imperfection d'une condition de validité du contrat.

2. La nullité

869. Nous avons déjà évoqué ponctuellement la nullité lors de nos développements précédents[1617]. Mais dans le cadre de ceux qui suivent, il s'agit d'étudier cette fois-ci la nullité de manière générale, comme sanction de principe des conditions de validité du contrat. Il s'agit en l'occurrence de la sanction judiciaire en cas de manquement à l'une des conditions de validité du contrat qui entraîne l'anéantissement rétroactif de celui-ci[1618]. En effet, aux termes de l'alinéa 1er de l'article 1178 du Code civil issu de a réforme

---

[1613] Pour un exemple de jurisprudence où la Cour de cassation a censuré une clause stipulant que l'engagement de la caution ne pourrait plus être « mis en jeu » à l'expiration d'un délai de trois mois à compter d'une éventuelle résiliation anticipée du bail garanti pour quelque cause que ce soit : V. Cass. com., 15 oct.2013 n° 12-21.704, *Bull. civ. IV*, n° 151 ; *D*. 2013. 2460 ; *RTD civ*. 2014. 120, obs. H. BARBIER ; Banque et Droit nov.-déc. 2013, p. 44, obs. N. RONTCHEVSKY ; LPA 21 mars 2014, p. 10, note A. GOUEZEL ; *JCP E* 2014. 1074, n° 7, obs. J.-B. SEUBE.

[1614] Cass. Com., 26 janv. 2016, n° 14-23285 ; *D*. 2016. 682, note J. FRANÇOIS.

[1615] Le but ici pour le créancier étant de laisser la créance s'éteindre sans pour autant faire une remise de dette, V. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 363.

[1616] Chr. MOULY, *thèse préc.* n° 166.

[1617] Par exemple à propos de la sanction du non- respect de l'exigence de proportionnalité : V. *supra* n° 286 et s.

[1618] V. G. CORNU, *op. cit.,* V° NULLITÉ.

de 2016, « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ». Autrement dit, le contrat qui ne satisfait pas l'une des conditions de validité de l'article 1128 du Code civil[1619] est frappé de nullité. Cette nullité entraîne, en principe, la disparition rétroactive du contrat, de sorte que « *le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé* » nous dit l'alinéa 2 de l'article 1178 précité[1620]. Par conséquent, si la constitution de la sûreté a fait l'objet d'un *instrumentum* propre, différent du contrat principal, l'absence ou l'insuffisance d'une condition de validité entraînera, en principe comme pour tout contrat, en principe son extinction.

870. Par contre, la disparition du contrat principal pose forcément la question du sort de ses accessoires, tels que les sûretés. Quelle que soit leur nature, elles sont nécessairement constituées par rapport à un engagement principal qu'elles viennent justement garantir. Théoriquement, si l'extinction rétroactive du contrat de base sur le fondement la nullité revient à considérer l'acte comme n'ayant jamais existé, il en sera logiquement de même pour la sûreté dont l'objet était de garantir l'obligation qui vient d'être anéantie. Pourtant, dans la pratique les choses ne sont pas si évidentes.

871. D'une part, en ce qui concerne la garantie autonome, on sait que le lien d'accessoire, fonction de la garantie, qui unit l'obligation du garant à celle du débiteur principal ne se poursuit pas après la conclusion du contrat. En effet, si ce lien constitue *in fine* la raison d'être du mécanisme, une fois constitué, l'obligation de règlement du garant recouvre un objet propre différent de celui du donneur d'ordre. Cela a pour conséquence l'inopposabilité des exceptions nées du contrat de base[1621] et explique toutes les solutions manifestant inopposabilité de causes d'extinction précédemment exposées[1622] au mécanisme de la garantie autonome. Ainsi, le garant autonome ne peut se prévaloir de la nullité du contrat principal pour échapper à l'exécution de son

---

[1619] Art. 1128 C. civ., « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain.* »

[1620] Par exception, le contrat peut être maintenu et être seulement atteint d'une nullité partielle dans la mesure où seules certaines stipulations du contrat posent un problème de régularité. Le système de la clause réputée non écrite permet également de supprimer seulement la clause irrégulière, tout en maintenant le contrat pour le surplus. C'est le cas notamment des clauses abusives dans les rapports entre professionnels et consommateurs.

[1621] Art. 2321, al. 3, C. civ. : « *Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie* ».

[1622] Qu'il s'agisse des moyens de satisfaction comme le paiement, la dation en paiement, la remise…ou encore le terme.

obligation de règlement[1623]. Cette indépendance connaît, toutefois, des limites puisque, nous l'avons déjà vu[1624], lorsque l'objet du contrat principal est illicite ou immoral, la sûreté est nulle d'une nullité absolue[1625]. Il en est de même en matière de constitut en raison de l'existence d'une dualité d'obligations de règlement. Ainsi, le constituant ne peut opposer au créancier des exceptions inhérentes à la dette principale[1626], ni des exceptions personnelles au débiteur principal.

872. D'autre part, pour ce qui concerne les sûretés dites accessoires, la nullité du contrat de base entraîne celle de tous les mécanismes obéissant à la technique de l'affection d'un bien en garantie de l'obligation principal : les sûretés réelles. Mais s'agissant des sûretés personnelles et en particulier, du cautionnement, jusqu'à la réforme du 15 septembre 2021, les choses n'était pas si évidentes à analyser. Malgré les dispositions de l'article 2293, alinéa 1er[1627], soulignant que « *le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable*[1628] », la caution ne pouvait « *opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur*[1629] ». La *summa divisio* des nullités servant de mesure pour déterminer la sanction, les vices du consentement étaient considérés par la jurisprudence et une bonne partie de la doctrine comme une cause de nullité relative, donc personnelle au seul débiteur principal. En effet, selon une distinction traditionnelle, la nullité relative, qui est une « *nullité d'intérêt privé que seule peut invoquer la partie protégée*[1630] », s'oppose à la nullité absolue qui, « *sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt général ou l'absence d'un élément essentiel à un acte, peut être demandée par tout intéressé […]*[1631] ». Cette conception moderne[1632] de la *summa divisio*

[1623] CA Paris, 29 janvier 1981 : *D*. 1981, p. 336, 1re espèce, note VASSEUR ; Cass. com., 20 décembre 1982 : *Bull. civ.* IV, n°417 ; Cass. com., 13 décembre 1983 : *D.* 1984, p. 420, note VASSEUR ; CA Paris, 22 septembre 1987 : *D*. 1988, Somm., p. 248, obs. VASSEUR ; Contra : CA Paris, 14 janvier 1993 : *JCP* 1993, II, 22069, note DUMESNIL-ROSSI ; *RTD com.* 1993, p. 556, obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

[1624] V. *supra* n° 357 et s.

[1625] H. CHANTELOUP et V. HEUZE, *Financement et garantie, in Pratique des contrats internationaux*, 1997, n°136 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *« La lettre de garantie internationale »*, *RTD com*. 1980, p. 1 et s., n°12 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°202.

[1626] Cass. com., 3 janv. 1995 : *Bull. civ. IV*, n°4

[1627] Anc. Art. 2289 C. civ.

[1628] Par exception, son engagement perdure lorsqu'elle s'est engagée en connaissance de cause pour un débiteur personne physique incapable, art. 2293, al. 2, C. civ.

[1629] Anc. Art. 2313, al. 2, C. civ.

[1630] G. CORNU, *op. cit.,* V° NULLITÉ.

[1631] *Ibis idem*

[1632] Elle s'oppose à celle développée par la doctrine au 19e siècle sur la base d'un critère anthropomorphique : le contrat a été comparé à un être vivant composé d'organes, qui peuvent faire

des nullités repose sur le critère de l'importance de la cause de la nullité affectant le contrat. Si elle a pour but de protéger un intérêt privé, la sanction sera la nullité relative ; si c'est l'intérêt général qui est visé, la nullité absolue sera encourue[1633]. Or, les principales causes de nullité relative sont les vices affectant le consentement, comme le souligne une décision du 15 décembre 1999 où la Cour de cassation estimant que « *la nullité d'un contrat pour vice du consentement est une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par le contractant qui se prétend victime d'un tel vice*[1634] ». Par conséquent, lorsque la nullité résulte de la violation d'une règle d'intérêt générale, donc absolue, la caution était naturellement admise à s'en prévaloir. Une telle hypothèse ne posait aucune difficulté d'autant plus que tout intéressé, dans ce cas, est habilité à l'invoquer. Mais en présence d'une nullité relative et plus précisément en présence d'un vice du consentement, la caution en était privée dans la mesure où seule(s) la/les personnes protégées par les règles violées pouvaient s'en prévaloir. C'est ainsi que dans un arrêt du 8 juin 2007, la Cour de cassation jugeait que « *la caution qui n'avait pas été partie au contrat principal, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal est destinée à protéger ce dernier, et constitue une exception purement personnelle*[1635] ». Pour le dire plus simplement, le cas du débiteur victime du dol du créancier est une exception purement personnelle dont la caution ne peut se prévaloir. Fortement contestée, la solution de cette décision a conduit un auteur à se demander si le cautionnement était encore une sûreté accessoire[1636], d'autant plus que

défaut ou être seulement entachés d'une maladie. Tout dépend donc de la gravité du mal qui affecte l'acte. En l'absence d'une condition d'existence (consentement, objet, cause), l'acte est mort-né, la nullité est absolue. Lorsqu'un élément est présent mais qu'il est vicié, l'acte est seulement « malade » et la nullité n'est que relative (vices du consentement, incapacité). La distinction est ainsi fondée sur la nature des choses.

[1633] Cette doctrine se développa sous l'influence de JAPIOT et de GAUDEMET, V. à ce sujet, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 86 et s.

[1634] V. Cass. 1re civ., 15 déc. 1999, n° 97-18.262 : « *la nullité d'un contrat pour vice du consentement est une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par le contractant qui se prétend victime d'un tel vice* ».

[1635] Ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP.G.*2007.II, 10138, note Ph. SIMLER; *D.*2007, p.2201, note D. HOUTCIEFF; *JCP.E.*2007.1861, note S. PIEDELIEVRE, *Droit et procédures* 2007, p. 295, note Y. PICOD; voir aussi J. CASEY, « *La nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal: une exception purement personnelle* », *JCP.G.*2007. Act. 274; *D.*2007. AJ. p.1782, note AVENA- ROBARDET ; Dans le même sens V. Paris 19 février 1999, JURIS-DATA, n°12, 1999-020314; Rapp. Civ. 1Re , 20 janv. 1998, n° de pourvoi 96-10.433.

[1636] Ph. SIMLER, « *Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire?* », Mélanges G. Goubeaux, Dalloz-LGDJ, 2009, p.497.

cette jurisprudence avait naturellement vocation à s'appliquer à tous les autres vices du consentement[1637].

873. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a redonné au cautionnement la plénitude de son caractère accessoire en prévoyant désormais que « *la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur […]*[1638] ». L'abandon de la distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et personnelles est sans doute l'une des mesure phare de la réforme[1639]. Le nouvel article 2298 permet ainsi à toute caution engagée à partir du 1er janvier 2022 de se prévaloir de toutes les exceptions purement personnelles au débiteur y compris donc les vices du consentement.

874. Bien que le régime de la nullité soit une cause d'extinction largement organisée par la loi, les parties disposent néanmoins d'une certaine marge de manœuvre. En premier lieu, il faut noter que les nullités relatives sont susceptibles de confirmation[1640] aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1181. En effet, celle-ci doit alors émaner de la personne qui pouvait se prévaloir de la nullité et se produit sans préjudice des droits des tiers. Cette confirmation est subordonnée à trois conditions. Tout d'abord la connaissance du vice par la personne protégée. Ensuite, l'intention de réparer ce vice (l'intention de renoncer à invoquer la nullité). Enfin, la disparition de ce vice lors de la confirmation. En second lieu, de manière originale, l'article 1183 de l'Ordonnance permet, en outre, aux parties, lorsque la cause de la nullité a cessé, de demander à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité, soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. Cette possibilité permet ainsi aux parties de sécuriser leurs relations juridiques en s'assurant que, passé ce délai, la validité du contrat ne pourra plus être remise en cause.

875. Finalement, à l'exception des sûretés dites indépendantes[1641], la nullité du contrat de base entraîne celle de la sûreté. Lorsqu'elle est relative, la réforme de 2021

[1637] Ph. SIMLER, *op. cit. ibis idem.*

[1638] Art. 2298 C. civ.

[1639] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 67.

[1640] Pour ce qui concerne les nullités absolues, elles ne sont pas susceptibles de confirmation : art. 1180, al. 2, C. civ.

[1641] Dans lesquelles, le principe demeure l'inopposabilité des exceptions inhérentes à la dette principale et personnelles au débiteur.

permet désormais à la caution de l'invoquer. Lorsqu'elle est absolue, les volontés individuelles s'en trouvent davantage affectées puisqu'elle peut être soulevée par « *toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public* ».

La nullité n'est pas la seule sanction de la formation incorrecte du contrat, il faut compter également la caducité qui vient sanctionner la disparition d'une condition essentielle du contrat.

3. La caducité

876. À la différence de la nullité, la caducité frappe un acte régulièrement formé mais qui perd, après sa conclusion, un élément nécessaire à sa validité ou à sa perfection, du fait de la survenance d'un événement indépendant de la volonté des parties. Absente du Code de 1804, seule la jurisprudence faisait application de la caducité. Ainsi, la caducité a régulièrement été employée par la Cour de cassation pour sanctionner la perte d'un élément essentiel du contrat en cours d'exécution. Dans un exemple devenu classique, elle a admis la caducité pour perte de cause d'une reconnaissance de dette[1642]. Contrairement à la nullité, la caducité opère en principe seulement pour l'avenir[1643].

877. L'application des effets de la caducité aux sûretés est identique à ceux produits par la nullité. Que la caducité produise un effet rétroactif ou pas, cela n'a pas d'incidence sur la sûreté dans la mesure où les conséquences seraient les mêmes[1644]. La seule différence tient à l'étendue de la disparition dans le temps. Ainsi, puisque la

---

[1642] En l'espèce, il s'agissait d'une reconnaissance de dette souscrite par laquelle le débiteur reconnaissait devoir une somme au titre d'une pension alimentaire pour l'éducation et l'entretien de leurs enfants ; une fois les enfants revenus vivre avec le débiteur, celui-ci arrêta de payer la pension alimentaire. Le créancier assigna en paiement et fut débouté au motif que la cause avait disparu à partir du moment où l'enfant était à la charge du débiteur. Le pourvoi invoqua que la cause devait s'apprécier au moment de la formation de l'acte. La Cour de cassation rejeta le pourvoi : « *ayant, par une recherche de la commune intention des parties, caractérisé l'engagement à exécution successive (du débiteur), la cour d'appel a constaté la disparition de la cause de cet engagement, partant sa caducité […]* » : Cass. 1re Civ., 30 oct. 2008, no 07-17.646 ; *JCP* 2009. II 10000, note D. HOUTCIEFF ; *RLDC* 2009, n° 57 p. 7, note A. CERMOLACCE ; *RTD civ.*, n° 1, 2009. 118, obs. B. FAGES. Pour une application plus récente de la caducité : Cass. 1re Civ., 10 sept 2015, n° 14-20498, *D.* 2015. 2361, note D. MAZEAUD, *RDC*
2016. 11, note GENICON.

[1643] On peut toutefois noter de rares applications de la caducité assortie d'un effet rétroactif : Cass. com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *Bull. civ. I*, n° 156 ; *D.* 2007, p. 1723, obs. X. DELPECH ; *RTD civ.* 2007, p 569, obs. B. FAGES.

[1644] V. A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 1049 ; Chr. MOULY, *thèse préc., op. cit.*, n° 201.

caducité affecte la dette elle-même, elle constitue une exception inhérente à la dette, permettant, dès lors, à la caution de l'opposer au créancier du contrat principal[1645]. Le lien entre la disparition de l'obligation principale et de son cautionnement résulte de la règle de l'accessoire. Ainsi que le souligne l'article 2293 du Code civil, *« le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable »*. C'est ce même fondement de la règle de l'accessoire qui justifie également l'application de la même solution à l'ensemble des sûretés dites accessoires. Ce faisant, la caducité de l'obligation garantie par une sûreté personnelle entraîne naturellement la disparition du mécanisme. *A contrario,* en matière de garantie autonome, la caducité ne permet pas, en principe, au garant d'échapper à l'exécution de son obligation de règlement. Cependant, à la l'instar du régime de la nullité, le garant pourra toujours opposer au créancier la caducité si celle-ci résulte de l'illicéité ou de l'immoralité de l'objet du contrat principal. Concernant la lettre d'intention, la doctrine a l'habitude de considérer que l'engagement du confortant a pour objet de *« garantir une dette vivante, ni disparue ni éteinte[1646] »*. Il faut donc comprendre que la caducité de l'obligation principale entraînant l'extinction de la garantie, il ne pourra donc être exigé du confortant qu'il procure le résultat initialement promis.

878. Au final, que l'extinction de la sûreté résulte de la prescription extinctive, de la nullité ou encore de la caducité, nous retiendrons que les parties disposent d'une très faible marge de manœuvre dans l'aménagement de ces causes d'extinction. Si l'Ordonnance de réforme du 10 février 2016 a ouvert aux parties la possibilité d'influer, dans une certaine mesure, sur l'extinction de la convention[1647], cette liberté demeure fortement encadrée, de manière qu'elle ne puisse se manifester que dans le périmètre prédéfini par la loi.

879. Au-delà des causes d'extinction des sûretés résultant du droit commun des contrats, la sûreté peut être amenée à disparaître du fait de la survenue d'un

[1645] Cass. 1re civ., 12 juin 1990, n° 88-18.808, *Bull. civ.* I, n° 158 ; *Defrénois* 1990, p. 1347, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1990, p. 692, obs. M. BANDRAC.
[1646] C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, art. préc., n° 145-81.
[1647] À travers notamment, la confirmation ou l'action interrogatoire en matière de nullité ; encore, la possibilité d'abréger ou allonger la prescription dans les limites de la loi.

changement de parties. Ces hypothèses sont également encadrées par la loi et laissent donc peu de place à la liberté contractuelle.

B. LES LIMITES RÉSULTANT DE L'ORGANISATION LÉGALE DU CHANGEMENT DE PARTIES OU D'OBLIGATION

880. Tout changement notable de la physionomie initiale de l'opération de garantie du contrat est susceptible de bouleverser les prévisions des parties. Si le fondement de la force obligatoire du contrat[1648] apparaît alors comme « une bouée de sauvetage » pour la partie qui s'estime victime de ce changement majeur, postérieur à l'accord de volonté des parties, il est des cas où la modification résulte de la volonté même des parties ou bien s'impose tout simplement à elles. Au nombre de ces situations, figurent la novation (**1**) et la confusion (**2**).

1. La novation

881. Alors que l'ancien article 1234 du Code civil faisait figurer la novation parmi les causes d'extinction des obligations, les nouvelles dispositions des articles 1329 à 1335 issues de l'Ordonnance du 10 février 2016, l'inscrivent désormais dans les « *opérations sur obligations* ». Faut-il considérer alors qu'il ne s'agit plus d'une cause d'extinction de l'obligation ? La réponse négative s'impose, nous semble-t-il. En effet, s'il est vrai que la réforme considère cette technique davantage comme une opération visant à transformer l'obligation[1649], l'effet extinctif est inhérent à la novation. Pour le dire autrement, la novation implique nécessairement l'extinction de l'obligation initiale avant la création de la nouvelle, comme le rappelle sa définition : « *La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée*[1650] ». L'alinéa 2 de l'article 1329 énumère ensuite les trois modes classiques de la novation : par substitution de l'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur, ou par changement de créancier. Quel que soit le mode

[1648] Art. 1103 C. civ.
[1649] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* p. 186.
[1650] Art. 1329, al. 1, C. civ.

employé par les parties, la première conséquence d'une telle opération sur la sûreté constituée est son extinction. En effet, l'article 1334 précise que *« L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires »*. En clair, dès lors que les conditions de la novation sont réunies à savoir, l'intention de nover[1651] et la validité des obligations ancienne et nouvelle[1652], la sûreté consentie au créancier s'éteint en même temps que l'ancienne obligation. En effet, puisque l'opération fait naître une nouvelle opération en même temps qu'elle éteint l'ancienne, aucune continuation des engagements n'est automatiquement envisageable. Par conséquent, la novation libère l'ensemble des sûretés dites accessoires, à commencer par le cautionnement. D'ailleurs, l'article 1335 rajoute que lorsqu'il y a plusieurs cautions, la novation convenue entre le créancier et une seule caution *« libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation »*. Il va sans dire que la même solution s'applique à l'ensemble des sûretés réelles.

882. Mais cette solution ne devrait pas s'appliquer aux sûretés dites indépendantes. En effet, comme nous avons pu le démontrer dans les développements précédents, la disparition de la créance après qu'elle ait été constituée n'a plus de conséquence sur ces sûretés en principe. Il en est ainsi de la validité de la garantie autonome qui n'est pas affectée par la novation de la créance garantie dès lors que l'appel en garantie est valablement émis[1653].

883. Par exception au principe d'extinction automatique des sûretés, les rédacteurs du Code civil ont inscrit à l'article 1334 la possibilité pour le créancier de réserver les sûretés d'origine. Selon le texte : *« Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants »*. Mais une telle liberté n'est envisageable qu'avec le consentement donc du tiers garant. À défaut du consentement du garant, la sûreté s'éteint en raison de l'absence de lien avec la nouvelle obligation.

[1651] La novation ne se présume point, l'intention de nover doit être certaine même si aucune forme particulière n'est requise : art. 1330 C. civ. : *« La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte »*.

[1652] Art. 1331 C. civ. : *« La novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables, à moins qu'elle n'ait pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice »*.

[1653] Cass. com., 10 févr. 2015, n° 12-26.580 : *JurisData* n° 2014-002269 ; *JCP G* 2015, chron. 604, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; *Banque et droit* 2015, p. 70, obs. S. RONTCHEVSKY.

884. Malgré l'option d'une novation avec réserve, l'extinction des sûretés est l'effet naturel de la novation ; c'est ainsi que le législateur a conçu son régime. Ainsi, bien que les parties soient à l'origine de l'opération, c'est essentiellement la loi qui en organise les effets. Il en est de même lorsque survient une confusion.

2. La confusion

885. Aux termes de l'article 1349 issu de la réforme du 10 février 2016, « La confusion résulte de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne […] ». Cette situation se produit essentiellement lorsqu'un créancier hérite de son débiteur et inversement. Elle peut également résulter d'un changement de partie entre vifs. Le principal effet est qu' « […] elle éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers ».

886. Puisque la confusion nécessite, en tout état de cause, la réunion sur une seule et même tête les qualités de créancier et de débiteur, elle ne peut exister que sous deux formes[1654] : La confusion entre débiteur principal et créancier (**a**) et la confusion entre créancier et garant (**b**) ; toute autre combinaison étant à exclure.

a. L'hypothèse d'une confusion débiteur-créancier

887. Lorsque s'opère une confusion entre le débiteur principal et le créancier, la sûreté s'éteint en même temps que la créance nous dit l'article 1349 précité. Ainsi en matière de cautionnement, la règle de l'accessoire suffit à justifier son extinction[1655]. Il en est de même en présence d'un cautionnement solidaire. Mais en matière de garantie autonome, la solution est identique à celle d'une novation. En effet, l'appel du garant valablement émis l'oblige à s'exécuter quand bien même la confusion serait effective.

888. La confusion débiteur-créancier ne laisse pratiquement aucune chance de survie à la sûreté. Si la garantie autonome ne manque pas de manifester sa singularité, la confusion entraîne l'extinction des autres sûretés personnelles.

[1654] Bien évidemment, l'étude de la confusion à l'aune des causes d'extinction des sûretés n'a d'intérêt que dans les cas des sûretés constituées pour autrui. En présence d'une sûreté réelle, la confusion entre le débiteur principal et le créancier conduit obligatoirement à l'extinction du mécanisme.

[1655] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.*, n° 309.

b. L'hypothèse d'une confusion garant-créancier

889. Lorsque la confusion a lieu entre le garant et le créancier, la sûreté s'éteint à titre principal. En effet, une seule et même personne ne pouvant avoir la qualité de créancier et de garant, l'exécution de la sûreté devient impossible. En matière de cautionnement, la confusion entraîne l'extinction donc du mécanisme. En présence de plusieurs cautions solidaires, la confusion en faveur de l'une d'entre elles entraîne la libération des autres à concurrence de la part de la caution concernée par la confusion. Cette solution résulte de l'article 1349-1, alinéa 2, qui dispose : « *Lorsque la confusion concerne l'obligation d'une des cautions, le débiteur principal n'est pas libéré. Les autres cautions solidaires sont libérées à concurrence de la part de cette caution* ». Contrairement à l'hypothèse précédente, celle d'une confusion débiteur-créancier, la confusion frappant le garant autonome et le créancier éteint la garantie autonome à titre principal.

890. Même si la réforme de 2016 réaffirme la nature extinctive de la confusion en la classant dans le chapitre relatif aux causes d'extinction, une bonne partie de la doctrine contemporaine y voit seulement un mode de paralysie de l'obligation qui survit de manière latente[1656]. La cause et l'objet de l'obligation subsisteraient en dépit de la confusion. En effet, non seulement le Code lui-même envisage des figures où le contrat peut survire à la confusion[1657], mais la jurisprudence également a consacré l'effet potentiellement provisoire de la confusion. Ainsi, un arrêt de la Chambre des requêtes du 12 décembre 1934 a estimé que « *rien n'empêche que, même lorsqu'une confusion a été produite par le fait volontaire d'une personne, les droits, paralysées par cette confusion,*

[1656] V. par exemple, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1196 : « *Bien que […] le Code civil énonce que la confusion "éteint" la créance (art. 1349), tout le monde dit aujourd'hui qu'il s'agit d'une impossibilité d'exécution ; par conséquent, on doit tenir compte de la créance ou de la dette, lorsque l'impossibilité d'exécution n'est pas en cause […] » ;* Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 699 : « *[…] à certains égards la confusion apparaît davantage comme un obstacle à l'exécution de l'obligation, qui est seulement paralysée ou occultée, que comme un véritable mode d'extinction » ;* Dans une moindre mesure, V. B. FAGES, *op. cit.*, n° 570 : « *Le Code civil indique que la confusion produit un effet extinctif. Cela est exact si l'on se place du point de vue de celui qui cumule désormais les positions de créancier et de débiteur : à son égard, en effet, l'obligation a perdu toute raison d'être ; elle ne peut plus être exécutée. Mais cette extinction de l'effet obligatoire n'empêche pas que la créance ou la dette puissent être prises en compte dans les rapports avec les tiers, par exemple dans le règlement de la succession* ».

[1657] Notamment lorsqu'en présence de plusieurs cautions, la confusion ne concerne qu'une seule caution, auquel cas, le débiteur n'est pas libéré : art. 1349-1 C. civ.

puissent renaître lorsque cette confusion vient à cesser »[1658]. Dans le même sens, une décision de la première Chambre civile en date du 8 décembre 1965 a retenu que *« la confusion n'éteint pas d'une manière absolue le droit qu'elle concerne et laisse au titulaire de celui-ci la faculté de l'opposer encore aux tiers qui voudraient porter atteinte à des droits par lui définitivement acquis*[1659] ».

891. Ces hypothèses de survie de l'obligation résultent, nous semble-t-il, des exceptions au principe d'extinction que la confusion entraîne. La confrontation entre ces rares situations et l'objet de notre recherche révèle une aptitude résiduelle des parties à agir efficacement dans l'organisation de l'extinction du mécanisme de garantie. En effet, quelle que soit l'hypothèse de survie de l'obligation envisagée, seule la loi a le pouvoir de l'organiser. De même, en dépit de son transfert dans le chapitre relatif aux *« opérations sur obligations »,* l'effet principal d'une novation demeure l'extinction de l'obligation principale, entraînant subséquemment celle des sûretés, sauf, bien sûr, réserve consentie par le tiers garant.

* *
*

892. Conclusion de la section 1. En définitive, la liberté contractuelle des parties lors de l'extinction du mécanisme de garantie ne se manifeste pas de manière égalitaire. Lorsque la cause d'extinction requiert une action positive de la part des parties (le paiement ou ses alternatifs, la détermination d'un terme etc.), les aménagements contractuels prennent le pas sur la loi. Mais lorsque la cause de l'extinction résulte de la sanction d'un état de fait, que celui-ci soit imputable ou pas aux parties (prescription, nullité, caducité, novation, confusion etc.), la place de la liberté contractuelle est résiduelle.

[1658] Cass. Req., 12 dec. 1934, *Gaz. Pal.* 1935, 1, 203.
[1659] Cass. 1re civ., 8 déc. 1965, *D.* 1967, p. 407, note R. SAVATIER.

SECTION 2

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS L'AMÉNAGEMENT DES EFFETS DE L'EXTINCTION

893. Jusqu'à ce stade, nous avons certes examiné dans le détail les différentes causes d'extinction des sûretés[1660] tout en identifiant la place de la liberté contractuelle ; cependant, notre étude n'a pas complètement révélé les effets de l'extinction. En effet, la détermination de l'effet de garantie des sûretés personnelles lors de leur existence nous a déjà permis de reconnaître la pertinence de la nature duale de l'obligation du garant et de conclure que seule l'obligation de couverture y faisait véritablement l'objet d'une conservation. Or, l'extinction de la sûreté pose la question du sort de ces deux obligations qui, à n'en pas douter, seront exposées aux tentatives d'aménagements des parties.

894. C'est dans le cadre de l'extinction du cautionnement à titre principal que la distinction entre l'obligation de couverture de celle de règlement est classiquement présentée[1661]. Cette distinction, comme nous l'avons déjà établi, dépasse le domaine du cautionnement[1662] qui, seul, a connu une consécration jurisprudentielle[1663] puis légale depuis la réforme du 15 septembre 2021[1664]. Ainsi, la possibilité de l'aménagement de l'obligation de couverture (**§1**) se pose autant que celle de l'obligation de règlement (**§2**).

[1660] Qu'elles résultent d'une cause d'extinction par voie accessoire ou par voie principale.

[1661] V. par exemple, L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 260 et s. ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 606 et s. ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles, op. cit.,* n° 337 et s. ; Y PICOD, *op. cit.,* n° 115 et s. ; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.,* n° 246 et s. ; Cependant, mis en lumière par Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit. ;* et pour un renouvellement de l'analyse : V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture,* préf. P. JOURDAIN, IRJS, t. 27, 2010.

[1662] V. *supra* n° 572 et s.

[1663] Com. 29 juin 1982, *op. cit. :* V. *supra* n° 572 et s.

[1664] Art. 2316 C. civ. : *« Lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire ».*

§1. L'AMÉNAGEMENT DE L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE

895. C'est à bon escient que nous précisions tantôt que c'est uniquement dans la perspective d'une extinction à titre principal que nous distinguerons l'obligation de couverture et celle de règlement. En effet, la singularité de l'obligation de couverture entraîne des causes spécifiques à son extinction (**A**) que les parties tentent vainement d'aménager (**B**).

A. LES CAUSES D'EXTINCTION SPÉCIFIQUES À L'OBLIGATION DE COUVERTURE

896. Tirant les conséquences de la description déjà faite des caractéristiques de l'obligation de couverture[1665], on conçoit aisément qu'elle ne soit d'aucune utilité pratique concernant les sûretés personnelles définies et indéfinies de dettes déterminées. Dans ces hypothèses, l'on sait exactement ce que devra le garant en cas de défaillance du débiteur principal. En effet, l'objet même de l'obligation de couverture est de déterminer le cadre de la garantie, c'est-à-dire : « *telle catégorie de dettes, envers tel créancier, le cas échéant pour telle durée*[1666] ». C'est donc dans ce cadre que vont naître la ou les obligations de règlement. Ainsi, c'est à la lumière de cette première précision pratique que la doctrine affirme classiquement que l'obligation de règlement s'éteint par les causes énumérées à l'ancien article 1234 du Code civil[1667] : le paiement, la remise de dette, la prescription ou la forclusion, la novation, la compensation, la confusion et la résolution ; liste, depuis, abrogé par l'Ordonnance du 10 février 2016[1668]. Mais pour ce qui concerne l'obligation de couverture, elle ne prend fin, dans cette perspective, qu'en raison de la faculté unilatérale de résiliation en faveur

[1665] V. *supra* n° 575 à 577.
[1666] Ph. SIMLER, Ph. DELBECQUE, *op. cit.*, n° 110.
[1667] Ph. SIMLER, Ph. DELBECQUE, *op. cit.*, n° 247 et s.
[1668] Nous savons déjà que l'abrogation de cette liste des causes d'extinction de l'obligation est simplement le fruit d'une volonté de simplification et de clarification du Code civil.

du garant d'une dette future à durée indéterminée, du terme de l'engagement, du décès du garant et des hypothèses où la qualité du garant est déterminante dans le contrat. Ces causes d'extinction n'appellent pas de commentaires particuliers puisqu'elles ont déjà fait l'objet d'une analyse dans le cadre de notre étude[1669]. Par contre, la modification de la qualité du garant comme source de l'extinction de la sûreté mérite d'amples précisions ici. En effet, il est tout à fait concevable qu'une modification dans les relations du garant avec le débiteur principal soit la cause de l'extinction de l'obligation de couverture. Ainsi, si la qualité du garant a été prise en considération par les parties, qu'elle est entrée dans le champ contractuel, sa disparition est susceptible d'affecter l'engagement du garant, alors dans cette hypothèse, fortement marqué *d'intuitu personae*[1670].

897. Ces causes particulières d'extinction de l'obligation de couverture ont ainsi vocation à s'appliquer à toute sûreté personnelle. Mais on ne saurait être complet à ce sujet sans y ajouter ce qu'il est convenu d'appeler l'extinction par la faute du créancier qui peut intervenir dans trois hypothèses :

D'abord, il y a extinction du cautionnement lorsque par sa faute, le créancier fait perdre à la caution le bénéfice de subrogation. Cette cause d'extinction, propre au cautionnement, est prévue à l'article 2314 du Code civil[1671]. La sanction renvoie à l'hypothèse où un créancier, bénéficiant, en sus du cautionnement, d'autres sûretés, quelle qu'en soit la source ou la nature, perd, par sa faute, la ou les sûretés concernées, dont la caution aurait pu bénéficier par la voie subrogatoire après exécution de son obligation de règlement.

Ensuite, le créancier peut subir une déchéance de ses droits en cas de manquement à l'une des nombreuses obligations d'information pesant sur lui[1672] ou encore en cas de

---

[1669] V. *supra* n° 843 et s. (pour la faculté de résiliation unilatérale) ; *supra* n° 799 à 842 (pour le terme extinctif) ; V. *supra* n° 643 et s. (pour le décès du garant).

[1670] Validant ce raisonnement, V. L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 273 ; V. également, D. HOUTCIEF, *Contribution à l'étude de l'étude de l'intuitus personae – Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution, RTD civ.* 2003, p. 3.

[1671] Art. 2314 C. civ. : « *Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit. Toute clause contraire est réputée non écrite. La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté.* »

[1672] V. *supra* n° 626 et s.

d'engagement excessif car disproportionné par rapport aux biens et revenus du garant ou du constituant[16731674].

Enfin, la responsabilité civile du créancier peut être engagée envers le garant dans certains cas[1675], ce dernier se trouvant alors *de facto* déchargé de son obligation, par compensation entre celle-ci et les dommages et intérêts[1676].

L'extinction de l'obligation de couverture obéit ainsi à des causes particulières que les parties ont vainement tenté d'aménager.

B. LES TENTATIVES VAINES DE L'AMÉNAGEMENT DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE

898. Que la cause de l'extinction résulte de la résiliation, de l'échéance du terme, du décès du garant, ou même de la faute du créancier, elle n'a, en principe, d'effet que pour l'avenir. C'est-à-dire que l'obligation de couverture ne cesse que pour les dettes nées postérieurement à son extinction[1677]. Cette solution a été consacrée par l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 à propos du cautionnement de dettes futures. Selon le texte, « *lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire* ». De l'avis unanime de la doctrine, il s'agit là, de la consécration de la fameuse distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement. Cependant, il faut noter que la règle est supplétive de volonté. Ce faisant, théoriquement, les parties ont toujours la possibilité de l'aménager, de telle sorte que l'extinction puisse libérer totalement la caution, même pour les dettes nées antérieurement. Mais dans la pratique, la stipulation d'une telle clause est fort peu envisageable, surtout du point de vue du créancier. En effet, il faut rappeler que nous nous situons, ici, dans l'hypothèse du cautionnement d'une dette future consentie pour une durée indéterminé ; la caution bénéficie ainsi d'une faculté

1673 V. *supra* n° 278 et s.

1674 La question relative aux responsabilités fera l'objet d'une analyse détaillée dans nos développements ultérieurs.

1675 Il s'agit essentiellement des fautes commises par le créancier dans son devoir de renseignement et de mise en garde ainsi du soutien abusif du débiteur.

1676 V. L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 295 et s.

1677 Ph. SIMLER, « *Synthèse - Cautionnement. Extinction, Jcl.,* 20 juin 2023, n° 29.

de résiliation unilatérale, ce qui signifie qu'à tout moment, en principe, elle peut mettre fin à son engagement. La stipulation d'une clause permettant à la caution d'être totalement libérée fait courir au créancier le risque de perdre sa garantie et n'aurait, pour ainsi dire, aucun intérêt en tant que partie contractante initialement en position de force (puisque c'est lui qui octroie le crédit). C'est pourquoi, si cette possibilité d'aménagement est certes prévue par les textes, elle est, en revanche, vaine dans la mesure où son acceptation par le créancier est peu plausible.

899. Les tentatives d'aménagements contractuels de l'obligation de couverture ne datent pas uniquement de la consécration de l'article 2316 issu de l'Ordonnance de 2021. Naturellement, c'est dans les contrats de cautionnement et en particulier de celui du compte courant que les cautions et créanciers ont fait preuve d'imagination pour améliorer leurs intérêts respectifs dans le contrat. En effet, le cautionnement du compte courant est une variété de cautionnement indéfini mais qui reçoit des adaptations pour tenir compte de la spécificité du compte courant et de certaines exigences de la pratique bancaire. La difficulté vient du fait que la résiliation du cautionnement n'emporte pas extinction du compte courant ; ainsi, le solde du compte (provisoire) au moment de la résiliation n'est pas exigible. Seul le solde définitif du compte est exigible. Comme le souligne un auteur, l'extinction de l'obligation de couverture laisse au créancier *« une créance dont le montant est en état de fluctuation, une créance qui ne sera rendue certaine, liquide et exigible que par la clôture du compte, événement dont la survenance est placée sous le signe de la plus grande incertitude ».* Or, quelle que soit la cause de l'extinction, que celle-ci résulte de la résiliation, du décès de la caution ou de l'échéance du terme, elle laisse subsister une obligation de règlement dont le montant est préalablement déterminé par l'obligation de couverture. Toute la question est donc de savoir jusqu'où s'étend la couverture offerte par la caution dans le cadre du cautionnement d'un compte courant.

900. Jusqu'à une décision de principe de la Cour de cassation en date du 22 novembre 1972, l'arrêt « Bard »[1678], la jurisprudence considérait que l'obligation de

[1678] Cass. com., 22 nov. 1972 : *Bull. civ*. IV, n°298 ; *RTD com.* 1973, p. 309 ; Postérieurement à cette solution de principe : Cass. com., 23 mai 1989 : *Bull. civ*. IV, n°158 ; Cass. com., 14 déc. 1993 : *Bull. Joly* 1994, p. 159, note Ph. DELEBECQUE ; Cass. com., 1er juill. 2003 : *Bull. civ. IV*, n°113, *RD bancaire et fin.* 2003, 263, obs. D. LEGEAIS.

couverture s'étendait jusqu'à la clôture du compte courant avec un double plafond : d'une part, si l'engagement de la caution était limitée, le créancier ne pouvait réclamer plus de ce montant. D'autre part, il ne pouvait pas non plus demander plus que le montant du solde provisoire datant du jour de l'extinction de l'obligation de couverture. Cette solution fut fortement critiquée par la doctrine qui y voyait une manière de contourner l'effet libératoire de la résiliation de la caution[1679].

901. Depuis l'arrêt de principe du 22 novembre 1972, la Cour de cassation énonce que la caution qui a résilié son engagement ne peut être poursuivie qu'après la clôture définitive du compte. Cependant, elle peut se voir réclamer le paiement du solde provisoire existant au jour de la résiliation[1680], qui constitue ainsi un plafond, tout en tenant compte du dénouement des opérations en cours. Pour le dire plus simplement, les remises qui constituaient de nouvelles avances de la banque n'étaient plus garanties par la couverture tandis que les remboursements qui diminuaient le montant des sommes susceptibles d'être réclamées à la caution par le créancier étaient comptabilisés.

902. De nombreuses tentatives de montages sont à mettre au crédit des parties dans ce cadre. D'abord, afin de nuancer la nature des écritures de crédit postérieures à la résiliation qui sont présumées être des remboursements, le banquier peut tout à fait ouvrir un nouveau compte courant dont l'objet serait exclusivement de recevoir une avance de crédit véritablement nouvelle. Cependant, l'ouverture d'un nouveau compte courant pour recevoir les écritures de crédit postérieures à la résiliation dans le seule but de maintenir le compte initial débiteur est condamnée par la jurisprudence[1681]. Ensuite, il est tout à fait loisible aux parties d'insérer une clause imposant à la caution d'observer un délai de préavis de tel nombre de mois avant toute résiliation de son engagement. Sans porter atteinte à l'effet libératoire de la résiliation une telle clause permet au banquier de s'organiser en demandant par exemple au débiteur une nouvelle caution. Enfin, la jurisprudence a reconnu la validité de la clause

---

[1679] M. BOURASSIN, *thèse préc., op. cit.*, n° 573 ; M. CABRILLAC, *Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant*, Mélanges Ch. Mouly, Litec, 1998, p. 293 et s., n°4.

[1680] La solution a encore connu récemment une consécration : Cass. com., 9 févr. 2022, n° 20-20.602, inédit.

[1681] Cass. com., 20 févr. 1985 : *RTDcom.* 1986, p. 129, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com., 29 mai 2001, 1815, n° 15, obs. Ph. SIMLER.

stipulant que la caution sera tenue du paiement du solde du compte courant au jour de sa clôture sans jamais pourvoir excéder le solde provisoire au jour de la résiliation du compte[1682]. Bien que certains auteurs[1683] aient soupçonné une telle clause de priver la caution de sa faculté de résiliation unilatérale, elle a pourtant connue une réaffirmation à la faveur d'une décision en date du 10 décembre 2002[1684]. En tout état de cause, c'est le lieu, ici, de relever l'apport de l'article 2319 du Code civil issu de l'Ordonnance du 15 septembre 2021 qui ne manque pas de prendre en compte la réforme de la prescription du 17 juin 2008. En effet, selon le texte, « *La caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement* ». Cette nouvelle disposition permet ainsi de ne pas bloquer indéfiniment la caution alors même qu'elle a déjà mis fin à son engagement. Désormais, même si le solde du compte n'est pas encore clôturé, le point de départ de la prescription commence à courir dès lors qu'il est mis fin au cautionnement, sous réserve des possibilités aménagements de la prescription que nous avons déjà analysées en détail[1685].

903. L'extinction de l'obligation de couverture est fortement encadrée par la loi et la jurisprudence. Les tentatives d'aménagement conventionnel ne semblent pas si concluantes. Elles sont même exclues en cas de décès de la caution. En effet, l'article 2317 du Code civil prévoit que « *les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès* », avant de rajouter que « *toute clause contraire est réputée non écrite* ». À moins que les parties stipulent une clause plus favorable aux héritiers[1686], la clause qui les engage plus sévèrement est réputée non écrite. La même solution prévaut en cas de dissolution de la personne morale ou bien lorsqu'il y a fusion, scission, absorption. Dans une telle hypothèse, « *la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers […]* », nous précise l'article 2318 du Code civil. Cette consécration formelle de la loi avait déjà connue une consécration

[1682] Cass. com., 12 févr. 1991 : *D.* 1991, somm. p. 387, obs. L. AYNÈS.
[1683] M. CABRILLAC, *Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant, op. cit.*
[1684] Cass. com., 10 déc. 2002 : *RD bancaire et fin.* 2003, comm. 66.
[1685] V. *supra* n° 858 et s.
[1686] Par exemple, une clause qui libérerait entièrement les héritiers à l'instar des dispositions de l'article 2316 du Code civil.

jurisprudentielle[1687], de même que l'exception à ce principe, qui permet ainsi la couverture des dettes nées postérieurement si la caution y consent[1688].

904. L'intérêt de la distinction entre l'obligation de couverture et celle de règlement est qu'elle permet d'expliquer un certain nombre de solutions jurisprudentielles. En dépit de l'autonomie relative de chacune de ces obligations[1689], elles manifestent une certaine connexité ; de sorte que la couverture sans le règlement est sans intérêt, et inversement. Après avoir conclu que les parties ne disposent que d'une faible marge de manœuvre pour aménager l'extinction de l'obligation de couverture, il convient à présent de s'intéresser à leur aptitude à aménager l'obligation de règlement.

§2. L'AMÉNAGEMENT DE L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE RÈGLEMENT

905. Nous avons déjà démontré que l'extension de la thèse de Chr. MOULY à l'ensemble des sûretés personnelles ne posait pas de difficultés insurmontables[1690]. Ce faisant, à l'instar de l'obligation de couverture, une obligation de règlement existe dans toute sûreté personnelle. Dans toutes les sûretés personnelles, la défaillance du débiteur principal donne ainsi naissance à une obligation de règlement. Cette obligation, comme le reconnaissait Chr. MOULY lui-même, *« se retrouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines*[1691] *»*. Là n'est donc pas l'enjeu de l'analyse. De même, l'obligation de règlement s'éteint pour les mêmes causes que toute obligation à savoir, par le paiement et les moyens alternatifs au paiement (dation en paiement, novation, compensation…), le terme extinctif, la prescription, la perte du bénéfice de subrogation

---

[1687] Cass. com., 7 novembre 1966 : *Bull. civ*. IV, n°421 ; plus récemment, Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20.204 : *JurisData* n° 2014-000012 ; *JCP G* 2014, 236 , note H. HOVASSE ; *JCP E* 2014, 1033 , note D. LEGEAIS ; *D*. 2014, p. 1024, note N. MARTIAL-BRAZ ; *RTD civ.,* 2014, p. 156 , obs. P. CROCQ. Mais pour plus de détails, V. Ph. SIMLER, *« L'absorption d'une société sous-caution »,JCP G* 2014, doctr. 435 ; B. PETIT, *« Fusion et cautionnement », RJDA 2015*, p. 827.

[1688] Art. 2318 C. civ. ; mais antérieurement au texte : Cass. com., 25 oct. 1983, n° 82-13.358 : *Bull. civ.* IV, n° 274.

[1689] Notamment en ce qu'elles ne partagent pas le même objet.

[1690] V. *supra* n° 572 et s.

[1691] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.,* n° 255, p. 326.

etc. Il n'est nullement nécessaire ici, de revenir sur ces causes ayant déjà fait l'objet d'approfondissements[1692]. Mais il importe plutôt de s'attarder sur l'articulation des effets produits par l'extinction du mécanisme sur les obligations de couverture et de règlement. Nous savons, en effet, que l'extinction de l'obligation de couverture laisse subsister l'obligation de règlement dont il détermine préalablement le cadre (**A**). Mais la jurisprudence récente relative à ce sujet révèle une volonté de faire plus de place à la liberté contractuelle en permettant aux parties, par une clause expresse, de limiter le droit de poursuite du créancier (**B**).

A. LE PRINCIPE DE SURVIE DE L'OBLIGATION DE RÈGLEMENT LORS DE L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE

906. L'extinction de l'obligation de couverture est, en principe, sans effet sur l'obligation de règlement tant qu'une dette non payée par le débiteur principal entre dans le champ de l'obligation de couverture. Comme le soulignait Chr. MOULY, le cadre fixé par l'obligation de couverture dans le cautionnement de dettes futures est « *[…] rempli par l'obligation de règlement au fur et à mesure que les dettes garanties naîtront*[1693] ». Les deux obligations s'opposent dans le sens où le régime de leur exécution interdit leur assimilation en un rapport de droit unique[1694]. En effet, alors que l'obligation de couverture porte sur l'exécution d'une prestation, l'obligation de règlement est d'exécution instantanée et se résout par le paiement d'une somme d'argent. Cela explique pourquoi les effets de l'extinction de la sûreté ne peuvent être envisagés sans prendre égard à la distinction entre ces deux obligations. Ainsi, les différentes causes d'extinction, comme nous le savons déjà, ne servent, en principe, qu'à délimiter la période de couverture due par le garant. Elle laisse perdurer l'obligation de règlement. En clair, le garant reste tenu des dettes nées avant

[1692] L'ensemble de ces causes d'extinction ont déjà fait l'objet d'une analyse détaillée : V. *supra* n° 738 et s.
[1693] Chr. MOULY, *thèse préc. op. cit.,* n° 261.
[1694] *ibis idem*

l'extinction, peu important que leur exigibilité soit postérieure et que les poursuites engagées par le créancier le soient également.

907. Cette solution de principe résulte d'une construction jurisprudentielle qui s'est affinée au fil des années. L'arrêt de référence en la matière a été rendu le 29 juin 1982 par la chambre commerciale de la Cour de cassation à propos de la transmissibilité des engagements de la caution à ses héritiers. Dans cette espèce, une banque avait obtenu d'un dirigeant social un cautionnement solidaire et omnibus. Au moment où décédait la caution, aucune dette n'était exigible. Cependant, plusieurs années plus tard, l'entreprise a été placée en procédure de règlement judiciaire. La banque a alors fait appel au cautionnement à l'égard des héritiers du défunt. La chambre commerciale a rejeté sa demande, considérant qu' *« ayant relevé qu'aucune dette n'existait à la charge du débiteur principal au décès de M. Ernault, l'arrêt retient que celui-ci, qui n'était pas tenu à cette date, ne pouvait transmettre d'engagement à ses héritiers pour des dettes nées postérieurement […] ».* Cequi signifiait alors que, *a contrario,* si les dettes réclamées par la banque avaient pris naissance du vivant de la caution, les héritiers auraient été tenus de s'en acquitter. Par conséquent, le *de cujus* n'était pas en mesure de transmettre cet engagement à ses héritiers pour des dettes contractées ultérieurement. En revanche, si des dettes avaient émergé dans le cadre de la garantie avant le décès de la personne caution, les héritiers auraient été tenus de les régler. Sans que l'arrêt ne se réfère pourtant explicitement à la théorie dualiste de l'obligation mis en lumière par Chr. MOULY, une large partie de la doctrine y a vu, à juste titre, une consécration de la théorie[1695] ; puisque de nombreuses décisions postérieures ont consacré de manière explicite la distinction[1696]. La solution s'applique pareillement à l'ensemble des causes d'extinction[1697]. Les nouveaux articles 2316, 2317 et 2318 du Code civil, précités, issus de la réforme de 2021 ne viennent opérer qu'une consécration légale du principe, particulièrement à propos du cautionnement.

[1695] Par exemple, V. M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 606 ; D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 222 et s. ; Y PICOD, *op. cit.,* n° 125 et s. ; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.,* n° 246 et s. ; Ph. THÉRY, *op. cit.,* n° 82 et s.

[1696] V. par exemple, Cass. 1re civ., 2 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 157, V. aussi, Cass. com., 5 nov. 2009, n° 08-15.433.

[1697] Y compris notamment en présence d'une dette présente : Cass. 1re civ., 22 juin 2016, n° 15-19.993 : *JurisData* n° 2016-012380 ; *JCP N* 2016, n° 47, 1321, § 3, obs. Ph. SIMLER ; *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 199, note A. CERLES.

908. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 vient parachever la construction jurisprudentielle du principe de survie de l'obligation de règlement à celle de couverture. Quelle que soit la cause de l'extinction de l'engagement, le garant demeure tenu de l'obligation de règlement. Mais à l'instar de l'obligation de couverture, l'obligation de règlement n'est pas à l'abri des tentatives d'incursion de la liberté contractuelle à laquelle, même le législateur a fait une place à l'occasion de la réforme de 2021.

B. LA VALIDITÉ DES CLAUSES DE FORCLUSION

909. Jusqu'à ce stade, nous savons que l'engagement du garant de toute sûreté personnelle contient une double obligation : l'obligation de couverture et de règlement. L'extinction de cet engagement, quelle qu'en soit la cause, n'éteint en principe que l'obligation de couverture laissant ainsi à la charge du garant celle de règlement. Ce principe d'origine doctrinale a connu une consécration jurisprudentielle avant d'être intégré au Code par la faveur de la réforme de 2021 à propos du cautionnement. L'aménagement conventionnel de ce principe a connu le même schéma.

910. La conséquence directe d'une telle solution est que seule la prescription est susceptible de pouvoir limiter le droit de poursuite du créancier[1698] puisqu'il peut poursuivre le garant même après l'extinction de son engagement ; de telle sorte qu'à ce stade du raisonnement, la nature duale de l'obligation, et particulière ici l'obligation de règlement, place le garant « à la merci » du créancier. C'est pourquoi, très tôt, la pratique s'est emparée de la problématique en essayant d'encadrer cette arme redoutable du créancier et létale pour le garant. Ainsi, dès 1981, la Cour de cassation laissait entrevoir que la commune volonté des parties pouvait neutraliser l'obligation de règlement[1699]. Il appartenait ainsi aux juges du fond de déterminer le sens précis

[1698] Sur l'extinction de la sûreté par prescription, V. *supra* n° 858 et s.

[1699] Cass. 1re civ., 9 déc. 1981, n° 80-15.592 : *Bull. civ.* I, n° 373. La Cour de cassation avait ainsi considéré que « *[…] c'est par une appréciation souveraine de l'intention des parties, que la cour d'appel a, sans dénaturation, estime que m moreau ne pouvait plus être poursuivi a raison de son cautionnement après le 31 janvier 1978 […]* ».

que les parties ont voulu donner à la clause stipulant la fin de l'engagement : soit la fin de l'obligation de couverture, soit la fin du droit de poursuite du créancier.

911. Dans la continuité de cette jurisprudence, la cour de cassation est allée encore plus loin dans une décision du 14 octobre 1987[1700]. En effet, en l'espèce, une clause du contrat stipulait que le créancier devait poursuivre les cautions dans un délai de cinq ans à compter de la clôture du compte cautionné. Constatant que les poursuites ont été engagées postérieurement à ce délai, la Haute juridiction n'avait alors pas hésité à qualifier ladite stipulation en une clause de forclusion. La réforme de la prescription de 2008 n'a pas été d'une grande menace pour cette solution, d'autant plus qu'elle a même fait plus de place, dans une certaine mesure, à la liberté contractuelle en permettant aux parties d'aménager dans une certaine limite les délais de prescription[1701]. Affinant progressivement la validité des clauses de forclusion visant l'obligation de règlement, la Cour de cassation a poursuivi la construction jurisprudentielle en réaffirmant sa position : d'abord implicitement[1702], puis explicitement[1703].

912. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a entériné cette construction jurisprudentielle en soulignant que le principe de survie de l'obligation de règlement à l'extinction de l'obligation de couverture est supplétif de volonté. L'article 2316 précité permet en effet aux parties de stipuler une clause contraire au principe. Celle-ci peut, nous semble-t-il, mettre fin à l'obligation de règlement de deux manières : soit en libérant la caution en même temps qu'elle met fin à l'obligation de couverture ; soit en limitant dans le temps le droit de poursuite du créancier contre la caution, en clair une clause de forclusion. S'agissant de la première hypothèse, nous avons déjà établi qu'elle fragilise fortement la position du créancier qui n'a aucun intérêt à accepter une telle clause. La seconde hypothèse, par contre, est à envisager avec plus de

---

[1700] Cass. 2e civ., 14 oct. 1987, n° 86-13.059 : *JurisData* n° 1987-001628 ; *Bull. civ. II*, n° 195 ; *RTD civ*. 1988, p. 753, obs. J. MESTRE.

[1701] V. *supra* n° 858 et s.

[1702] Cass. com., 15 oct. 2013, n° 12-21.704 : *JurisData* n° 2013-022802 ; *Bull. civ. IV,* n° 151 ; *JCP G* 2013, doctr. 1256, § 8, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ*. 2014, p. 120, obs. H. BARBIER ; *RTD civ*. 2014, p. 155, obs. P. CROCQ ; *RTD civ*. 2014, p. 705, obs. P. THERY.

[1703] (Cass. com., 26 janv. 2016, n° 14-23.285 : *JurisData* n° 2016-001026 ; *JCP G* 2016, act. 365, note N. BALAT ; *JCP G* 2016, doctr. 553, § 8, note Ph. SIMLER ; *D.* 2016, p. 682, note J. FRANÇOIS.

considération puisqu'elle se limite à encadrer le droit de poursuite du créancier. Pour autant, des doutes subsistent encore.

913. En réalité, tout dépend de la qualité rédactionnelle de la clause visant à éteindre l'obligation de règlement. Il faut dire que la dernière décennie avait révélé une multitude de solutions incohérentes. Tantôt, la Cour de cassation considérait qu'une clause stipulant un terme de l'engagement de la caution supérieure à la durée de l'engagement du débiteur principal pouvait suffire pour attribuer à ladite clause un effet de forclusion[1704] ; tantôt, toujours en présence d'une clause similaire, reprochant aux juges du fond d'avoir dénaturé les sens de la clause, elle a jugé que l'extinction ne portait que sur l'obligation de couverture laissant ainsi subsister celle de règlement[1705].

914. Mais un arrêt récent de la Cour de cassation en date du 1er juin 2023[1706], semble désormais éclairer les zones d'obscurité qui entourent l'extinction de l'obligation de règlement. Dans cette espèce, dont les faits sont classiques, la banque avait engagé des poursuites contre les cautions postérieurement à la date limite de leur engagement. La chambre commerciale a jugé dans cette affaire que *« qu'en l'absence de stipulation expresse contractuelle limitant dans le temps le droit de poursuite du créancier, le fait que la caution soit appelée à payer postérieurement à la date limite de son engagement est sans incidence sur l'obligation de la caution portant sur la créance née avant cette date ».* Par cette décision, la Haute juridiction consacre la validité de la clause de forclusion dans sa forme la plus complète. En effet, si la solution retenue dans l'espèce jugée est tout à fait conforme à la jurisprudence antérieure (le principe de survie de l'obligation de règlement), la Cour de cassation nous apprend désormais qu'il est nécessaire que la clause mettant un terme à l'engagement doit expressément indiquer que le droit de poursuite du créancier est limité dans le temps convenu entre les parties. Cette précision est de taille puisqu'elle permet dorénavant aux parties de se libérer de

---

[1704] V. par exemple, Cass. com., 15 nov. 2016, n° 14-28.983 : *JurisData* n° 2016-024047 ; Cass. com., 28 mars 2018, n° 16-26.078 ; Cass. com., 12 juin 2019, n° 17-12.519 : *JurisData* n° 2019-010332 ; *JCP N* 2019, n° 42, 1295, § 4, obs. Ph. SIMLER.

[1705] Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-20.874 : *JurisData* n° 2011-025971 ; *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 10, note A. Cerles ; Cass. 1re civ., 22 juin 2016, n° 15-19.993 : *JurisData* n° 2016-012380 ; *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 199, p. 54, obs. A. CERLES ; *JCP N* 2016, n° 47, 1321, § 3, obs. Ph. SIMLER ; *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016, p. 23, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

[1706] Cass. com., 1er juin 2023, n° 21-23.850, F-B : *JurisData* n° 2023-008855, *JCP N,* 14 juillet 2023, 1141, obs. A.-C, RICHTER ; *RD bancaire et fin.,* Juillet-août 2023, comm. 124, obs. D. LEGEAIS.

l'appréciation souveraine du juge sur la qualité rédactionnelle de la clause. Dès qu'une formule expresse et non-équivoque venant limiter dans le temps l'obligation de règlement de la caution n'est pas stipuler dans le contrat, le juge n'est même pas tenu de rechercher la volonté des parties, il en résultera automatiquement que l'extinction de l'engagement est sans incidence sur l'obligation de règlement. Si telle est leur volonté, les parties sont invitées par la Cour de cassation à stipuler expressément une clause de forclusion.

* *
*

915. Conclusion de la section 2. L'espace de liberté accordée aux parties dans ce second volet de l'extinction des sûretés, nous aura conduit à observer une nouvelle fois la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement mise en lumière par Chr. MOULY. Ne présentant d'intérêt qu'en matière de sûretés personnelles où la distinction est, en notre sens, aussi pertinente que dans l'unique hypothèse du cautionnement de dettes futures initialement étudié par l'auteur, ces obligations subissent de nombreuses tentatives d'aménagement des parties avec des résultats mitigés. En effet, les causes spécifiques d'extinction de l'obligation de couverture, telles que la résiliation unilatérale en faveur du garant, le terme de l'engagement, le décès du garant et les situations où la qualité du garant est déterminante, sont des points importants à considérer. Cependant, les tentatives d'aménagement de l'obligation de couverture par les parties se sont avérées généralement vaines, en raison des implications et des risques inhérents à ces ajustements contractuels. En ce qui concerne l'obligation de règlement, elle survit en principe à l'extinction de l'obligation de couverture. Cette règle est bien établie dans la jurisprudence et a été confirmée par les réformes récentes. Les parties ont tenté d'aménager cette situation en introduisant des clauses de forclusion dans les contrats, visant à limiter dans le temps le droit de poursuite du créancier. Cependant, la validité et la portée de telles clauses étaient sujettes à interprétation. C'est pourquoi une décision récente de la Cour de cassation a clarifié le panorama en indiquant que pour qu'une clause de forclusion soit effective, elle doit expressément indiquer dans le contrat que le droit de poursuite du créancier est limité dans le temps. Cette décision

offre une direction claire aux parties qui souhaitent aménager les effets de l'extinction de l'obligation de règlement. Ainsi, bien que les tentatives d'aménagement aient bien souvent été efficientes, la jurisprudence et la législation récentes fournissent désormais des lignes directrices plus claires pour les parties qui souhaitent encadrer ces aspects contractuels.

Conclusion du chapitre 1

916. La place de liberté contractuelle dans l'extinction de la sûreté est variable. Lorsqu'il est question du choix du mode d'extinction, ni la jurisprudence, ni le législateur ne semblent en faire une phase imperméable à toute intervention volitive. En considération de la nature de chaque sûreté, ils se contentent ainsi de tracer un cadre dans lequel les parties disposent d'une grande liberté d'aménagement. C'est pourquoi la satisfaction du créancier constitue le critère principal du dénouement des sûretés par la voie de l'extinction. Que celle-ci soit directe ou indirecte, elle demeure l'affaire des parties puisque même une renonciation volontaire du créancier est susceptible de mettre fin à la garantie. Par contre, lorsque la cause d'extinction résulte de la sanction d'une situation donnée (prescription, nullité, caducité, confusion etc.), la marge de manœuvre accordée à la liberté contractuelle est réduite.

Le même encadrement se poursuit lorsqu'il est question d'aménager les effets de l'extinction. La distinction cruciale entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement trouve également une application lors de l'extinction. Les tentatives d'aménagement de l'obligation de couverture se heurtent souvent à des difficultés, tandis que la règle bien établie de la survie de l'obligation de règlement offre un cadre plus stable. Les récentes évolutions jurisprudentielles clarifient les contours des clauses de forclusion, offrant ainsi aux parties des lignes directrices plus claires pour encadrer les effets de l'extinction.

En définitive, la liberté contractuelle dans l'extinction des sûretés se révèle comme un terrain complexe, oscillant entre des aménagements efficaces et des limitations légales. Cette dualité met en lumière la nécessité d'une réflexion continue sur le rôle et la portée de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés, notamment dans un contexte où les réformes récentes et la jurisprudence offrent des orientations plus précises. Ainsi, la quête d'un équilibre optimal entre flexibilité contractuelle et sécurité juridique demeure un enjeu majeur dans l'évolution du droit des sûretés.

Chapitre 2

LA MISE EN ŒUVRE DES SÛRETÉS

917. Entreprendre une étude détaillée de la mise en œuvre des sûretés à la lumière de la liberté accordée aux parties est une entreprise plus complexe qu'elle n'y paraît pour au moins deux raisons : D'une part, parce que la mise en œuvre, dans ce contexte, ne se limite pas à la simple réalisation des sûretés, mais englobe également les multiples facettes de la gestion concrète des mécanismes de garantie, de la contractualisation des engagements, des ajustements selon les intérêts en jeu et surtout de la situation patrimoniale du débiteur. D'autre part, parce que cette phase terminale du mécanisme de garantie révèle les limites du droit des sûretés qui doit se faire assister par le droit des contrats, le droit des procédures civiles d'exécution ou encore le droit des entreprises en difficulté. Si cette interférence avec d'autres matières du droit est nécessaire, elle est cependant une source d'incohérence et notamment l'une des causes du manque de lisibilité et d'harmonisation que connaît aujourd'hui le droit des sûretés au moment de la mise en oeuvre.

En réalité, la phase de la mise en œuvre ne présente aucune forme d'opposition insurmontable à la volonté des parties. Au contraire, les récentes réformes en la matières plaident en faveur d'une libéralisation de la mise en œuvre des sûretés. L'Ordonnance du 23 mars 2006 a largement simplifié les techniques de réalisation[1707] en accordant au créancier la faculté de mettre en œuvre les sûretés réelles par des techniques spécifiques. En effet, le bénéficiaire d'une sûreté réelle est libre de sa mise en œuvre tantôt par le biais des voies d'éxécution de droit commun tantôt par

[1707] V. par exemple le rapport remis au garde des Sceaux du 28 mars 2005 : « Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés. Rapport à Monsieur Dominique Perben, garde des Sceaux, ministre de la Justice ».

l'attribution du bien grevé, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle. Quant à l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, elle est venue renforcer le régime de l'exclusivité en consacrant dans le Code de nouvelles propriétés-sûretés qui viennent allonger la liste des sûretés échappant au régime contraignant de la discipline collective en raison de leur technique.

À vrai dire, l'enjeu de la présente étude dépasse l'analyse classique, néamoins nécessaire, des possibilités d'aménagement offertes aux parties lors de la mise en œuvre. Il s'agira plutôt d'éprouver la cohérence de la matière lors de cette étape pluridisciplinaire. Nous verrons que la liberté contractuelle est suceptible de s'y exprimer largement au prix, notamment, d'un droit des sûretés en manque d'harmonie et de cohérence.

918. Pour parvenir à cette démonstration, une analyse de la mise en œuvre des sûretés hors procédure collective (**Section 1**) et en cas de procédure collective (**Section 2**) s'imposera.

SECTION 1

HORS PROCÉDURE COLLECTIVE

919. C'est lorsque le dénouement de la sûreté s'opère en dehors du carcan impératif du droit des entreprises en difficulté que les parties ont le plus les mains libres. En effet, la phase de réalisation des sûretés est, aujourd'hui, marquée par une volonté manifeste d'accorder aux parties plus de liberté. Ce mouvement de libéralisation est initié par le législateur lui-même avec la multiplication des options mises à la disposition du créancier afin que ce dernier puisse obtenir satisfaction. L'identification de la place de la liberté contractuelle ne pose ainsi aucune difficulté particulière dans cette phase puisque l'essentiel des règles sont supplétives de volonté.

Pour autant, faut-il réduire la mise en œuvre d'une sûreté à l'unique phase de réalisation ? En réalité, mener une étude sur les différentes manifestations de la liberté contractuelle oblige, nous semble-t-il, à appréhender la mise en œuvre de manière

extensive. Il s'agira dès lors d'envisager cette thématique au-delà du seul point du vue du créancier et de tenter de rechercher toutes les zones d'aménagement possibles pour les parties, en lien direct ou indirect avec le dénouement de l'opération. Il en est ainsi du régime des recours avant et après paiement, mais également du domaine de la responsabilité contractuelle, tous deux susceptibles de déclencher la mise en œuvre de la sûreté.

920. Cet élargissement du champ de notre recherche nous conduira ainsi à étudier successivement les possibilités d'aménagement des recours (**§1**), de la réalisation (**§2**) et enfin des responsabilités (**§3**).

§1. L'AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DES RECOURS

921. Au sens large du terme, un recours correspond à tout droit de critique ouvert contre un acte ou une situation donnée dans le but de rechercher une solution ou obtenir une indemnisation devant une autorité judiciaire ou administrative[1708]. Pour le dire plus simplement, il s'agit d'un moyen d'action légal qu'une partie peut emprunter pour faire valoir ses droits. À la lumière du droit des sûretés, l'analyse des recours mérite deux apartés : D'une part, quelle que soit la garantie envisagée, le recours du créancier contre le débiteur ou le garant résulte des prévisions naturelles attachées à la constitution de toute sûreté : il s'agit alors d'une mise en œuvre pure et simple du mécanisme[1709], ce qui n'est pas l'objet de la présente analyse. D'autre part, on remarquera que par nature, les sûretés constituées pour autrui se caractérisent par l'existence d'un recours du garant contre le débiteur principal. En effet, sauf en cas de libéralité, la volonté du tiers-garant n'est pas d'être tenu définitivement à la dette. C'est justement cette caractéristique propre à toute sûreté personnelle, à l'exclusion des sûretés réelles, appréhendée par le législateur qu'il convient d'étudier.

922. L'état du droit positif français présente aujourd'hui des lacunes puisque seul le cautionnement bénéficie d'un fondement textuel qui consacre les recours avant et

[1708] G. CORNU, *op. cit.*, V° RECOURS.
[1709] V. *infra* n° 990 et s.

après paiement. En dépit de cette consécration légale inachevée des recours, une analyse attentive et nuancée du sujet nous conduira à considérer que si l'application du principe à l'ensemble des sûretés personnelles ne doit pas faire douter en matière de recours après paiement du garant (**B**), ce droit au recours accorde une place prépondérante à la caution lorsqu'il est exercé avant paiement (**A**).

A. LES RECOURS AVANT PAIEMENT : UN DROIT EXCLUSIF À LA CAUTION

923. Avant même de procéder au paiement auquel ils se sont engagés, le droit français permet à certaines catégories de garants d'exercer un recours qui accroit considérablement la protection de leurs intérêts. L'objet de ce droit a fortement été discuté au sein de la doctrine qui se demandait s'il s'agissait d'une simple mesure préventive ou bien d'un véritable paiement anticipé[1710]. Cependant, c'est le fondement de ce recours qui, nous semble-t-il, pose le plus de questions ; or cet aspect n'est que survolé par les auteurs[1711]. Si l'on se penche un tant soit peu sur les dispositions légales qui ont servi à consacrer ce droit, on a très vite fait de relever le lien très étroit qu'il tisse avec la situation économique (principalement la défaillance) du débiteur. Par conséquent, le caractère accessoire étant à la base de ce droit, naturellement, les garants des mécanismes non accessoires peineraient à y prétendre. Même si l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a abrogé le recours avant paiement originel offert à la caution à l'article 2309 du Code civil, elle l'a généralisé à travers le droit commun des mesures conservatoires, unique voie de recours avant paiement ouvert aux sûretés personnelles non accessoires (**1**). Cette suppression ne doit cependant pas détourner l'attention sur le déséquilibre textuel qui règne à propos de ce recours dans le Code puisque le cautionnement y demeure la référence. En effet, outre les moyens de défense classiques, propres à la caution contre le créancier (**2**), le législateur n'a pas fermé à la caution toutes les portes du recours avant paiement contre le débiteur. Il

[1710] J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles, op. cit.,* n° 285 et s.

[1711] Le fondement du recours avant paiement n'est traité que de manière laconique par les auteurs qui estiment le plus souvent qu'il est fondé sur l'équité : V. par exemple, L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.,* n° 161 ; M. BOURASSIN, *thèse préc., op. cit.,* n° 418 ; S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.,* n° 154 ; Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 610.

faut désormais rajouter au droit commun des mesures conservatoires, le recours offert à la caution contre le débiteur lors de la prorogation du terme.

1. L'exclusion des sûretés personnelles non accessoires

924. La reconnaissance du droit à un recours après paiement au profit du garant se conçoit assez aisément. En effet, ce recours n'est que la traduction de son droit à obtenir une compensation à la suite de l'appauvrissement occasionné par le paiement. Il en est autrement pour ce qui concerne le recours avant paiement car au moment où il est exercé, le garant n'a encore effectué aucun paiement, et n'a donc subi aucune perte.

925. La doctrine tire traditionnellement les fondements de ce recours dans la justice et l'équité[1712] mais sans réellement accorder au sujet l'attention qu'il mérite. Ce traitement laconique de la question est, nous semble-t-il, la raison pour laquelle ce « *mécanisme insolite* »[1713] reçoit encore une telle qualification au sein de la doctrine. Nous pensons en réalité que c'est plutôt les caractères accessoire et subsidiaire qui fondent le recours avant paiement - du moins ce qu'il en reste depuis la réforme du 15 septembre 2021 - de telle sorte que les sûretés non accessoires ne peuvent y trouver place. Pour ces catégories de sûretés, quelle que soit d'ailleurs la nature de la sûreté, seul le droit commun des mesures conservatoires peut faire office de recours avant paiement. Pour se convaincre des arguments avancés, il suffit d'analyser attentivement le régime de l'ancien recours avant paiement.

926. Héritage du droit romain, repris par POTHIER[1714], l'ancien article 2309 disposait ainsi : « La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée : 1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ; 2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ; 3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ; 5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance,

---

[1712] V. plus précisément G. MEGRET, *Les recours du garant, contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, préf. P. STOFFEL-MUNCK, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011 ; Mais plus généralement, L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.,* n° 161 ; M. BOURASSIN, *thèse préc., op. cit.,* n° 418 ; S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.,* n° 154 ; Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 610.
[1713] V. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n°289.
[1714] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.,* n° 442.

à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé ». De manière complémentaire, l'ancien article 2316 prévoyait que « La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement ».

927. Si l'on prend le critère de la subsidiarité que nous soutenons comme l'un des fondements du recours avant paiement, à la lecture de ces textes, on note que la mesure n'est exclusivement favorable qu'à la caution. Elle lui permet en quelque sorte d'éviter de se trouver en première ligne et d'obtenir de manière anticipée le remboursement de la prestation qu'elle sera éventuellement amenée à exécuter. Nous y voyons là une manifestation évidente de la subsidiarité. Cela se vérifie d'ailleurs à l'examen de la situation des cofidéjusseurs. En effet, le recours avant paiement ne peut exister entre ces derniers[1715] car il n'y a pas en principe de hiérarchie dans la cofidéjussion. Mais la subsidiarité n'est là qu'un des deux fondements du recours avant paiement et donc insuffisant pour écarter les sûretés indépendantes de cette protection. En effet, c'est le caractère accessoire qui justifie réellement leur exclusion.

928. Les textes qui régissaient l'ancien régime du recours après paiement n'ouvraient la protection à la caution que par rapport à la situation du débiteur. En effet, soit le débiteur se trouvait en situation de difficulté financière, soit il voyait son engagement prolongé. Dans tous les cas prévus par les deux textes, l'ouverture du droit au recours avant paiement à la caution est conditionnée par un évènement propre à la situation du débiteur principal. Ce lien nécessaire entre la situation du débiteur et le mécanisme suffit à caractériser l'accessoire de telle sorte que le recours avant paiement ne saurait être compris comme étant un droit commun à l'ensemble des sûretés. Il contrevient alors au caractère autonome de certaines sûretés. Par conséquent, le garant autonome, le délégué ou encore le confortant ne peuvent disposer d'un recours avant paiement.

929. Pour ces sûretés, le droit commun des mesures conservatoires[1716] demeure la seule protection à laquelle le garant peut prétendre avant de payer le créancier et ce

---

[1715] V. I. DESPRES, *« De l'inexistence du recours avant paiement entre cofidéjusseurs »*, *RLDC* 2004/10, p. 23.
[1716] Art. L. 511-1 à L. 512-2 CPC exéc.

principe est imperméable à toute volonté d'aménagement des parties. Le recours avant paiement est ainsi une mesure de protection exclusive aux seules cautions.

2. Les recours avant paiement propres à la caution contre le débiteur

930. Nous évoquions tantôt le bouleversement qu'a connu le régime des recours avant paiement depuis la réforme du 15 septembre 2021. Cette suppression semble avoir acquis, à juste titre, les faveurs de la doctrine, faisant ainsi basculer le régime du recours avant paiement dans le droit commun des mesures conservatoires (**a**). Mais si cette suppression était bienvenue, le législateur n'a pas totalement dépouillé la caution de ce privilège puisqu'il a apporté un correctif à l'abrogation de l'ancien article 2309 4° en consacrant un nouvel article 2320 maintenant la faveur du recours avant paiement à la caution (**b**). Cela dit, tout comme le recours avant paiement exercé dans le cadre du droit commun des mesures conservatoires, celui exercé par la caution lors de la prorogation du terme consentie au débiteur doit pouvoir faire l'objet d'une renonciation (**c**) car il s'agit là d'un droit que la caution est libre d'exercer ou non.

a. La suppression justifiée de l'ancien régime au profit du droit commun des mesures conservatoires

931. La vie de l'ancien régime du recours avant paiement de la caution était loin d'être un long fleuve tranquille et ce, non pas en raison d'une jurisprudence particulièrement mouvementée, mais surtout en raison de la justification introuvable de ce recours. Nous l'avons vu, son régime était régi par les anciens articles 2309 et 2316 du Code civil précités. Leur suppression par la réforme du 15 septembre 2021 vient mettre fin à de nombreuses incertitudes sur le fondement juridique du recours avant paiement de la caution, laissant ainsi le champ libre au droit commun des mesures conservatoires.

Au titre des raisons qui, sans doute, justifient l'abrogation de l'ancien régime du recours avant paiement de la caution, il faut noter le fondement fragile tiré de la justice et de l'équité.

932. Bien que l'idéal de justice et d'équité[1717] ait, en effet, pris une place prépondérante dans le cautionnement, il est difficile de justifier ce recours par un tel fondement, surtout lorsque l'on sait qu'aucun déséquilibre, au moment où il est exercé, n'a encore eu lieu. Accorder un tel recours à la caution, alors même qu'elle n'a pas encore exécuté la prestation pour laquelle elle s'est engagée, était sans conteste une faveur grandement protectrice de ses intérêts. Or, si l'on suit la logique entourant l'équilibre contractuelle, c'est justement le paiement effectué par la caution qui est censé être source de déséquilibre, ouvrant ainsi la voie du recours. En l'absence d'un quelconque appauvrissement, la caution ne devrait ainsi bénéficier nullement de ce recours spécifique[1718]. Comme certains auteurs ont pu le souligner, *« il serait injuste d'accorder une action en remboursement à la caution alors qu'elle n'a pas réalisé le moindre paiement[1719] »*. La fragilité du fondement juridique du recours avant paiement explique dès lors, à notre sens, l'une des raisons de la suppression de son régime.

933. Le fondement juridique du recours avant paiement n'était pas la seule difficulté à laquelle était confrontée la doctrine pour justifier son existence. Son objet a, en effet, soulevé au moins autant d'interrogations. Quel était réellement le but de ce recours ? La caution pouvait-il espérer obtenir un paiement du débiteur ? Pour répondre à cette question, il y a lieu ici de s'interroger sur la nature même de la créance supposée de la caution. Sans que cela ne puisse faire l'objet d'un doute, la créance réclamée par la caution au débiteur n'est ni certaine, ni liquide, ni exigible. Pour rappel, la caution ne s'engage à payer le créancier qu'en cas de défaillance du débiteur[1720]. Or, ni l'hypothèse de la prorogation de l'ancien article 2316, ni même les cas de figure de l'ancien article 2309 ne permettent de conférer de telles qualités à sa créance contre le débiteur. Avant le paiement au créancier, la créance de la caution contre le débiteur est un *« un droit éventuel »*, écartant, pour ainsi dire, toute idée d'exécution. Techniquement, lorsqu'il y a prorogation du terme, la dette du débiteur n'est pas

[1717] G. MEGRET, *Les recours du garant, contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne, op. cit. ;* V. également, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français,* Tome 1, *op. cit.,* p. 9.
[1718] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.* n° 161.
[1719] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit. ibis idem.*
[1720] Art. 2288 C. civ.

encore exigible, encore moins celle éventuelle de la caution. Il est donc injuste[1721] de réclamer un paiement à ce stade au débiteur, d'autant plus qu'un tel paiement rendrait obsolète la prorogation du terme accordé et risquerait *in fine* de compromettre par la suite le paiement de la dette du créancier. En réalité, le recours avant paiement n'était qu'un moyen de pression permettant à la caution d'exercer une action préventive destinée à assurer ses arrières lorsque la situation financière du débiteur venait à se détériorer plus gravement. Pourtant, cet avis partagé par la majorité de la doctrine n'a pas empêché certaines Cours de retenir que le recours anticipé de la caution pouvait lui permettre de recevoir le montant de la créance cautionnée à titre d'indemnité[1722]. Cette solution s'inscrit dans la lignée de l'argument tiré de la nature indemnitaire du recours avant paiement défendu par certains auteurs. La caution aurait ainsi droit à une indemnisation en raison du risque qu'elle prend à devoir payer la dette du débiteur principal. Selon un auteur, « *Il n'entre pas dans les prévisions de la caution qu'elle aura effectivement à payer. Elle a donc le droit d'agir contre le débiteur avant tout paiement s'il résulte des circonstances que l'événement va dépasser ses prévisions*[1723] ». Ce « préjudice » étant actuel, le recours doit dès lors permettre à la caution d'obtenir un paiement[1724]. Mais cette position ne convainc que faiblement pour la simple raison qu'on reconnaît là à la caution un préjudice en raison de l'existence d'un évènement qui initialement était justement une condition de son intervention dans le contrat. Comme le souligne un auteur, « *il paraît paradoxal d'admettre que la caution, qui par définition s'est engagée à payer le créancier en cas de défaillance du débiteur, subisse un préjudice du fait même de la naissance de cette obligation*[1725] ».

934. Force est de constater que ni le fondement juridique, ni l'objet du recours avant paiement de la caution ne faisaient l'unanimité au sein de la doctrine ce qui, il faut le dire, était source d'instabilité juridique, même si dans la pratique, ce recours n'était

---

[1721] L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.* n° 166.

[1722] CA Paris, 2 mars 1971, *Gaz. Pal.*, 71. II.824 ; FRUGIER, « *Le recours anticipé de la caution lui permet-il de percevoir du débiteur principal le montant de la créance cautionnée à titre d'indemnité ?* », *Gaz. Pal.*, 1971. II. Doctr. 602 ; V. également, REIMS, 25 janv. 1989, *Juris-Data,* n° 044326.

[1723] Ch. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français, t. XIII, Les sûretés personnelles et réelles*, 1948, n° 113.

[1724] , M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.,* n° 329 ; D LEGEAIS, *Droit des sûretés, op. cit.,* n° 310.

[1725] C. CORGAS-BERNARD, « *Recours avant paiement de la caution et action oblique, une combinaison délicate* », *RLDC*, 2006, p. 26.

que peu exercé par les cautions[1726]. La Cour de cassation a fini par se prononcer sur la question relative à la nature du recours avant paiement. La haute juridiction a ainsi considéré dans un arrêt du 21 janvier 2003 que le recours avant paiement de la caution contre le débiteur principal constituait une créance personnelle d'indemnité[1727]. Selon la Cour, *« avant même d'avoir payé la caution, qui dispose contre le débiteur d'une créance personnelle d'indemnité, peut agir contre celui-ci, bien qu'il soit lui-même poursuivi en paiement par le créancier »*. S'attachant à la lettre de l'ancien article 2309 qui emploie explicitement le terme « indemnisé », la Cour de cassation en a déduit que le législateur entendait permettre à la caution d'obtenir un remboursement anticipé et ce, même si le débiteur était poursuivi par le créancier[1728].

935. Loin de convaincre totalement la doctrine, notamment du point de vue de la justification juridique de ce recours préventif, ces solutions jurisprudentielles ont simplement camouflé la fragilité du régime du recours avant paiement. Nous pensons même qu'elles ont précipité sa chute en faisant reposer le fondement de ce recours sur le droit de la responsabilité civile. En effet, il est difficile de justifier une indemnisation pour un préjudice non encore réalisé.

936. En supprimant les articles 2309 et 23016, le législateur fait désormais basculer le recours avant paiement de la caution, dans le droit commun des mesures conservatoires. Ainsi que le fait remarquer un auteur[1729], le projet d'Ordonnance de la réforme prévoyait en lieu et place de l'ancien régime, un article qui précisait explicitement que le droit commun des mesures conservatoires était la voie ouverte à la caution avant de payer le créancier. L'article 2315 du projet d'Ordonnance prévoyait ainsi que *« La caution peut, [...] avant d'avoir payé, pratiquer une mesure conservatoire sur tout bien du débiteur dans les conditions prévues au livre V du code des procédures civiles d'exécution »*[1730]. Même si cette disposition n'a pas été reprise dans la réforme, on

---

[1726] S. CABRILLAC, *« Réforme des sûretés – Les recours de la caution », RD bancaire et fin.*, 2022, dossier 9, n° 2.

[1727] Cass.com. 21 janv. 2003, n° 00-21.654, Publié au bulletin, *Bull. civ*. IV, n°8; *RD. compt*. 2003, p.177, obs. D. HOUTCIEFF; V. *RD. bancaire et fin*.2003, mars-avril 2003, Comm.71, obs.D.L.;

[1728] Cette solution a connu d'autres réaffirmations postérieures: V. par exemple : Cass. 1re civ., 5 juill. 2006, *Bull.civ*. I, n° 355; *D*.2006, Actualité 2310, obs. AVENA-ROBARDET, *RDC* 2006, p.1191, obs.D. HOUTCIEFF; *RLDC*.2006, n°31, p.31, obs. G.MARRAUD DES GROTTES; *RDBF*.2006, n°5, 14, obs.D. LEGEAIS; Cass. 1re civ., 25 mai 2005, *Bull.civ*. I, n°225.

[1729] S. CABRILLAC, *« Réforme des sûretés – Les recours de la caution », op. cit.*, n° 13.

[1730] Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés, ministère de la Justice, déc. 2020.

considère qu'il ne s'agit là que d'une volonté du législateur de ne pas « *alourdir inutilement les textes*[1731] ».Cette position du législateur conforte celle des défenseurs de la nature simplement conservatoire du recours avant paiement[1732]. Régies par les articles L. 511-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution, les mesures conservatoires permettent non pas de procéder à une réalisation sur les biens du débiteur, mais de conserver le gage des créanciers en vue d'une éventuelle exécution ultérieure[1733]. La caution pourrait alors bénéficier de diverses mesures lui permettant de protéger son droit de gage sur le patrimoine du débiteur principal. Il en sera ainsi des saisies conservatoires mais également des sûretés judiciaires. Mais encore faut-il que la position de la caution dans le cadre d'un recours avant paiement permette de remplir les conditions posées par l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Selon le texte, « *Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire*[1734] ». Pour être en mesure de constituer une saisie conservatoire ou une sûreté judiciaire sur un élément du patrimoine du débiteur, la caution doit justifier deux conditions :

937. En premier lieu, une créance fondée en son principe. La principale difficulté à laquelle la caution risque d'être confrontée est le caractère éventuel de sa créance envers le débiteur. En effet, lorsque le débiteur s'acquitte de la dette du créancier, aucune intervention n'est attendue de la caution. Elle n'a, par conséquent, aucun recours contre le débiteur puisqu'elle n'a effectué aucun paiement au créancier. Mais les dispositions de l'article L. 511-1 n'exigent pas, à vrai dire, une fermeté absolue sur l'existence de la créance ; de sorte qu'il suffit que « *la créance paraît fondée en son*

[1731] S. CABRILLAC, « *Réforme des sûretés – Les recours de la caution* », *op. cit., ibis idem.*

[1732] Parmi ces auteurs : V. L.AYNES et P. CROCQ, *op. cit*., n°166 ; Y. PICOD, *op. cit.,* n°95; M. MIGNOT, n°444.

[1733] Pour plus de détails, V. M. DONNIER et J.-B. DONNIER, « *Voies d'exécution et procédures de distribution* », *LexisNexis*, 10e éd., 2020.

[1734] Le champ d'application de ce texte est très large, toutes les créances sont susceptibles d'être concernées. La seule restriction est constituée par le terme « recouvrement » qui concerne uniquement les créances de sommes d'argent, pouvant, seules, faire l'objet d'une mesure conservatoire. Il faut également exclure les rémunérations en raison des dispositions de l'article L. 3252-7 du C. Tr.

principe ». La jurisprudence ayant déjà admis qu'une créance conditionnelle ou éventuelle puisse être fondée en son principe[1735], l'éventualité d'un recours après paiement de la caution contre le débiteur suffit à remplir cette condition.

938. En second lieu, la caution devra justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance. Venant remplacer les anciennes exigences d'urgence et de péril pour le recouvrement de la créance posées par la loi de 1955[1736], cette nouvelle formulation de cette condition illustre une volonté manifeste d'assouplissement du législateur. En effet, sous l'empire de la loi ancienne, la jurisprudence estimait que le créancier devait apporter la preuve de l'insolvabilité imminente de son débiteur. Avec la nouvelle formulation, la mise en évidence des circonstances propres à menacer le recouvrement de la créance suppose toujours que le créancier apporte la preuve de cette insolvabilité imminente mais son appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond[1737].

939. En plus de ces deux conditions, le demandeur doit obtenir une autorisation judiciaire sauf s'il est muni d'un titre exécutoire[1738]. La réunion de ces conditions ouvre la voie à la possibilité pour la caution de constituer soit des saisies conservatoires, soit des sûretés judiciaires[1739] sur certains biens du débiteur. Le nouveau régime du recours avant paiement repose désormais sur le droit commun des mesures conservatoires. À ce titre, il est ouvert non seulement à la caution mais également à tout créancier susceptible de justifier les conditions prévues par l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

940. En dépit de la suppression de l'ancien régime du recours avant paiement, qui de l'avis de certains auteurs, est un gain de sécurité juridique[1740], le législateur a maintenu le recours avant paiement en faveur de la caution dans l'hypothèse particulière de la prorogation du terme. Ce maintien est, à notre sens, discutable.

[1735] V. par exemple CA Paris, 18 janv. 2007, n° 06/04863 : JurisData n° 2007-327949.
[1736] Loi n° 55-1475 du 12 novembre 1955 RELATIVE AUX MESURES CONSERVATOIRES.
[1737] CA Paris, 18 juin 1996, n° 96/2180 : *JurisData* n° 1996-021864 ; CA Paris, 22 janv. 1998, n° 95/08634 : *JurisData* n° 1998-020789.
[1738] Par exemple, lorsque le cautionnement est notarié, la caution est dispensée de l'autorisation préalable.
[1739] L'art. L 111-1 CPC exéc. limite cependant la constitution des sûretés judiciaires à l'hypothèque et au nantissement.
[1740] S. CABRILLAC, « *Réforme des sûretés – Les recours de la caution* », *op. cit.*, n° 19.

b. Le maintien discutable du recours avant paiement lors de la prorogation du terme

941. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 n'a pas mis fin entièrement au régime du recours avant paiement en faveur de la caution. Subsiste, en effet, le recours avant paiement accordé à la caution en cas de prorogation consentie en sa faveur par le créancier. Avant comme après la réforme, cette hypothèse particulière permet à la caution d'exercer contre le débiteur un recours avant paiement. Le nouvel article 2320 s'inscrit dans la continuité de l'ancien article 2309[1741]. Après avoir rappelé que la prorogation du terme ne libère pas la caution, le texte souligne que « *lorsque le terme initial est échu, la caution peut soit payer le créancier et se retourner contre le débiteur, soit, en vertu des dispositions du livre V du code des procédures civiles d'exécution, solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties. Elle est alors présumée justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance, sauf preuve contraire apportée par le débiteur* ». En clair, lorsque le créancier accepte de proroger le terme initial du contrat, la caution a le choix : Il peut payer le créancier à l'échéance du terme initial puis se retourner contre le débiteur principal ; ou alors il peut décider de ne pas payer la dette à l'échéance du terme initial mais plutôt solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire dans les conditions prévues par le droit commun des mesures conservatoires. À ce titre, elle bénéficie d'une faveur dérogatoire puisqu'elle est présumée remplir les conditions du péril dans le recouvrement de sa créance[1742], nous dit le nouveau texte.

942. Il y a lieu ici de s'interroger sur l'opportunité du maintien de cette disposition. Le fondement avancé dans le droit antérieur pour justifier cette faveur vaut également pour la nouvelle disposition car l'essence du texte demeure la même à savoir la volonté du législateur de considérer les principes fondamentaux du droit des contrats comme la force obligatoire ou l'effet relatif[1743]. Le maintien du recours avant paiement dans cette hypothèse particulière ainsi que l'assouplissement des conditions d'exercice des

[1741] Anc. Art. 2316 C. civ. : « *La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement* ».
[1742] Condition que nous avons déjà eu l'occasion d'étudier : V. *supra* n° 827.
[1743] Ph. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires, op. cit.*, n° 497.

mesures conservatoires sont censés permettre le respect de ces principes du droit des contrats.

943. Pourtant, de fortes critiques peuvent être opposées au maintien du texte par la réforme. D'abord, le fondement de la force obligatoire et de l'effet relatif du contrat est difficilement acceptable dans la mesure où, même s'il y a bien une modification du terme du contrat sans que la caution n'ait son mot à dire, le dépassement du terme initial n'est que la concrétisation du risque auquel elle s'est engagée lors de la constitution du cautionnement. Comme le souligne un auteur, « *proroger le terme n'est pas la création d'un risque nouveau*[1744] » pouvant, pour ainsi dire, justifier cette faveur. Ensuite, la faculté pour la caution de payer et de se retourner contre le débiteur soulève encore plus d'interrogations. Cette option conduit à rendre la prorogation, censée bénéficier au débiteur, puérile voire contre-productif. En effet, il se retrouve dans une telle hypothèse à payer la caution alors même que le créancier lui a accordé un délai.

944. Le droit commun des mesures conservatoires aurait sans doute permis à la caution, à notre sens, de suffisamment protéger ses intérêts face aux difficultés financières du débiteur. À défaut, rien ne s'oppose à ce que les parties dérogent à ces principes, voire même renoncent au recours avant paiement tout court.

c. Les facultés d'aménagement du recours avant paiement

945. Le recours avant paiement de la caution contre le débiteur demeure un recours facultatif. Rien ne s'oppose à ce que les parties y apportent des aménagements contractuels.

946. La première manifestation de ces facultés d'aménagement réside sans doute dans la possibilité pour la caution de tout simplement renoncer à son recours avant paiement contre le débiteur. Une telle renonciation ne pose aucune difficulté dans la mesure où les dispositions qui consacrent cette faveur à la caution, qu'il s'agisse du droit commun des mesures conservatoires où du recours avant paiement spécifique à la prorogation du terme, ne s'imposent pas à elle. Autrement dit, la caution est libre

[1744] S. CABRILLAC, « *Réforme des sûretés – Les recours de la caution* », *op. cit.*, n° 21.

de s'en prévaloir ou d'y renoncer sans que cela ne crée d'ailleurs un quelconque déséquilibre puisqu'il disposera toujours d'un recours après paiement. Cette renonciation peut prendre la forme d'une clause explicitement prévue dans le contrat comme elle peut être tacitement exprimée par la caution. Ainsi, les auteurs s'accordent à considérer que la caution pouvant renoncer au recours après paiement, elle doit pouvoir renoncer également au recours avant paiement[1745]

947. À défaut d'y renoncer, les parties sont libres de stipuler des clauses permettant d'encadrer l'exercice du recours avant paiement par la caution. Par exemple, concernant le cas particulier du recours lors de la prorogation du terme, le rapport relatif au projet de réforme du 15 septembre 2021 remis au Président de la République précisait déjà que « *l'article 2320 ne fait pas obstacle à des aménagements contractuels différents ; en particulier, les parties peuvent toujours prévoir que le créancier a l'interdiction d'accorder une prorogation du terme au débiteur principal sans l'accord de la caution* ». Inversement, ces mêmes aménagements doivent pouvoir permettre d'encadrer le recours de la caution en prévoyant par exemple que « le recours avant paiement de la caution ne peut être exercé avant le terme de la nouvelle échéance ».

948. En dépit de la suppression de l'ancien régime du recours avant paiement, les cautions disposent encore du recours spécial de l'article 2320 mais surtout du droit commun des mesures conservatoires. Pour autant, les parties restent libres d'apporter des aménagements à ce recours de telle sorte que la caution peut même renoncer à s'en prévaloir.

949. Ce rapport exclusif aux recours avant paiement en faveur de la caution se poursuit également dans une approche plus large de la notion de recours avec les exceptions dilatoires et spécifiquement lorsque la caution est poursuivie par le créancier.

[1745] Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 615 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *op. cit.,* n° 600.

3. L'extension du droit aux recours avant paiement aux exceptions dilatoires

950. Le droit du cautionnement a hérité du droit romain de nombreux mécanismes protecteurs des intérêts du garant[1746]. Figurent naturellement parmi ces instruments de défense, les bénéfices de discussion et de division. Le premier est la traduction du principe de subsidiarité puisqu'il permet à la caution *« d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal[1747] »*, tandis que le second lui permet, en présence de cofidéjusseurs, d'obtenir la division des poursuites du créancier entre les différentes cautions. Ces moyens de défense permettent à la caution de retarder les poursuites engagées par le créancier contre elle. En cela, ils constituent des exceptions dilatoires comme le précise d'ailleurs l'article 108 du Code de procédure civile rangé dans la section éponyme : *« Le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit soit d'un délai pour faire inventaire et délibérer, soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi »*. Ce bref aperçu des bénéfices de discussion et de division suffit pour comprendre qu'ils n'ont d'intérêts pour la caution que s'ils sont soulevés avant que celui-ci ne procède au paiement réclamé par le créancier. C'est pourquoi, dans une approche extensive, les bénéfices de discussion et de division peuvent rationnellement être classés, nous semble-t-il, parmi les recours avant paiement offerts à la caution. L'analyse de leurs régimes respectifs (**a**) révèlera que les parties restent cependant libres d'y renoncer (**b**).

a. Les bénéfices de discussion et de division comme instruments de défense de la caution

951. Les mécanismes de protection de la caution que sont le bénéfice de discussion et le bénéfice de division n'ont pas fait l'objet de changements majeurs lors de la réforme du 15 septembre 2021. En effet, les modifications portées par le législateur sur le régime de ces deux mécanismes n'ont concerné que la forme, de sorte que leur substance n'a guère changé.

[1746] Sur ces apports du droit romain, V. R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français, Les obligations*, Précis Dalloz, 1976 ; L. GUILLOUARD, *Traité du cautionnement et des transactions*, 1894, Recueils Jean Bodin, Les sûretés personnelles, 3 volumes, éd. Librairie encyclopédique.
[1747] Art. 2305 C. civ.

952. Ainsi, aux termes du premier alinéa de l'article 2305 du Code civil, « *Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal* ». Répondant à la définition même du cautionnement, à savoir un contrat qui engage la caution à payer le créancier seulement « *en cas de défaillance* » du débiteur, le bénéfice de discussion est une manifestation du principe de subsidiarité. Ce principe signifie que la caution n'est tenue à l'égard du créancier qu'en second rang, en cas de défaillance du débiteur principal. Cette subsidiarité ne se manifeste qu'à l'égard du créancier dans la figure du cautionnement simple[1748]. C'est cette seule et même figure qui confère à la caution de faire suspendre provisoirement les poursuites initiées par le créancier, l'invitant ainsi à discuter d'abord les biens du débiteur principal. L'Ordonnance de réforme de 2021 a clarifié le régime du bénéfice de discussion. D'abord, le nouvel article 2305-1 précise que ce moyen de défense doit toujours être soulevé *in limine litis.* Pour le dire plus simplement, le bénéfice de discussion doit être invoqué avant toute défense au fond. Le cas échéant, elle perd le bénéfice de discussion[1749]. Par ailleurs, la caution qui laisse les poursuites du créancier perdurer à son encontre est présumée avoir renoncé au bénéfice[1750]. Ensuite, toujours selon le nouvel article 2305-1, « *La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être saisis, qui ne peuvent être des biens litigieux ou grevés d'une sûreté spéciale au profit d'un tiers* ». Cette condition de fond requiert d'une part que le débiteur principal soit titulaire d'un certain nombre de biens et d'autre part, surtout que la caution les indique au créancier. Ces biens désignés par la caution doivent revêtir certaines qualités, à savoir ne pas être litigieux, être saisissables et libres de toute sûreté constituée au profit d'un tiers. À ces conditions, la jurisprudence a ajouté une dernière condition selon laquelle les biens désignés par la caution doivent couvrir totalement la dette[1751]. Une fois que l'ensemble de ces conditions sont réunies, la caution est mise à

[1748] L. AYNÈS, « *Cautionnement* », Étude 105, n° 105-60, Lamy droit des sûretés ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles, op. cit.,* n° 44 et 45 ; Y PICOD, *op. cit.,* n° 30 et 83 ; A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 50.

[1749] Elle sera, dans une telle hypothèse, déclarée irrecevable : Art. 74, al. 1, CPC : « *Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public.* »

[1750] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 395.

[1751] Cela résulte par exemple d'un arrêt du 17 mars 1969 où la Haute juridiction a refusé le bénéfice de discussion au motif que les immeubles indiqués par la caution ne permettaient qu'un désintéressement partiel : Cass. com., 17 mars 1969, *Bull. civ.* 1969, IV, n° 96, p. 97.

l'abri des poursuites du créancier - du moins momentanément – qui ne pourront reprendre qu'après la vente de biens du débiteur indiqué s'il s'avérait que cela n'a pas suffit à désintéresser totalement le créancier. Mais lorsque le créancier ne respecte pas cet ordre des poursuites alors que toutes les conditions précitées sont remplies, la caution est libéré jusqu'à concurrence des biens indiqués, nous apprend l'alinéa 3 de l'article 2305-1[1752]. L'une des rares innovations de l'Ordonnance de réforme à propos du bénéfice de discussion porte sur la suppression de la condition de situation du bien indiqué dans le ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être effectué[1753] ; condition jugée injustifiée par le législateur[1754]. Jugée également injustifiée, l'Ordonnance de réforme a aussi supprimé la condition relative à la prise en charge des frais de la discussion et de la poursuite du débiteur[1755]. L'abandon de cette dernière condition, assez sévère[1756], est d'autant plus justifié que la caution pouvait se retrouver dans une situation pour le moins absurde où elle aurait à payer bien plus que ce que lui réclamait initialement le créancier en raison des intérêts et des frais engagés[1757].

953. Le bénéfice de division, quant à lui, est régi par les articles 2306 à 2306-2 du Code civil. L'exercice de ce droit suppose l'existence de plusieurs cautions, autrement dit des cofidéjusseurs. Ce moyen de défense permet ainsi à une caution d'obliger le créancier à diviser son action entre les cofidéjusseurs solvables[1758]. Tout comme le bénéfice de discussion, l'exception de division n'est ouverte qu'aux cautions simples car « *ne peuvent se prévaloir du bénéfice de division les cautions solidaires entre elles, ni les cautions qui ont renoncé à ce bénéfice* », nous indique l'alinéa 3 de l'article 2306. Par contre, le régime du bénéfice de discussion est plus souple puisque la caution qui

[1752] Art. 2305-1, al. 3, C. civ. : « *Si le créancier omet de poursuivre le débiteur, il répond à l'égard de la caution de l'insolvabilité de celui-ci à concurrence de la valeur des biens utilement indiqués.* »

[1753] Anc art. 2300, al. 2, C. civ. : « *Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale (la cour d'appel) du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur* ».

[1754] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 395.

[1755] Anc. Art. 2300, al. 1 C. civ. : « *La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion* ».

[1756] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit. ibis idem.*

[1757] P.-Y. ARDOY, *Fiches de droit des sûretés : rappels de cours et exercices corrigés*, Ellipses, 2e éd. 2018, p. 41.

[1758] Art. 2306, al. 2 et 2306-1, al. 2, C. civ.

l'invoque n'est pas tenue d'indiquer de biens des autres cautions. Elle doit simplement veiller à l'invoquer avant toute défense au fond[1759].

954. Au final, les bénéfices de discussion ou de division confèrent à la caution un moyen efficace de minimiser l'exécution de son engagement. En discutant les biens du débiteur principal, elle s'assure du respect du principe de subsidiarité ; et en invoquant la division, elle limite son engagement. La reconnaissance légale du caractère dilatoire de ces exceptions force à les considérer comme des recours avant paiement.

955. Il faut néanmoins reconnaître que la protection que procurent ces exceptions est toute relative. En effet, dans la pratique le rapport de force bien souvent favorable au créancier amène les cautions à stipuler la solidarité ou bien à renoncer purement et simplement, dans le contrat, à ces avantages.

b. La possibilité de renoncer aux bénéfices de discussion et de division

956. Le Code civil prévoit expressément la possibilité pour les parties de renoncer aux bénéfices de discussion et de division. Pour ce faire, les parties ont le choix entre la renonciation ou la stipulation de solidarité. L'article 2305 du Code civil prévoit les deux possibilités en ce qui concerne le bénéfice de discussion. Selon le texte, « *ne peut se prévaloir de ce bénéfice ni la caution tenue solidairement avec le débiteur, ni celle qui a renoncé à ce bénéfice, non plus que la caution judiciaire* ». La caution peut aussi, contre sa volonté, perdre le bénéfice de discussion lorsque, étant poursuivie par le créancier, elle s'abstient d'exercer son recours ou omet de l'opposer avant toute défense au fond. Dans une telle hypothèse, elle est réputée y avoir renoncé. En ce qui concerne le bénéfice de division, jusqu'à la réforme de 2021, les textes n'évoquaient que la renonciation mais étaient silencieux sur la solidarité[1760]. Pourtant, la doctrine a toujours considéré que l'ancien article 1203 du Code civil, qui prive du bénéfice division les codébiteurs, devait s'appliquer[1761]. Désormais, le nouvel article 2306 issu de l'Ordonnance de réforme le précise explicitement. Selon l'alinéa 3 du texte, « *Ne*

[1759] Art. 2306-1 C. civ.

[1760] Anc. Art. 2303, al. 1, C. civ. : « *Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.* »

[1761] V. Ch. BEUDANT, P. VOIRIN, *Cours de droit civil français,* T. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles,* 2e éd., 1948, n° 119 ; Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 527 ; pour une application jurisprudentielle, V. Cass. req. 16 mars 1898, *DP* 1898, 1, p. 301.

peuvent se prévaloir du bénéfice de division les cautions solidaires entre elles, ni les cautions qui ont renoncé à ce bénéfice ».

B. LES RECOURS APRÈS PAIEMENT : UN DROIT EN PRINCIPE OUVERT À L'ENSEMBLE DES GARANTS PERSONNELS

957. Il faut encore le rappeler, la constitution d'une sûreté personnelle est « *profondément anormale*[1762] ».En effet, sa mise en œuvre fait supporter au garant personnel les conséquences de la défaillance du débiteur, libérant ainsi ce dernier de la dette principale. Par contre, le tiers garant, lui, supporte le poids de la dette. La mise en œuvre produit ainsi un déséquilibre entre le patrimoine du débiteur qui s'enrichit grâce au garant, et celui du garant qui s'appauvrit en raison du paiement effectué au créancier. Il est donc tout à fait normal que le garant bénéficie d'un recours après paiement contre le débiteur afin que celui-ci supporte le poids définitif de la dette. La reconnaissance d'un recours après paiement à l'ensemble des garants personnels ne doit donc théoriquement poser aucune difficulté.

958. Mais à y regarder de plus près, on se rend très vite compte que le régime du recours après paiement présente des lacunes importantes, notamment en raison de l'absence de fondements légaux pour ce qui concerne les sûretés personnelles alternatives au cautionnement (**1**). Le travail doctrinal en la matière a, fort heureusement, permis une certaine reconnaissance du principe dans ces sûretés. Cette extension du régime du recours après paiement exclusivement calqué sur les dispositions consacrées par le législateur à propos de la caution, nous laisse penser que, de la même manière, les hypothèses de déchéance et de renonciation doivent être ouvertes à l'ensemble des garants personnels (**2**).

1. Une consécration légale incomplète du régime du recours après paiement

959. Dès lors que la dette est payée, vient ensuite le temps des comptes. En matière de sûretés personnelles, la première préoccupation du tiers garant sera sans aucun

[1762] Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 10.

doute de chercher à se faire rembourser par le débiteur à défaut d'une exécution spontanée de ce dernier. On sait qu'il existe deux types de recours : d'une part, le recours subrogatoire qui opère une « *substitution d'une personne à une autre dans un rapport de droit en vue de permettre à la première d'exercer tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde*[1763] ». D'autre part, le recours personnel, qui est celui en vertu duquel le *solvens* peut obtenir le remboursement des sommes payées ainsi que les dommages et intérêts y afférents[1764].

960. Pourtant, le fondement légal de ces recours ne va pas de soi pour toutes les sûretés personnelles. En réalité, seule la caution bénéficie d'une organisation légale de la protection de ses intérêts après paiement. Or, on ne saurait prétendre que la caution soit plus digne que les autres garants d'un recours après paiement. Il en résulte donc un régime organisé exclusivement autour du cautionnement (**a**). Ce traitement inique du législateur n'est cependant, semble-t-il, qu'une impression, puisque la doctrine majoritaire reconnaît aux autres garants la possibilité d'exercer les recours après paiement ouverts à la caution (**b**).

a. Un régime organisé exclusivement autour du cautionnement

961. Le cautionnement concentre à lui seul le régime légal du recours après paiement. La loi lui reconnaît le droit d'engager une « action récursoire » contre le débiteur principal, libéré de sa dette envers le créancier. Le déséquilibre patrimonial créé par le paiement doit être rétabli au nom du principe de justice corrective. En effet, comme le souligne un auteur, « *la caution n'entend jamais assumer la dette principale mais la garantir*[1765] », de sorte que le remboursement de la dette payée par la caution au créancier est une obligation qui pèse sur le débiteur principal. Ce recours de la caution contre le débiteur peut prendre la forme soit d'un recours personnel, soit d'un recours subrogatoire.

962. S'agissant du recours personnel, il est expressément prévu par l'article 2308 du Code civil. Selon le texte, « La caution qui a payé tout ou partie de la dette a un recours

[1763] V. G. CORNU, *op. cit.,* V° SUBROGATION (personnelle).
[1764] Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 560 et s.
[1765] G. MÉGRET, *Les recours du garant, contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, *op. cit.,* n° 12.

personnel contre le débiteur tant pour les sommes qu'elle a payées que pour les intérêts et les frais. Les intérêts courent de plein droit du jour du paiement. Ne sont restituables que les frais postérieurs à la dénonciation, faite par la caution au débiteur, des poursuites dirigées contre elle. Si la caution a subi un préjudice indépendant du retard dans le paiement des sommes mentionnées à l'alinéa premier, elle peut aussi en obtenir réparation ». En raison de la généralité des termes employés par le texte, il faut considérer que le recours personnel est ouvert à toutes les cautions, qu'il s'agisse d'un professionnel ou d'un particulier, que la caution soit civile ou commerciale etc. Cette protection par le biais du recours personnel déborde le simple remboursement de la dette puisque la caution peut réclamer au débiteur le paiement des intérêts et frais ainsi que les éventuels dommages et intérêts résultant d'un préjudice différent du retard constaté dans le paiement des sommes garanties[1766].

963. S'agissant du recours subrogatoire, il est prévu par l'article 2309 du Code civil. Le texte prévoit que « *La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur* ». Il est constant de considérer que ce droit soit ouvert également au codébiteur solidaire ou *in solidum solvens* à l'égard des autres codébiteurs[1767]. En effet, cette extension s'explique par le fait qu'on considérait que le recours subrogatoire reconnu au codébiteur solidaire ainsi qu'à la caution n'est qu'une application particulière du principe général posé par l'ancien 1251-3° du Code civil qui disposait : « *La subrogation a lieu de plein droit […] au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* ». Avant la réforme du 10 février 2016, le Code civil énumérait les cas de subrogation légale, parmi lesquels on pouvait retrouver le texte précité. En dépit de la suppression de cette liste, les auteurs considèrent que c'est à partir de ce texte que l'Ordonnance de 2016 a construit la définition de la subrogation légale du nouvel article 1346.

964. Cela étant, la matière du cautionnement est largement appréhendée par le législateur de telle sorte que les cautions puissent se passer du droit commun des

---

[1766] V. Par exemple, Cass. 1re civ., 22 mai 2002, *Bull. civ.* I, n° 138 ; *D.* 2002, p. 1899 ; *JCP.* 2003. I. 124, n° 9, obs. Ph. SIMLER.

[1767] V. Par exemple, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n° 1259 ; B. FAGES, *op. cit.*, n° 486 ; J. FLOUR, J.- L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 325 ; De même que dans la jurisprudence : Cass. 1re civ., 1re juill. 2010, n° 09-12849.

contrats. D'ailleurs le cas des codébiteurs solidaires est régi par l'article 2310 qui rappelle que « *Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution dispose contre chacun d'eux des recours prévus aux articles précédents* ». De même, le Code ne manque pas d'envisager les hypothèses de perte du recours après paiement en raison d'une faute commise par la caution[1768].

965. Face à l'indifférence du législateur pour les sûretés personnelles alternatives au cautionnement, la doctrine majoritaire considère que les dispositions régissant le recours après paiement pour le seul cautionnement doivent également pouvoir être appliquées aux autres sûretés. Ainsi, tous les garants personnels doivent pouvoir exercer un recours personnel ou subrogatoire dès lors qu'ils ont payé la dette du débiteur principal.

b. La reconnaissance doctrinale des recours subrogatoire et personnel dans les sûretés de substitution

966. Bien qu'ayant une finalité commune[1769], les recours subrogatoire et personnel sont distincts car ils ne confèrent pas les mêmes avantages. Le travail doctrinal en la matière a permis de reconnaître l'exercice des recours subrogatoire (**α**) et personnel (**β**) à l'ensemble des garants personnels.

α. L'extension du recours subrogatoire à l'ensemble des garants personnels

967. Le fondement du recours subrogatoire ne va pas de soi pour toutes les sûretés personnelles. En effet, comme nous le savons désormais, si un tel recours est expressément prévu par l'article 2309 du Code civil concernant le cautionnement et s'il en est de même en ce qui concerne du codébiteur solidaire[1770], la doctrine s'est longuement penchée sur la question de la possibilité de ce recours pour les autres garanties. S'appuyant notamment sur la jurisprudence de la Cour de cassation ainsi que sur certaines lois spéciales, elle a conclu à l'extension du recours subrogatoire à

[1768] Art. 2311 C. civ. : « *La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier* ».

[1769] À savoir rétablir l'ordre des choses. Comme le souligne G. MÉGRET, « *le recours assure à chacun le sien, il maintient l'ordre des choses au nom de la justice commutative. C'est la condition objective du recours* » : G. MÉGRET, *op. cit.*, n° 12.

[1770] Art. 2310 C. civ.

l'ensemble des garants personnels. La justification d'une telle extension aux sûretés de substitution nécessite une analyse attentive des différentes sûretés personnelles en considération des caractéristiques qui leur sont propres.

968. L'une des raisons qui fonde ce doute résidait dans le fait que le garant autonome, le délégué ou encore le confortant soient obligés à une prestation différente de celle du débiteur principal, ce qui signifie qu'ils ont contracté une dette nouvelle. Avant l'entrée en vigueur de la réforme du 10 février 2016, le recours subrogatoire n'était admis par le droit commun qu'au profit de celui « *qui, étant tenu […] pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter*[1771] ». Ce texte subordonnait ainsi le recours subrogatoire au paiement de la dette d'autrui, l'excluant donc dans les sûretés de substitution[1772]. La position de la jurisprudence était, quant à elle, incertaine. En effet, tantôt certaines décisions optaient pour une lecture extensive de l'article 1251, 3° en admettant l'ouverture du recours subrogatoire à toute personne qui, tenue d'une dette, même personnelle, libère par son paiement, celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette[1773] ; tantôt la jurisprudence fermait ce recours en matière de garanties professionnelles comme on le sait, qualifiées par la Cour de cassation comme des garanties autonomes[1774] et ce, en se fondant sur le caractère personnel de la dette du garant personnel[1775].

969. En réalité, l'extension du recours subrogatoire à l'ensemble des garants personnels s'est faite progressivement. L'Ordonnance de réforme du 23 mars 2006 consacrant la garantie autonome et la lettre d'intention dans la catégorie des sûretés personnelles doit être perçue comme la première manifestation de la reconnaissance du droit à un recours après paiement pour ces mécanismes. En effet, cette qualification est traditionnellement conférée aux mécanismes qui adjoignent un droit de créance au

---

[1771] Anc. art. 1251, 3° précité.

[1772] Comme les soulignaient les auteurs M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *op. cit.*, n° 555, à propos de la garantie autonome, *« la logique de l'indépendance entre le contrat de base et la garantie autonome conduirait […] à écarter le recours subrogatoire ; mais la logique de la garantie l'impose, dans la mesure où cela ne gêne pas le créancier. Cette seconde logique est plus forte ici car il s'agit d'organiser le régime des relations entre le garant et le donneur d'ordre […] ».*

[1773] V. par exemple, Cass. com. 9 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 146 ; *RTD civ.* 1990, p. 662, obs. J. MESTRE.

[1774] Cass. Ass. plén., 4 juin 1999, n° 96-18.094 ; *JCP* E 1999, 1026, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

[1775] Par exemple, V. Cass. 3e civ., 1er mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 50 ; Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, *Bull. civ.* III, n° 188 ; ou encore, Cass. 3e civ., 3 déc. 2008, *Bull. civ.* III, n° 192.

profit du créancier et ouvrent au garant un recours en contribution[1776]. Ensuite, on peut évoquer la loi du 1er juillet 2010[1777] qui a reconnu dans le Code monétaire et financier[1778] et dans le Code des assurances[1779], un recours personnel et subrogatoire au bénéfice de certains créanciers. Enfin, le pas décisif de cette évolution a été franchi par l'Ordonnance du 10 février 2016 reformant de droit des obligations qui a retenu une conception large du recours subrogatoire en l'ouvrant à toute personne qui, « *y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette*[1780] ». Il est désormais acquis que tout paiement libératoire permet l'exercice d'un recours subrogatoire. Étant donné que la mise en œuvre d'une sûreté personnelle donne satisfaction au créancier, déchargeant subséquemment le débiteur à hauteur du montant payé par le garant, un recours subrogatoire devrait donc être reconnu au profit de ce dernier.

970. Confrontée à la question, la jurisprudence a consacré l'existence du recours subrogatoire au bénéfice de la caution[1781]. Mettant de côté certaines décisions contradictoires, l'extension doit être fondée, nous semble-t-il, sur une décision dans laquelle la Cour de cassation l'a réaffirmé de manière plus claire. En effet, dans un arrêt de la première chambre civile en date du 25 novembre 2009, la Cour de cassation a estimé que « *l'article 1251, 3° est également applicable dans le cas d'obligations dont la cause est distincte* ». Cette solution permet d'ouvrir le recours subrogatoire à l'ensemble des garants personnels, et surtout à ceux ayant constitué une sûreté indépendante.

971. L'extension du recours subrogatoire a des vertus indéniables pour les garants. L'article 2309 dépasse le seul cas du cautionnement. Comme le souligne certains

---

1776 M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *op. cit.*, n° 24-25.

1777 L. n° 2010-737 du 1er juillet 2010portant réforme du crédit à la consommation.

1778 Art. L. 313-22-1 C. mon et fin : « *Les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue à l'article 1346 du code civil.* »

1779 Art. L. 433-1 C. assur. : « *Les entreprises d'assurance habilitées à pratiquer les opérations de caution ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue à l'article 1346 du code civil.* »

1780 Art. 1346 C. civ.

1781 Cass. com. 12 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 67 ; *JCP éd. G* 2009, 135, note Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 2009, p. 554, obs. P. CROCQ ; *Gaz. Pal.* 16 juill. 2009, n° 197, p. 7, note S. PIEDELIÈVRE.

auteurs, « *la lettre du texte du texte ne l'ouvre qu'à la caution ; son esprit l'étend à toute sûreté personnelle*[1782] ». Cependant, il n'offre pas les mêmes avantages que le recours personnel dont il convient également d'étudier l'extension.

β. L'extension du recours personnel à l'ensemble des garants personnels

972. Le recours personnel est expressément prévu par l'article 2308 du Code civil. Les auteurs s'accordent à dire, de façon unanime, qu'il bénéficie également au codébiteur solidaire[1783], au garant autonome[1784] ainsi qu'au confortant[1785].
Selon l'analyse classique, le fondement du recours personnel réside dans les rapports qu'entretiennent le garant et le débiteur[1786]. Ainsi, le fondement du recours personnel résiderait soit dans la figure du contrat de mandat sans représentation[1787] conclu entre le garant et le débiteur, soit dans la gestion d'affaire[1788], qui est le pendant quasi-contractuel du mandat, si la sûreté a été donnée à l'insu du débiteur. Nous pensons plutôt, à l'instar de certains auteurs[1789], que la raison principale qui justifie le recours personnel est le principe d'équité.

973. Finalement, si l'on devait justifier l'existence du recours après paiement seulement sur les fondements textuels consacrés dans le Code civil, seul la caution en aurait le privilège. Même si la réforme du droit des contrats de 2016 a, à la faveur d'une définition beaucoup plus large de la subrogation, ouvert cette voie aux autres garants, c'est bien le travail doctrinal qui permet aujourd'hui de les intégrer à ce régime consacré par le législateur uniquement pour la caution. La faculté pour le garant

---

[1782] Chr. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 558.
[1783] J. FLOUR, J.- L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, op. cit.,* n° 325 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 1259 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 1365.
[1784] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 915 ; Y. PICOD, *op. cit.,* n° 150 ; Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 983 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 345.
[1785] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 815 et s. ; Y. PICOD, *op. cit.,* n° 156 ; Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 1017.
[1786] J. FRANÇOIS, *op.cit.,* n° 30.
[1787] J. FRANÇOIS, *op.cit. ibis idem.*
[1788] J. FRANÇOIS, *op.cit. ibis idem.*
[1789] A-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEF, *op. cit.* n° 832 : « *Somme toute, seule demeure l'idée qu'il ne serait pas conforme à l'équité, pas plus qu'à l'économie de la sûreté, que le débiteur laisse peser sur la caution la charge définitive de la dette. Il est dès lors tentant de voir dans le recours personnel une manifestation du principe général, qui domine les quasi-contrats, et selon lequel tout enrichissement injuste appelle un recours* ».

personnel d'exercer un double recours, personnel et subrogatoire, semble désormais faire partie du droit commun des sûretés personnelles.

2. Les hypothèses de déchéance et de renonciation aux recours après paiement

974. Si l'on admet que toutes les sûretés personnelles offrent au garant un recours subrogatoire, il faut alors nécessairement s'interroger sur les conséquences de cette reconnaissance. Cela nous amènera à considérer deux situations qui méritent une attention particulière : la généralisation des hypothèses de déchéances prévue à l'article 2311 du Code civil (**a**) ainsi que la perte du bénéfice de subrogation par la faute du créancier (**b**).

a. La généralisation nécessaire des hypothèses de déchéances de l'article 2311

975. Aux termes de l'article 2311 du Code civil, « *La caution n'a pas de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si celui-ci l'a acquittée ultérieurement ou disposait, au moment du paiement, des moyens de la faire déclarer éteinte. Toutefois, elle peut agir en restitution contre le créancier* ». Pour le dire autrement, le texte prévoit deux hypothèses de fins de non-recevoir à la caution. D'une part, elle est privée de recours si elle paie le créancier sans avoir, au préalable, averti le débiteur qui a ultérieurement acquitté la dette, donc pour la seconde fois. Le législateur entend, ici, sanctionner la négligence, sinon l'excès de zèle, de la caution. D'autre part, elle perd ses recours dans les mêmes conditions si le débiteur principal disposait des moyens suffisants pour éteindre elle-même sa dette. Dans les deux cas, la caution pourra cependant toujours entreprendre une action en répétition de l'indu contre le créancier. Intéressons-nous à présent à la possibilité de généraliser ces hypothèses de déchéance aux autres garants.

976. La première remarque qu'il convient de formuler à propos du texte est que la déchéance, ici, concerne aussi bien le recours subrogatoire que le recours personnel. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au texte précédent, l'article 2310 relatif à la situation des codébiteurs solidaires, qui renvoie explicitement aux recours subrogatoire et personnel[1790]. Sont bien visés par l'article 2311 du Code civil tant le

[1790] Art. 2310 C. civ. : « *Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution dispose contre chacun d'eux des recours prévus aux articles précédents.* »

recours subrogatoire que le recours personnel[1791]. S'il faut envisager une généralisation de la déchéance, elle doit donc concerner les deux recours.

977. Ensuite, vient la question du fondement de ces deux hypothèses de déchéance. Ces solutions sont-elles justifiées par une caractéristique propre au cautionnement de sorte qu'une généralisation serait inenvisageable ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'identifier d'abord le but recherché par le législateur en consacrant ce texte. En clair, il faut identifier l'intérêt à protéger à travers cette disposition. Or, cet intérêt n'est autre que celui du débiteur principal. En imposant aux cautions l'obligation d'informer le débiteur avant d'effectuer le paiement, le législateur entend mettre en garde les cautions, la plupart du temps professionnelles, qui souvent s'empressent de payer le créancier sans opposer la moindre résistance. Or, le montant réclamé par le créancier peut être en deçà du montant de la dette. Un paiement précipité fermerait ainsi au débiteur le moyen de contester ce montant mais l'obligerait pourtant à rembourser la somme payée par la caution. En l'absence d'information de la caution avant paiement, la déchéance viendrait donc apporter cet équilibre aux rapports entre la caution et le débiteur.

978. Revenons à présent à notre question initiale. Faut-il considérer que cette déchéance est liée au caractère accessoire du cautionnement, excluant ainsi les sûretés de substitution ? Le moins que l'on puisse dire est que la sanction se justifie rien qu'au regard de l'objet même du cautionnement. En effet, les deux cas envisagés par l'article 2311 supposent en réalité une absence de défaillance du débiteur. Or, l'intervention de la caution est justement fonction de cette défaillance. C'est parce que le créancier a indument reçu un second paiement provenant du débiteur, pour la même dette, déjà payée par la caution, que cette dernière perd ses recours contre le débiteur. Elle en est également privée parce que le débiteur avait les moyens de s'acquitter lui-même de sa dette. Le lien avec le caractère accessoire n'est dès lors pas déterminant ici.

979. Ainsi, nous estimons qu'il n'y a pas véritablement d'obstacle insurmontable à une extension de la déchéance de l'article 2311 aux autres sûretés personnelles comme la garantie autonome ou la lettre d'intention ; d'autant plus qu'une telle mesure ne porterait en rien atteinte aux intérêts du créancier. Même si certains auteurs

[1791] V. par exemple, P.-Y. ARDOY, *op. cit.*, p. 101.

considèrent que les solutions prévues à l'article 2311 résultent des conséquences du caractère accessoire[1792], d'autres, en revanche, sont moins catégoriques, et soutiennent même une extension de la mesure aux autres garants personnels[1793].

980. Les conséquences de la reconnaissance des recours après paiement à l'ensemble des sûretés personnelles ne concernent pas seulement le cas de l'article 2311. Il faut également s'interroger à propos de l'article 2314 du Code civil.

b. La généralisation concevable de la perte du bénéfice de subrogation de l'article 2314

981. À l'instar des deux cas de déchéance prévus à l'article 2311 du Code civil, si l'on admet que toutes les sûretés personnelles offrent au garant un recours subrogatoire et personnel, il nous faut alors s'interroger également sur l'extension de l'article 2314 du Code civil. Selon ce texte, *« Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit. Toute clause contraire est réputée non écrite. La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté ».* En clair, cet article impose au créancier l'obligation de protéger le recours subrogatoire de la caution. Est-il alors envisageable de l'élargir aux autres sûretés ?

982. De l'avis de la doctrine majoritaire, ce texte n'est pas lié au caractère accessoire du cautionnement[1794]. Rappelons-nous d'ailleurs ce que les auteurs M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL disaient de l'article 2309 à propos du recours subrogatoire : « *la lettre du texte du texte ne l'ouvre qu'à la caution ; son esprit l'étend à toute sûreté personnelle*[1795] ». Cela signifie donc que l'extension de la perte du bénéfice de subrogation n'est pas susceptible de heurter le principe d'autonomie des sûretés indépendantes. Tous les garants personnels devraient ainsi théoriquement en bénéficier. Pourtant, dans la pratique, la jurisprudence refuse d'admettre une telle extension[1796] pour le garant autonome. Cette position de la jurisprudence est pour le moins incohérente puisque d'une part, elle reconnaît l'existence du recours

[1792] Y. BLANDIN, *op. cit.,* p. 39, V° art. 2311.
[1793] M. BOURASSIN, thèse préc. op. cit., n° 909 et 959.
[1794] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,* n° 532.
[1795] Chr. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 558.
[1796] CA NANCY, 22 sept. 1997 ; *RTD com.* 1998, p. 655, obs. M. CABRILLAC.

subrogatoire au profit du garant autonome[1797], mais d'autre part, elle refuse d'étendre l'application de l'article 2314 au-delà du cautionnement. Selon les auteurs M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, l'argument fondant ce refus tient au caractère exceptionnel de la disposition, qui ne peut, à défaut de disposition analogue, être transposée au-delà de son domaine d'origine[1798]. Nous pensons que ce refus n'est guidé que par une question d'opportunité. Le principe de la disposition de l'article 2314 ne s'oppose en rien à une extension. Seule son application jurisprudentielle semble s'y opposer. Ainsi, une évolution de la jurisprudence en ce sens n'est pas à exclure puisque la solution ne présenterait aucun risque, à notre sens.

983. La généralisation du recours après paiement à l'ensemble des sûretés personnelles présentent d'autres conséquences, cette fois-ci, inhérentes à tout droit conféré par la loi : celle d'y renoncer. En réalité, l'entreprise conduit, de manière général, à s'interroger sur les possibilités d'aménagement des recours après paiement.

3. Les possibilités d'aménagement des recours après paiement

984. Puisqu'il est acquis que tout garant personnel dispose d'un recours après paiement, il faudra désormais lui reconnaître la faculté d'y renoncer (**a**). Par ailleurs, s'il décide de s'en prévaloir, rien ne l'interdit de cumuler les deux recours, subrogatoire et personnel (**b**).

a. La faculté de renoncer aux recours après paiement

985. À l'instar du recours avant paiement, le garant n'est pas tenu de se prévaloir de son droit de recours après paiement. Qu'il s'agisse du recours subrogatoire ou du recours personnel le garant est libre de ne pas les exercer[1799].

986. Cette renonciation ne requiert aucune forme particulière. En effet, elle peut intervenir de manière expresse[1800], donc à l'avance, comme elle peut intervenir

---

[1797] Par exemple, Cass. 9 déc. 2008, n° 07-19708, *JCP éd. G* 2009, I, 136, n° 11, obs. M. CABRILLAC.
[1798] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 532.
[1799] V. M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 314 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 154.
[1800] Selon les auteurs L. AYNÈS et P. CROCQ, cette hypothèse est rare en pratique : L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit., ibis idem.*

implicitement, soit *a postériori*. Il va sans dire que la renonciation aux recours après paiement conduit à consentir au profit du débiteur principal une donation indirecte[1801], avec néanmoins cette difficulté qu'une intention libérale doit être démontrée par celui qui s'en prévaut. À cet effet, les règles du droit des sûretés laissent place à celle de fond des donations.

987. Dans la pratique, un écrit sera judicieux sur le plan probatoire puisque la jurisprudence considère que cette renonciation « *ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer*[1802] ». Il faut noter que cette renonciation peut figurer soit dans l'acte de cautionnement, soit dans un acte spécial conclue entre les parties, peu important le moment de la renonciation[1803].

988. Ainsi, dans la figure traditionnelle du cautionnement, la caution est libre de renoncer aux recours de l'article 2308 et 2309 du Code civil. De même, les dispositions de l'article 2310 ne sont pas d'ordre public. Une caution qui paie le créancier peut donc très bien renoncer à son recours contre les autres cofidéjusseurs. Rien ne s'oppose non plus à ce que le garant autonome renonce à son recours contre le donneur d'ordre.

989. Cette faculté de renonciation concerne indistinctement tous les garants et résulte, somme toute, de la manifestation de leur liberté contractuelle. Cette liberté s'étend également à la faculté de cumuler les recours.

b. La faculté de cumuler les recours après paiement

990. Après la reconnaissance, vient le temps de la mise en œuvre. La dualité de recours après paiement pour l'ensemble des sûretés personnelles désormais acquise, naturellement les modalités de sa mise en œuvre interrogent. Nous savons déjà que les recours subrogatoire et personnel n'offrent pas les mêmes avantages au garant. L'opportunité d'exercer l'un ou l'autre des deux recours pourrait ainsi le placer face à un dilemme qui a son importance d'un point de vue pratique. En réalité, s'il est déjà avantageux d'avoir l'embarras du choix, le garant peut espérer mieux en cumulant les deux recours.

[1801] Cass. Req., 29 déc. 1858, *D.* 59. 1. 209 ; 7 janv. 1913, *DP* 1913. 1. 203 ; Pour plus de détails, V. F.-X. TESTU, « *Le cautionnement-libéralité* », *JCP G*, 89.I.3377.

[1802] V. Cass. com., 18 janv. 2005, n° 03-12.897.

[1803] V. Cass. 1re civ., 7 nov. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 400.

991. En réalité la possibilité de cumuler les deux recours n'a jamais fait débat, tant au sein de la doctrine que dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, la Haute juridiction s'est prononcée relativement tôt sur la question en jugeant ainsi que la caution pouvait très bien saisir le tribunal sur le fondement du recours subrogatoire (article 2309) et sur celui du recours personnel (article 2308)[1804]. Plus concrètement, ce recours lui permet de pleinement tirer profit des avantages des deux recours. Cette solution est unanimement partagée par la doctrine. Dans la mesure où les deux recours n'ont pas le même fondement, ils doivent pouvoir être cumulés sans difficulté[1805]. Raisonnant à propos du cautionnement, G. MÉGRET considère que « *cette finalité commune du recours personnel et du recours subrogatoire de la caution, tous deux assis sur la satisfaction du créancier, justifie pleinement que la caution puisse, lors de son action contre le débiteur garanti, cumuler les deux fondements*[1806] ».

992. Le régime des recours en droit des sûretés, tel qu'il se présente aujourd'hui, est parsemé de lacunes et d'incohérences. Il affiche un besoin manifeste d'unification nécessaire à la sécurité juridique. Il est vrai que, s'agissant du recours avant paiement, la suppression de l'ancien article 2309 au profit du droit commun des mesures conservatoires a constitué une avancée remarquable. Cependant, celle-ci demeure encore insuffisante puisque le nouveau dispositif ne vise que le cautionnement. En ce qui concerne les recours après paiement, leur régime n'a rien à envier à ceux précités. En effet, l'extension des fondements légaux consacrés exclusivement au créancier n'a été rendue possible que grâce au travail doctrinal et jurisprudentiel. La reconnaissance d'un fondement unique des recours après paiement en matière de sûretés personnelles serait le signe d'un progrès considérable. Cela justifierait notamment la possibilité du cumul des deux recours ou encore la généralisation de la perte du bénéfice de subrogation.

[1804] Cass. com., 30 nov. 1948, *Bull. civ*. 1948, II, n°264 ; plus récemment, Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-19.708 ; *JCP G* 2009, I, 136, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; *RTD civ*. 2009, p. 553, obs. P. CROCQ.
[1805] P. CROCQ, note sous Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-19.708.
[1806] G. MÉGRET, *thèse préc., op. cit.,* n° 47.

§2. L'AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DE LA RÉALISATION

993. La réalisation correspond au moment durant lequel la sûreté sort de sa phase de latence[1807] ; cette période de sommeil où le rôle des parties est principalement cantonné à la conservation des effets du mécanisme tel que constitué au jour de la conclusion du contrat. L'ouverture de la phase de réalisation marque le réveil du mécanisme de garantie afin que son titulaire en bénéficie des avantages. Elle marque dans le même temps la défaillance du débiteur, laissant alors sa dette impayée.

994. Ainsi, cette dette impayée, traduction de la défaillance du débiteur, est la condition préalable au déclenchement de la réalisation d'une sûreté, c'est-à-dire à sa mise en œuvre. Pour ce faire, le créancier doit s'allier des services du droit de l'exécution forcée. Bras armé des créanciers, qu'ils soient titulaires d'une sûreté ou qu'ils soient simplement chirographaires, le droit de l'exécution forcée assure la mise en œuvre de leurs droits[1808], d'autant plus qu'il est d'ordre public[1809].

Ce premier aperçu du domaine de la réalisation des sûretés nous renvoie donc à l'étude des procédures civiles d'exécution. Sous ce prisme, la réalisation en matière de sûretés personnelles prend tout son sens. En effet, le créancier, qui ici est chirographaire, dispose d'un second droit de gage général, qui lui permet d'agir sur le patrimoine du garant à l'aide des règles du droit des procédures civiles d'exécution. Considérant que cette réalisation ne variera qu'en ce qui concerne la personne saisie, l'étude de la réalisation dans la catégorie des sûretés personnelles ne présente que peu d'intérêt. Par contre, il en est autrement en ce qui concerne la réalisation des sûretés réelles où le créancier bénéficiaire dispose d'un réel pouvoir dans la défense de ses intérêts.

Il faut dès lors comprendre que le créancier joue un rôle prépondérant dans la réalisation de sa sûreté et cela est encore plus vrai lorsque l'on s'attarde sur les objectifs des récentes réformes en droit des sûretés. En effet, depuis la réforme du 23 mars

---

[1807] Phase que nous avons identifié comme étant celle postérieure à la constitution et antérieure à la réalisation, V. *supra* n° 497 et s.

[1808] Ch. GISBERS, *thèse préc., op. cit.*, n° 206, p.194 ; M. BRANDAC, « *Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés* », *RTD civ.* 1993, n° spécial hors-série, p. 49, *in La réforme des procédures civiles d'exécution,* n° 2.

[1809] Puisque ce n'est que « *dans les conditions prévues par la loi* » que le créancier peut contraindre son débiteur défaillant : art. L. 111-1 CPC exéc.

2006[1810], le rôle du créancier a connu un essor dans la phase de réalisation des sûretés[1811]. Il faut dire que la reconnaissance de la fiducie-sûreté a contribué à la diversification des modes de réalisation à sa disposition. Dans le prolongement de cette tendance, l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a consacré deux nouvelles figures de propriétés-sûretés : la cession de créance à titre de garantie et la cession de somme d'argent à titre de garantie. Le créancier joue un rôle autant actif dans le choix de la sûreté lors de la constitution que dans sa réalisation lors de l'extinction. Désormais, à côté des procédures civiles d'exécution, le créancier dispose de modes de réalisation spécifiques aux sûretés réelles qui lui octroient des possibilités d'attribution du bien grevé par voie judiciaire ou conventionnelle : hypothèque, gage, nantissement et gage immobilier.

995. Cette généralisation du recours à l'appropriation du bien grevé à titre de réalisation précédée des nombreuses options visant à simplifier la mise en œuvre des sûretés réelles traduit une volonté d'assouplissement de la matière par le législateur. Il en résulte un régime de la réalisation perméable aux aménagements conventionnels (**A**) et un infléchissement des règles interdisant l'aménagement conventionnel de la réalisation (**B**).

A. LES RÈGLES AUTORISANT L'AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DE LA RÉALISATION

996. Le créancier dispose de nombreuses options lors de la réalisation des sûretés réelles à commencer par celle de renoncer à la réalisation (**1**). En présence de sûretés multiples, il peut choisir le bien ou la sûreté qu'il souhaite réaliser (**2**). Enfin, il dispose également de plusieurs options dans le mode de réalisation de sa sûreté (**3**).

[1810] On sait désormais que cette réforme fut finalement concentrée essentiellement sur les sûretés réelles.
[1811] Avant la réforme de 2006, ce rôle était principalement cantonner au choix entre réaliser ou non sa sûreté.

1. La faculté de renoncer à la réalisation

997. La toute première manifestation de la liberté contractuelle dans l'aménagement de la réalisation résulte de la faculté du créancier à renoncer à réaliser sa sûreté. Même s'il peut paraître saugrenue de voir le créancier adopter une telle posture, cette faculté est une partie intégrante de la liberté d'option du créancier. En théorie, rien ne s'y oppose.

998. Sa justification résulte de l'aliéna 1er de l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Selon le texte : « *Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* ». Cette disposition a une portée générale, de sorte qu'il s'applique aussi bien au créancier chirographaire qu'à celui muni d'une sûreté réelle. L'existence de la faculté de renonciation résulte, à notre sens, du choix sémantique du législateur qui emploie ici un verbe (pouvoir) exprimant la possibilité[1812]. Cela traduit dès lors une alternative, en l'occurrence entre celle de contraindre ou non le débiteur défaillant[1813]. Ainsi que le souligne un auteur[1814], « *les textes relatifs aux sûretés réelles font état d'une véritable option, notamment par l'emploi récurrent du verbe " pouvoir " associé à la conjonction de coordination " ou ", ou aux termes de " faculté " ou " d'option "* ».

[1812] À titre d'exemple, l'article 2450 C. civ. relatif à l'hypothèque dispose : « *Le créancier hypothécaire impayé **peut** poursuivre la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger.*
Sur le prix de vente, il est payé par préférence aux créanciers chirographaires. S'il est en concours avec d'autres créanciers hypothécaires, il est payé au rang que lui assignent les articles 2418 à 2420. » ; L'article 2346 C. civ. prévoit à propos du gage : « *A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier **peut** poursuivre la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger.*
*Lorsque le gage est constitué en garantie d'une dette professionnelle, le créancier **peut** faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage.* »

[1813] A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1re éd. 2009, n° 91 ; S. PIEDELIÈVRE, *Droit de l'exécution*, *Puf Thémis*, 2009, p. 33.

[1814] M. DOLS-MAGNEVILLE, « *La réalisation des sûretés réelles* » thèse, Toulouse, dir. F. MACORG-VENIER, 2013, n° 21.

Au sein de la jurisprudence, le constat est le même : le créancier n'est pas tenu de réaliser la sûreté réelle dont il est bénéficiaire[1815]. La confrontation de cette réalité théorique à la pratique ne souffre pas non plus de contestations insurmontables.

999. Lorsque l'on s'intéresse aux conditions d'une telle renonciation, il faut observer qu'elle s'apparente à la faculté de renonciation de la caution à ses recours contre le débiteur principal[1816] à la différence près qu'une libéralité du créancier en faveur de son débiteur se conçoit difficilement. Sans remettre en question cette réalité, la renonciation peut se concevoir dans certains cas précis. D'abord, on peut tout à fait imaginer que les parties puissent prévoir dans le contrat des clauses de remise ou de grâce applicables à la discrétion du créancier, pouvant dès lors conduire à la renonciation du droit de réaliser la sûreté constituée. Ensuite, pour des raisons purement personnelles le créancier peut décider de proroger le terme quand bien même les contraintes légales de l'article L. 111-2 CPC exéc.[1817] seraient remplies. Une telle décision peut se justifier notamment lorsque le créancier prend conscience que la réalisation ne lui permettra ni de recouvrer sa créance, ni de couvrir les frais engendrés. Le créancier peut également renoncer à la réalisation parce que tout simplement le recouvrement de la créance était assuré. Enfin, sans préjudice des dispositions d'ordre public, les parties sont libres d'organiser contractuellement le moment du déclenchement de l'action en conditionnant cette dernière à la réalisation de certains évènements. Il faut également ajouter que le créancier peut aussi renoncer librement à la réalisation de sa sûreté réelle dès lors que, disposant également d'une sûreté personnelle pour la même dette, le garant s'exécute en payant la dette du débiteur principal.

1000. Pour ce qui concerne les effets de la renonciation, la première conséquence est la libération définitive du débiteur principal. Bien entendu, la renonciation ne sera utile au débiteur que si elle est écrite de telle sorte qu'elle puisse être opposée au

---

[1815] Pour un exemple concernant le gage : Com. 10 oct. 2000, n° 97-12.910, *Bull. civ.* IV, n° 151 : « *le créancier gagiste n'est pas tenu de demander la réalisation de son gage à l'échéance.* », *JCP* 2001. I. 315, n° 18, obs. Ph. DELEBECQUE, *RDBF* 2000, n° 6, p. 354, obs. D. LEGEAIS.

[1816] V. *supra* n° 918 et s.

[1817] Art. L. 111-2 CPC exéc. : « *Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution.* »

créancier. La renonciation du créancier à la réalisation de sa sûreté lui fait également perdre son rang et profite aux créanciers concurrents s'il en existe.

Ainsi, le « droit d'agir[1818] » que la constitution d'une sûreté confère à son titulaire doit également être compris comme un droit de ne pas agir. La liberté contractuelle dans la réalisation se manifeste également lorsque que le créancier a pris le soin d'obtenir de son débiteur plusieurs sûretés. Dans une telle hypothèse, la loi lui permet, à travers sa liberté d'option, de choisir la sûreté à réaliser selon ses intérêts.

2. La liberté de choisir la sûreté à réaliser

1001. Lorsque le créancier dispose d'une pluralité de sûretés, il peut être tenté de poursuivre le débiteur au titre d'une sûreté plutôt que d'une autre. Cette possibilité est admise par le droit français et fait partie intégrante du principe plus large de la liberté du créancier dans la poursuite du débiteur (**a**). Pour autant, si ce droit ne peut être contesté, il ne doit pas non plus être entièrement abandonné au créancier. Le droit des procédures civiles d'exécution prévoit des limites à la liberté de choix du créancier (**b**) dont l'application doit être vérifiée en droit des sûretés

a. Le principe de liberté de choix du créancier

1002. Nous savons déjà que l'inquiétude rationnelle du créancier sur la solvabilité du débiteur peut le conduire à demander une pluralité de garanties, ce qui a pour conséquence de produire l'effet d'un cumul[1819]. Ce cumul, dont le fondement résulte de la liberté contractuelle, s'avère particulièrement utile au moment de la réalisation. Le créancier ainsi titulaire d'une pluralité de sûretés est libre de poursuivre indifféremment la réalisation de la sûreté qu'elle souhaite parmi celles constituées. En effet, la hiérarchie établie par la loi[1820] dans la réalisation des sûretés ne concerne en aucun cas la situation où une seule et même personne serait titulaire de plusieurs sûretés. De nombreuses déclinaisons peuvent découler de ce scénario :

[1818] P. CROCQ, *thèse préc., op. cit.*, n° 274 : selon l'auteur, « *toute sûreté donne à son titulaire un pouvoir d'agir et le place dans une attitude positive de demandeur : agir en paiement contre la caution, faire vendre en justice le bien gagé ou en demander l'attribution, saisir et faire vendre le bien hypothéqué.* »

[1819] V. *supra* n° 265 à 270.

[1820] Cette hiérarchie vise plutôt l'hypothèse où différentes personnes sont chacune titulaires, à titre personnel, d'une sûreté.

1003. Tout d'abord, le créancier peut être titulaire de plusieurs sûretés de même nature[1821]. Il en est ainsi du bénéficiaire de plusieurs hypothèques consenties par le débiteur principal en garantie du paiement de sa dette. En application du principe de liberté du choix de la sûreté à réaliser, le créancier doit être libre de choisir le bien hypothéqué sur lequel il souhaite se faire payer. Cette solution est admise de longue date par la jurisprudence[1822].

Ensuite, lorsqu'une seule et même sûreté grève une pluralité de biens, le créancier est là encore libre de choisir le bien sur lequel il souhaite exercer ses droits. C'est le cas notamment lorsqu'une seule hypothèque porte sur plusieurs biens immobiliers. En pareil cas, le créancier reste libre de choisir même si d'autres créanciers de rang inférieur ont des intérêts sur le bien objet de la réalisation[1823]. Il ne peut donc être contraint à diviser son action entre les différents biens hypothéqués en sa faveur, que ce soit sur injonction du débiteur ou dans l'intérêt des autres créanciers.

Enfin, il faut évoquer l'hypothèse des cumuls *mixtes* entre sûretés personnelles et sûretés réelles que nous avons déjà eu l'occasion d'aborder[1824]. Il est ici question de la constitution d'une sûreté réelle et d'une sûreté personnelle, le tout en faveur du seul créancier. Le principe demeure le même, c'est la liberté de choix du créancier qui prévaut. Pour autant, cette hypothèse est celle où les intérêts des tiers entrent significativement en compétition avec celles du créancier. Nous verrons que cette confrontation sera de nature à limiter le choix du créancier[1825].

[1821] Il peut s'agir d'un cumul entre plusieurs sûretés réelles ou plusieurs sûretés personnelles. Par exemple plusieurs gages ou plusieurs cautionnements. Le créancier est libre de les réaliser dans l'ordre qu'il souhaite.

[1822] V. par exemple, Req. 28 févr. 1912, *DP* 1913. 1. 361 : « *Le créancier qui possède plusieurs privilèges ou hypothèques peut toujours se faire payer sur le produit du gage par lui choisi* » ; À propos du gage, ROUEN, 23 déc. 1927, *DP* 1928. 2. 181 : « *Le créancier nanti de plusieurs gages a le droit, à défaut de stipulation contraire, d'en poursuivre la réalisation comme il entend, sans que le débiteur puisse lui imposer un ordre de préférence entre eux* » ; Plus récemment, à propos d'une pluralité de sûretés personnelles : Com. 2 juin 2004, n° 07-15.140, *Bull. civ.* IV. N° 106, *D*. 2004. 2708, obs. L. AYNÈS ; *RLDC* 2005/12, n° 493, note D. PARDOEL.

[1823] Civ. 9 mai 1905, *DP* 1909. 1. 225 : « *En vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, le créancier, dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles, est en droit de choisir celui des immeubles sur le prix duquel il veut être colloqué pour la totalité de sa créance, sans que les créanciers ayant sur le même immeuble des hypothèques postérieures en rang puissent le contraindre à diviser sa demande de collocation pour la faire porter proportionnellement sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés* ».

[1824] V. *supra* n° 265 à 270.

[1825] *Op. cit. ibis idem.*

L'absence d'un ordre hiérarchique légale imposé en principe au créancier dans la mise en œuvre de ses poursuites a également pour conséquence la liberté pour les parties d'organiser la réalisation. En effet, rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent d'un ordre hiérarchique dans la mise en œuvre des différentes sûretés constituées[1826].

1004. Lorsque le créancier dispose d'une pluralité de sûretés, il reste ainsi libre de choisir celle qu'il souhaite mettre en œuvre. Il faut cependant comprendre que ce droit ne peut être laissé entièrement à son libre arbitre. Dans cette réalisation, d'autres intérêts sont en jeu. Cela justifie, à notre sens, l'existence de limites à la liberté du créancier dans le choix de la sûreté à réaliser.

b. Les limites à la liberté de choix du créancier

1005. On peut recenser trois principales limites à la liberté du créancier dans le choix de la sûreté à exécuter :

D'abord, le cumul *mixte* faisant intervenir un cautionnement à côté d'une sûreté réelle, a fait l'objet de vives discussions, tant au sein de la doctrine que dans la jurisprudence, quant à la liberté de choix du créancier. La raison en est simple : la sanction de la perte du bénéfice de subrogation prévue par l'article 2314 du Code civil. Nous l'avons déjà vu[1827], selon le texte : « *Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit. Toute clause contraire est réputée non écrite. La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté* ». Cette disposition d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer, apparaît comme un sérieux frein à la liberté de choix du créancier. En effet, cette obligation de préserver le recours subrogatoire de la caution peut très vite se transformer en une injonction d'orienter ses poursuites vers le bien grevé. Pour le dire autrement, la problématique qui se pose ici est de déterminer si, en présence d'une caution, le créancier n'est pas, *in fine,* obligé de demander une attribution judiciaire du bien grevé, au risque de s'exposer à la sanction de l'article 2314 du Code civil. Confrontée à la question, la jurisprudence considère, après moult

[1826] V. Cass. com., 17 janv. 1995, n° 90-17.769 ; V. également, Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-16.269, *Bull. civ.* n° 144, *RTD civ.* 1997. 185, obs. M. BANDRAC.
[1827] V. *supra* n° 524, 685, 894 et 978 et s.

rebondissements[1828], aujourd'hui, qu'en présence d'un cautionnement, le créancier est tenu de demander l'attribution judiciaire sous peine de déchéance totale ou partielle[1829], sauf à rapporter la preuve que la caution n'a pas subi de préjudice effectif[1830]. Encore récemment, la Cour de cassation[1831] a jugé qu'une caution pouvait demander sa décharge au motif que, sur le fondement de l'article 2314, le créancier qui s'est abstenu de réaliser un nantissement sur compte-titres dont la valeur est très supérieure au montant de l'obligation garantie. Le préjudice de la caution semble être le facteur d'appréciation de cette déchéance. En effet, le nouveau texte issu de la réforme de 2021 parle désormais de la « faute » du créancier et non plus de son « fait »[1832]. C'est pourquoi, en l'absence d'une faute imputable au créancier, le nouvel alinéa 3 du texte a opportunément rappelé qu'aucun reproche ne pouvait être fait au créancier sur le choix de la sûreté mise en œuvre.

Ensuite, la deuxième limite à la liberté de choix du créancier qui mérite d'être relevée, à notre sens, résulte de l'application du principe de proportionnalité. Nous avons déjà suffisamment étudié l'application de ce principe au droit des sûretés lors de la constitution des sûretés[1833]. Au stade de la réalisation, le principe de proportionnalité implique un rapport de comparaison entre deux éléments dont l'identification n'est pas toujours aisée[1834]. Selon un premier sens, l'exigence du principe de proportionnalité vise à sanctionner l'excès qui se caractérise par une inadéquation manifeste entre le montant de la créance et la valeur du bien. Mais selon une seconde définition, l'exigence de proportionnalité a pour objet la sanction de l'abus. Ici, c'est la

---

[1828] La Cour de cassation a d'abord considéré que l'attribution judiciaire ne constituait qu'une simple faculté dont le défaut d'exercice par le créancier ne pouvait décharger la caution : Cass. com., 31 nov. 1983, *Bull. civ.,* n° 283 ; Cass. 1re civ., 8 juill. 2003, n° 01-03.177, *RJ com.* 1994, n° spécial, n° 7, p. 127, obs. Ph. DELBECQUE. Puis, à la suite d'un revirement de la chambre commerciale : Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-15.404, *Bull. civ.,* n° 73, *RDBF* sept. 2003, p. 181, obs. D. LEGEAIS, la Chambre mixte a tranché en faveur d'une décharge de la caution : Cass. Ch. mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296, *Bull. civ.,* n° 5, *BICC*, n° 623, 2005, M. DE GOUTTES ; *JCP,* 2005. II. 10130, note Ph. SIMLER.

[1829] C'est-à-dire proportionnellement au préjudice subi.

[1830] Cass. 1re civ., 22 mai 2008, n° 07-14.808 ; Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-17.789.

[1831] Cass. com., 30 nov. 2022, n° 20-23.554 : *JurisData* n° 2022-020328 ; C. LEVENEUR, Ch. CŒURDEROY, «*Sûretés - Ordre de réalisation des sûretés : attention de ne pas nuire à la caution !* » , *JCP I* 2023, 1050, n°11.

[1832] Anc. Art. 2314 C. civ. : *« La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite. »*

[1833] V. *supra* n° 277 et s.

[1834] V. A. GALLOIS, *« Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », D.* 2010, n° 6, p. 336 ; C. HUGON, *« Saisie immobilière : il ne faut pas abuser de l'excès ! »,* note sous Cass. 2e civ., 15 mai 2014, *D.* 2015. 554 s.

bonne foi du créancier qui est en jeu dans la mesure où il doit agir avec mesure et éviter de détourner l'institution de sa finalité[1835]. Quelle que soit la manifestation envisagée du principe de proportionnalité, elle trouve application dans le droit de l'exécution.

1006. Contrairement au droit des sûretés personnelles, le principe de proportionnalité est peu présent dans les sûretés réelles. À vrai dire, aucune disposition générale ne prévoit son application. Cependant, nous savons que pour la mise en œuvre des biens grevés, le droit des sûretés réelles fait intervenir le droit de l'exécution. La réalisation des sûretés réelles peut-elle, dès lors, échapper au principe de proportionnalité ? En réalité, la réponse est plus nuancée qu'il n'y paraît[1836]. Le moins que l'on puisse dire est que l'exigence de proportionnalité y est présente, mais ne s'y manifeste pas de la même manière qu'en matière de voie d'exécution. L'explication réside, à notre sens, dans le flou entourant les deux manifestations du principe que sont l'abus et l'excès. Concernant l'abus, le doute n'est pas permis dans la mesure où cette sanction est susceptible de frapper n'importe quel droit[1837]. Il en ressort que la mise en œuvre disproportionnée d'une sûreté réelle est sanctionnée si elle est révélatrice d'un abus. Le créancier qui dispose d'une pluralité de sûretés doit veiller à ce que la mise en œuvre de la sûreté qu'il a choisi ne soit pas constitutive d'un abus ; en d'autres termes, qu'elle ne soit pas frauduleuse ou sans intérêt. Cette solution est admise aussi bien au sein de la doctrine[1838] que par la jurisprudence[1839]. En revanche, pour ce qui concerne l'excès, la disproportion « mathématique », l'application du principe est plus complexe. Pour le comprendre, il faut remonter au moment de la constitution de la sûreté réelle. À cette occasion, l'existence d'une disproportion entre le montant de la créance garantie et la valeur du bien grevé est admise par la loi ; mieux, elle constitue un gage d'efficacité pour le créancier. Or, cette admission de la disproportion en amont va naturellement se répercuter sur le stade de la réalisation. De telle sorte que le créancier devrait pouvoir saisir le bien quand bien même il y aurait disproportion. Le

[1835] V. D. LEGEAIS, *Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie »*, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 38.
[1836] La question est discutée en doctrine : V. N. BORGA, *thèse préc., op. cit.*, n° 589 et s.
[1837] V. en ce sens Req. 26 déc. 1893, *DP* 1895. I. 532.
[1838] V. par exemple, P.-Y. GAUTIER, « *Contre bentham : l'inutile et le droit »*, *RTD civ.* 1995, 797, n° 13 s.
[1839] V. Cass. 3e civ., 12 juin 2014, n° 13-18.595.

créancier échappe dès lors à tout soupçon de disproportion fondée sur l'excès. Dans ce cas de figure, l'exigence de proportionnalité ne permet pas de brider son choix.

Enfin, la subsidiarité est un autre principe qui, à l'instar de l'exigence de proportionnalité, s'infuse dans l'ensemble des branches du droit. En effet, ce qui est subsidiaire « *a vocation à venir en second lieu, pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut*[1840] ». Sous le prisme des procédures civiles d'exécution, la règle conduit à n'autoriser les recours à certaines mesures qu'à la condition que celles qui sont perçues comme moins contraignantes ne soient pas en mesure d'aboutir. S'agissant de l'application du principe de subsidiarité aux sûretés réelles, il ne fait pas de doute que si le créancier choisi le droit commun de l'exécution pour réaliser sa sûreté, les causes de subsidiarité légalement établies s'appliqueront[1841]. Signalons toutefois que l'impact de la subsidiarité peut être différent selon le cas de figure envisagé. Mais cela résulte du droit spécial de l'exécution.

1007. L'option du créancier dépasse le simple choix entre différentes sûretés. Elle porte également sur celui du mode de réalisation. Il convient de vérifier la latitude de ce choix lors de la réalisation.

3. La liberté de choisir le mode de réalisation de la sûreté choisie

1008. Nous avons déjà souligné que le droit à l'exécution forcée se cumulait avec le droit à la réalisation de la sûreté en raison de la portée large de l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution[1842]. À ce titre, le même Code énonce plus loin que « *le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance […]*[1843] ». En d'autres termes, le créancier dispose, en principe, d'une totale liberté dans la détermination du type de procédure à mettre en œuvre[1844]. Ce principe implique pour le créancier une double option : celle de choisir entre la réalisation

---

[1840] G. CORNU, *op. cit.,* V° SUBSIDIAIRE.

[1841] V. Ch. GISBERS, *thèse préc. op. cit.,* n° 207 ; V. également, A. GOUEZEL, *La subsidiarité en droit privé,* Préf. P. CROCQ, Economica, 2013, n° 250, préconisant de choisir parmi les modes de réalisation propres aux sûretés réelles comme l'attribution ou le pacte commissoire pour éviter la subsidiarité légale.

[1842] Le texte vise tous les créanciers y compris ceux munis d'une sûreté.

[1843] Art. L. 111-7 CPC exéc.

[1844] V. T. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution,* Dalloz, 3e éd., 2013, n° 236.

judiciaire et amiable (**a**) et celle de choisir entre le droit commun et le droit spécial de la réalisation (**b**).

a. L'option entre la réalisation judiciaire et amiable

1009. Lorsque le créancier se résout à poursuivre le débiteur et qu'il a déjà porté son choix sur le bien qu'il souhaite mettre en œuvre, l'option entre la réalisation judicaire et amiable est celle qui, sans doute, devrait occuper son esprit. La différence entre ces deux voies est, nous semble-t-il, assez nette, pourvu qu'on parvienne à identifier le critère de distinction qui les sépare. En effet, la réalisation judiciaire se distingue de la réalisation amiable par l'intervention du juge dans le transfert de propriété. Selon un auteur, dès lors que le transfert de propriété résulte de l'intervention de l'office du juge, la nature de la réalisation se doit d'être judiciaire. Sont donc notamment du nombre des modes de réalisation judiciaire, les actions en revendication ou en restitution, les attributions judiciaires, les ventes judiciaires par voie d'adjudication, même amiables lorsqu'une procédure de liquidation est ouverte[1845]. Pour ce dernier cas, la raison en est simple : la nature judiciaire de la procédure. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les saisies immobilières qui ont lieu pendant la phase amiable doivent également être considérées comme des modes de réalisation judiciaire car le juge de l'exécution y intervient. Le critère permettant de d'identifier la nature judiciaire du mode de réalisation repose donc sur l'intervention de l'office du juge.

1010. À l'inverse, et tout naturellement, lorsque le transfert de propriété s'opère sans l'intervention du juge, le mode de réalisation est qualifié comme étant extra-judiciaire. Il faut compter dans cette catégorie les restitutions volontaires en présence par exemple d'une réserve de propriété, l'ensemble des attributions conventionnelles et légales etc.

1011. Ces deux voies de réalisation présentent chacune des avantages et des inconvénients qui guideront le créancier dans son choix en fonction de ses besoins. Le principe de la liberté du créancier lors de la réalisation lui ouvre également le droit de

[1845] C'est en effet l'ordonnance du juge commissaire qui entérine la vente : V. art. L. 642-18 et L. 642-19 C. com. ; Pour un exemple d'arrêt, V. Cass. com., 11 mars 1997, n° 94-19.207, *Bull. civ.*, IV, n° 69.

choisir entre la réalisation par la voie du droit commun des procédures civiles d'exécution ou par la voie des mécanismes de réalisation propres aux sûretés réelles.

b. L'option entre le droit commun et le droit spécial de la réalisation

1012. Le droit positif français de la réalisation offre aujourd'hui au créancier une véritable option dans la mise en œuvre pour obtenir le paiement de sa créance. Pourtant, cela n'a pas toujours été le cas, de telle sorte qu'avant la réforme de 2006, seuls le gage et le nantissement permettaient au créancier, lors de leur réalisation, d'effectuer un choix entre la vente forcée et une attribution en propriété[1846]. Les voies d'exécution, droit commun de la réalisation, occupaient, pour ainsi dire, une place prépondérante. En 2006, profitant de la réforme pour diversifier la catégorie des sûretés réelles, le législateur a également diversifié leur mode de réalisation, particulièrement à travers les attributions en propriété. La réception de nouveaux mécanismes dans la catégorie des propriété-sûreté depuis la réforme de 2021 s'inscrit dans cette même lignée car elle a pour conséquence d'étendre le champ d'application de l'attribution en propriété. Il convient ainsi de vérifier la réalité de chacune de ses options.

1013. À la suite de la défaillance du débiteur, lorsque le créancier choisit, pour la réalisation de sa sûreté, la voie traditionnelle de la vente en justice du bien grevé, le Code civil prévoit expressément qu'il conviendra d'agir « *selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution*[1847] ». Pour ainsi dire, les voies d'exécution ouvertes à tous les créanciers le sont également pour ceux qui sont munis d'une sûreté réelle. Partant, les règles relatives à la réalisation des biens mobiliers ainsi que les procédures de saisie des biens immobiliers s'appliqueront lors de la mise en œuvre. En réalité, il semble même exister un « droit commun de l'exécution » ayant vocation, comme le souligne Ph. DELEBECQUE[1848], à s'appliquer indistinctement à toutes les mesures

[1846] V. par exemple anc. Art. 2078 pour le gage.

[1847] Cela est en effet expressément prévu pour l'hypothèque à l'alinéa 1er de l'article 2450 C. civ. : « *Le créancier hypothécaire impayé peut poursuivre la vente du bien hypothéqué* ***selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution,*** *auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger* » ; Mais également pour le gage à l'alinéa 1er de l'article 2346 C. civ. : « *A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut poursuivre la vente du bien gagé. Cette vente a lieu* ***selon les modalités prévues par le code des procédures civiles d'exécution*** *sans que la convention de gage puisse y déroger* ».

[1848] Ph. DELEBECQUE, « *Les nouvelles procédures civiles d'exécution* », *RTD civ.* 1993, p. 15 s., spéc. n° 36.

d'exécution forcée. Ainsi, le Code des procédures civiles d'exécution contient un ensemble de dispositions générales énonçant les conditions nécessaires au déclenchement de toute mesure d'exécution forcée. Parmi ces dispositions, on peut songer notamment à la nécessité pour le créancier de se prévaloir d'une créance liquide, certaine et exigible[1849], l'exigence d'une mise en demeure adressée au débiteur[1850], l'exigence de proportionnalité des poursuites[1851], le respect des insaisissabilités légales[1852] etc. Au-delà donc de la simple option pour le droit commun de l'exécution, certaines règles ont même vocation à s'appliquer à la réalisation des sûretés réelles, quel que soit le procédé de poursuite choisi par le créancier.

1014. Mais quoique leurs finalités soient semblables, les voies traditionnelles de l'exécution et les modes alternatifs de réalisation propres aux sûretés réelles sont profondément différents quant aux méthodes employées. Pour s'en convaincre, il suffit de tenter de transposer les règles du droit de l'exécution spécifiques aux différentes saisies aux procédés de propriété-réalisation. Une telle tentative serait inconcevable. En effet, la loi prévoit parfois des modes de réalisation spécifique pour certaines sûretés. Il s'agit principalement des attributions en propriété. Il y a attribution en propriété lorsque le bien, objet de la sûreté, est transféré au créancier garanti en cas de défaillance du débiteur à l'échéance convenue. On distingue deux sortes d'attribution en propriété. Elle est judiciaire dès lors que, sur la demande du créancier, le juge ordonne le transfert de propriété. Depuis 2006, en même temps qu'il étendait l'attribution judiciaire au-delà du domaine du gage, le législateur a textuellement consacré l'attribution conventionnelle, également connue sous le nom de « pacte commissoire[1853] ». Il s'agit d'une *« clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé sans avoir à le demander en justice[1854] »*. Pour le dire autrement, il s'agit d'une clause par laquelle le créancier obtient de son débiteur le droit de s'approprier, sans recourir à l'office du

[1849] Art. L. 111-2 CPC exéc.
[1850] V. à ce sujet, T. BONNEAU, V° MISE EN DEMEURE, *Rép. Proc. Civ,* spéc. n° 5.
[1851] Art. L. 111-7 CPC exéc.
[1852] L. 112-2 CPC exéc.
[1853] Bien que l'expression ne figure pas dans le Code civil, les auteurs utilisent volontiers comme synonyme de l'attribution conventionnelle.
[1854] G. CORNU, *op. cit.,* V° PACTE COMMISSOIRE.

juge, la chose objet du gage en cas de défaut de paiement du débiteur. Cette voie de réalisation est propre au titulaire d'une sûreté réelle et ne peut être assimilée aux voies d'exécution résultant du droit commun. Elle confère un avantage spécifique au créancier fondé sur son droit réel sur le bien poursuivi.

1015. Au-delà, il faut également citer la procédure de vente simplifiée qui est propre aux sûretés. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 ayant supprimé le gage commercial a logiquement rapatrié une disposition du Code de commerce qui prévoyait un mode de réalisation spécifique aux sûretés. Il s'agit de l'ancien article L. 521-3 du Code de commerce[1855]. Le premier alinéa de ce texte a été repris par le nouvel article 2346, alinéa 2 du Code civil. Selon le nouveau texte : « *Lorsque le gage est constitué en garantie d'une dette professionnelle, le créancier peut faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage* ». Ce texte existait jusqu'à la réforme de 2021 de manière courante en matière commerciale[1856]. Ainsi, cette procédure dérogatoire était applicable, par renvoi, au nantissement de l'outillage et du matériel[1857]. Depuis la réforme, cette procédure demeure encore applicable notamment au nantissement de fonds de commerce[1858] ou encore aux produits et matériels agricoles[1859].

[1855] Anc. Article L. 521-3 C. com., « *A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, et selon les modalités prévues par le présent article, sans que la convention puisse y déroger. Les ventes autres que celles dont les prestataires de services d'investissement sont chargés sont faites par les courtiers de marchandises assermentés. Toutefois, sur la requête des parties, le président du tribunal de commerce peut désigner pour y procéder un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice ou un notaire.*
Les dispositions des articles L. 322-9 à L. 322-13 sur les ventes publiques sont applicables aux ventes prévues par l'alinéa précédent.
Le créancier peut également demander l'attribution judiciaire du gage ou convenir de son appropriation conformément aux articles 2347 et 2348 du code civil. »

[1856] V. J.-J., ANSAULT, « *Le gage du Code civil : gage commun ou droit commun du gage* », *RDBF*, sept. 2014, dossier 39, n° 5 ; M. JULIENNE, *Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ?* », *D*. 2016. 1266 s., n° 17.

[1857] Anc. Art. L. 525-16, al. 2 C. com.

[1858] Art. L. 143-5 C. com. : « *Les créanciers inscrits sur un fonds de commerce peuvent également, même en vertu de titres sous seing privé, faire ordonner la vente de ce fonds, huit jours après sommation de payer faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, demeurée infructueuse.*
La demande est portée devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite ledit fonds, lequel statue comme il est dit à l'article L. 143-4. »

[1859] Art. L. 342-11 al. 3, C. rur. : « *En cas de refus de paiement, le porteur du warrant peut, quinze jours après la lettre recommandée adressée à l'emprunteur comme il est ci-dessus prescrit, faire procéder par un officier public ou ministériel ou un courtier de marchandises assermenté à la vente publique de la marchandise engagée. Il y est procédé en vertu d'une ordonnance du juge du tribunal judiciaire compétent rendue sur requête fixant les jour,*

1016. La liberté du créancier dans l'aménagement de cette phase s'étend ainsi de la renonciation pure et simple à la réalisation, au choix d'un mode de réalisation propre aux sûretés réelles. Le droit positif en la matière affiche une volonté manifeste de simplification procédurale comme l'atteste le régime de l'attribution en propriété. Il révèle une volonté d'« *ouverture de nouveaux espaces à la liberté contractuelle*[1860] » lors de la phase de réalisation au point qu'on ne puisse, aujourd'hui, réellement contester l'infléchissement des règles interdisant l'aménagement conventionnel de la réalisation.

B. L'INFLÉCHISSEMENT DES RÈGLES INTERDISANT L'AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DE LA RÉALISATION

1017. Pendant longtemps, l'interdiction des aménagements conventionnels épinglait plusieurs procédés permettant au créancier d'obtenir une réelle satisfaction sans l'intervention du juge. Ces procédés alternatifs à la vente forcée ont suscité une certaine crainte héritée des temps anciens et ont jugulé l'évolution des modes de réalisation des sûretés réelles. L'exécution privée du bien était considérée comme une manière de contourner l'autorité publique ou judiciaire en recourant à une forme de justice privée. Peu à peu, le législateur va briser le tabou de l'interdiction générale du droit « de se faire justice à soi-même[1861] » en consacrant légalement certains procédés comme l'exception d'inexécution ou encore le droit de rétention. Il faut noter que ces deux exemples résultent d'attitudes passives bien plus facilement admissibles que lorsqu'il est question d'un comportement actif[1862]. Pourtant, bien avant la réforme de 2006, la position du législateur avait évolué dans le domaine du droit commercial. En

---

lieu et heure de la vente : elle sera annoncée huit jours au moins à l'avance par affiches apposées dans les lieux indiqués par le juge, qui pourra même l'autoriser sans affiches après une ou plusieurs annonces à son de trompe ou de caisse ; le juge pourra, dans tous les cas, en autoriser l'annonce par la voie des journaux. La publicité donnée sera constatée par une mention insérée au procès-verbal de vente. »

[1860] M. GRIMALDI, « *Rapport de synthèse* », *in Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application*, Actes du colloque de La Réunion des 29 et 30 mars 2007, *LPA* 27 mars 2008, n° spécial, n° 63, n° 2, p. 74.

[1861] Sur l'étude de l'adage « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* », V. J. BEGUIN, « *Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français* », in « *Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites* », Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVIII, année 1966, Dalloz, 1969, p. 41 et s.

[1862] J. BEGUIN, *op. cit.*, p. 45.

effet, l'ancien article 93, alinéa 1er du Code commerce issu de la loi n° 1863-05-23 du 29 mai 1863 et modifié par l'Ordonnance du 19 octobre 1945 prévoyait déjà qu' « à *défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage* ». En permettant au créancier de procéder à la vente du bien sans faire intervenir les autorités judiciaires, cette disposition marquait déjà les prémices d'une évolution libérale des modes de réalisation. Le pas vers cette évolution va être réellement franchi avec l'Ordonnance du 23 mars 2006 qui va consacrer le pacte commissoire (**1**). Même si la clause de voie parée n'a pas connu une telle validation, force est de constater aujourd'hui que l'assouplissement progressif de ce procédé (**2**) devrait conduire, *in fine,* vers sa reconnaissance.

1. La validation du pacte commissoire

1018. L'attribution en propriété conventionnelle encore appelée pacte commissoire est, comme nous l'avons déjà vu, une « clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé sans avoir à le demander en justice[1863] ». Il a longtemps semblé nécessaire de prohiber cette pratique car, dit-on, cela revenait à reconnaître au créancier la possibilité d'obtenir satisfaction par une justice privée, non reconnue par la loi. Par ailleurs, était également opposé à ce mode de réalisation, le risque de voir le créancier s'enrichir injustement dans la mesure où la valeur du bien donné en garantie était bien souvent supérieure à celle de la créance garantie.

1019. C'est la jurisprudence qui a d'abord consacré le pacte commissoire comme un mode de réalisation des sûretés réelles dès lors qu'il était conclu, non pas au moment de la constitution de la sûreté, mais postérieurement[1864]. Mais toutes les sûretés réelles n'étaient pas concernées à l'instar de l'hypothèque ou de l'antichrèse. C'est à la faveur de la réforme de 2006 que le pacte commissoire a connu une consécration complète en ce qui concerne l'ensemble des sûretés réelles. Cette consécration s'est faite à titre particulier puisque le législateur l'a fait sûreté par sûreté sans que, d'ailleurs, la

[1863] G. CORNU, *op. cit.,* V° PACTE COMMISSOIRE.
[1864] Cass. req., 8 mai 1934, *S.* 1934, 1, p. 342 ; dans le même sens, V. Cass. 1re civ., 17 nov. 1959, *Bull. civ.* I, n° 480, *RTD civ.* 1960. 138, obs. H. SOLUS ; Cass. com., 12 janv. 1965, *Bull. civ.* n° 38.

réforme de 2021 n'ai simplifié formellement les choses. Ainsi, à propos de l'hypothèque, l'article 2452 du Code civil prévoit qu' « *il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur* ». La seule exception citée par le Code est le cas où l'immeuble hypothéqué constitue la résidence principale du débiteur. Dans une telle hypothèse, la clause est privée d'effet sans que la validité de l'hypothèque puisse être mise en cause. De même, concernant le gage, l'alinéa 1er de l'article 2348 prévoit qu' « *Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé* ». Et pour ce qui concerne le nantissement, l'article 2365 demeuré inchangé après la réforme de 2021, prévoit qu' « *en cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent* ».

1020. Il faut noter qu'au-delà de l'exception prévue à l'alinéa 3 de l'article 2452 à propos de l'hypothèque, l'article L. 312-38 du Code de la consommation prohibe le pacte commissoire à l'occasion d'un crédit à la consommation. Selon le texte, « *En cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du code civil sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte commissoire prévu à l'article 2348 du même code qui est réputé non écrit* ».

1021. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a, pour l'essentiel reconduit sans modification significative le régime du pacte commissoire. On peut toutefois noter certains changements qui ne sont pas des innovations mais des modifications dues à la suppression du gage commercial. Ainsi, le nouvel article 2346[1865] dispose désormais d'un second alinéa correspondant, en réalité, à l'ancien article L. 521-3 du Code de commerce.

[1865] Art. 2346, al. 2 C. civ. : « *Lorsque le gage est constitué en garantie d'une dette professionnelle, le créancier peut faire procéder à la vente publique des biens gagés par un notaire, un huissier de justice, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage* ».

1022. Alors que les procédés du pacte commissoire et de la clause de voie parée partageaient jusqu'à la réforme de 2006 un destin commun[1866], le législateur va décider de maintenir l'interdiction du second. Pour autant, au regard de l'évolution en la matière, l'assouplissement de l'interdiction devrait conduire vers la validation de la clause de voie parée.

2. L'assouplissement la prohibition de la clause de voie parée

1023. Le procédé de la clause de voie parée n'est pas bien compliqué : du latin « via parata », qui signifie voie préparée, elle désigne la clause « par laquelle le créancier se fait consentir par le débiteur le droit, en cas de non-paiement après commandement, de faire vendre l'immeuble aux enchères devant notaire, sans suivre les formalités de la saisie immobilière[1867] ». Pour le dire plus simplement, il s'agit d'une clause qui permet au créancier de se faire rembourser sur un bien du débiteur en le vendant en dehors des règles prévues par le Code des procédures civiles d'exécution. Contrairement au pacte commissoire, cette clause ne connaît pas encore de consécration légale.

1024. Pour justifier une telle interdiction, il est avancé le risque que le créancier ne vende le bien à perte, pourvu qu'il en obtienne le montant strictement nécessaire au recouvrement de sa créance[1868]. Les fondements de cette interdiction se trouvent aujourd'hui dans le Code civil aux articles 2346 et 2350 précités, mais également par l'article L. 311-3 du Code des procédures civiles d'exécution qui prévoit qu' *« est nulle toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier peut faire vendre les immeubles de son débiteur en dehors des formes prescrites pour la saisie immobilière ».* La clause permettant ainsi de faire vendre le bien, en dehors donc des procédures civiles d'exécution, doit être déclarée nulle.

1025. Pour autant, faut-il considérer qu'il y a là une prohibition gravée dans le marbre, intangible et insusceptible de faire l'objet d'une évolution libérale ? Il faut d'ailleurs souligner que la clause de voie parée a manqué deux occasions de réforme

---

1866 Les deux étaient prohibés par la loi et les deux ont été validés par la jurisprudence dans les mêmes conditions.

1867 G. CORNU, *op. cit.,* V° VOIE PARÉE (clause de).

1868 V. Ph. DUPICHOT, *op. cit.,* n°729 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *op. cit.,* n° 100.

pour intégrer le Code. On peut sérieusement douter d'une telle position lorsqu'on voit comment le destin juridique du pacte commissoire est devenu. Il est vrai que comparaison n'est pas raison, et comme le souligne un auteur, *« les deux conventions n'ont pas le même objet […] la première transmet le bénéfice mais aussi la charge de la propriété au créancier […] la seconde permettrait seulement d'éluder les voies d'exécution dont la finalité est de protéger le constituant et ses autres créanciers*[1869] *»*. Seulement, les besoins de la pratique conjugués à la justification précaire de la prohibition laissent entrevoir la possibilité de son admission future au sein de l'arsenal législatif à la disposition du créancier. S'agissant de la pression manifestée par la pratique contre l'interdiction, elle a déjà été prise en compte au sein de la jurisprudence.

1026. La jurisprudence reconnaît de longue date la validité de la clause de voie parée. Il faut, en effet, remonter en 1903 pour trouver la première décision de la Cour de cassation consacrant le procédé. Dans cette décision, la Haute juridiction[1870] avait considéré que si les dispositions du Code des procédures civiles d'exécution déclaraient *« nulle la convention par laquelle, à défaut de l'exécution des obligations prises envers lui, le créancier est autorisé à faire vendre les biens de son débiteur, sans recourir aux formalités de la saisie immobilière […] »* les mêmes dispositions étaient sans application *« lorsque, à une époque ultérieure, le débiteur, pour arriver à sa libération, donne à son créancier le mandat de vendre dans un intérêt commun »*. En d'autres termes, si par principe, la clause de voie parée est interdite par les textes, sa stipulation postérieurement à l'octroi de la sûreté devait être autorisée. Cette solution a connu une réaffirmation[1871] à l'occasion de laquelle le régime de la clause de voie parée a été encore plus assoupli puisque la jurisprudence considère que la prohibition n'est sanctionnée que par une nullité relative[1872].

1027. Au-delà de la consécration de la clause de voie parée par le juge, la justification de sa prohibition est également de moins en moins pertinente. En effet, nous avons

---

[1869] L. AYNÈS, *« Le nouveau droit du gage », in Sûretés mobilières : du nouveau, Dr. et pat.*, n° 161, juill.-août 2007, p. 46.

[1870] Cass. civ., 25 mars 1903, *DP*, 1904, 1, p. 273, note E. GUÉNÉE.

[1871] Cass. Com. 5 oct. 2004, n°01-00.863 ; *Bull. Civ*. IV, n°176, *RTDCom*. 2005, p. 408, obs. B. BOULOC.

[1872] Cass. Com. 5 oct. 2004, *op. cit. ibis, Banque et droit* 2005, n° 99, p. 61, obs. F. JACOB ; *RDBF*. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS ; *D*. 2005, p. 2078, obs. P. CROCQ; *Dr des sociétés*, mars 2005, n°3, p. 25, obs. T. BONNEAU ; *BMIS*. janv. 2005, n°1, p. 63, note A. CONSTANTIN ; *JCP G* 2004, I, n°17, P. DELEBECQUE; *JCP G* 2004, II, n°10191, S. PIEDELIÈVRE.

déjà souligné la communauté de destin de la clause de voie parée avec le pacte commissoire ; pourtant, alors que la prohibition de la première était réaffirmée, la seconde se voyait bénéficier d'une consécration générale. Or, l'interdiction originelle des deux procédés reposait sur la même justification : la position de faiblesse du débiteur et le risque d'une réalisation usuraire du créancier. Le traitement inique réservé à la clause de voie parée est dès lors critiquable, d'autant plus qu'elle n'est en réalité pas plus spoliatrice que le pacte commissoire pourvu que le créancier soit tenu de rechercher le meilleur montant dans la vente amiable du bien.

1028. La réticence du législateur à consacrer cette organisation conventionnelle de la réalisation perdure encore malgré la réforme récente de 2021. Malgré tout, les revendications professionnelles, l'évolution favorable au développement de la liberté des parties ainsi que le besoin de simplification de la vente forcée tendent vers une reconnaissance de ce procédé de réalisation conventionnelle. Pour l'heure, à défaut de la stipuler postérieurement à l'octroi de la sûreté, les parties devront se contenter du pacte commissoire ou la vente simplifiée organisée par loi qui pourrait être envisagée comme une voie médiane de simplification des modes de réalisation de la sûreté.

1029. En définitive, hors procédures collectives, la liberté des parties lors de la phase de réalisation semble plus que jamais débridée. L'évolution de la phase de réalisation tend vers une volonté manifeste du législateur d'accorder plus de liberté aux parties. Ce mouvement de libéralisation s'illustre par la multiplication des options mises à la disposition du créancier. Elles s'étendent de la simple faculté de renonciation à la réalisation au choix entre les différents modes de réalisation, judiciaire, amiable, de droit commun, de droit spécial… Dans cet élan, même les aménagements traditionnellement prohibés semblent céder face à l'expression ardente des volontés individuelles. Cependant, cette évolution n'est, à notre sens, pas tout à fait aboutie car la volonté d'assouplissement de la réalisation des sûretés réelles déjà entamée par le législateur gagnerait à se prolonger par la reconnaissance de la clause de voie parée.

§3. L'AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DES RESPONSABILITÉS

1030. Pris au sens strictement civil du terme, la responsabilité correspond à « toute obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de le réparer en nature ou par équivalent[1873] ». Elle implique toujours l'obligation de réparer un dommage et « pèse sur une personne, le responsable, envers une autre personne, la victime[1874] ». Ces éléments de définition ne permettent pas à eux seuls de cerner complètement la responsabilité civile, tant elle est diverse[1875]. En tout état de cause, la summa divisio de la responsabilité civile considérée comme la plus importante résulte sans doute de l'opposition entre la responsabilité civile contractuelle et la responsabilité civile extracontractuelle. Cette opposition repose sur des principes fondamentaux édictés par le « droit commun » de la responsabilité civile : le principe de primauté de la responsabilité contractuelle[1876] et celui du non-cumul[1877] des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Naturellement, au prisme du droit des sûretés, le débat évoluera uniquement en matière de responsabilité contractuelle même si les moyens mis à la disposition de la partie victime sont variés. En effet, dans la mesure où les mécanismes de sûreté, quels qu'ils soient, se caractérisent par leur nature contractuelle, la faute commise à l'occasion de l'exécution du contrat mérite une attention particulière.

1031. La faute occupe, en effet, une place prépondérante en droit des sûretés car elle est fréquemment invoquée par les parties contre leur cocontractant afin d'échapper à l'exécution de leur responsabilité. Dès lors qu'une partie est en mesure de prouver un dommage, même infime, d'un fait générateur imputable à l'autre contractant suivi d'un lien de cause à effet, la responsabilité contractuelle du fautif est susceptible d'être engagée. Or, en matière contractuelle, les règles de la responsabilité ne brillent pas par

---

1873 G. CORNU, *op. cit.*, V° RESPONSABILITÉ.
1874 Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 2095.
1875 La responsabilité civile peut, en effet, être pénale, administrative, morale, légale, pour ne citer que ceux-là.
1876 Selon ce principe, le dommage résultant de l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat entraîne la mise jeu de la responsabilité contractuelle du fautif avant toute autre responsabilité.
1877 L'application de ce principe suppose que la victime ne puisse pas être en mesure de choisir entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. En réalité, il s'agit donc d'un principe de non-option.

leur impérativité. La raison en est que la responsabilité contractuelle repose sur des conditions fortement subjectives car elles dépendent de l'accord des parties. Certes, comme en matière de responsabilité extracontractuelle, il faut un fait générateur (ici, le comportement fautif du contractant) correspondant à un manquement contractuel (qui peut être une inexécution totale ou partielle, une mauvaise exécution du contrat ou encore un retard dans l'exécution) ; pour autant, la nature de ce manquement émane des parties elles-mêmes, de sorte que seul l'ordre public du droit des contrats peut être un frein aux obligations que les parties peuvent accepter de supporter au risque d'engager leur responsabilité. Nul besoin de préciser également que les causes de responsabilité portant atteinte à l'essence des mécanismes de sûreté consacrés par la loi, en les dénaturant, ne trouveront pas leur place dans cette liberté d'aménagement[1878].

Les parties disposent ainsi d'une large liberté d'aménagement de leur propre responsabilité dans le cadre de l'exécution de leur propre contrat. L'accord des parties peut ainsi prévoir des engagements même atypiques dont le non-respect par l'un des cocontractants entraîne l'engagement de sa responsabilité. De même, les parties disposent d'une toute aussi grande liberté dans la mise en œuvre des responsabilités puisque rien ne s'oppose à ce qu'elles aménagent les clauses relatives aux préjudices réparables, les causes exonératoires, les délais d'actions etc. Mais là encore, elles devront prendre égard aux nombreuses règles d'ordre public susceptibles de remettre en cause cette liberté.

1032. L'Ordonnance de réforme du 10 février 2016 n'a pas eu une incidence majeure sur le terrain de la responsabilité civile contractuelle. La matière reste encore largement dominée par les volontés individuelles. Maîtres de la loi contractuelle, elles sont libres de stipuler les engagements susceptibles de mettre en jeu leurs responsabilités (**A**). Mieux, elles sont également libres, au stade du dénouement, d'aménager la mise en œuvre des responsabilités (**B**).

[1878] Par exemple, porterait atteinte à l'essence même de la garantie autonome à première demande, la clause qui stipulerait que l'appel de la garantie effectué par le bénéficiaire avant la défaillance du débiteur principal est fautif. Il en sera de même pour la clause qui stipule la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de la caution simple alors même que la défaillance du débiteur principal n'est pas établie.

A. LA LIBERTÉ D'AMÉNAGER LA MISE EN JEU DES RESPONSABILITÉS

1033. L'aménagement de la mise en jeu des responsabilités renvoie à toute clause qui organise les comportements susceptibles d'engager la responsabilité d'un cocontractant. Quel que soit le mécanisme de garantie choisi par les parties, rien ne s'oppose à ce qu'elles décident elles-mêmes des actions répréhensibles en vertu du contrat. Par conséquent, n'ayant pour limite que leur propre imagination, les parties disposent d'un droit de libre stipulation des obligations susceptibles d'entraîner leur responsabilité (**1**). En l'absence d'idées créatives, elles peuvent toujours se référer aux obligations légales en les renforçant (**2**).

1. La libre stipulation d'obligations susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle

1034. La libre stipulation d'obligations susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle offre aux parties une latitude considérable pour façonner les contours de leurs obligations contractuelles. L'une des caractéristiques fondamentales de cette liberté contractuelle est la possibilité pour les parties de stipuler elles-mêmes les obligations qui sont susceptibles d'engager les responsabilités. Cette flexibilité permet aux parties de définir avec précision les comportements ou les manquements qui donneront lieu à des conséquences juridiques, tout en adaptant ces obligations aux besoins spécifiques de leur accord. Cette faculté de libre stipulation des obligations revêt ainsi un rôle central dans la personnalisation des relations contractuelles et dans la gestion des risques associés aux sûretés.

À cet effet, nous savons déjà que dans toute sûreté, la position de force apparente du créancier ne l'exonère pas de l'obligation de respecter certaines obligations qui résultent du droit commun des contrats. C'est le cas de l'obligation de bonne foi contractuelle[1879], de plus en plus conquérante en droit des sûretés[1880]. Au-delà de ces obligations, communes à l'ensemble des contrats, les parties peuvent convenir de mettre à la charge du créancier un certain nombre d'obligations assez précises. Il en

[1879] Art. 1104 C. civ. : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.* »
[1880] V. *supra* n° 516 et s.

est ainsi, par exemple, de la clause mettant à la charge du créancier l'obligation de communiquer à la caution, selon une périodicité déterminée, les relevés bancaires du compte courant garanti. Une telle obligation, purement conventionnelle, n'a pas été censurée par la Cour de cassation[1881]. De même, précisément en matière de sûretés personnelles, le garant peut obtenir du créancier une obligation de contrôle de l'affectation des fonds prêtés, un point déjà longuement étudié[1882]. Cette clause présente de plusieurs avantages, notamment celui de rassurer le garant, au regard de la dangerosité de son engagement, que les fonds prêtés seront effectivement employés conformément au but convenu. De plus, la Cour de cassation considère que la simple mention de l'objet du prêt ne met pas à la charge du créancier une obligation de contrôle de l'affectation des fonds[1883]. Ainsi, il existe des exemples d'obligations positives à la charge du créancier dont l'inexécution est susceptible de mettre en jeu sa responsabilité. Cependant, il peut également s'agir d'obligations négatives telles que celles interdisant au créancier de prendre des initiatives ou de conclure avec l'emprunteur des accords particuliers susceptibles de modifier directement ou indirectement l'une quelconque des conditions du prêt.

1035. En ce qui concerne le débiteur de la sûreté, garant ou constituant, le contrat de sûreté peut également stipuler à sa charge des obligations dont le non-respect entraînera la mise en jeu de sa responsabilité. On peut ainsi imaginer que le créancier obtienne de la caution l'engagement de pas se porter caution auprès d'un autre créancier pour la garantie d'un autre prêt. La stipulation d'une telle obligation n'est pas dénuée de sens dans la mesure où le choix de la caution ou son acceptation par le créancier referme une part importante d'*intuitu personae*. En effet, sa situation patrimoniale joue un rôle essentiel dans l'opération, en particulier lorsque le cautionnement est consenti par un parent ou par un dirigeant social garantissant sa société[1884].

1036. Les parties au contrat de sûreté disposent ainsi d'une réelle liberté de stipulation d'obligations totalement inédites dont le non-respect est susceptible d'engager la

[1881] Cass. com., 2 mars 1970, *Bull. civ.* 1970, IV, n° 77, p. 73 ; *D.* 1970, Som. P. 170.
[1882] V. *supra* n° 546 à 555.
[1883] Cass. civ., 12 avril 1976, *Bull. civ.* 1976, I, n° 120, p. 97.
[1884] V. Chr. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement, op. cit.*, n° 337.

responsabilité du fautif. À défaut, elles sont également libres de s'appuyer sur les obligations légales en les aménageant en fonction des besoins spécifiques de leur accord.

2. La libre stipulation de clauses aménageant les obligations d'origine légale

1037. La liberté d'aménager la mise en jeu des responsabilités ouvre également la possibilité pour les parties d'aménager les causes de responsabilité déjà prévues par les textes. En droit commun des contrats, les exemples ne manquent pas. Cependant, en matière de sûreté, ces causes ne sont pas si nombreuses. En effet, deux chefs de responsabilité attireront particulièrement notre attention. L'obligation d'information (**a**) qui rassemble autour d'elle de nombreuses causes de responsabilité et la sanction de la perte du bénéfice de subrogation (**b**).

a. Le renforcement des obligations légales d'information

1038. Les obligations légales d'information sont susceptibles à elles seules de mettre à la charge des parties de nombreuses obligations dont l'inexécution mettrait en jeu la responsabilité.

En droit des sûretés, l'exemple typique résulte sans aucun doute des obligations d'information pesant sur le créancier professionnel à l'égard de la caution prévues aux articles 2302, 2303 et 2304 du Code civil. Ce devoir d'information présente un double intérêt que nous avons déjà longuement étudié[1885] : D'une part, elle offre une protection à la caution grâce au maintien d'un lien informationnel. D'autre part, la bonne exécution de ces obligations par le créancier lui assure la couverture des intérêts et autres accessoires de la dette principale. D'ailleurs, ce dernier aspect ne doit pas être négligé lorsque l'on sait que « *ces accessoires peuvent représenter des sommes importantes, allant parfois jusqu'à doubler ou tripler le principal* »[1886].

1039. L'obligation d'information annuelle qui pèse sur le créancier professionnel, prévue à l'article 2302 du Code civil peut donc librement être renforcée par les parties. Selon l'alinéa 1er du texte, le créancier professionnel doit, au plus tard le 31 mars de chaque année, renseigner la caution personne physique du « *montant principal de la*

[1885] V. *supra* n° 626 à 632.
[1886] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°196.

dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie ». Mais rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent que cette obligation pèsera sur le créancier, par exemple, deux fois par an, soit semestriellement. De la même manière, l'information de la caution sur le premier incident de paiement non régularisé, prévue à l'article 2303, peut librement être renforcée par les parties. On peut, sans difficulté, imaginer que le banquier soit tenu d'alerter la caution, sauf violation du principe de non-ingérence[1887], lorsque le solde du compte du débiteur est inférieur à un certain montant.

1040. Au-delà des obligations légales d'information consacrées par le droit des sûretés, d'autres obligations existent en droit des contrats qui ont une portée plus générale. Ces obligations ne concernent pas seulement le créancier mais l'ensemble des cocontractants. La bonne foi contractuelle, le devoir de conseil et d'information, le devoir de coopération etc. sont des obligations souvent communes aux contrats qui peuvent trouver application dans le contrat de sûreté. Par exemple, un créancier, quelle que soit la sûreté constituée, peut être tenu *« de faire connaître au débiteur de la sûreté, dans les meilleurs délais, en vue d'actions à mener pour la sauvegarde de leurs intérêts respectifs, tout fait dont elle viendrait à avoir connaissance, et qui est susceptible d'aggraver le risque garanti ».* Ou encore l'obligation pour le créancier *« de communiquer semestriellement au débiteur de la sûreté les informations raisonnables sur l'exécution du Prêt, l'état de sa créance vis-à-vis de l'Emprunteur et l'évolution du risque sur le débiteur principal ».*

1041. Les parties sont ainsi libres d'adapter l'obligation d'information à leur situation contractuelle selon la nature de la sûreté consentie. Le droit commun des contrats offre également nombre d'obligations permettant aux parties de renforcer les clauses contractuelles sur le terrain des responsabilités.

Mais pour ce qui concerne la perte du bénéfice de subrogation, autre obligation légale pesant sur le créancier, la stipulation de clause d'aménagement semble plus complexe puisque le texte est d'ordre public. Néanmoins, comme en droit commun, certains évènements permettent d'exonérer le créancier de sa responsabilité.

[1887] V. *supra* n° 548.

b. L'aménagement de la sanction de la perte du bénéfice de subrogation par le créancier

1042. Avant la réforme du 15 septembre 2021, si le doute était permis en ce qui concerne la nature de la sanction de la perte du bénéfice de subrogation par le créancier[1888], aujourd'hui, le nouvel article 2314 du Code civil est on ne peut plus clair. En faisant désormais référence à une faute du créancier, le législateur fait coïncider les conditions de la responsabilité civile contractuelle avec celles de la perte du bénéfice de subrogation. Aux termes de l'article 2314 du Code civil, *« Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit. Toute clause contraire est réputée non écrite […]»*.Le législateur considère que la caution doit être libérée de son obligation si la faute du créancier[1889] compromet le recours subrogatoire qu'elle pourrait exercer contre le débiteur après avoir payé pour ce dernier. Ce devoir de prudence et de diligence imposé au créancier dans le but de préserver les intérêts de la caution est d'ordre public. Autrement dit, les parties ne peuvent y déroger. Pour autant, puisque le droit commun des contrats prévoit lui-même des causes d'exonération, rien ne s'oppose à ce que les parties intègrent ces causes dans leur contrat. Au regard de la précision et de la rigueur que requiert la rédaction des contrats de sûreté, de telles stipulations permettraient non seulement de mieux éclairer la volonté des parties mais également de prévoir les solutions à leur survenue.

1043. Ainsi, la jurisprudence a de longue date admis que le créancier bénéficiait d'une cause d'exonération s'il était en mesure de prouver que la perte du bénéfice de subrogation résultait d'un cas de force majeur[1890]. Selon les mêmes principes, le fait

---

[1888] En effet, l'ancien article 2314 du Code civil faisait référence à la perte du bénéfice en raison d'un « *fait* » du créancier. La majorité de la doctrine considérait alors que cette sanction n'engageait pas la responsabilité contractuelle du créancier mais conduisant plutôt à une déchéance : V. par exemple, E. CORDELIER, « *À propos de l'article 2037 du code civil. Observations sur le droit préférentiel* » :*RTD com*. 2004, p. 667 ; D. HOUTCIEFF, « *Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution* » : *RTD civ*. 2006, p. 191, n° 34 et s. ; R. MARTY, « *Cautionnement et comportement du créancier » : JCP E* 2007, 2062, n° 23. Par contre d'autres auteurs considéraient, conformément à l'interprétation jurisprudentielle qui retenait le fait fautif, qu'il fallait y voir une application de la responsabilité contractuelle : V. par exemple, N. NEMTCHENKO, *thèse préc, op. cit.,* n° 304 ; N. MARTIAL-BRAZ, « *Les recours de la caution au cœur de la tempête !* » : *D*. 2013, p. 935, n° 7 ;

[1889] Conformément à l'interprétation jurisprudentielle, il faut un fait fautif du créancier, V. Cass. com. 2 avr. 1996, n° 93-19.074 : *Bull. civ.,* IV, n° 100.

[1890] Cass. req., 22 juin 1886 : *DP* 1887, I, 387 ; *S.* 1888, 1, 53.

d'un tiers[1891], du débiteur principal[1892] ou de la caution elle-même[1893] exonère le créancier. L'exonération du créancier en raison de toutes ces causes d'exonération a connu une consécration jurisprudentielle qui ouvre ainsi la voie aux parties de stipuler librement ces causes dans le contrat à titre préventif. En dehors de ces causes extérieures, le fait fautif du créancier qui entraînerait la perte du bénéfice de subrogation engage sa responsabilité.

1044. Dans le sens inverse, certains aménagements peuvent aussi être stipulés dans le dessein de conforter la caution dans son droit au bénéfice subrogatoire. Ainsi, les parties pourraient prévoir une clause dont la teneur est la suivante : « *le prêteur s'oblige à délivrer à la caution une quittance subrogatoire dans un délai de trente (30) jours à compter de la date du paiement, à l'effet de lui permettre d'exercer tout ou partie de ses droits et actions. À défaut, le prêteur s'oblige immédiatement à rembourser les sommes perçues au titre de l'appel de garantie* ».

1045. Au final, les parties disposent d'une grande liberté dans l'aménagement de la mise en jeu des responsabilités. Parce que le contrat est avant tout l'affaire des parties, les obligations susceptibles de mettre en jeu leurs responsabilités doivent pouvoir être librement stipulées. Elles disposent également d'une liberté similaire en ce qui concerne, cette fois-ci, la mise en œuvre des responsabilités.

B. LA LIBERTÉ D'AMÉNAGER LA MISE EN ŒUVRE DES RESPONSABILITÉS

1046. Outre les clauses permettant aux parties de déterminer à l'avance les comportements susceptibles d'engager la responsabilité, les parties disposent également, plus loin dans l'exécution du contrat, de la possibilité de prévoir des clauses organisant la sanction de la mise en jeu de la responsabilité. Autrement dit , elles ont la liberté d'aménager la sanction de l'inexécution du contrat. En effet, ces clauses se distinguent de celles relatives à la mise en jeu de la responsabilité dans la mesure où elles ne visent pas les conditions de la responsabilité mais plutôt d'y

[1891] Cass. com., 3 Févr. 1998, n° 96-15.628.
[1892] Cass. 2e civ., 30 Avril 2002 - n° 00-20.372.
[1893] Cass. com., 23 Nov. 1999 - n° 96-15.228.

échapper lorsque ses conditions sont déjà réunies ou d'aménager ses conséquences. Cet aspect de la responsabilité constitue un élément fondamental dans le domaine du contrat, d'abord parce qu'il offre aux parties contractantes une marge de manœuvre significative pour définir les contours de leurs engagements réciproques ; ensuite, parce que ces clauses sont très dangereuses[1894] pour la victime qui peut ne pas en avoir mesuré les conséquences.

1047. Au cœur de cette liberté se trouve la possibilité d'utiliser des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité (**1**), permettant ainsi aux parties de déterminer les limites de leur engagement quant à la responsabilité potentielle. La validité de principe de ces clauses, bien que reconnue, doit faire face à divers obstacles, issus tant du droit commun que du droit des sûretés. De plus, l'aménagement par le biais de clauses pénales (**2**) offre une autre dimension à cette liberté contractuelle en introduisant des sanctions spécifiques en cas de non-respect des obligations contractuelles. Ainsi, Il s'agira d'examiner en détail ces différentes facettes de la liberté d'aménager la mise en œuvre des responsabilités, en analysant la validité des clauses, les obstacles potentiels et les divers mécanismes permettant aux parties de façonner leurs engagements contractuels de manière précise et adaptée.

1. L'aménagement par la voie des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité

1048. Les parties sont libres de stipuler une clause limitative de responsabilité fixant un plafond au montant des dommages-intérêts comme elles sont libres également d'insérer une clause exclusive ou élusive de responsabilité exonérant le débiteur de toute responsabilité en cas d'inexécution contractuelle. Le principe est la validité de ces clauses (**a**). Cependant, il existe de nombreux obstacles permettant de les remettre en cause (**b**).

a. La validité de principe des clauses de responsabilité

1049. Alors qu'en matière délictuelle le principe est la nullité[1895] des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, en matière contractuelle, elles sont en

[1894] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 3043.
[1895] En effet, en matière extracontractuelle, aucun lien juridique n'existe entre la victime et l'auteur du dommage relativement au préjudice subi. La faute qui a occasionné le préjudice ne prend sa source dans

principe valides dans la mesure où elles ne portent atteinte à aucune disposition impérative du droit des contrats[1896]. Elles résultent de l'expression de la volonté des parties et sont dès lors justifiées par le principe de la liberté contractuelle.

La réception de ces clauses dans le droit des sûretés ne manifeste pas de difficulté particulière. Quelle que soit la catégorie de sûreté envisagée, aucune règle impérative ne semble faire, en principe, obstacle à leur validité.

1050. En matière de sûretés personnelles, plus particulièrement en cequi concerne le cautionnement, rien n'interdit que les parties stipulent une clause exonérant le banquier de sa responsabilité lorsque le débiteur principal fait un usage des fonds prêtés contraire à l'affectation initialement convenue dans le contrat. De même, en cas d'inexécution et d'appel du garant, les parties peuvent tout à fait plafonner à un certain pourcentage le taux des intérêts et accessoires de la dette. En effet, si le nouvel article 2295 du Code civil présume le caractère indéfini du cautionnement puisqu'il étend, par principe, l'engagement de la caution aux intérêts et autres accessoires, cette disposition n'est pas d'ordre public[1897]. Les parties peuvent non seulement stipuler un plafonnement du montant des intérêts, mais elles peuvent également décider de les exclure purement et simplement. Les mêmes principes devraient s'appliquer sans difficulté en matière de garantie autonome.

1051. La lettre d'intention est sans doute le mécanisme dans lequel les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité présenteraient le plus d'intérêt. En effet, le régime des lettres d'intention est incertain[1898], faute de dispositif légale le précisant. L'article 2322 du Code civil ne précise pas le régime des vraies lettres d'intention. La jurisprudence, qui a peu statué en matière de lettre d'intention, reste d'un faible secours. Cela dit, lorsque l'on s'intéresse de plus près à son fonctionnement, la nature de l'obligation de l'émetteur invite à accueillir avec beaucoup d'intérêt la clause

---

aucun accord de partie. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité,* LGDJ Lextenso, 4e éd. 2017, n° 357 ; V. également, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.,* n° 3045 ; Pour un exemple d'arrêt : Cass. 1re civ., 17 févr. 1955, *JCP* 1955, II. 891, note RODIÈRE.

[1896] V. Cass. 3e civ., 12 oct. 2005, *Bull. civ.* III, n° 190 ; Cass. 1re civ., 15 févr. 2006, *Resp. civ. et assur.,* avr. 2006, com. 135.

[1897] Art. 2295 C. civ. : « ***Sauf clause contraire,*** *le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution* ».

[1898] A.-S., BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.,* n° 1452 et s.

limitative de responsabilité. En effet, puisque la lettre d'intention repose sur la souscription d'une obligation de faire ou de ne pas faire[1899], son inexécution ouvre le droit à une indemnisation. Or, si le préjudice est plus important, le garant pourra être amené à payer plus que ce que devait le débiteur. D'où l'intérêt de stipuler une clause limitative de responsabilité pour l'émetteur. Les parties peuvent donc très bien stipuler une clause limitative qui plafonnerait le montant des dommages-intérêts à un certain montant.

1052. En matière de sûretés réelles, la stipulation de ces clauses ne présente pas de difficulté particulière tant qu'elle ne se heurte pas à une règle d'ordre public.

L'ordre public constitue justement le principal obstacle aux clauses limitatives et exonératoires de responsabilité. Il convient d'analyser son influence sur ces clauses à la lumière du droit des sûretés.

b. Les obstacles à la validité des clauses de responsabilité

1053. Il existe de nombreuses règles permettant de remettre en cause les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, qu'elles résultent du droit commun des contrats (**α**) ou du droit spécial, en l'occurrence du droit des sûretés (**β**).

α. Les obstacles résultant du droit commun

1054. L'ancien article 1150[1900] devenu l'article 1231-3[1901] du Code civil est la première limite aux clauses limitatives de responsabilité en permettant de les rendre inapplicables lorsque le comportement du débiteur est constitutif d'un dol ou d'une faute lourde.

1055. Il y a faute dolosive lorsque, le débiteur se refuse délibérément à exécuter son obligation, même si la preuve d'une intention de nuire n'est pas rapportée. Il suffit que le débiteur ait eu la certitude de provoquer le dommage par son action ou son

---

[1899] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 480 ; MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 576 ; A.-S., BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n°1421 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 371 et s. ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 360 et 361.

[1900] Anc art. 1150 C. civ : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ».

[1901] Art. 1231-3 C. civ. : » *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ».

inaction[1902]. Est également considérée comme dolosive la violation délibérée d'une clause du contrat[1903].

1056. Pour ce qui concerne la faute lourde, son assimilation à la faute dolosive est issue de la jurisprudence puisque l'ancien article 1150 ne comportait que la référence au dol, qu'a consacré le nouvel article 1231-3. La jurisprudence définit la faute lourde comme « *un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée* »[1904]. Il y a lieu ici d'apporter une précision importante sur le régime de la faute lourde. En effet, la définition consacrée par l'arrêt de 1990 est considérée comme subjective car elle prend en compte la personne et le comportement du débiteur lors de l'exécution. Or, cette conception subjective de la faute lourde, seule acceptée aujourd'hui, a connu un destin mouvementé dans les années 1990. Le juge a ajouté à cette époque une autre définition considérée alors comme objective : ce n'était plus le comportement du débiteur qui était en cause, mais le type d'obligation inexécutée. Ainsi, était devenue une faute lourde le fait de ne pas exécuter une obligation essentielle du contrat, rendant inapplicable la clause limitative[1905]. L'atteinte à l'obligation essentielle était alors sanctionnée à travers la faute lourde. Ces deux définitions, objective et subjective, ont coexisté jusqu'à deux arrêts rendus en chambre mixte le 22 avril 2005[1906] et limitant la définition de la faute lourde à sa seule définition subjective.

[1902] L'exemple classique en la matière est celui du surbooking dans les avions. V. par exemple CA Paris, 15 sept. 1992, *D*. 1993. 98 note Ph. DELEBECQUE.

[1903] Pour une application, V. Cass. com., 4 mars 2008, n° 07-11.790, *CCC*. 2008 n° 172 obs. L. LEVENEUR ; *JCP* 2008. II. 10079 note L. GUIGNARD.

[1904] Cass. com., 3 avr. 1990, *Bull. civ*. IV, n° 108 ; V. aussi, Cass. com., 7 mai 1980, *JCP* 1980. II. 19473, note RODIÈRE, *D*. 1981. 245, note F. CHABAS.

[1905] Par exemple V. Cass. com., 9 mai 1990, Bull. civ. IV, n° 142 : « *en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée, le manquement constaté constituait à la charge (du débiteur) une faute lourde rendant inopposable à son cocontractant la limitation de responsabilité dont (il) se prévalait* ».

[1906] Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, *Juris-Data* n° 2005-028294 et *Juris-Data* n° 2005-028295 ; *D*. 2005. Pan. 2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2005. II. 10066, note G. LOISEAU (1re esp.) ; *Dr. et patr.* oct. 2005, p. 36, étude G. VINEY ; *RDC* 2005. 673, obs. D. MAZEAUD, et 753, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD* civ. 2005. 604, obs. P. JOURDAIN, et 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES. La solution a, par la suite, été confirmée : Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *D*. 2010. 1821 note D. MAZEAUD ; *D*. 2011. Pan. 35, obs. O. GOUT ; *RTD civ*. 2010. 555, obs. B. FAGES ; *JCP* 2010. 787 note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2010 790 note P. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2010/4 p. 1220 obs. LAITHIER, et p. 1253 obs. DESHAYES. Et plus récemment, V. Cass. 1re civ. 29 oct. 2014, n° 13-21980 : *D*. 2015. 124, obs. O. GOUT ; *D*. 2015. 188, note V. MAZEAUD ; *CCC* 2015, comm. 3, obs. L. LEVENEUR.

1057. Il faut naturellement ajouter à ces obstacles, les deux nouveaux articles intégrés dans le Code civil par la réforme de 2016 qui permettent de considérer comme réputées non écrites les clauses qui déséquilibrent le contrat : il s'agit des articles 1170[1907] et 1171[1908] du Code civil qui ont vocation à s'appliquer particulièrement aux clauses limitatives de responsabilité, même si leur champ est évidemment bien plus large.
Ces règles qui résultent de l'ordre public du droit des contrats s'imposent aux contractants de toute sûreté. Tout comportement fautif constitutif d'un dol ou d'une faute lourde ne peut faire l'objet d'un aménagement des parties de telle sorte que le contractant fautif puisse limiter ou s'exonérer de sa responsabilité. De même, toute clause portant atteinte à l'obligation essentielle du contrat ou qui créerait un déséquilibre significatif est réputée non écrite.

1058. D'autres obstacles à la validité des clauses de responsabilité résultent non pas du droit commun des contrats mais du droit des sûretés même.

β. Les obstacles résultant du droit des sûretés

1059. Dans certains contrats spéciaux, la loi peut interdire la stipulation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ainsi en est-il de la responsabilité spéciale des constructeurs[1909], ou pour les contrats de transports terrestres[1910]. Le régime spécial de la garantie des vices cachés inclut également des dispositions particulières sur les clauses limitatives de responsabilité auxquelles ne s'applique pas le régime de droit commun[1911].

[1907] Art. 1170 C. civ. : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

[1908] Art. 1171 C. civ. : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*
L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

[1909] Art. 1792-5 C. civ : « *Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite* ».

[1910] Art. L. 133-1 C. com. : « *Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure.*
Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.
Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle ».

[1911] V. Cass. com., 19 mars 2013, n° 11-26.566, *JCP* 2013. 705, note PILLET ; *RDC* 2013. 967, obs. LE BOURG et QUEZEL-AMBRUNAZ ; *CCC* 2013, comm. 129, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 2013. 1947, note HONTEBEYRIE ; *JCP* 2013. 1291, obs. STOFFEL-MUNCK.

1060. Cette manifestation de l'ordre public à travers ces dispositions spéciales traduit une volonté du législateur de protéger une catégorie spécifique de contractant : celle qui est considérée comme non rompu au domaine dans lequel le contrat est conclu. Cela concerne, bien évidemment les particuliers, les consommateurs lorsqu'ils ont affaire à un professionnel. La protection instituée par la loi en faveur de cette catégorie de contractant doit dès lors être préservée contre les clauses de responsabilité susceptibles de léser la partie la plus faible dans ses droits.

1061. En droit des sûretés, aucune disposition n'exclut expressément les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité comme on a pu le constater dans les exemples précédents cités. Pour autant, certaines dispositions qui sont d'ordre public font naturellement obstacle à la validité de ces clauses. Il en est ainsi du devoir de mise en garde et l'exigence de proportionnalité qui pèsent sur le créancier professionnel dans le cautionnement. D'abord, concernant le devoir de mise en garde, l'Ordonnance de réforme de 2021 fait bénéficier la protection à l'ensemble des cautions personnes physiques et non pas seulement aux profanes. Ensuite, le texte prévoit qu'en cas de manquement à cette obligation, *« le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci »*. La formulation du texte ne laisse aucune voie ouverte à la stipulation d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

1062. Dans le même esprit, l'article 2300 du Code civil impose au créancier professionnel une exigence de proportionnalité entre l'engagement et la situation financière de la caution personne physique. Le manquement à cette obligation est sanctionné par une réduction du montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager. À moins que la clause ne profite à la caution, partie protégée par la mesure, toute stipulation favorisant le créancier en limitant ou excluant sa responsabilité devrait être déclarée nulle.

1063. Les dispositions des articles 2299 et 2300 du Code civil ne sont pas supplétives de volonté, de telle sorte que les parties ne sont pas en mesure d'insérer des clauses visant à aménager les sanctions légale prévues pour ces manquements contractuels. Il y a là une manifestation de l'ordre public catégoriel du droit des sûretés.

2. L'aménagement par la voie des clauses pénales

1064. Le régime de la clause pénale est régi par l'article 1231-5 du Code civil issu de la réforme de 2016. Selon le premier alinéa du texte, « *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre* ». Pour le dire plus simplement, cette clause est celle par laquelle les parties déterminent elles-mêmes un montant forfaitaire, fixé par avance dès la conclusion du contrat, portant sur les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. La clause pénale renferme une fonction comminatoire car le but de sa stipulation est d'inciter le débiteur à exécuter son engagement. C'est pourquoi son montant s'avère bien souvent supérieur au préjudice réellement subi. Est ainsi une clause pénale celle majorant le taux des intérêts contractuels en cas de défaillance de l'emprunteur[1912], tout comme celle stipulant une astreinte conventionnelle[1913].

1065. Dans le domaine particulier du droit des sûretés, les parties peuvent bien entendu prévoir une clause pénale en cas d'inexécution du débiteur. Dans ce cas, le débiteur ne pourra être contraint de verser la somme convenue dans la clause que lorsque le défaut d'exécution de l'obligation principale sera constaté[1914]. En présence d'une sûreté personnelle, l'inexécution du débiteur met à la charge du garant, s'il est appelé par le créancier, le montant de la clause. La solution est identique en matière de sûretés réelles. Mieux, le créancier peut même tirer profit de certains silences du législateur pour améliorer encore plus sa situation financière.

1066. C'est le lieu, ici, de relever la possibilité d'un usage de la clause pénale par le créancier susceptible de contourner le principe « de restitution du reliquat » à la suite de l'exécution de la sûreté. En effet, dans le gage constitué avec attribution de propriété prévu par l'article 2348 du Code civil, le créancier doit s'abstenir, non seulement de léser le constituant par l'évaluation du bien, mais il doit également s'abstenir de s'enrichir par le biais de l'exécution de sa sûreté. En effet, si la valeur du bien intégrant

---

[1912] Cass. com., 5 avril 2016, n° 14-20.169, *D.* 2016 actu 2 mai 2016.
[1913] Cass. 2ème civ., 3 sept. 2015, n° 14-20.431, *JCP* 2015, doctr. 1261, n° 12, obs. GROSSER ; *JCP G* 2015, 1130, DAGORNE-LABBE ; *RTD civ.* 2016. 102, obs. BARBIER ; *RDC* 2016. 30, note VINEY.
[1914] Pour plus de précision sur le régime de la clause pénale, V. D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale,* préf. F. CHABAS, LGDJ, 1998, n° 171 s.

le patrimoine du créancier est inférieure au montant de la créance restant due, le créancier est désintéressé à hauteur de ce montant, la sûreté s'éteint et le créancier demeure chirographaire pour le reliquat. Par contre, lorsque la valeur du bien est supérieure au montant de la créance, le risque d'un enrichissement indu doit être considéré. Ainsi, le Code civil prévoit que le créancier, intégralement désintéressé grâce à l'attribution, devra restituer l'excédent sous forme de soulte[1915]. En l'absence d'autres créanciers ayant des droits sur le bien, la soulte est directement remise au constituant ; à défaut, elle sera consignée. Sauf que la loi ne précise pas si cette précaution est impérative. Certes, l'alinéa 2 de l'article 2348 précise que « *toute clause contraire est réputée non écrite* ». Mais cette disposition n'est pas reproduite à l'alinéa 3 du texte. Il faut donc considérer que l'interdiction de l'aménagement ne concerne que l'expertise prévue à l'alinéa 2 du texte[1916]. Ainsi, le créancier souhaitant conserver l'éventuel surplus peut en convenir avec le constituant sous la forme d'une clause pénale[1917]. *A priori*, une telle clause devrait pouvoir résister au principe d'interdiction d'enrichissement du créancier dans la mesure où, conformément à la logique même de la clause pénale, c'est l'inexécution du créancier qui justifie son acquittement. Théoriquement donc, la stipulation d'une clause pénale portant sur le surplus de l'exécution d'un gage constitué avec attribution en propriété ne fait face aucun obstacle insurmontable ; à moins que dans la pratique, l'obstacle se manifeste en la personne du juge qui exerce un contrôle sur la qualification de ces clauses en fonction des éléments contractuels en sa disposition[1918].

1067. En définitive, si l'on fait fi de la controverse relative à l'existence même d'une responsabilité contractuelle[1919], le législateur lui-même n'ayant pas, semble-t-il, voulu

---

[1915] Art. 2348, al. 3 C. civ. : « *Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au constituant ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée* ».

[1916] L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 515.

[1917] Dans le même sens, V. N. BORGAS, *thèse préc. op. cit.,* n° 100 ; V. également, L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.,* n° 515.

[1918] Cass. 3e civ., 24 sept. 2008 28 n° 07-13.989, *JCP* 2009. II. 10016, note DAGORNE-LABBE.; Cass. 3e civ., 26 janv. 2011, n° 10-10.376 ; *RDC*. 2011. 817, obs. LAITHIER.

[1919] Controverse née à la fin du XIXe siècle entre deux courants doctrinaux. Ceux qui considèrent qu'il n'existerait pas de responsabilité contractuelle car il n'y aurait de faute que délictuelle ; et ceux qui défendent, au contraire, son l'autonomie de la responsabilité contractuelle. Pour plus de précision V. N. NEMTCHENKO, *thèse préc. op. cit.,* n° 158 et s.

prendre position en 2016[1920], le moins que l'on puisse dire est que la responsabilité contractuelle joue un rôle primordial en droit des sûretés. Sa mise en action constitue, sans aucun doute, l'un des moyens les plus efficaces pour la partie contractante qui ne souhaite pas exécuter sa prestation. La nature principalement subjective du fait générateur de la responsabilité devait nécessairement présager une grande place pour les volontés individuelles. Seules les dispositions du contrat déterminent, en effet, le comportement fautif. Partant, les parties disposent d'une large liberté aussi bien pour déterminer les comportements susceptibles de mettre en jeu la responsabilité, que les sanctions correspondantes lors de la mise en œuvre de la responsabilité.

* *
*

1068. Conclusion de la section 1. Hors procédure collective, l'analyse de la mise en œuvre des sûretés met en lumière les possibilités offertes aux parties. La liberté contractuelle y occupe en effet une place prépondérante. Cette place, elle la tient non seulement du législateur mais également du travail jurisprudentiel et doctrinal. Il faut néanmoins noter que l'étude de chacun des dénouements examinés a permis de mettre en lumière de nombreuses insuffisances du droit positif français.

Tout d'abord, l'analyse de l'aménagement des recours avant et après paiement souligne l'urgence d'une réforme visant à unifier ces régimes. Le progrès significatif réalisé avec la suppression de l'ancien article 2309 au profit du droit commun des mesures conservatoires demeure limité au cautionnement. L'appel à la reconnaissance d'un fondement unique pour les recours après paiement, avec la possibilité d'un cumul des recours, se fait pressant pour assurer la cohérence tant attendue.

Dans le domaine de la réalisation, notre analyse met en lumière une libéralisation croissante, traduite par une diversité d'options offertes au créancier. Du choix de renoncer à la réalisation, à la liberté de choisir le mode de réalisation, la volonté du législateur d'accorder une latitude maximale aux parties est manifeste. Cependant,

[1920] Les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle figurent dans la sous-section 5 intitulée « *La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat* ». Il n'est ainsi pas fait référence explicitement à la responsabilité. Comme l'ont souligné les auteurs Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *elle (l'Ordonnance de réforme)a limité ses intervention au strict minimum […] (afin de ne pas) anticiper sur ce qui relève d'une réforme globale de la responsabilité civile […]* » : V. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, n° 2136.

cette évolution semble inachevée, laissant place à la réflexion sur la reconnaissance de la clause de voie parée, un élément pouvant encore renforcer la souplesse recherchée. Enfin, l'aménagement des responsabilités, bien que soulevé dans un contexte controversé, s'avère crucial. La nature subjective de la responsabilité contractuelle offre aux parties une grande liberté dans la définition des comportements fautifs et des sanctions subséquentes. L'absence de position claire du législateur en 2016 sur cette question complexe souligne l'importance de la réflexion autour de cette facette de la mise en œuvre des sûretés.

Ainsi, en dépit des avancées significatives opérées par le législateur, la mise en œuvre des sûretés hors procédure collective révèle l'urgence d'une réforme substantielle pour instaurer une cohérence du droit des sûretés.

SECTION 2. EN CAS DE PROCÉDURE COLLECTIVE

1069. Lorsque le débiteur de l'obligation est défaillant, le créancier est en droit de réclamer son dû[1921]. Ainsi que le souligne J. MESTRE, *« S'il est un droit qui paraît sans histoire, c'est bien celui pour le créancier d'exiger que son débiteur le paye »*[1922]. Ce droit à l'exécution est d'ailleurs fermement protégé par la Cour européenne des droits de l'Homme[1923]. Sauf qu'en face du créancier, se trouve un débiteur, l'entreprise en difficulté, dont le traitement de la défaillance obéit à un droit spécialement conçu pour la circonstance et qui déroge au droit commun. Considérant les intérêts antagonistes en présence, le législateur français a conçu des procédures collectives pour tenter d'organiser un traitement égal à tous les créanciers.

À l'instar du droit des sûretés, le droit des procédures collectives est profondément lié au droit du crédit[1924], mais les deux matières obéissent à des logiques diamétralement

[1921] J. MESTRE, *« Le droit pour le créancier de recouvrer son dû… et ses limites », RTD civ.* 1990. 477.
[1922] J. MESTRE, *op. cit. ibis idem.*
[1923] C'est sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme que la CEDH protège le droit à l'exécution. V. par exemple, CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce, D.* 1998. 74, note N. FRICERO ; Dans le même sens, V. CEDH 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce.*
[1924] Pour ce qui concerne les liens entre le droit des sûretés et le droit du crédit, V. *supra* n° 502 et 503.

opposées. En effet, le droit des sûretés sécurise le crédit en conférant une protection au créancier contre l'insolvabilité du débiteur. Le droit des procédures collectives protège le crédit par la prévention des difficultés et le traitement de la défaillance du débiteur en assurant prioritairement la sauvegarde et la continuité de l'activité, la préservation des emplois et seulement lorsque les objectifs prioritaires n'ont pu être atteints, le règlement collectif des créanciers. Par ailleurs, le droit des sûretés, comme nous l'avons déjà vu, qui est issu d'un mélange entre le droit des obligations et le droit des biens, traite des rapports d'obligations entre le débiteur et le créancier, de telle sorte que les dispositions qui régissent la matière sont essentiellement d'ordre privé. Or, le droit des procédures collectives s'inscrit dans un autre registre, celui de l'intérêt de l'entreprise, de l'intérêt collectif des créanciers et même de l'intérêt général économique[1925]. La matière est donc largement d'ordre public.

1070. Ainsi, le droit des procédures collectives tend vers la volonté de protéger les créanciers collectivement et équitablement tandis que le droit des sûretés, lui, n'offre qu'une protection individuelle et personnalisée à chaque créancier. C'est cette dimension de défense de l'intérêt général dans le droit des procédures collectives qui justifie, nous semble-t-il, son emprise sur le droit des sûretés. Naturellement, la liberté contractuelle en sort neutralisée (**§1**). Mais l'emprise du droit des procédures collectives s'est considérablement fragilisée au milieu des années 1980. La rigidité des principes juridiques reposant sur l'intérêt collectif a peu à peu laissé place à des solutions négociées bien plus pragmatiques. Bien au-delà, les volontés individuelles ont fini par faire soumettre en partie le droit des procédures collectives en contribuant à la reconnaissance, dans le système juridique français, d'une multitude de sûretés réelles conférant l'exclusivité, rendant le mécanisme de garantie efficace en toute circonstance. Au mépris des principes qui gouvernent le droit des procédures collectives, le législateur s'est vu contraint de faire des concessions, aujourd'hui critiquables, pour ces mécanismes (**§2**).

[1925] G. FARJAT, *L'ordre public économique,* L.G.D.J., coll. « Bibl. de droit privé », 1963 ; V. également, Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *« L'ordre public économique », in L'ordre public,* Actes du colloque des 15 et 16 déc. 2011, Centre Michel de L'Hôpital de l'Université d'Auvergne, éd. Cujus 2012, p. 187 et s.

§1. LA NEUTRALISATION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE : L'EMPRISE DU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES SUR LE DROIT DES SÛRETÉS

1071. La mise en œuvre des sûretés en présence d'une procédure collective constitue une entreprise complexe, où les principes fondamentaux du droit des procédures collectives interagissent avec les droits des créanciers garantis. L'évolution du droit des procédures collectives prouve à suffisance que la défaillance d'une entreprise, c'est-à-dire son incapacité à honorer ses dettes, n'est plus seulement le problème de ses dirigeants et de leurs créanciers. C'est aussi celui de l'État, soucieux de la bonne santé du tissu social et économique du pays. En effet, la défaillance d'une entreprise peut entraîner, en raison de l'interdépendance économique, la faillite de ses créanciers, sans compter les pertes d'emploi que cette crise peut occasionner. C'est la crainte de voir un tel scénario se réaliser qui a poussé les pouvoirs publics à s'impliquer dans l'organisation des procédures collectives[1926].

La prise en main du traitement des entreprises en difficulté par les pouvoirs publics neutralise naturellement le pouvoir des volontés individuelles. Cette neutralisation s'opère sous l'emprise du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés. L'objectif de cette intervention des pouvoirs publics est double : d'une part, conférer un caractère d'ordre public aux règles régissant le droit des procédures collectives ; d'autre part, mettre en place une organisation régulée, contrôlée et équitable de l'action des créanciers afin d'éviter la multiplication des poursuites individuelles et injustes contre le débiteur et les créanciers concurrents.

1072. Ainsi, la neutralisation de la liberté contractuelle qui s'opère sous l'emprise du droit des procédures collectives nécessite le rappel des fondements d'ordre public qui sous-tendent ce droit (**A**) dont l'application n'est pas possible sans faire des restrictions aux droits des créanciers munis d'une sûreté (**B**).

[1926] D. VOINOT, « *Procédures collectives,* 2ème éd., L.G.D.J, 2013, p.1.

A. LES FONDEMENTS D'ORDRE PUBLIC DE LA NEUTRALISATION

1073. Au cœur de la mise en œuvre des sûretés en présence d'une procédure collective réside la neutralisation de la liberté contractuelle, un processus guidé par des fondements d'ordre public robustes. La définition de l'ordre public ne fait pas l'objet d'un consensus. Mais celle dégagée par PLANIOL illustre assez bien la prééminence du droit des procédures collectives sur les autres matières et en particulier le droit des sûretés. Selon l'auteur « *une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est imposée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* »[1927]. L'ordre public apparaît ainsi comme le principal obstacle à la manifestation des libertés contractuelles.

1074. Parmi les fondements d'ordre public qui sous-tendent la neutralisation des libertés contractuelles, deux principes émergent comme des piliers essentiels : le principe de primauté du droit des procédures collectives (**1**) et la discipline collective imposée aux créanciers (**2**). L'analyse approfondie de ces deux principes jettera la lumière sur la manière dont ces fondements d'ordre public sculptent la dynamique entre les créanciers garantis et les procédures collectives, établissant ainsi le cadre nécessaire pour comprendre la neutralisation de la liberté contractuelle dans ce contexte particulier.

1. Le principe de primauté du droit des procédures collectives

1075. Le principe de primauté renvoie à la prééminence ou à la supériorité d'une norme juridique par rapport à une autre. Plus spécifiquement, des dispositions d'ordre général établissent qu'une norme particulière a une autorité supérieure et doit être appliquée en priorité par rapport à d'autres normes qui pourraient entrer en conflit avec elle[1928]. La primauté résulte donc en principe d'un fondement textuel. Pour autant, elle peut également être justifiée par application des principes généraux du

[1927] V. A. LEPOMMELEC, *« La signification de l'ordre public en droit des obligations » in* Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *L'ordre public,* 2012, *op. cit.,* p. 73 et s. (Définition citée par l'auteur).
[1928] G. CORNU, *op. cit.,* V° PRIMAUTÉ.

droit, notamment la maxime conférant une priorité à la règle spéciale par rapport à la règle plus générale[1929], désormais consacré dans le Code civil par le législateur.

1076. Dans le cadre des procédures collectives, le principe de primauté du droit des procédures collectives signifie que les règles et les principes régissant ces procédures ont une prééminence légale sur d'autres dispositions juridiques. Ainsi, lorsque des conflits surviennent entre les règles des procédures collectives et d'autres normes juridiques, le principe de primauté stipule que les règles des procédures collectives doivent prévaloir. Cette primauté vise à assurer une cohérence et une efficacité accrues dans le traitement des entreprises en difficulté et de leurs créanciers pendant les procédures collectives.

1077. En droit français, deux fondements textuels consacrent le principe de primauté du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés : le Code civil et le Code de commerce.

1078. Dans le Code civil, le texte de référence résulte de l'article 2287. Consacré pour la première fois par l'Ordonnance de réforme de 2006, le texte dispose que « *Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers* ». Le livre IV relatif aux sûretés s'ouvre ainsi avec une série d'articles d'ordre générale qui se clôture par cet article 2287. Dès les premiers articles régissant le droit des sûretés, les parties sont parfaitement informées du bouleversement que l'éventualité de l'application des règles régissant le traitement des entreprises en difficulté pourrait entraîner[1930]. Pour le dire encore plus simplement, il n'y a pas de subsidiarité du droit des procédures collectives par rapport au droit des

[1929] La maxime *specialia generalibus derogant* qui signifie : ce qui est spécial déroge à ce qui est général, justifie également l'effet dérogatoire du droit des procédures collectives.

[1930] La Cour de cassation a encore eu récemment l'occasion de le rappeler dans une espèce où un organisme prêteur titulaire d'un nantissement sur compte avait prélevé sur les comptes une partie du capital prêté en application d'une clause du contrat, mais en violation de l'article L. 622-13 du Code de commerce. La Cour de cassation a jugé qu'un tel comportement de la banque constituait un blocage qui aboutit « *à vider de son sens le potentiel de la procédure de redressement judiciaire et justifie l'intervention du juge des référés afin de faire cesser un trouble manifestement illicite et à prévenir un dommage imminent, ce dommage imminent n'étant autre que la liquidation pour l'entreprise de fonctionner faute de fonds disponibles* » : Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-21.647 P : *D*. 2020. 1857, obs. LUCAS et CAGNOLI.

sûretés[1931]. Le texte consacre expressément un principe de primauté des règles relatives au droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés dès lors qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur défaillant. Ainsi toutes les règles impératives et dérogatoires du droit des procédures collectives ont vocation à s'appliquer aux créanciers titulaires de sûretés et dans leurs rapports avec le débiteur soumis aux procédures collectives. Cette primauté de principe concerne naturellement toutes les sûretés consacrées par le livre IV du Code civil. Sont donc soumises au principe de primauté aussi bien les sûretés personnelles que les sûretés réelles.

1079. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 relative aux sûretés a reconduit à l'identique cette disposition. Il faut y voir une manière pour le législateur de réaffirmer ce principe qui, en réalité, aurait même pu faire l'objet de plus amples précisions selon certains auteurs[1932].

1080. Au-delà des dispositions de l'article 2287 du Code civil, l'alinéa 3 de l'article 2422[1933] relatif au mode d'inscription des hypothèques consacre également d'une certaine façon le principe de primauté du droit des procédures collectives. Le texte prévoit qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, l'inscription des sûretés des créanciers hypothécaires est réglée par les dispositions des titres II, III ou IV du livre sixième du Code de commerce. De manière indirecte donc, ce texte consacre dans ce cas particulier la primauté du droit des procédures collectives[1934].

1081. Dans le Code de commerce, les choses ne sont pas aussi claires que dans le Code civil. En effet, aucune disposition ne consacre de manière expresse et générale la primauté des règles impératives et dérogatoires du droit des procédures collectives. D'ailleurs, pour les auteurs M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-

---

[1931] Le souhait d'une subsidiarité du droit des procédures collectives par rapport au droit des sûretés avait pourtant été émis par certains auteurs ayant participé à la rédaction du projet de réforme de 2006. Pour les auteurs : P. CROCQ, Ph. SIMLER, A. BAC, A. PRVENSAL ; V. D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 422.

[1932] En effet, selon Y. BLANDIN, *« cet article aurait pu être amendé afin de préciser que les dispositions du droit commun ne font pas non plus obstacle à l'application du livre VI du Code de commerce pour ses dispositions relatives à la prévention des difficultés des entreprises, lesquelles peuvent également perturber le sort des sûretés ».* V. Y. BLANDIN, *op. cit.*, V° art. 2287.

[1933] Art. 2422, 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 hypothèques produit les effets réglés par les dispositions du livre III du code des procédures civiles d'exécution, du livre VII du code de la consommation et des titres II, III ou IV du livre VI du code de commerce ».*

[1934] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 1306.

BACHELLIER, c'est dans le principe de subsidiarité qu'il faut rechercher la justification du régime dérogatoire du droit des procédures collectives[1935]. On trouve cependant certaines applications ponctuelles du principe de primauté du droit des procédures collectives dans le Code de commerce. C'est le cas notamment de l'article L. relatif à la relatif à la au créancier titulaire d'une réserve de propriété qui subit des restrictions lors de l'ouverture d'une procédure collective. Selon le texte : *« Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État »*. Certes, il ne s'agit là que d'une disposition spécifique à la réserve de propriété, mais elle illustre la volonté du législateur de manifester la primauté des dispositions spéciales des procédures collectives. Il en est de même en ce qui concerne le pacte commissoire dont la conclusion et la réalisation sont empêchées par des dispositions d'ordre public du Code de commerce[1936].

1082. Les dispositions de l'article 2287 du Code civil consacrent ainsi le principe de primauté de celles du Livre VI du Code de commerce relatives au droit des procédures collectives. Mais on peut également justifier cette primauté par l'application de la maxime *specialia generalibus derogant*. En effet, l'adage *specialia generalibus derogant* signifie non seulement qu'une règle spéciale doit déroger à une règle générale, mais également que lorsque deux règles s'opposent quant à leur application à une seule et même espèce, c'est la règle spéciale qui doit primer sur la règle générale[1937]. La rigueur de cette règle justifie d'ailleurs l'application d'une autre maxime, *exceptio est strictissimae interpretationis :* le principe d'interprétation stricte à toute règle d'exception. Les règles du droit des procédures collectives constituent ici le droit spécial et dérogent ainsi au droit commun formé par le droit des sûretés. En raison de caractère dérogatoire, la primauté doit être strictement interprétée.

1083. Au final, il est difficile de remettre en cause le principe de primauté du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés. Cette primauté résulte principalement

---

[1935] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.,ibis idem.*
[1936] V. les art. L. 622-7, L. 631-14 et L. 641-3 C. Com.
[1937] V. Ch. GOLDIE-GENICON, *« Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats », thèse* 2006, Paris.

de l'article 2287 du Code civil et accessoirement de dispositions ponctuelles que l'on retrouve tantôt dans le Code civil lui-même pour certaines sûretés tantôt dans le Code de commerce. Pourtant, il faut noter que ces consécrations éparses du principe illustrent le besoin d'une unification. En effet, l'article 2287 ne vise pas explicitement la matière commerciale. L'application du principe serait ainsi plus efficace et plus effective si une seule disposition régissait l'ensemble des sûretés, quelle que soit leur nature, civile ou commerciale. Un tel travail permettrait une compréhension meilleure et une application uniforme de la règle.

1084. À la lumière du principe de primauté du droit des procédures collectives, l'épicentre du paysage juridique des entreprises en difficulté, nous nous tournerons désormais vers une seconde pierre angulaire qui façonne la mise en œuvre des sûretés en présence d'une procédure collective : la discipline collective imposée aux créanciers. Si le principe de primauté établit une hiérarchie légale, la discipline collective vient lui conférer un contour spécifique en dictant les règles du jeu pour les créanciers détenant

2. La discipline collective imposée aux créanciers

1085. Il faut noter de prime abord que l'émergence du droit des procédures collectives résulte de l'évolution idéologique de ce qu'on appelait le droit de la faillite. Sa naissance ne coïncide donc pas avec la création du droit de la faillite, mais plutôt avec le moment où la gestion de celle-ci a pris une orientation commerciale[1938]. En effet, avant 1967, le traitement de la faillite, réalisé par les voies d'exécution civile des biens du débiteur pour recouvrer la dette, était fondé sur les règles du droit commun, formant ainsi le droit commun de la faillite. En d'autres termes, à l'exception de la vente globale des biens du débiteur supervisée par un tiers chargé d'apurer les dettes, le remboursement des créanciers pouvait s'effectuer individuellement et séparément, créancier par créancier. C'est à partir du moment où la procédure de règlement de la faillite a adopté une perspective commerciale[1939] et a établi une discipline collective composée de règles spéciales, impératives et circonstancielles, dérogeant au droit commun des voies d'exécution civiles, qu'elle a introduit un organisme public en tant

[1938] Sur l'évolution du droit des procédures collectives V. R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, coll. Précis-Domat, 1989.
[1939] En intégrant notamment la notion de cessation des paiements de l'article L. 631-1 C. com.

que régulateur du traditionnel rapport débiteur-créancier. C'est ainsi que le droit des procédures collectives a émergé comme une matière distincte et autonome. Le *« droit de la faillite »* a alors laissé place à une *« médecine des entreprises »*[1940].

1086. La loi du 13 juillet 1967 [1941] marque en effet un tournant dans la construction du droit des procédures collectives. À vrai dire, c'est son application jurisprudentielle qui a permis de rendre compte de l'évolution qu'elle amorçait. En effet, la Cour de cassation a entériné l'objectif d'intégration des créanciers à la procédure collective en décidant par exemple que les créanciers devaient impérativement respecter l'obligation de produire leurs créances au passif du débiteur[1942]. À défaut, elle considérait que le droit de poursuite était perdu[1943].

1087. Cette discipline collective vise à impliquer obligatoirement tous les créanciers du débiteur dans la procédure, les soumettant à des règles impératives, garantissant un traitement équitable et les obligeant à supporter conjointement les sacrifices imposés[1944]. Dans le droit des procédures collectives, l'égalité de traitement des créanciers y fait figure de base essentielle[1945], de cadre d'élection[1946], de balise dans la tempête[1947]. Organisés en groupes de créanciers ou plus tard par des comités de créanciers, les droits des créanciers sont pris en compte tout au long de la procédure collective, en particulier lors de la phase de liquidation judiciaire, où ils sont représentés par le syndic des créanciers et pris en charge par l'administrateur judiciaire responsable de la liquidation judiciaire. Enfin, le paiement des créanciers à la fin de la procédure se réalise conformément à leur rang respectif.

[1940] Expression employée par J. FOYER, *« De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », Mélanges P. AZARD,* Éd. Cujas, 1980, p. 55 et s.

[1941] Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

[1942] Cass. com., 24 janv. 1973, n° 71-14.191 : *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *D.* 1973, jurispr. P. 255, note F. DERRIDA ; V. également, Cass. ass. plén., 13 févr. 1976, n° 74-14.127 : *Bull. civ.* Ass. plén., n° 3 ; *D.* 1976, jurispr. p. 237, concl. Schmelck, note F. DERRIDA, obs. A. HONORAT.

[1943] Cass. com., 8 nov. 1973, n° 72-12.407 : *Bull. civ.* IV, n° 318.

[1944] V. J.-P. SORTAIS, *« La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives »* : *RTD com.* 1976, p. 277.

[1945] V. M. VASSEUR, *D.* 1986. Somm. 9, obs. sous com. 19 avril 1985.

[1946] M. CABRILLAC, *« Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida,* Dalloz, 1991, n° 1, p. 31 et s.

[1947] M. VASSEUR, *op. cit., art. préc.*

1088. La discipline collective se manifeste également par des mesures comme l'interdiction des paiements[1948], la suspension des poursuites[1949], l'arrêt du cours des inscriptions[1950], les nullités de la période suspectes[1951] etc. autant de règles qui mettent les créanciers sur un pied d'égalité face à la procédure. En effet, dans le cadre du droit des procédures collectives, le fait pour le créancier d'être titulaire d'une sûreté ne permet plus d'échapper à la discipline collective[1952]. Ainsi que le souligne un auteur, « *L'égalité des créanciers, qui s'exprime à travers cette discipline collective, a une utilité fonctionnelle, celle de mener à bonne fin la procédure collective conçue ici comme une voie d'exécution générale* »[1953]. Les initiatives individuelles étant bloquées en raison de l'absence de poursuites individuelles, l'égalité des créanciers est plus précisément procédurale[1954] car la discipline collective n'impact pas fondamentalement la phase de désintéressement où les créanciers recouvrent leurs différences.

1089. L'examen des fondements d'ordre public de la neutralisation nous a permis de comprendre les piliers juridiques qui sous-tendent la mise en œuvre des sûretés en présence d'une procédure collective. Le principe de primauté du droit des procédures collectives s'affirme comme le fondement principal, établissant la hiérarchie légale qui prévaut dans ce contexte particulier. Il recentre la dynamique autour des intérêts collectifs des créanciers et du débiteur en difficulté, écartant ainsi les postulats du droit commun des voies d'exécution civile.

[1948] V. art. L. 622-7 C. com. qui concerne la sauvegarde mais qui est également applicable au redressement et à la liquidation par renvoi respectivement des articles L. 631-14 et L. 641-3 C. com.
[1949] V. art. L. 622-21-II C. com. Le texte est relatif à la sauvegarde, mais est applicable au redressement et à la liquidation par renvoi respectivement des articles L. 631-14 et L. 641-3 C. com.
[1950] V. art. L. 622-30 C. com. Le texte est relatif à la sauvegarde, mais est applicable au redressement et à la liquidation par renvoi respectivement des articles L. 631-14 et L. 641-3 C. com.
[1951] V. art. L. 632-1 C. com. relatif au redressement judiciaire et applicable à la liquidation judiciaire par renvoi de l'art. L. 641-14 C. com.
[1952] V. Ph. THÉRY, *« L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution », Droit et procédures,* mai-juin 2002, p. 140 s.
[1953] Ph. DELMOTTE, *« L'égalité des créanciers dans les procédures collectives »,* rapport de la Cour de cassation 2003, La documentation française, p. 106 s.
[1954] V. M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers,* pref. M.-H. MONSÉRIÉ-BON, litec, Bibl. de droit de l'entreprise, 2002, n° 8-9.

B. LES RESTRICTIONS AUX DROITS DES CRÉANCIERS DÉTENTEURS DE SÛRETÉ

1090. L'ouverture d'une procédure collective engendre des effets immédiats qui redéfinissent le paysage juridique entourant l'entreprise en difficulté. Dès le jugement d'ouverture, le débiteur est assisté dans sa fonction d'administration afin d'assurer une surveillance accrue sur les opérations de l'entreprise. L'objectif, à ce stade, est d'évaluer la situation financière, de proposer des mesures conservatoires si nécessaire, et de présenter un état des actifs et des passifs. Parallèlement, une période d'observation s'instaure dans la procédure de sauvegarde et de redressement, durant laquelle de nombreuses restrictions s'imposent aux créanciers comme l'interdiction des poursuites individuelles contre l'entreprise. Cette période offre un espace de répit, permettant aux parties prenantes de travailler sur des solutions de redressement ou de sauvegarde. En ce qui concerne les créanciers détenant des sûretés, les restrictions et obligations spécifiques entrent en vigueur, dictant la manière dont ils peuvent exercer leurs droits dans le cadre de la procédure collective. L'effet immédiat de cette ouverture est donc une transformation radicale des relations entre l'entreprise et ses créanciers, encadrée par des règles spécifiques visant à équilibrer les intérêts divergents et à faciliter la restructuration ou la liquidation ordonnée de l'entreprise en difficulté.

1091. L'application rigoureuse des règles impératives qui façonnent la discipline collective entraîne immédiatement des restrictions substantielles pour les créanciers, résultant de l'exécution des deux missions cardinales de l'organe de décision au sein de la procédure : Le gel du passif du débiteur (**1**) et la préservation de son actif (**2**).

1. Les restrictions résultant du gel du passif du débiteur

1092. Le gel du passif permet de répertorier fidèlement l'ensemble du passif du débiteur. Il permet ainsi de mesurer l'ampleur des difficultés rencontrées par l'entreprise traitée et surtout de jauger ses chances d'être sauvée. À cette fin, l'obligation de déclaration des créances (**a**) contribue à fournir une vision claire des droits des créanciers, tandis que l'interdiction des poursuites individuelles favorise un environnement de collaboration propice aux solutions collectives (**b**). Par ailleurs,

l'arrêt du cours des intérêts intervient comme une pause nécessaire, évitant une spirale d'endettement incontrôlée (**c**).

a. L'obligation de déclaration des créances

1093. La déclaration de créance est un acte procédural[1955] par lequel le créancier manifeste sa volonté d'être payé dans la procédure collective du débiteur[1956]. Une fois vérifiée, son admission conduit à l'inscription de la créance au passif de l'entreprise. Tous les créanciers du débiteur sous le coup de la procédure collective, concernés par cette déclaration sont obligés d'accomplir cet acte. Cette obligation est une composante essentielle de l'étape incontournable de la détermination du patrimoine du débiteur[1957]. Cette détermination permet de mesurer la capacité de l'entreprise à poursuivre son activité mais elle permet également le dénouement des créanciers[1958].

1094. Ainsi, tous les créanciers concernés[1959] ont l'obligation de déclarer leurs créances à l'organe de décision compétente quelle que soit la procédure envisagée[1960]. Cette déclaration est faite auprès d'un mandataire pour la procédure de sauvegarde[1961], auprès d'un administrateur en cas de procédure de redressement[1962] et auprès d'un liquidateur en cas de liquidation judiciaire[1963]. La déclaration de créance doit être effectuée dans le délai légal imparti. Cette déclaration doit être effectuée dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture. À défaut, les créances et les sûretés non déclarées sont inopposables à la procédure collective du débiteur selon les termes de l'article L. 622-26 du Code de commerce[1964]. Elles tombent ainsi dans le domaine de la forclusion.

[1955] L'article L. 622-25-1 C. com. issu de l'Ordonnance du 12 mars 2014 prévoit en effet que la déclaration de créance vaut désormais acte de poursuites pour le créancier déclarant: « *La déclaration de créance interrompt la prescription jusqu'à la clôture de la procédure ; elle dispense de toute mise en demeure et vaut acte de poursuites* ».

[1956] S. FARHI, *Réforme des procédures collectives,* Gaulino Lextenso, *Droit en poche,* 3e éd. 2022p. 46.

[1957] D. VOINOT, *Procédures collectives,* Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, p. 149.

[1958] Cette première mission de balisage concerne donc aussi l'actif.

[1959] L'article L. 622-24, al. 1er C. com. donne exception aux salariés. Le sont également, les créanciers d'aliments, les créanciers obligataires, ceux bénéficiant d'une action directe et les coobligés.

[1960] C'est l'article L. 622-24 du C. com. qui prévoit les règles relatives à la déclaration de créance.

[1961] Art. L. 622-24 al. 3 C. com.

[1962] Art. L. 631-14, al. 3 C. com.

[1963] Art. L. 641-1 et s. C. com.

[1964] Cette situation peut être financièrement fatale pour le créancier dans la mesure où sa créance n'existera pas pour la procédure et ne pourra pas être payée.

1095. Il faut toutefois noter que le créancier peut toujours, dans le délai de six mois suivant la publication du jugement d'ouverture, engager une action en relevé de forclusion[1965]. En effet, selon les dispositions de l'article L. 622-26 du Code de commerce, deux situations peuvent permettre au juge-commissaire d'autoriser le créancier hors délai à être relevé de forclusion : d'une part, dans le cas où la défaillance à l'obligation de déclaration n'est pas due à son fait[1966] ; d'autre part, si la défaillance est due à une omission du débiteur lors de l'établissement de la liste des créanciers.

1096. Après une vérification rigoureuse, l'admission ou le rejet de la déclaration de créance permettra ou ne permettra pas au créancier d'avoir le droit de participer aux répartitions et dividendes[1967].

La marge de manœuvre des créanciers est très limitée en raison de ces règles qui résultent de la discipline collective. Intéressons-nous, à présent, à la portée de cette obligation sur les créanciers titulaires de sûretés.

1097. Ne sont concernées par cette obligation que les créances nées antérieurement à la décision d'ouverture de chaque procédure collective. Mais depuis l'Ordonnance du 26 juillet 2005, les créances postérieures au jugement d'ouverture non couvertes par le privilège de procédure consacré à l'article L. 622-17, I du Code de commerce sont aussi concernées par l'obligation de déclaration de créance. Elles sont, en effet, traitées comme des créances antérieures[1968] comme le précise l'alinéa 5 de l'article L. 622-24 du Code de commerce.

1098. À ce stade de la procédure collective, le créancier muni d'une sûreté a tout intérêt à respecter cette obligation s'il veut être payé. Cette obligation constitue, en quelque sorte, une contrepartie de l'interdiction des paiements et même des poursuites qu'il convient à présent d'étudier.

b. L'interdiction des poursuites individuelles

1099. À l'instar de toutes les règles impératives et dérogatoires du droit des procédures collectives, l'interdiction des poursuites individuelles est une règle

---

[1965] Art. L. 622-26, al. 1er C. com.

[1966] Par exemple un cas de force majeur comme une hospitalisation.

[1967] Art. L. 622-26, al. 1er C. com.

[1968] Ph. ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté - De la théorie à la pratique,* Litec, 2005, p. 198.

fondamentale de la discipline collection imposée aux créanciers et postérieurs non privilégiés. Ils ne peuvent plus agir contre le débiteur dès l'ouverture de la procédure. Cette interdiction est non seulement une règle d'ordre public interne[1969] mais également international[1970].

1100. L'article L. 622-21-I du Code de commerce prévoit à propos de la sauvegarde que « Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ». Cette interdiction s'applique également à la procédure de redressement et de liquidation judiciaires du débiteur. Elle constitue l'une des conséquences majeures de la décision d'ouverture de la procédure[1971] qui permet d'offrir un certain répit financier nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise.

1101. L'interdiction des poursuites s'applique à tous ceux qui sont non éligibles au traitement préférentiel de l'article L. 622-17-I[1972]. Ces créanciers ne peuvent ni agir ni saisir un actif du débiteur. Le premier alinéa de l'article L. 622-21-I précité cible les actions tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent et celles tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Si on s'en tient à l'énoncé du texte, faut-il considérer que toutes les actions qui ne tendent pas à obtenir un paiement sont permises ? On peut affirmer avec certitude que les actions en résolution et en résiliation de contrats qui ne tendent pas à l'obtention d'un paiement ne sont pas interdites. De même, les actions tendant à un paiement en nature ne rentrent pas dans le champ d'application de l'interdiction. Par contre, sachant que les actions tendant à une sanction pour inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire conduisent à une demande de dommages et intérêts, l'interdiction de l'article L. 622-21-I devrait s'appliquer.

[1969] Cass. 1re civ., 6 mai 2009, n° 08-10.281, n° 509, *D.* 2009, AJ 1422, obs. X. DELPECH ; *Pan.* 2959, obs. T. CLAY, *Gaz. Pal.* 26-28 juill. 2009, p. 9, note F. MELIN.

[1970] V. J.-L. VALLENS, « *L'arrêt des poursuites individuelles est d'ordre public international* », *RTD com.* 2010, p. 208 ; V. également, A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté,* 8e éd. n° 467 et 470.

[1971] S. FARHI, *op. cit.*, p. 45.

[1972] Art. L. 622-17-I C. com. : « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* ».

1102. Lorsqu'une action judiciaire était en cours au moment de l'ouverture de la procédure collective, elle est suspendue. En clair, si le créancier avait engagé son action avant la décision d'ouverture, la poursuite de celle-ci doit être suspendue à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation considère que le créancier poursuivant doit déclarer sa créance à la procédure[1973].

1103. À côté de l'obligation de déclaration des créances et l'interdiction des poursuites individuelles, l'arrêt du cours des intérêts émerge comme une mesure clé, ayant un impact significatif dans le cadre du gel du passif du débiteur.

c. L'arrêt du cours des intérêts

1104. Le principe de l'arrêt du cours des intérêts est régi par l'alinéa 1er de l'article L. 622-28 qui prévoit que « *Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. Nonobstant les dispositions de l'article 1343-2 du code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts* ». La règle s'applique à compter du jugement d'ouverture et s'étend à toutes sortes d'intérêts[1974]. La règle s'applique sans distinction quant à la qualité du créancier, qu'il soit chirographaire ou muni d'une sûreté[1975].

1105. L'arrêt du cours des intérêts, en tant que composante essentielle du gel du passif du débiteur, poursuit plusieurs finalités stratégiques. Tout d'abord, cette mesure vise à prévenir une escalade incontrôlée de l'endettement, agissant comme une pause dans l'accumulation des intérêts qui pourrait aggraver la situation financière du débiteur en difficulté. En suspendant cette composante du passif, l'arrêt du cours des intérêts contribue à maintenir une stabilité financière cruciale pendant la procédure collective. De plus, cette pause stratégique offre une opportunité aux parties prenantes de

[1973] Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-12.416, *D.* 2009, JA 2485, obs. A. LIENHARD.
[1974] F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté,* L.G.D.J, coll. Manuel, 10ème éd., 2014, p. 319.
[1975] F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 634.

collaborer de manière plus constructive, en évitant les pressions financières induites par des intérêts en augmentation constante. En favorisant un environnement propice à la négociation et à la recherche de solutions concertées, l'arrêt du cours des intérêts aligne les intérêts divergents des créanciers dans une perspective de préservation collective. Ainsi, cette mesure s'inscrit dans une démarche globale visant à équilibrer les droits des créanciers tout en assurant une gestion ordonnée du passif du débiteur au cours de la procédure collective.

1106. À travers l'obligation de déclaration des créances, l'interdiction des poursuites individuelles, et l'arrêt du cours des intérêts, ces restrictions traduisent de la nécessité de stabiliser la situation financière du débiteur en difficulté tout en équilibrant les intérêts variés des créanciers. Ensemble, ces mécanismes contribuent à prévenir l'accumulation incontrôlée des dettes, favorisent la transparence dans le processus et créent un environnement propice à la recherche de solutions collectives. Cette approche offre une base solide pour comprendre les nuances des restrictions imposées aux créanciers dans le contexte des procédures collectives, mettant en relief l'importance de ces mesures dans le maintien de l'ordre et de l'équité au cours de la procédure.

1107. Transcendant la phase du gel du passif du débiteur, l'exploration de la situation des créanciers détenteurs de sûreté nous conduit désormais vers la deuxième dimension critique des restrictions au sein des procédures collectives : celles résultant de la préservation de l'actif du débiteur. Alors que la première série de restrictions a mis en lumière les impératifs essentiels pour stabiliser les dettes et équilibrer les droits des créanciers, la seconde approfondira les celles nécessaires à la protection des actifs de l'entreprise en difficulté.

2. Les restrictions résultant de la préservation de l'actif du débiteur

1108. La préservation de l'actif du débiteur sous le coup d'une procédure collective entraîne également des restrictions et atteintes portées aux droits et aux sûretés des créanciers. L'objectif ici est de protéger l'actif du débiteur contre tout acte susceptible de spolier le patrimoine de l'entreprise. Ce sont là des mesures d'ordre public qui résultent de l'intérêt collectif des créanciers.

1109. Les mesures de préservation de l'actif du débiteur se matérialisent d'une part, par l'interdiction de nouvelles inscriptions de sûretés (**a**), d'autre part, par l'interdiction des paiements (**b**).

a. L'interdiction de nouvelles inscriptions de sûretés

1110. Au cours de la période suspecte, le débiteur en difficulté peut être tenté d'organiser sa faillite en posant des actes frauduleux avec la complicité de certains créanciers. C'est pourquoi, la constitution ou l'inscription de nouvelles sûretés est susceptible d'être annulée. Pour ce qui concerne la constitution des sûretés, nous sommes déjà suffisamment informés des restrictions qui pèsent sur les créanciers en présence d'une procédure collective[1976]. Maintenant, pour ce qui concerne les inscriptions, elles sont, à la fois, en lien avec la phase de réalisation et de fonctionnement des sûretés réelles. En effet, au stade de la réalisation, l'inscription est une condition essentielle garantissant leur efficacité. Au cours de la vie de la sûreté, l'inscription est une mesure conservatoire, garantissant l'opposabilité de la sûreté[1977]. Son interdiction pendant la procédure collective est une manifestation de la discipline collective[1978].

1111. C'est l'article L. 622-30 du Code de commerce qui consacre le principe de l'arrêt des inscriptions de sûretés réelles après le jugement d'ouverture. Selon l'alinéa 1er du texte, « *les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. Il en va de même des actes et des décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture* ». Cette règle s'applique aux sûretés réelles qui n'ont pas été constituées avant le jugement d'ouverture de la procédure collective. L'objectif de cette règle est de protéger les créanciers qui ont déjà constitué des sûretés avant le jugement d'ouverture, en leur garantissant un droit de préférence sur les biens du débiteur. Cette règle vise également à éviter que de nouveaux créanciers ne viennent s'ajouter à la liste des créanciers privilégiés après l'ouverture de la procédure collective, ce qui pourrait

[1976] V. *supra* n° 449 et s.
[1977] Par exemple, le défaut d'inscription de l'hypothèque entraîne la perte du droit de préférence et du rang pour le créancier : art. 2418 C. civ.
[1978] S. FARHI, *op. cit.*, p. 44.

déséquilibrer la situation des créanciers et nuire à la continuité de l'activité économique de l'entreprise en difficulté.

1112. Il est ici nécessaire de préciser le champ d'application de l'article L. 622-30 du Code de commerce. En effet, le texte ne concerne que les sûretés réelles classique ou préférentielles dont la validation est soumise à une mesure de publicité et constituées antérieurement sur des biens appartenant au débiteur[1979]. Cela signifie donc que les sûretés réelles régulièrement constituées postérieurement ne sont pas concernées pourvu qu'elles entrent dans le champ d'application du privilège prévu par l'article L. 622-7 II du Code de commerce[1980]. De même, le texte exclut de son champ certaines créances du Trésor public[1981] et la créance du vendeur de fonds de commerce[1982]. Sachant que le *« les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier […][1983] »*, le défaut d'inscription dans les délais impartis entraîne la perte du rang pour le créancier négligent qui, dès lors, devient un simple créancier chirographaire.

1113. L'interdiction de nouvelles inscriptions de sûretés consacrée par l'article L. 622-30 du Code de commerce, vise à empêcher la manipulation des actifs par le débiteur et ses complices. Pendant la procédure collective, aucune hypothèque, gage, nantissement, ou privilège ne peut être inscrit postérieurement au jugement d'ouverture. Cette mesure protège les créanciers qui ont déjà constitué des sûretés, assurant leur droit de préférence. Toutefois, cette règle ne s'applique qu'aux sûretés réelles classiques ou préférentielles constituées avant le jugement d'ouverture. Les sûretés régulièrement constituées postérieurement, relevant du privilège prévu par l'article L. 622-7 II du Code de commerce, ne sont pas concernées. De plus, certaines

---

[1979] Y. DIALLO, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives,* Préf. Ph. DELBECQUE, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2019, n° 314.

[1980] Ce texte prévoit que : *« Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une sûreté réelle conventionnelle en garantie d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure, à payer le transporteur exerçant une action au titre de l'article L. 132-8 du code de commerce ou à compromettre ou transiger. Néanmoins, si l'un de ces actes est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure, le juge-commissaire ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public ».*

[1981] Le Trésor public peut en effet inscrire son privilège au greffe du Tribunal de commerce.

[1982] Art. L. 622-30, al. 2 et 3 C. com. Il dispose, pour ce faire, d'un délai de quinze jours à compter de la date de l'acte de vente sous peine de nullité, V. art. L. 141-6 C. com.

[1983] Art. 2418 C. civ.

créances du Trésor public et la créance du vendeur de fonds de commerce échappent à cette restriction.

1114. Il convient, à présent, de s'intéresser à une seconde mesure de préservation de l'actif du débiteur soumis à une procédure collective : L'interdiction des paiements. Alors que la première restriction visait à prévenir les manipulations frauduleuses des actifs, cette seconde mesure s'attaque à la dispersion désordonnée des ressources disponibles de l'entreprise en difficulté.

b. L'interdiction des paiements

1115. L'interdiction des paiements est une règle fondamentale dans le traitement des difficultés car elle permet de préserver les actifs et de geler les créances détenues contre le débiteur[1984]. Pour le dire autrement, cette règle repose sur deux finalités : D'une part, éviter le scénario où une trop forte pression pèserait sur la trésorerie du débiteur à l'ouverture de la procédure collective ; d'autre part, éviter que les créanciers ne se jettent avec impétuosité sur le débiteur au même moment pour obtenir paiement[1985]. Cette règle d'ordre public permet ainsi de protéger le débiteur en préservant son actif, le tout, en lui laissant le temps d'envisager plus sereinement le sauvetage de l'entreprise.

1116. Le régime de l'interdiction d'obtenir paiement est prévu par l'article L. 622-7 du Code de commerce. Depuis l'entrée en vigueur de ce texte, issu de la réforme du 26 juillet 2005[1986], outre les créances antérieures, la règle concerne également les créances postérieures non couvertes par le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce. À compter donc de la date d'ouverture, le principe prohibe tout paiement de la part du débiteur principal des créances concernées échues ou non échues et exigibles[1987]. La violation de la règle est sanctionnée par la nullité[1988].

1984 S. FARHI, *op. cit.*, p. 44.

1985 V. VOINOT, *Procédures collectives,* éd. 2011, Montchrestien, p. 128.

1986 Avant l'entrée en vigueur de cette réforme, seules les créances antérieures étaient concernées. Cette extension du domaine de la règle de l'interdiction a cependant été vivement critiquée par certains auteurs en raison du manque de clarté et de lisibilité qu'elle occasionnait. La règle porterait atteinte au principe d'égalité des créanciers. V. à ce sujet, par exemple, M. SÉNÉCHAL, G. COUTURIER, *« créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ?, Bull. Joly Entreprises en difficulté,* 01 sept. 2012, n° 5, p. 328.

1987 Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-20.241 ; *JCP* E 2010, 1296, n° 3, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com. 31 janv. 2006, n° 04-15.315, *Bull.* 18 et rapp.

1988 Art. L. 622-7 III C. com.

D'ailleurs, cette nullité peut être demandée par tout intéressé ou par le Ministère public.

1117. Le domaine d'application de l'article L. 622-7 du Code de commerce connaît toutefois des exceptions. L'énoncé du premier alinéa du texte permet aisément d'identifier deux limites : d'une part, celle relative au paiement par compensation de dettes connexes ; d'autre part, celle relative aux créances alimentaires. D'autres exceptions au principe existent. Ces exceptions doivent impérativement être justifiées par la poursuite de l'activité. Ainsi en est-il du paiement effectué au créancier rétenteur, du créancier gagiste, du créancier fiduciaire ou encore du crédit-bailleur lors de la levée d'option d'achat. Ces exceptions feront l'objet d'un approfondissement dans nos développements ultérieurs.

c. L'inefficacité de principe de l'attribution conventionnelle en propriété

1118. L'attribution conventionnelle en propriété peut soit résulter de la convention des parties, assortie à la sûreté (**α**), soit résulter d'une décision de justice à la demande du créancier (**β**). L'ouverture d'une procédure collective fait, en principe, échec à l'efficacité de ces deux modes de réalisation.

a. L'inefficacité du pacte commissoire

1119. L'attribution conventionnelle en propriété constitue un mécanisme efficace de réalisation qui permet à son bénéficiaire de devenir propriétaire du bien en cas de défaillance du débiteur principal[1989]. Assurément, le pacte commissoire offre une efficacité chirurgicale au créancier en le plaçant dans la position du titulaire d'une propriété-sûreté. Pour autant, faut-il en déduire qu'à l'instar du créancier bénéficiaire du propriété-sûreté lui conférant l'exclusivité, le créancier disposant d'une faculté d'attribution conventionnelle sur une hypothèque, un gage ou un nantissement peut librement réaliser sa sûreté pendant les phases des procédures collectives et ainsi échapper à la discipline collective ?

1120. C'est dans les dispositions de l'article L. 622-7-I du Code de commerce qu'il faut chercher la réponse à cette question. En effet, le texte prévoit que *« Il (le jugement d'ouverture) fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire »*.

[1989] V. *supra* n° 1015 à 1019.

Cela signifie que l'ouverture d'une procédure collective a pour effet de paralyser l'efficacité de l'attribution conventionnelle par la voie du pacte commissoire. Les parties ne peuvent ni constituer, ni réaliser ce mode de réalisation dès lors qu'une procédure collective est ouverte. Bien que l'attribution en propriété puisse être automatique dès la défaillance du débiteur, sa mise en œuvre doit conduire à une vente que l'ouverture de la procédure collective aura pour effet de paralyser.

1121. Cependant, il faut préciser que le législateur ne donne pas de précision sur la date de la réalisation du pacte commissoire. Or, la date du transfert effectif en propriété en exécution du pacte constitue un aspect essentiel du mécanisme. La Cour de cassation, quant à elle, rappelle que si l'exécution du pacte commissoire a lieu de plein droit en cas de défaillance du débiteur, cette modalité est supplétive de volonté[1990]. Ce qui veut dire que les parties peuvent très bien stipuler dans la convention, que l'attribution s'effectuera dès la première défaillance, de sorte que le transfert de propriété soit effectif à ce moment précis. Il en résulte que si le transfert se produit avant le jugement d'ouverture, le pacte commissoire se pourrait valablement échapper à la saisie collective.

β. L'inefficacité de l'attribution judiciaire

1122. Pour ce qui concerne l'attribution judiciaire, le législateur ne prévoit pas explicitement de disposition interdisant l'exercice d'une telle action pendant la procédure collective comme dans le pacte commissoire. Seulement, son interdiction résulte des fondements d'ordre public que nous exposions tantôt. En effet, la consécration d'une disposition spécifique n'est pas forcément nécessaire ici puisque l'action conduisant à demander devant le juge l'attribution judiciaire revient *in fine* à demande au juge d'ordonner un paiement[1991]. Or, un tel jugement prononcé en faveur du créancier contreviendrait à la discipline collective que le législateur fait primer sur les règles du droit des sûretés[1992].

1123. De la même manière que le pacte commissoire ayant produit tous ses effets avant l'ouverture de la procédure collective échappe à la saisie collective, l'attribution

[1990] Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-130.14.
[1991] V. P.-M. LECORRE, *« Droit et pratique des procédures collectives »*, Dalloz, 8ème éd. 2008, n° 652-25.
[1992] Art. 2287 C. civ.

judiciaire ayant été ordonnée avant la décision d'ouverture de la procédure collective est efficace. En effet, cette hypothèse suppose que le créancier ait obtenu une décision judiciaire en sa faveur revêtue de force de chose jugée. Le bien objet de la sûreté sort dès lors du patrimoine du débiteur traité et éteint automatiquement la créance due par ce dernier. Cette solution est consacrée par la jurisprudence[1993] qui considère que *« l'attribution du gage ordonnée avant l'ouverture de la procédure collective, par une décision statuant sur le fond, exécutoire par provision, transfère la propriété au créancier et éteint la créance de celui-ci à concurrence de sa valeur […]».*

1124. Ce premier examen de la mise en œuvre des sûretés en présence d'une procédure collective a révélé une neutralisation de la liberté contractuelle par le droit des procédures collectives. Ainsi, les fondements d'ordre public, que sont le principe de primauté et le principe de la discipline collective, imposent des restrictions aux droits des créanciers détenant des sûretés ; l'objectif étant d'avoir une maîtrise importante sur le passif et l'actif de l'entreprise en difficulté. Cependant, cette neutralisation, bien que nécessaire pour préserver l'équilibre dans les situations de difficulté financière, ouvre la voie à des accommodements qui demandent un examen critique. C'est précisément cette critique qui méritera un approfondissement dans la prochaine étape de notre exploration. Elle devrait permettre d'éclairer davantage les complexités de la mise en œuvre des sûretés en présence des procédures collectives.

§2. LA CONTRACTUALISATION CONTEMPORAINE DU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES : LA MULTIPLICATION DES ACCOMMODEMENTS[1994] À LA DISCIPLINE COLLECTIVE

1125. Vers le milieu des années 1985[1995], le législateur français a opéré un changement radical de paradigme dans le traitement des difficultés du débiteur en se fixant trois

---

[1993] Cass. com. 24 janv. 2006, n° 02-11.989, *Bull. civ.*, IV, n° 15, *JCP G* 2006, I, n° 131, obs. Ph. DELEBECQUE.

[1994] L'accommodement est le terme qui convient le mieux ici pour traduire les concessions du droit des procédures collectives. Le sens juridique de l'accommodement renvoie à un règlement entre des intérêts antagonistes, à un compromis ou encore une conciliation : V. G. CORNU, *op. cit.*, V° ACCOMMODEMENTS. Cependant, l'accommodation n'est employée que dans le sens de l'adaptation.

[1995] Par la faveur de deux lois : La loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention amiable et au règlement amiable des difficultés des entreprises et la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

objectifs : la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et des emplois et l'apurement du passif[1996]. À cet effet, il a décidé d'impliquer les créanciers davantage au-delà des nombreux efforts déjà consentis dans le cadre de la discipline collective. Ainsi, le droit des procédures collectives a progressivement évolué vers la recherche de compromis et d'accommodements en raison des réalités du terrain. Cette phase de son évolution marque le début de sa contractualisation[1997].

Cette contractualisation se traduit par une personnalisation des rapports entre créanciers et entreprises. Concrètement, au fil des réformes, le débiteur traité et ses cocontractants, jadis sacrifiés[1998] au nom de l'intérêt général, ont recouvré des droits et des prérogatives leur permettant d'avoir un rôle actif au sein des différentes procédures. C'est ainsi que le droit des procédures collectives est passé du statut d'un droit régalien, rigide et contraignant en raison de l'ordre public et l'intérêt collectif, à une discipline collective plus flexible et orienté vers un droit négocié[1999].

1126. Il s'en suit que ce mouvement de contractualisation laisse davantage de liberté aux parties, leur permettant ainsi d'exprimer, dans ce cadre, leur volonté. L'abandon de l'égalitarisme rigoureux au profit d'une individualisation des rapports profite le mieux aux titulaires de sûretés réelles. Ces derniers bénéficient d'un traitement préférentiel à plusieurs égards : D'abord, ils peuvent participer au traitement de l'entreprise en difficulté grâce à la création des classes de parties affectées (**A**). Ensuite, des faveurs spéciales sont faites aux créanciers postérieurs qui consentent à faire des apports en trésorerie à l'entreprise en difficulté (**B**). Enfin, des faveurs sont également faites à certains créanciers titulaires d'une sûreté conférant l'exclusivité (**C**).

1996 V. P.M LE CORRE, *« 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », Gaz. Pal.* 2007, n° 202.

1997 V. A.-F. ZATTARA-FROS, *« La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », in, Mélanges en l'honneur de* Daniel TRICOT, Dalloz, 2011, p. 623 et s.

1998 Au moins jusqu'à la réforme de 2005.

1999 F.-X. LUCAS, *« Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté, Propos conclusifs », in Les dossiers de la RIDE,* n° 5 Hors-série 2012, p. 109 et s.

A. LA PARTICIPATION AU TRAITEMENT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ : LA CRÉATION DES CLASSES DE PARTIES AFFECTÉES

1127. Les classes de parties affectées sont une nouveauté introduite par l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 modifiant le livre VI du Code de commerce. Elles ont été créées pour répondre aux exigences de la directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 relative à la restructuration et à l'insolvabilité[2000]. Elles viennent en remplacement des comités de créanciers introduites par la réforme opérée en 2005[2001]. Ces classes regroupent les créanciers ayant des intérêts communs dans la procédure collective, tels que les créanciers titulaires de sûretés réelles sur les biens du débiteur, les salariés, les fournisseurs, etc. Elles ont pour objectif de faciliter la consultation et la participation des créanciers à la procédure collective, en leur permettant de se regrouper et de se prononcer par un vote sur le projet de plan de sauvegarde ou de redressement.

La loi ne les impose que pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée[2002] et lorsque le débiteur atteint des seuils élevés de salariés et de chiffre d'affaires, fixés par décret[2003]. Au-delà de ces cas, c'est au débiteur que revient la décision de sa mise en place[2004]Pour les autres cas, la mise en place des classes de parties affectées est à la discrétion du débiteur.

1128. Il faut ici apporter une précision essentielle à la situation des créanciers détenteurs de sûretés réelles. Ces créanciers doivent former une classe propre, distincte des autres créanciers[2005]. Cette mesure s'avère pertinente, car elle reconnaît leur communauté de situation et d'intérêts, justifiant ainsi leur regroupement indépendant des autres créanciers. Cette démarche vise à assurer une représentation adéquate et spécifique des créanciers titulaires de sûretés réelles, renforçant ainsi

---

[2000] PE et Cons. UE, dir. n° 2019/1023, 20 juin 2019.

[2001] V. Anc. Art. L. 626-9 C. com. ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 397, n° 911.

[2002] Art. L. 628-1 C. com.

[2003] Art. L. 626-29 al. 1er C. com. Y. BLANDIN souligne que « L'article 22 du décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021 a rehaussé les seuils par rapport à ceux appliqués aux anciens comités de créanciers, soit : 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net, ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net » : V. Y. BLANDIN, *« Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives », Gaz. Pal.* 2 nov. 2021, n° 38, spéc. n° 6.

[2004] Art. L. 626-29, al. 4, C. com.

[2005] Art. L. 626-30, III, 1°, C. com.

l'équité dans le processus de prise de décision collective au sein des procédures collectives.

1129. Même si en pratique, la constitution de ces classes ne semble pas fréquente[2006], le pouvoir de participation octroyé aux créanciers concernés dans le traitement de l'entreprise en difficulté constitue une avancée significative dans l'adaptation du droit des procédures collectives à la situation des créanciers. En favorisant la représentation ciblée des créanciers ayant des intérêts communs, en particulier les titulaires de sûretés réelles, le législateur optimise la participation collective dans le processus décisionnel. Ces mêmes créanciers peuvent également bénéficier d'un autre traitement de faveur lorsqu'ils font des apports en trésorerie pour les besoins de la procédure.

B. LES FAVEURS FAITES AUX CRÉANCIERS POSTÉRIEURS : LES PRIVILÈGES DE PROCÉDURE DITS DE NEW-MONEY ET DE POST-MONEY

1130. Le mouvement de contractualisation que connait le droit des procédures collectives se manifeste également par des accommodements faits à certaines catégories de créanciers qui contribuent financièrement à la réussite des nouvelles finalités de la matière. En contrepartie de cette participation financière, le législateur consent à leur accorder ce qu'on appelle un *« privilège de procédure »*. Son champ d'application a beaucoup évolué depuis sa création.

C'est l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985[2007] qui institue pour la première fois les privilèges de procédure du droit des procédures collectives[2008]. L'objectif ici était de favoriser davantage le redressement de l'entreprise en difficulté grâce à l'implication de ces créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective. Pour avoir

---

[2006] Y. BLANDIN, art. préc., *op. cit.*, n° 6.

[2007] Art. 40 de la L. du 25 janv. 1985 : *« Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie. En cas de cession totale ou de liquidation ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail. […].*

[2008] Avant 1985, il existait une sorte de privilège comparable à celui qu'on connait aujourd'hui : le privilège de la masse des créanciers ou encoure dettes de la masse. Cette priorité s'appliquait sous l'ancien régime de la loi du 13 juillet 1967. Elle est le fruit d'une consécration jurisprudentielle. Elle a été supprimée par la loi de 1985. V. A. JAQUEMONT, *op. cit.*,p. 259 ; V. Sur la genèse de cette priorité, V. également, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 694.

accepté de continuer la relation contractuelle malgré l'état et les difficultés de l'entreprise, ces créanciers sont rétribués pour leur collaboration. Ainsi, jusqu'à la réforme introduite par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les créanciers postérieurs bénéficiaient d'une priorité de paiement et n'étaient pas soumis à la discipline collective qui n'était imposée qu'aux créanciers antérieurs.

1131. L'Ordonnance de réforme du 26 juillet 2005 a profondément fait évoluer le régime de ce privilège. On est, en effet, passé d'un privilège général de procédure accordé aux créanciers postérieurs contributeurs à la procédure, à un privilège de procédure, certes « éclaté »[2009], mais davantage ciblé selon l'ampleur de la difficulté de l'entreprise. Depuis 2005, il faut désormais distinguer entre le privilège de conciliation, consacré à l'article L. 611-11 du Code de commerce, le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce en présence d'une procédure de sauvegarde ou de redressement et enfin le privilège de procédure de l'article L. 641-13 du Code de commerce en présence d'une liquidation. Ainsi, en plus des sûretés réelles qu'ils détiennent déjà, ces créanciers postérieurs peuvent bénéficier des privilèges consacrés par le droit des procédures collectives dès lors que leur collaboration est jugée utile à la procédure.

1132. Le privilège de l'article L. 611-11 du Code de commerce, appelé privilège de conciliation ou encore de *new money*, confère à tous les créanciers qui, en cas d'homologation, ont accordé au débiteur un nouvel apport en trésorerie ou lui ont fourni un nouveau bien ou service lors de la conciliation[2010]. L'apport doit également avoir été consenti « *en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité* ». Ce privilège de *new money* leur permet ainsi, en cas de procédure collective ultérieure, d'être récompensés par un rang préférable de paiement opposable à tous les autres créanciers. Ce privilège présente un intérêt sérieux à condition que la totalité de l'actif disponible ne soit pas absorbé par les créanciers super privilégiés que sont les salariés et le privilège des frais de justice. En parallèle, le principe de non-responsabilité de l'article L. 650 du Code de commerce[2011], institué par l'Ordonnance du 18 décembre

[2009] V. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 694.
[2010] V. M. LE CORRE, *« Le privilège de conciliation », Gaz. Pal.* Sept. 2005, p. 50.
[2011] V. *supra* n° 278 à 295.

2008 permet, sauf exception comme la fraude, aux créanciers ayant consenti des prêts à l'entreprise dans le cadre de la procédure d'être exonérés de toute responsabilité pour soutien abusif[2012]. Le mécanisme a donc pour objectif de faciliter l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté. Il incite les prêteurs à financer la restructuration du débiteur sans craindre une responsabilité systématique.

1133. Maintenant, concernant les privilèges de sauvegarde, de redressement et de liquidation, nous l'avons vu, le législateur de 2005 a pris le parti de créer deux sortes de privilège. L'un qui s'applique à la sauvegarde et le redressement[2013], et l'autre qui s'applique à la liquidation[2014]. La créance doit répondre aux besoins du déroulement de la procédure ou de l'activité. Ces besoins sont interprétés de manière large puisque la jurisprudence considère, par exemple, que les cotisations sociales inhérentes à la poursuite de l'activité entrent dans son champ d'application[2015]. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 s'inscrit dans la continuité des dispositions antérieures consacrées aux privilèges de procédures. La consécration du privilège de *post money* représente une avancée significative dans la réforme des sûretés au sein du droit des entreprises en difficulté. Cette innovation, dans le prolongement des mesures prises lors de la crise sanitaire, répond à la nécessité d'inciter les parties à consentir un nouvel apport de trésorerie, notamment dans le cadre des procédures collectives avec poursuite d'activité. En procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, ce privilège s'applique aux créanciers qui effectuent un nouvel apport de trésorerie pendant la période d'observation, dans l'optique d'assurer la continuité de l'activité de l'entreprise[2016]. Il bénéficie également aux créanciers s'engageant à réaliser un tel apport pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, arrêté ou modifié par le tribunal[2017]. Les apports nécessitent l'autorisation du juge-commissaire et les engagements doivent être clairement mentionnés dans le projet de plan[2018]. Le

---

[2012] Pour une application jurisprudentielle du texte : V. En ce sens, Cass. com., 14 jan. 2004, n° 02-15.541, *Rev. arb.* 2004.594, note P. ANCEL.
[2013] Art. L. 622-17 C. com. pour la sauvegarde et art. L. 641-13 C. com. pour le redressement.
[2014] Art. L. 641-13 C. com.
[2015] V. Cass. soc., 16 juin 2010 : *JCP* E 2011, 1030, § 11, obs. Ph. PÉTEL
[2016] Art. L. 622-17 et L. 631-14 C. com.
[2017] Art. L. 626-10, al. 5 et art. L. 626-26, al. 3 C. com.
[2018] V. Y. BLANDIN, *« Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives » op. cit.*

privilège de "post money," en garantissant le paiement à l'échéance et en prenant rang après celui des salaires, vise à encourager le soutien financier aux débiteurs.

1134. Finalement, la contractualisation contemporaine du droit des procédures collectives, illustrée par ces privilèges, s'inscrit dans une dynamique d'encouragement à l'implication financière des créanciers. Cette évolution pose cependant un défi : celui de veiller à préserver l'équilibre entre les différentes parties prenantes et de garantir la continuité de l'activité économique des entreprises en difficulté. Il convient, à présent, d'explorer les faveurs accordées aux créanciers bénéficiant d'une sûreté conférant l'exclusivité.

C. LES FAVEURS FAITES AUX CRÉANCIERS BÉNÉFICIANT D'UNE SÛRETÉ CONFÉRANT L'EXCLUSIVITÉ

1135. La notion d'exclusivité n'est pas exclusive au domaine des sûretés et des garanties. Elle est utilisée dans d'autres domaines pour désigner des réalités différentes. C'est le cas notamment lorsqu'elle est présentée comme une caractéristique des droits subjectifs de manière générale[2019], du droit de propriété par opposition aux autres droits réels[2020] ou encore de certains rapports contractuels, en particulier dans le domaine de la distribution[2021]. Selon P. CROCQ, *« le caractère exclusif d'un droit signifie […] que le titulaire du droit est le seul à jouir de toutes les prérogatives reconnues par la loi sur l'objet du droit »*. Cette définition de l'exclusivité s'aligne sur l'exclusivité résultant du droit de propriété et conduit à exclure de champ certains mécanismes comme le droit de rétention ou encore l'action directe. Mais l'auteur assouplira par la suite sa conception en considérant désormais l'exclusivité comme les situations permettant d'exclure tout concours[2022]. L'exclusivité doit ainsi être comprise comme

[2019] J. DABIN, *Le droit subjectif, Dalloz*, *op. cit.*, p. 94 et s.
[2020] F. ZENATI, *« Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ.* 1993, 305.
[2021] V. Par exemple, P. GOUDON, *L'exclusivité,* préf. LE CANNU, Bibl. de dr. privé, t. 455, LGDJ, 2006 ; N. ERÉSÉO, *L'exclusivité contractuelle,* préf. D. FERRIER, Bibl. dr. de l'entreprise, t. 79, Litec, 2008.
[2022] P. CROCQ, *« L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », Mélanges Chr. MOULY,* t. 2, Litec, 1998, p. 317 et s., spéc. n° 12 et s.

un attribut ou un pouvoir que l'on peut exercer directement sur la chose que l'on détient sans risquer un quelconque concours venant des tiers.

Les sûretés réelles conférant l'exclusivité permettent à leurs titulaires d'échapper largement à la discipline collective mise en place dès l'ouverture de la procédure collective. Les droits de cette catégorie de créanciers sont presque toujours opposables aux autres créanciers et au débiteur, et leur réalisation n'est que marginalement entravée par la procédure collective. Cependant, cette efficacité des sûretés conférant l'exclusivité suppose la réunion des conditions préalables, en principe, communes à tous les créanciers, à savoir ne pas tomber sous le coup des nullités de la période suspecte[2023] et faire l'objet d'une déclaration à la procédure[2024].

Afin de favoriser la poursuite de l'activité et face à l'impératif de l'intérêt supérieur de l'entreprise, le législateur n'hésite pas à aménager la situation des créanciers bénéficiant de l'exclusivité. Les exclusivités constituent en effet une cause de préférence exceptionnelle, voire forcée, devant n'importe quel autre créancier et ce, en dépit du principe de primauté du droit des procédures collectives consacré à l'article 2287 du Code civil. Leur résistance à la discipline collective pose la question de leur compatibilité avec la logique et l'objectif de poursuite et de redressement de l'activité de l'entreprise traitée.

1136. En tout état de cause, parce qu'elles relèvent de techniques bien différentes, il convient de distinguer selon que les situations d'exclusivité reposent sur un pouvoir de blocage (**1**) ou sur la propriété (**2**). La différence de préférence dont elles font bénéficier leurs titulaires, crée un déséquilibre entre les créanciers du débiteur et contrevient aux principes fondamentaux qui fondent la discipline collective. Afin de pallier cette incohérence dans l'application des règles impératives de la matière, une généralisation de la discipline collective est souhaitable (**3**).

1. Les créanciers bénéficiant d'un droit de rétention

1137. Le droit de rétention confère à son titulaire une exclusivité (**a**) qui permet, lorsque la rétention est réelle, d'aboutir à l'éviction du concours imposé par la procédure collective et ainsi d'échapper à la discipline collective. Il en résulte un

[2023] V. *supra* n° 450.

[2024] V. *supra* n° 1090 à 1095.

principe d'efficacité du droit de rétention au cours de chacune des phases de la procédure collective (**b**).

a. La reconnaissance de l'exclusivité dans le droit de rétention : l'éviction du concours et le contournement de la discipline collective

1138. Le droit de rétention est sans doute l'une des prérogatives les plus recherchées par les créanciers[2025], en raison notamment de son efficacité dans le cadre d'une procédure collective. Tous les privilèges conférés par notre droit aux autres créanciers cèdent devant cet « *hyperprivilège* »[2026] que constitue le droit de rétention. À l'instar des propriétés-garanties, le droit de rétention donne à son bénéficiaire une situation d'exclusivité qu'il convient de vérifier avant de s'intéresser à ses effets après l'ouverture d'une procédure collective.

1139. L'exclusivité que confère le droit de rétention permet à son bénéficiaire d'exercer directement son pouvoir sur la chose qu'il détient entre ses mains. Il s'agit d'un droit autonome dans le sens où il se distingue du droit de propriété comme l'a rappelé la Cour de cassation[2027]. Il en résulte qu'une détention légitime ou même précaire confère à la personne qui a la maîtrise de la chose un pouvoir ou un droit réel exclusif sur cette chose. L'exercice de ce droit réel par le créancier permet d'exclure les autres créanciers en cas de concours sur la chose et de contourner la discipline collective imposée par le droit des procédures collectives.

1140. Le droit de rétention offre à un créancier la faculté de détenir le bien du débiteur, d'en refuser la délivrance jusqu'au complet paiement du prix. Son indivisibilité assure une garantie de paiement. Le droit de rétention est, en effet, une garantie et non une sûreté. Il est une garantie, en ce qu'il confère au créancier un pouvoir de blocage sur la chose d'une efficacité redoutable, augmentant ses chances de payement. Il n'est pas une sûreté, en ce qu'il ne permet pas la satisfaction directe du créancier par la réalisation du bien retenu et l'appréhension prioritaire de sa valeur. Celui-ci ne bénéficie pas d'un droit de préférence : s'il demande la vente forcée du bien, il sera

[2025] J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles, op. cit.*, n° 1218.
[2026] Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*
[2027] Cass. 3e civ., 13 mai 2012, n° 11-13.202, *D.* 2012. 1934 ; Et dans le même sens, V. Cass. 3e civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304, Arrêt « Maison de poésie », *op. cit.* Dans ces arrêts, la Cour de cassation rappelle que l'exclusivité emporte une dimension matérielle du bien et se distingue du titre de droit de propriété.

traité comme un simple créancier chirographaire. Il ne bénéficie pas non plus d'un droit de suite sur le bien : s'il s'en dessaisi, il perd sa garantie. Enfin, n'étant pas gagiste, le créancier rétenteur ne peut pas demander l'attribution judiciaire du bien. Cependant, il faut bien noter que ces limites ne s'appliquent pas au créancier qui a, outre sa qualité de rétenteur, une autre qualité lui attribuant ces prérogatives. Ainsi du créancier gagiste, qui a la qualité de gagiste et celle de rétenteur : il peut retenir le bien et dispose d'un droit de préférence, voire d'un droit de suite. En tout état de cause, la doctrine considère que le droit de rétention produit le même effet que l'exclusivité[2028] et permet de faire échapper la créance à laquelle il est assorti à la discipline collective en permettant un paiement prioritaire.

1141. Dans la quête d'efficacité des situations d'exclusivité, le législateur a consacré une technique de rétention fictive, inspirée de la rétention classique. En effet, de manière assez curieuse, la loi du 4 août 2008 a en effet décidé d'élargir la liste de l'article 2286 en prévoyant que peut désormais se prévaloir d'un droit de rétention le créancier gagiste sans dépossession[2029]. L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a reconduit le texte à l'identique. La règle interroge, car comment le créancier gagiste sans dépossession peut-il être titulaire d'un droit de rétention sur un bien dont il n'a pas la détention ? Il y a là pure fiction. La règle visait sans doute à essayer de faire du gage sans dépossession une sûreté aussi efficace que le gage avec dépossession, auquel est attaché un droit de rétention particulièrement vigoureux (notamment lorsqu'une procédure collective est ouverte). L'ordonnance de réforme des procédures collectives du 18 décembre 2008 a ajouté que le jugement ouvrant la procédure « *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* »[2030]. En d'autres termes, durant la période d'observation et de l'exécution du

[2028] P. PAILLER, *Le sort des sûretés dans la nouvelle réforme du droit des procédures collectives du 14 mars 2014 », RLDC* 5419, n° 115, mai 2014, p. 33.
[2029] Art. 2286 C. civ. : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :*
1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ; 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ; 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ; 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».
[2030] Art. L. 622-7-I C. com.

plan de sauvegarde et de redressement, le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession est inopposable, ce qui est logique. En principe, le créancier rétenteur, qui va gêner le bon déroulement de la procédure, peut se faire désintéresser par les organes de la procédure lorsque ce retrait, celui du bien gagé, est justifié par la poursuite de l'activité[2031]. Mais, dans l'hypothèse d'un droit de rétention purement fictif, où le créancier gagiste n'exerce aucun pouvoir de blocage réel sur la chose, la règle ne saurait trouver à s'appliquer : le débiteur constituant a matériellement l'usage de la chose gagée ; il n'y a donc nullement besoin, pour poursuivre l'activité au moyen de ce bien, de désintéresser le créancier gagiste sans dépossession.

1142. Il faut donc retenir que la rétention fictive demeure inopposable à la procédure collective. Elle est neutralisée pendant la procédure collective. À l'inverse, le créancier rétenteur classique qui détient entre ses mains le bien du débiteur, bénéficie d'une opposabilité certaine face à la procédure collective, conduisant au paiement de sa créance contre le retrait du bien retenu. Il convient dès lors de vérifier son efficacité pendant les différentes phases de la procédure collective.

b. L'efficacité de principe du droit de rétention dans les phases de la procédure collective

1143. Nous l'avons déjà vu, l'application d'un certain nombre de dispositions est de nature à entraver la réalisation des sûretés réelles pendant la procédure collective. C'est le cas du principe de suspension et d'interdiction des poursuites individuelles ainsi que d'interdiction des paiements[2032]. Leur efficacité s'en trouve également fortement réduite en raison du rang des privilèges organisé par la procédure[2033]. Il en résulte un concours imposé entre créanciers ayant déclaré leur créance et leur sûreté, peu favorable aux créanciers titulaires d'une sûreté réelle ; et une discipline collective incontournable par les acteurs de la procédure. Le droit de rétention, comme nous l'avons vu, ne permettant pas à son bénéficiaire de poursuivre le débiteur et prendre rang dans un concours, celui-ci devra, comme en droit commun[2034], faire valoir son

[2031] Art. L. 622-7 II, al 2 C. com.
[2032] V. *supra* n° 1087 et s.
[2033] V. Art. L. 622-17 C. com. pour la sauvegarde ; art. L. 631-14 C. com. pour le redressement ; art. L. 641-13 pour la liquidation.
[2034]

pouvoir de blocage. En effet, l'article 2287 du Code civil ne remet pas en cause ce droit car justement aucune disposition impérative du droit des procédures collectives ne le neutralise. Il est donc libre de bloquer le bien du débiteur tant qu'il n'a pas reçu le paiement complet de sa créance.

1144. Dans le cadre de la période d'observation, pour éviter la cristallisation de cette situation de blocage, le législateur a expressément prévu une dérogation à l'interdiction des paiements. La loi permet ainsi au débiteur[2035], sur autorisation du juge commissaire, de payer une créance antérieure afin de retirer le bien retenu si ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article L. 622-7-II, « *Après avoir recueilli les observations du ministère public, le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à exercer le droit prévu à l'article 1699 du code civil. Il peut aussi l'autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Ce paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité* ». Il en résulte deux conditions pour que le créancier rétenteur puisse bénéficier des dispositions dérogatoires de l'article L. 622-7-II : D'une part, la rétention doit être réelle et non fictive. On l'a déjà vu, l'article L. 622-7-I du Code de commerce exclut expressément l'interdiction de payer le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif pendant la procédure[2036]. D'autre part, le retrait doit être justifié par la poursuite de l'activité. Soulignons que cette condition à elle seule suffisait à exclure du champ d'application de la dérogation le droit de rétention fictif de l'article 2287 du Code civil. En effet, le bien, dans cette hypothèse, étant entre les mains du débiteur, le paiement du rétenteur fictif ne trouve aucune justification puisqu'aucun retrait n'est effectué[2037]. Au-delà, la justification du retrait par la condition que ce dernier serve à la poursuite de l'activité permet aussi de ne pas gaspiller l'actif de l'entreprise dans des choses qui ne présentent aucune utilité immédiate à la procédure. Par exemple, il est évident que

[2035] Ou assisté de l'administrateur en cas de redressement judiciaire, V. Art. L. 631-14 C. com.
[2036] C'est l'Ordonnance du 18 décembre 2008 qui a consacré ce texte.
[2037] V. P. CROCQ, « *L'Ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés* » *JCP E* 2009, 1313, n° 42.

les titres financiers faisant l'objet d'un droit de rétention consécutif à la constitution d'un nantissement de compte-titres sont très rarement utiles à la poursuite de l'activité.

1145. Dans le cadre de l'exécution du plan de sauvegarde et de redressement, l'efficacité du droit de rétention réel classique est maintenue. Les mêmes dispositions des articles L. 622-7-II, alinéa 1er et 2 et L. 631-14 tous du Code de commerce, s'appliquent. Pour éviter le paiement, le débiteur peut toujours proposer une substitution de garantie au créancier rétenteur conformément aux articles L. 622-8[2038] et L. 626-2[2039] du Code de commerce, applicables aux sûretés traditionnelles. Cependant, il ne peut l'imposer au rétenteur. Rien n'oblige ce dernier à accepter ce compromis de substitution[2040]. Le droit de rétention fictif reste inefficace, car il est inopposable au plan sauf cession d'activité en application de l'article L. 626-1 du Code de commerce.

1146. Enfin, dans le cadre de la liquidation judiciaire, le droit de rétention réel classique reste toujours aussi efficace que dans les autres phases de la procédure collective.

1147. Lorsqu'il y a cession de l'entreprise, l'article L. 642-12 prévoit expressément que les dispositions organisant le paiement des créanciers munis de sûretés « *[…] n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession* ». Si le rétenteur n'a donc pas encore été payé à ce stade, il pourra toujours continuer à opposer son droit de rétention. Pour ce qui concerne le droit de rétention fictif, il ne devrait pas pouvoir être efficace pour les mêmes raisons, sauf à signaler que s'il est aussi gagiste, il bénéficiera au moins d'un classement préférable[2041].

Lorsqu'il y a cession de l'actif du débiteur, l'article L. 642-20-1 prévoit un retrait du bien sans paiement mais suivi du report du droit de rétention sur le prix de vente du bien. Cette solution ne semble pas non plus applicable au droit de rétention fictif.

[2038] Pour la période d'observation.

[2039] Pour le plan de sauvegarde.

[2040] Cette possibilité est prévue pour les titulaires de sûretés traditionnelles mais elle est inapplicable au droit de rétention : Cass. com. 4 juill. 2000, *Bull. civ.*, IV, n° 136 ; *JCP E* 2001, 174, obs. M. CABRILLAC ; *D* 2001, somm. 441, obs. S. PIÉDELIÈVRE.

[2041] Art. L. 641-13 C. com.

1148. La procédure collective est censée entrainer la saisie de saisir tous les biens du débiteur, c'est l'effet réel de la matière[2042]. Mais pour éviter le blocage occasionné par la rétention du bien appartenant au débiteur, le législateur prévoit une dérogation aux règles impératives à travers les articles L. 622-7-II, alinéa 1er et 2 pour la procédure de sauvegarde et l'article L. 631-14 pour la procédure de redressement. Cette dérogation ne joue qu'en présence d'une rétention réelle et seulement si le retrait est justifié par son utilité à la poursuite de l'activité de l'entreprise. La contractualisation du droit des procédures collectives avec les créanciers bénéficiant d'un droit de rétention réel sur les biens du débiteur se traduit ainsi par des accommodements ayant pour seul but de débloquer la situation afin que le sauvetage de l'entreprise puisse se faire. Voyons, à présent, ce qu'il en est de la situation des créanciers bénéficiant d'une propriété-garantie.

2. Les créanciers bénéficiant d'une propriété-garantie

1149. La propriété-garantie correspond à l'opération par laquelle « un droit de propriété est, soit laissé […], soit attribué […] à un créancier en garantie de l'exécution de sa créance contre le débiteur[2043] ». Depuis l'Ordonnance de réforme des sûretés de 2006, les mécanismes de garantie reposant sur le droit de propriété se sont multipliés de manière exponentielle. Certaines pratiques ont connu une consécration légale[2044] tandis que d'autres font encore l'objet de discussions au sein de la doctrine[2045].

Le recours à ce montage permet au créancier, à l'instar du droit de rétention, d'avoir l'exclusivité sur le bien en cas de défaillance de son débiteur. En effet, l'une des caractéristiques principales des propriétés-sûretés est de faire sortir le bien ou le droit

---

[2042] V. M. SÉNÉCHAL, *« L'effet réel des procédures collectives », op. cit.*

[2043] P. CROCQ, *Propriété et garantie » op. cit.,* n° 8.

[2044] C'est le cas de la réserve de propriété, consacrée dans le Code civil depuis la réforme du 23 mars 2006 : art. 2367 à 2372 C. civ.; de la fiducie-sûreté, intégrée au Code civil par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 : art. 2372-1 à 2372-5 C. civ., pour la fiducie-sûreté sur les meubles et art. 2488-1 à 2488-5 C. civ. pour la fiducie-sûreté sur les immeubles ; L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 vient de consacrer deux nouvelles propriétés-sûretés : la cession de créance à titre de garantie : art. 2373 à 2373-3 C. civ. et la cession de somme d'argent à titre de garantie : art. 2374 à 2374-6 C. civ.

[2045] C'est le cas du crédit-bail qui suscite encore des doutes sur son aptitude à intégrer la catégorie des sûretés. Mais lorsqu'il prend la forme d'un lease-back, il semble qu'il puisse être rattaché, au moins, à la catégorie des garanties : V. M. GRIMALDI, *« Réflexion sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », in Études offertes à Jacques DUPICHOT*, BRUYLANT, 2004, spéc. n° 1, p. 170 ; V. également, M. BEY, *Le crédit-bail envisagé comme une sûreté » in* L'évolution des sûretés, *Rev. jur. com*. févr. 1982, 48-56 p. 52 et s.

affecté du patrimoine du débiteur. Autrement dit, le créancier est *ab initio* propriétaire du bien ou du droit. Comme le souligne un auteur, c'est « *la bonne exécution de son obligation par le débiteur qui y mettra fin*[2046] ». C'est pourquoi en présence d'une procédure collective, ces mécanismes font preuve d'une redoutable efficacité par rapport aux sûretés réelles traditionnelles.

1150. En cas de procédure collective, les propriétés-sûretés manifestent en générale une grande efficacité pour le créancier. Néanmoins, si cette efficacité est certaine pour ce qui concerne les propriétés retenues à titre de garantie (**a**), elle est plus nuancée pour ce qui concerne celles cédées à titre de garantie (**b**).

a. L'efficacité certaine des propriétés retenues à titre de garantie

1151. Deux techniques principales composent la catégorie des propriétés retenues à titre de garantie : la réserve de propriété (**α**) et le crédit-bail (**β**). Les deux montages bénéficient d'une efficacité certaine pendant les procédures collectives.

a. L'efficacité de la réserve de propriété

1152. La propriété retenue à titre de garantie est définie par l'article 2367 du Code civil. Elle résulte de la stipulation d'une clause de réserve de propriété « *qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie […].* Le créancier bénéficiaire de cette clause contourne très efficacement les règles impératives de la discipline collective pour la simple raison que le bien objet de la réserve se situe déjà en dehors du patrimoine du débiteur. Par conséquent, il ne peut être appréhendé par la procédure. La défaillance du débiteur et l'ouverture éventuelle d'une procédure collective à son encontre entraine la mise en œuvre de la clause de réserve. Selon l'article 2371, le créancier doit engager une action en revendication, puisque s'étant séparé du bien, afin de recouvrer le droit d'en disposer. Cette action en revendication se situe hors du champ d'application de l'article L. 622-21 du Code de commerce qui interdit toute action en justice tendant au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, ainsi que toute procédure d'exécution. En effet, nous savons que, d'une part,

[2046] P. CROCQ, *Propriété et garantie » op. cit.*, n° 8.

cette revendication n'entraîne pas la résolution du contrat[2047] et d'autre part, strictement parlant, l'action en revendication se distingue d'une procédure d'exécution au sens de la loi du 9 juillet 1991[2048]. L'action en revendication est dès lors soumise au droit commun selon qu'il s'agisse d'une revendication mobilière ou immobilière.

1153. Le créancier réservataire devra toutefois veiller au respect des exigences procédurales puisque l'article L. 624-9 du Code de commerce prévoit qu'il dispose d'un délai de trois mois pour exercer l'action à compter de la date du jugement d'ouverture. Mais le législateur prévoit que si la poursuite de l'activité de l'entreprise le justifie, sur décision du juge-commissaire, la créance peut être payée. Dans ce cas, il n'y a évidemment pas lieu à revendication[2049]. Si aucun paiement n'a pu se faire, et en cas de revente du bien, la réserve de propriété demeure efficace puisque l'article L. 624-18 prévoit que « *peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L. 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure. Peut être revendiquée dans les mêmes conditions l'indemnité d'assurance subrogée au bien* ». Autrement dit, l'exclusivité du créancier se reporte ici sur le prix de vente et sur lequel donc il sera payé[2050].

En somme, la réserve de propriété fait preuve d'une efficacité redoutable en présence d'une procédure collective. Il en est de même en ce qui concerne le crédit-bail.

β. L'efficacité du crédit-bail

1154. Le crédit-bail est « *l'opération de crédit par laquelle le propriétaire d'un bien, le crédit bailleur, le loue à un locataire tout en reconnaissant une faculté d'achat à l'expiration d'une période donnée* »[2051]. Au terme de cette période, le crédit-preneur dispose d'une option : il peut soit acheter le bien pour sa valeur résiduelle par le truchement d'une promesse

---

[2047] P.-Y. ARDOY, *op. cit.,* p.149.

[2048] LOI n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution ; Cette solution n'est toutefois pas exempte de critiques car la Cour de cassation adopte une analyse assez large de l'action en revendication.

[2049] Art. 24-16, al.4 C. com.

[2050] Art. R. 624-16 C. com. « *En cas de revendication du prix des biens en application de l'article L. 624-18, les sommes correspondantes payées par le sous-acquéreur postérieurement à l'ouverture de la procédure doivent être versées par le débiteur ou l'administrateur entre les mains du mandataire judiciaire. Celui-ci les remet au créancier revendiquant à concurrence de sa créance* ».

[2051] D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 750.

unilatérale de vente souscrite par le crédit-bailleur ; soit restituer ou demander le renouvellement de la location pour un loyer plus faible. L'exclusivité du crédit-bailleur résulte de la conservation de la propriété du bien jusqu'au dénouement de l'opération. La défaillance du débiteur ne le met donc pas vraiment en danger dans le recouvrement de sa créance.

1155. Le régime du crédit-bail est régi par les articles L. 313-7 et suivants. Cette propriété-garantie ne remplit pas les critères nécessaires pour intégrer la catégorie des sûretés réelles[2052]. La raison est simple : contrairement à la réserve de propriété[2053], la propriété du crédit-bailleur est autonome de la créance qu'il détient contre le crédit-peneur. La défaillance du crédit-preneur entraîne la fin du contrat et la restitution du bien. Cette restitution se distingue de la réalisation d'une sûreté car elle n'entraîne pas l'extinction de la créance des loyers échus et impayés qui demeurent exigibles. Il y a donc ici l'absence d'un lien accessoire entre la créance et le droit de propriété. Cependant, il ne fait pas de doute que le crédit-bail produit bien un effet de garantie[2054].

1156. L'article L. 313-10 du Code monétaire et financier prévoit que « Les opérations mentionnées à l'article L. 313-7 sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers »[2055]. Ainsi, face à la procédure collective, l'accomplissement de cette formalité de publicité permet au contrat de crédit-bail d'être opposable à la procédure collective. En clair, lorsque la publicité obligatoire du contrat de crédit-bail a été accomplie en bonne et due forme avant l'ouverture de la procédure collective, la propriété retenue du crédit-bailleur échappe à la saisie collective et donc à la discipline collective. Le bien objet du crédit-bail ne peut donc être compté dans le gage commun des créanciers de la procédure.

1157. De plus l'article L. 624-10 du Code de commerce précise que « *Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur*

[2052] D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 751.
[2053] Art. 2367 al. 2, C. civ.
[2054] V. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 602 ; D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 751 ; M. BEY, *op. cit.,* p. 52 et s.
[2055] Art. L. 313-7 C. mon. fin. énumère les différents montages pouvant faire l'objet d'un crédit-bail.

ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ». Et la disposition suivante rappelle que « *Lorsque le droit à restitution a été reconnu dans les conditions prévues aux articles L. 624-9 ou L. 624-10 et que le bien fait l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure, la restitution effective intervient au jour de la résiliation ou du terme du contrat*[2056] ».Autrement dit, lorsque survient le terme, le crédit-bailleur peut obtenir la restitution du bien sauf si, bien entendu, le débiteur lève l'option en vertu de l'article L. 622-7 du Code de commerce pour permettre la poursuite de l'activité et à condition que le paiement des arriérés de loyers soit inférieur à la valeur vénale du bien[2057]

1158. Les deux figures de la propriété retenue à titre de garantie manifestent ainsi une efficacité certaine face à l'ouverture d'une procédure collective. Cette efficacité est plus nuancée en ce qui concerne les mécanismes résultant de la propriété cédée à titre de garantie.

b. L'efficacité plus nuancée des propriétés cédées à titre de garantie

1159. La propriété cédée à titre de garantie a été définie par M. WITZ comme le « *contrat par lequel une personne aliène à une autre un bien corporel ou incorporel dans le but de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de retransférer en principe le bien, lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer*[2058] ». L'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 a consacré deux nouvelles propriétés-sûretés : la cession de créance à titre de garantie[2059]et la cession de somme d'argent à titre de garantie[2060]. Ces deux nouvelles sûretés reposant sur la propriété forment désormais, à côté de la fiducie-sûreté meuble et immeuble, la catégorie de la propriété cédée à titre de garantie par opposition à celle de la propriété retenue à titre de garantie.

[2056] Art. L. 624-10-1 C. com.
[2057] V. A. JACQUEMONT, N. BORGA, Th. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté,* 12e éd. LexisNexis, n° 370.
[2058] C. WITZ, *La fiducie en droit privé français,* Economica, 1981, n° 151.
[2059] Art. 2373 à 2373-3 C. civ.
[2060] Art. 2374 à 2374-6 C. civ.

1160. L'analyse de ces propriétés-garanties à l'épreuve d'une procédure collective révèle une efficacité partielle de la fiducie-sûreté (**α**) mais une efficacité certaine des cessions de créance et de somme d'argent (**β**).

a. L'efficacité partielle de la fiducie-sûreté

1161. De prime abord, il convient de souligner que le mécanisme de la fiducie-sûreté de droit commun n'est pas le seul mécanisme fiduciaire capable de jouer un rôle de garantie. De nombreux mécanismes sont utilisés par la pratique dans le domaine des opérations bancaires[2061]. Il s'agit notamment du quasi-usufruit, du dépôt irrégulier, du legs avec charge, de la cession par bordereau « dailly » à titre de garantie, de la pension livrée, de la couverture de bourse etc.[2062]. Ces montages produisent un effet translatif de propriété qui leur permet ainsi d'échapper à la discipline collective. Ces applications de fiducies-sûretés utilisées principalement dans le domaine bancaire et financier coexistent avec la fiducie-sûreté de droit commun qui, seule, nous intéressera dans le cadre de la présente étude.

1162. La fiducie-sûreté de droit commun fait son entrée dans le droit commun par la loi du 19 février 2007[2063] complétée par l'Ordonnance du 30 janvier 2009 qui a consacré des dispositions spécifiques au livre IV du Code civil relatif aux sûretés[2064]. Mais même dans la fiducie-sûreté de droit commun plusieurs montages sont possibles. Ainsi, lorsqu'elle est constituée avec dépossession du bien, le bien sort du patrimoine du débiteur. L'ouverture d'une procédure collective n'affecte alors pas son efficacité dans la mesure où la réalisation s'opère par simple transfert automatique vers le patrimoine du fiduciaire. Si le débiteur est défaillant, la règle de l'interdiction de paiement n'a aucune incidence non plus car le bien est déjà sorti du patrimoine du débiteur, la réalisation ne nécessitant aucune poursuite ici[2065]. La fiducie-sûreté avec dépossession

[2061] Certains auteurs parlent de fiducies-sûretés « inavouées », V. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *op. cit.* n° 595.
[2062] V. H. DE VAUPLANE, *« La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », JCP E* 2007, 2051.
[2063] Art. 2011 et s. C. civ.
[2064] Art. 2372-1 à 2372-5 C. civ.
[2065] D'ailleurs, le nouvel article 2372-3 donne plus de liberté au créancier car désormais, il n'est plus obligé de vendre le bien au prix expertisé. Il engage toutefois sa responsabilité en cas de vente à vil prix.

fait donc preuve d'une grande efficacité face à la procédure collective. Par contre, il en est autrement pour ce qui concerne la fiducie-sûreté sans dépossession.

1163. Lorsque le contrat de fiducie est constitué sans dépossession, l'article L. 622-23-1 du Code de commerce prévoit 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'arrêté 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 ». Pour le dire plus simplement, l'ouverture d'une procédure collective prive la réalisation d'une fiducie-sûreté d'efficacité. Il en résulte que le créancier fiduciaire sans dépossession est soumis aux règles de la procédure collective. Le contrat de fiducie tombe alors dans le régime des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce. Selon le texte, « Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail. Elles ne concernent pas non plus le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ». La fiducie-sûreté sans dépossession ne bénéficie pas des exceptions légales au principe de continuation des contrats en cours.

1164. L'efficacité du mécanisme de la fiducie-sûreté révèle donc une efficacité partielle lorsque s'ouvre une procédure collective. Tantôt elle fait preuve d'efficacité lorsqu'il y a dépossession du bien, tantôt elle montre ses limites lorsque le contrat est constitué sans dépossession. À l'instar de la réserve de propriété et du crédit-bail, les cessions de créance et de somme d'argent à titre de garantie, nouvellement consacrées par l'Ordonnance de réforme de 2021, ne manifestent pas de faiblesse particulière en face de la procédure collective.

β. L'efficacité assurée des cessions de créance et de somme d'argent à titre de garantie

1165. La cession de créance à titre de garantie[2066] et la cession de somme d'argent à titre de garantie[2067] sont également des propriétés-sûretés qui permettent à leurs

[2066] Art. 2373 à 2373-3 C. civ.
[2067] Art. 2374 à 2374-6 C. civ.

bénéficiaires d'échapper à la loi du concours imposée par la procédure collective. L'exclusivité qu'elles confèrent à leurs titulaires ne résulte pas, contrairement à la fiducie, à l'existence d'un patrimoine d'affectation[2068], mais du fait que la créance ou la somme soit sortie du patrimoine du débiteur. Dès lors que le bien est sorti du patrimoine du débiteur avant l'ouverture de la procédure collective, ces mécanismes devraient conserver leur pleine efficacité.

1166. La cession de somme d'argent, anciennement appelée le « gage-espèce », confère un attribut remarqué aux parties puisque le nouvel article prévoit que sauf convention contraire, « *le cessionnaire dispose librement de la somme cédée* ». Le principe d'une libre disposition du bien gagé en faveur du titulaire de la sûreté revient à conférer à ce dernier l'ensemble des attributs du droit de propriété. On peut alors considérer que la nature de cette sûreté est fonction de la volonté des parties[2069] : si elles le souhaitent, elles peuvent appliquer tout simplement le principe édicté par l'article 2374-3 ou alors, stipuler par exemple que la somme gagée sera versée sur un compte spécialement ouvert au titre de la sûreté. Une autre explication de cette libre disposition de principe du bien gagé résulte, sans doute, de la nature fongible par essence du bien affecté en garantie : la monnaie[2070]. Ainsi, comme en matière de gage avec dépossession ayant pour objet les choses fongible[2071] (à la différence que dans le gage, le principe demeure la conservation et non la disposition du bien[2072]), la somme d'argent doit être restituée par équivalent une fois que le débiteur exécute son obligation. Autant dire finalement que le bénéficiaire d'une telle sûreté échappe aisément à la discipline collective.

1167. On peut également recenser dans le régime de la nouvelle cession de créance à titre de garantie une disposition particulièrement attentive à la volonté des parties à ce contrat de sûreté. En effet, contrairement au droit commun de la cession de créance où

[2068] Mais pour ce qui concerne la cession de créance à titre de garantie, cela résulte de la volonté des parties, le principe étant l'intégration de la somme gagée dans le patrimoine du bénéficiaire de la sûreté, V. art. 2374-3.

[2069] V. F. TERRÉ, « *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* » thèse, *op. cit.*

[2070] V. P. BONFILS, « *La consomptibilité* », *RRJ* 2003, n° 1, p. 181 et s. ; A. LAUDE, « *La fongibilité* », *RTD com.* 1995, p. 307 et s.

[2071] Art. 2341, al. 2 C. civ. : « *Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes* ».

[2072] En cas de mauvaise conservation le constituant peut même demander la restitution, V. art. 2344 C. civ.

le débiteur cédé ne peut se libérer valablement qu'entre les mains du cessionnaire, le nouvel article 2373-3 du Code civil prévoit que « *Lorsque la créance garantie est intégralement payée avant que la créance cédée ne le soit, le cédant recouvre de plein droit la propriété de celle-ci* ». Conformément au caractère initialement temporaire du transfert, voulu par les parties, lorsque le paiement de la créance garantie intervient en premier, la créance cédée recouvre automatiquement le patrimoine du débiteur principal de la sûreté. Ce n'est que dans cette hypothèse que la procédure collective pourra inscrire ladite créance à son actif. Au-delà, cette sûreté se soustrait très efficacement à la saisie collective.

1168. La cession de créance à titre de garantie et la cession de somme d'argent à titre de garantie se démarquent comme des propriétés-sûretés offrant aux bénéficiaires une échappatoire à la loi du concours imposée par la procédure collective. En principe, leur exclusivité découle non pas de l'existence d'un patrimoine d'affectation, comme dans le cas de la fiducie, mais de la sortie préalable de la créance ou de la somme du patrimoine du débiteur.

1169. Finalement, la multiplication des accommodements à la discipline collective dans le contexte contemporain témoigne d'une approche pragmatique du droit des procédures collectives. La recherche d'un équilibre entre la préservation de l'entreprise en difficulté et la protection des intérêts des créanciers s'exprime à travers une contractualisation dynamique, reflétant la complexité des relations financières dans le monde des affaires actuel. Face à ces mécanismes, une généralisation de la discipline collective apparaît comme un enjeu incontournable pour maintenir l'équilibre et la cohérence du régime des procédures collectives.

§3. L'EXTENSION SOUHAITABLE DE LA DISCIPLINE COLLECTIVE

1170. Le droit positif français des sûretés au cours des procédures collectives fait état d'un paradoxe : Alors que les sûretés réelles conférant l'exclusivité peuvent contourner aisément les règles dérogatoires grâce à l'intervention du législateur[2073], l'efficacité des

[2073] L'incohérence du droit des procédures collectives et l'hypocrisie du législateur sont largement dénoncées par la doctrine : V. par exemple, L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de*

sûretés réelles traditionnelles, préférentielles, se trouve paralysée par les normes impératives du droit des procédures collectives[2074]. Cette disparité de traitement crée une discrimination entre les créanciers, les détenteurs de propriétés-garanties jouissant d'une quasi-immunité, se positionnant non pas en tant que simples créanciers, mais en tant que propriétaires[2075]. Cette situation témoigne d'une opposition fondamentale entre les objectifs du droit des procédures collectives et ceux du droit des sûretés[2076]. Or, cet état du droit positif français est cautionné par le législateur lui-même, dont l'attitude traduit, à notre sens, une complaisance envers certains types de créancier, voire même une incitation à contourner la discipline collective grâce aux droits exclusifs. Il est dès lors difficile de trouver une légitimité aux situations d'exclusivité au sein du système de classement édicté par la loi dans la mesure où elles vont à l'encontre des préoccupations qui en sont à l'origine. Nous pensons que les situations d'exclusivité tirent leur légitimité du fondement de la liberté contractuelle devant lequel la procédure collective est contrainte de courber l'échine.

Pourtant, une coordination entre les deux domaines n'est pas une utopie. En réalité, la problématique réside moins dans la diversité des techniques qui coexistent que dans le traitement discriminatoire opéré par le législateur, particulièrement à l'ouverture de la procédure. C'est ce point qui soulève de vives critiques d'autant plus que même en l'état actuel du droit, un alignement entre les régimes des propriétés-garanties et des sûretés réelles préférentielles est tout à fait envisageable. En effet, non seulement de nombreux rapprochements existent entre les deux régimes, mais on peut recenser l'amorce d'un alignement opéré par le législateur en ce qui concerne certaines situations d'exclusivité bien que ce changement soit encore insuffisant pour obtenir un

---

paiement, thèse, Paris 2012, Préf. P. CROCQ, LGDJ, n°110 ; Y. DIALLO, *thèse préc. , op. cit.,* n° 665 ; Ph. ROUSSEL GALE, F. PÉROCHON, *« Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal »*, *RPC* 2016, n° 1, doss. 12 ; F. MACORIG-VENIER, *« Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés »*, *Dr. et patrim.* 2010, n° 188 ; De l'avis majoritaire des auteurs, l'efficacité des sûretés conférant l'exclusivité est voulue par le législateur dans l'unique but de protéger certains types de créanciers en pratique. La faveur serait alors faite sciemment pour privilégier les fournisseurs et les banquiers.

[2074] Elles sont en effet soumises à la suspension des poursuites, l'interdiction des paiements, les astreintes relatives aux délais et remises du plan, l'inefficacité des attributions conventionnelles, l'arrêt du cours des intérêts etc.

[2075] Ch. GISBERS, *thèse préc.,* n° 347.

[2076] Pour plus de détails sur l'opposition entre les deux matières, V. C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, Thèse Paris, 2020, LGDJ.

alignement parfait. Au-delà de cette coordination aujourd'hui nécessaire entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives, la piste d'un système de sûreté réelle unique existant déjà dans le droit étranger paraît plus que jamais une source sérieuse d'inspiration susceptible d'aboutir à une généralisation de la discipline collective à l'ensemble des créanciers. Il est fort à parier que si un tel bouleversement de la matière avait lieu, les volontés individuelles en paieraient le prix fort puisque c'est bien du désordre existant aujourd'hui qu'elles tirent profit[2077].

1171. Compte tenu de toutes ces considérations, l'extension de la discipline collective à tous les créanciers ne semble possible que s'il existe une coordination entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives (**A**). Toutefois, optant pour une solution plus radicale, nous pensons que la conception d'une sûreté réelle unique représente le moyen idéal d'instaurer une égalité parfaite entre créanciers (**B**). Imposer un cadre légal unique en matière de sûreté réelle permettrait non seulement de créer un régime juridique homogène au sein des procédures collectives, mais également de délimiter plus clairement les contours de la liberté contractuelle, éliminant ainsi tout élément perturbateur dans l'application de la loi.

A. LA COORDINATION NÉCESSAIRE ENTRE LE DROIT DES SÛRETÉS ET LE DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

1172. Le panorama du droit français des sûretés réelles se caractérise par une diversité considérable, un choix délibéré opéré par le législateur sous l'influence de la liberté contractuelle. Toutefois, cette diversité engendre une multitude de régimes juridiques applicables, tant dans le cadre du droit commun que dans celui des procédures collectives. Lors de l'ouverture d'une procédure collective, les sûretés réelles exclusives démontrent une efficacité particulière, contrastant avec la situation des sûretés réelles préférentielles. L'Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises

[2077] V. Ph. DUPICHOT, *Thèse préc. op. cit.*

en difficulté[2078], n'a instauré aucun changement majeur, à l'exception des classes de parties affectées, soulevant divers enjeux déjà étudiés[2079].

1173. L'articulation harmonieuse tant souhaitée entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives passe avant tout par un examen critique du triomphe des propriétés-garanties pendant la procédure collective (**1**). Cette première étape nous permettra par la suite de mesurer de manière plus précise la nécessité impérieuse d'une cohérence entre les divers régimes de sûretés réelles (**2**).

1. Le triomphe critiquable des propriétés-garanties

1174. Le triomphe des propriétés-garanties s'explique assez aisément. Leur technique reposant sur la propriété, en principe, au moment de l'ouverture de la procédure, le bien ne figure pas dans le patrimoine du débiteur traité de telle sorte que, comme le souligne un auteur, il échappe à « *l'effet réel de la procédure collective*[2080] ». *A priori,* par nature, les règles des procédures collectives ne peuvent avoir d'emprise sur la technique de ces garanties. Pourtant, cette faveur qui repose essentiellement sur le fondement de la liberté contractuelle fait l'objet de vives critiques à tel point qu'aujourd'hui se pose la question de savoir si, à l'instar de la soumission qu'ont connu les sûretés réelles préférentielles dans les années 1970[2081], les propriétés-garanties ne devraient pas elles-aussi être soumises à la discipline collective.

1175. Pendant longtemps, la Cour de cassation paralysait les effets de la clause de réserve de propriété en cas de faillite du débiteur principal[2082]. Pourtant, si en 1967, le législateur avait semblé abondé dans ce sens en faisant soumettre tous les créanciers détenteurs d'une sûreté réelle classique à la discipline collective, la loi Dubanchet du 12 mai 1980[2083] a rendu la clause de réserve de propriété opposable à la procédure collective. Cette consécration légale de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété, conjuguée à la multiplication constante des garanties reposant sur la

---

[2078] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce.
[2079] V. *supra* n° 1124 à 1126.
[2080] M. SÉNÉCHAL, « *L'effet réel de la procédure collective* », *thèse préc. op. cit.*
[2081] V. M.GEISENGERGER, « *La suspension provisoire des poursuites* », *Gaz. Pal.* 1971, Doct., p. 455.
[2082] V. déjà, Cass. req, 17 juill. 1895, *DP* 96, 1, 57 ; V. Cass. civ. 28 mars 1934, *D.* 1934, I, 151.
[2083] Loi n° 80-335 du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente.

technique de l'exclusivité, marque ainsi le début du privilège accordé aux propriétés-garanties. Une grande partie de la doctrine a très vite émis le souhait de soumettre les propriétés-garanties à la discipline collective comme ce fût le cas pour les sûretés préférentielles.

1176. Dès le lendemain de la loi DUBANCHET, les auteurs se sont demandé pour quelles raisons les droits du créancier bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété devraient être opposables à la procédure alors que ceux du créancier bénéficiaire d'un privilège du vendeur ou d'un droit spécial de revendication ne le serait pas[2084]. Chr. MOULY s'interrogeait déjà sur le sort de la technique des sûretés reposant sur la propriété : « *Les propriétés-sûretés peuvent-elles continuer à suivre, en cas de faillite, le régime de la pleine propriété ou bien faut-il les soumettre à celui des sûretés ?* »[2085], s'interrogeait l'auteur. Sa réponse à cette question était déjà sans équivoque, le régime de la créance devait l'emporter sur celui de la propriété[2086]. Cette analyse mérite aujourd'hui un nouvel examen au regard des récentes réformes qui ont touché le droit des sûretés et le droit des procédures collectives.

1177. Avant la réforme du 18 décembre 2008[2087], l'incohérence législative ne résultait que de la simple confrontation entre d'une part, la pleine efficacité des sûretés conférant l'exclusivité pendant la procédure collective, et d'autre part, le sacrifice des sûretés traditionnelles au profit des finalités de sauvetage de l'entreprise et de l'emploi. L'Ordonnance de 2008 n'ai fait que brouiller davantage la situation en donnant naissance à de nouvelles contradictions d'ordre technique au sein même de la catégorie des propriétés-garanties. Les Ordonnances jumelles dont l'objectif était de « *Simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux titulaires de sûretés dans le livre VI du code de commerce, en particulier dans les différentes procédures collectives* »[2088] n'ont apporté aucun changement majeur sur ce sujet. Au contraire, le

---

2084 V. R. HOUIN, *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », JCP* 1980, I, 2978 ; V. également, P. JESTAZ, *« La réserve de propriété ou la vente éclatée », Mélanges dédiés à Dominique Holleaux,* Litec, 1990, p. 227 s.

2085 Ch. MOULY, *« Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in* Études René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984, n° 37, p. 556.

2086 Ch. MOULY, *art. préc., op. cit.,* n° 39, p. 557.

2087 Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

2088 L'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et l'Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

législateur a consacré deux nouvelles sûretés[2089] reposant sur la propriété, allongeant pour ainsi dire, la liste des sûretés échappant à la discipline collective.

1178. Le traitement des sûretés pendant les procédures collectives fait aujourd'hui état d'une incohérence et d'un désordre législatifs. Tel un *Janus*[2090], le droit des procédures collectives présente deux visages dans le traitement des créanciers munis de sûretés pendant la procédure. Il présente, en effet, une première facette où le choix politique expressément affirmé et défendu par le législateur est la sauvegarde, le redressement de l'entreprise et la faveur faite aux salariés et créanciers institutionnels[2091] au détriment des créanciers munis de sûretés. La primauté de la sauvegarde, du redressement et de l'emploi sur le paiement des créanciers traduit naturellement la soumission des créanciers munis de sûretés à la discipline collective[2092], mais également par un classement défavorable compte tenu du statut privilégié accordé au créancier superprivilégiés[2093]. Ainsi, l'article L. 620-1 du Code de commerce issu de la loi du 26 juillet 2005 précise les finalités de la procédure de sauvegarde : « *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ». La même disposition est reprise quasiment à l'identique à l'alinéa 3 de l'article L. 631-1 du même Code concernant le redressement judiciaire. Ces dispositions de la réforme de 2005 résultent elles-mêmes d'un des apports majeurs de la loi du 25 janvier 1985[2094] qui a prolongé le mouvement de soumission des créanciers munis de sûretés pendant les procédures collectives amorcé par la loi du 13 juillet 1967[2095]. Mais la seconde facette de la matière révèle, à l'inverse de la première, une protection des intérêts des créanciers munis de sûretés, en particulier ceux bénéficiant d'une situation

---

[2089] V. *supra* n° 1162 et 1166.

[2090] Dieu romain à deux visages.

[2091] Comme le Trésor public et la Sécurité sociale.

[2092] Suspension et interdiction des poursuites individuelles, interdiction du paiement des créances antérieures, les obligations de déclaration de la créance et de la sûreté sous peine d'inopposabilité à la procédure etc. V. *supra* n° 1068 et s.

[2093] Les salariés, les frais de justice, les privilèges de conciliation (*new money, post money)* etc.

[2094] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. En effet, l'ancien article L. 620-1 C. com. : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* ».

[2095] Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

d'exclusivité[2096]. En effet, comme nous l'avons évoqué tantôt, dès 1980, la loi DUBANCHET permettait déjà au vendeur réservataire de revendiquer le bien objet de la garantie dans un certain délai. En 1994, l'article L. 641-13-II dans sa rédaction issue de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 améliorait sensiblement le sort des créanciers munis de sûretés spéciales en cas de liquidation. Le texte prévoyait que les sûretés immobilières, mobilières avec dépossession ainsi que le gage de matériel et d'outillage passaient avant le privilège des créanciers postérieurs. Les réformes de 2008[2097] s'inscrivent dans cette continuité. En effet, la liste des situations d'exclusivité se trouve élargie avec la consécration du droit de rétention et la fiducie-sûreté. Le principe demeure leur efficacité pendant la procédure collective à moins que ces deux mécanismes n'aient été constitués sans dépossession auquel cas ils deviennent inopposables à la procédure[2098]. Quant aux réformes de 2021[2099], elles n'ont pas été en mesure de dégager une ligne cohérente à l'échelle de la matière. Deux nouvelles propriétés garanties, toute aussi efficaces que les autres, ont été consacrées. Les créanciers détenteurs d'une sûreté conférant l'exclusivité conservent ainsi la possibilité d'obtenir satisfaction même après le jugement d'ouverture. Ils échappent à la discipline collective et à la logique globale de la procédure.

1179. L'altérité de la technique des sûretés n'est pas une explication suffisante pour justifier l'efficacité des propriétés-garanties à toute épreuve. Certes, la liberté contractuelle y joue un rôle important, mais les finalités des procédures collectives doivent nécessairement primer au risque d'être vidées complètement de leur sens. Au-delà de l'argument technique, ce triomphe ne se justifie ni politiquement, ni économiquement car *in fine « qui fera confiance à un commerçant qui n'a, dans son actif, que du matériel loué en crédit-bail, des marchandises achetées sous réserve de propriété, des créances présentes et futures cédés par bordereau Dailly, un fonds de commerce transféré par*

[2096] Déjà, l'article L. 641-13-II dans sa rédaction issue de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 améliorait sensiblement le sort des créanciers munis de sûretés spéciales en cas de liquidation. Le texte prévoyait que les sûretés immobilières, mobilières avec dépossession ainsi que le gage de matériel et d'outillage passaient avant le privilège des créanciers postérieurs.

[2097] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et l'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

[2098] V. *supra* n° 1156 à 1166.

[2099] L'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et l'Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

fiducie, et qui, à la moindre difficulté passagère, sera dépouillé de tous les biens de valeur qu'il détient sans pouvoir invoquer le répit d'une procédure collective puisque son bilan n'affiche aucun élément d'actif consistant ? », ainsi que le souligne un auteur[2100].

1180. Même si les récentes réformes laissent légitimement penser que l'évolution du droit des sûretés ne semble pas s'acheminer vers un alignement du régime des sûretés conférant l'exclusivité sur celui des sûretés traditionnelles, cet alignement demeure, à notre sens, une option envisageable et nécessaire afin de mettre fin à l'incohérence législative qui y règne. Le désordre législatif est tel que la distinction selon technique de l'exclusivité ou de la préférence semble révolue puisque certaines situations d'exclusivité sont inefficaces[2101] pendant la procédure alors que d'autres le sont. L'incohérence législative s'est métastasée, pour ainsi dire, même au sein de la catégorie des propriétés-garanties, d'où la nécessité d'assimiler les régimes des sûretés réelles.

2. *L'assimilation nécessaire des régimes des sûretés réelles*

1181. Juridiquement, l'assimilation désigne tout « procédé technique consistant, pour le législateur, une convention ou un interprète, à rattacher une situation, un cas ou une notion juridique à une catégorie voisine, en faisant (plus ou moins artificiellement) abstraction de leurs différences, afin de soumettre, en tout ou partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement[2102] ». Compte tenu de la diversité des régimes des sûretés réelles, la méthode de l'assimilation est une solution à envisager sérieusement. Pour Chr. MOULY, l'argument technique reposant sur la propriété pour justifier le triomphe des propriétés-garanties après l'ouverture de la procédure collective n'est qu'une perception. Selon l'auteur, « dès que l'analyse de la propriété en une sûreté accessoire triomphe de la conception routinière, forgée par l'habitude d'une propriété intouchable, toutes les règles des procédures collectives qui affectent les sûretés traditionnelles ont vocation à affecter également la propriété-sûreté[2103] ». Pour le dire plus simplement, il suffirait d'un changement de paradigme pour que les propriétés-garanties entrent dans le rang comme les sûretés

---

[2100] Ch. GISBERS, *thèse préc. op. cit.*, n° 357.
[2101] C'est le cas de la fiducie-sûreté sans dépossession mais également du droit de rétention fictif.
[2102] G. CORNU, *op. cit.*, V° ASSIMILATION.
[2103] Ch. MOULY, *« Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », op. cit.*

traditionnelles. Ce changement de paradigme est d'autant plus plausible qu'il existe de nombreuses similarités entre les finalités des propriétés-garanties et des sûretés réelles traditionnelles (**a**). La soumission de certaines propriétés-garanties à la discipline collective constitue, à notre sens, une amorce à cette assimilation, de lege lata (**b**). Cependant, cette soumission n'est que partielle puisque le critère d'alignement employé ne concerne que les situations d'exclusivité sans dépossession. Partant, de lege ferenda, l'adoption d'un critère plus général et fédérateur comme celui du bien nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise devrait permettre une assimilation plus efficace (**c**).

a. Les similitudes entre les propriétés-garanties et les sûretés réelles traditionnelles

1182. La différence de technique entre les sûretés reposant sur l'exclusivité et celles reposant sur la préférence est indéniable. Le choix qui y aboutit résulte de l'expression de la liberté contractuelle des parties. Cela étant, nous savons aussi que la différence de traitement que ce choix implique pendant les procédures collectives ne trouve de justification ni politique, ni technique, ni même économique. La réalité est que, outre le fondement de la liberté contractuelle, le succès des propriétés-garanties ne s'explique que par la pression exercée par certains lobbies composés de créanciers influents comme les banques et les établissements de crédits[2104]. L'argument de façade qu'ils invoquent est le suivant : « *affaiblir la propriété-sûreté, ce serait scier la branche du crédit sur laquelle sont aujourd'hui assises la plupart des entreprises françaises*[2105] ». Or, il faut se le rappeler, le même argument fut avancé lorsqu'il était question de soumettre les sûretés réelles traditionnelles à la discipline collective dans les années 1970[2106]. L'argument n'est donc pas irréfutable, d'autant plus que, si l'on va au bout du raisonnement, la procédure collective elle-même contribue au crédit à travers ses finalités de redressement et de sauvegarde de l'entreprise[2107]. La soumission des propriétés-garanties n'est donc pas insurmontable. Au contraire, les similarités qui existent entre les propriétés-garanties et les sûretés réelles traditionnelles comme le

[2104] P. CROCQ, *thèse préc., op. cit.*, n° 365.
[2105] Ch. GISBERS, *op. cit.*, n° 356.
[2106] M. VASSEUR, « *Le crédit menacé. Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté* », *JCP G*, 1985, I, 3201.
[2107] Chr. MOULY, *art. préc. op. cit.*

gage ou l'hypothèque constituent un argument solide en faveur d'une évolution vers un régime unique des sûretés réelles pendant les procédures collectives.

1183. De prime abord, il convient de souligner qu'il n'est pas ici question de contester la différence de technique qui existe entre les propriétés-garanties et les sûretés réelles préférentielles. Le titulaire d'un droit de propriété affecté en garantie ne dispose pas de droit de préférence[2108], encore moins d'un droit de suite[2109]. De même, une sûreté réelle préférentielle ne confère aucun droit de propriété à son titulaire au moment de sa constitution. Cependant, comme le soulignait déjà Chr. MOULY, *« les concepts de propriété-garantie et d'hypothèque sont beaucoup plus proches qu'il n'y paraît. C'est une question de mots (propriété ou hypothèque) non une question de nature, car, disait-il, les prorogatives qu'elles confèrent sont très proches[2110] ».* En effet, lorsque l'on observe avec un peu plus d'attention les deux régimes, les parties ne raisonnent, en principe, qu'en termes d'efficacité. Pour le créancier, une propriété-garantie c'est l'assurance d'obtenir satisfaction. Pour le débiteur, donner une propriété-garantie c'est l'assurance d'obtenir le crédit. Il s'agit, dès lors, davantage d'une différence d'efficacité que d'une différence de nature qui sépare les propriétés-garanties des sûretés réelles préférentielles.

1184. Le droit exclusif comme le droit de préférence ont pour objet de placer le créancier qui en bénéficie dans une position privilégiée par rapport aux autres. La différence est que l'un confère ce privilège au créancier par la méthode d'un classement tandis que l'autre le lui confère par un paiement exclusif, évitant ainsi tout concours. Dans les deux techniques, l'objectif demeure le paiement[2111], seulement, l'un est plus énergétique que l'autre. Dans les deux figures, la garantie permet au créancier de se servir en premier, mais il est tenu de reverser l'excédent qui est alors distribué entre les autres créanciers.

[2108] Car la préférence suppose nécessairement un concours entre plusieurs prétendants. Encore récemment, la Cour de cassation l'a rappelé en décidant que *« si la clause de réserve de propriété constitue une sûreté réelle, elle ne confère à son bénéficiaire aucun droit de préférence dans les répartitions » :* V. Cass. com. 15 oct. 2013, n° 12-14.944.

[2109] N'ayant plus la propriété du bien, le débiteur ne dispose plus de l'*absus* sur le bien affecté.

[2110] Ch. MOULY, *« Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », op. cit.*

[2111] Même dans les propriétés-garanties, le but du créancier n'est pas de devenir propriété un bien affecté en garantie mais d'avoir l'assurance d'être remboursé. Après la réalisation du bien, il est tenu de restituer l'excédent au débiteur. V. par exemple, art. 2371, al.3 C. civ.

1185. La réalisation de la propriété-garantie est également très proche du mécanisme du pacte commissoire constitué sur un gage ou une hypothèque. En effet, les deux situations s'assimilent à une sorte de paiement en nature ou encore à une dation en paiement convenue à l'avance qui devient forcée en cas de défaillance du débiteur[2112]. C'est la raison pour laquelle un auteur a pu affirmer que « *d'un point de vue économique, il n'y a pas de différence entre le pacte commissoire et la réalisation de la fiducie-sûreté*[2113] ». D'ailleurs, avant la consécration du pacte commissoire par l'Ordonnance de 2006, la Cour de cassation avait pris l'habitude d'assimiler les deux mécanismes en requalifiant les aliénations fiduciaires non prévus par la loi de gages assortis d'un pacte commissoire[2114].

1186. Sans prétendre à l'exhaustivité, il existe, comme nous l'avons vu, de nombreuses similarités entre les propriétés-garanties et les sûretés réelles traditionnelles. L'altérité des techniques n'est, semble-t-il, pas un obstacle insurmontable susceptible de faire échec à toute tentative d'alignement de leur régime. D'ailleurs, on peut noter l'amorce de cet alignement concernant certaines propriétés-garanties que le législateur n'hésite pas faire soumettre à la discipline collective lors de l'ouverture de la procédure collective.

b. L'amorce d'une assimilation fondée sur le critère de la possession, de lege lata

1187. Les réformes de 2008[2115] ont élargi la catégorie des sûretés réelles conférant l'exclusivité avec la consécration de la fiducie-sûreté et le droit de rétention. Mais dans le même temps, sans réelle considération de la technique juridique, le législateur a canalisé l'efficacité de ces mécanismes, en particulier pendant la procédure collective, opérant ainsi l'amorce d'un alignement entre le régime des sûretés conférant l'exclusivité et celles conférant la préférence.

1188. Nous le savons déjà, à l'instar des propriétés-garanties, le droit de rétention confère un droit exclusif à son titulaire dont l'efficacité est redoutable à l'ouverture

---

[2112] V. M. CABRILLAC, sous Cass. com. 1er oct. 1985 *D.* 1986, p. 246 et s.
[2113] C. LARROUMET, note sous Cass. com. 9 avril 1996, *D.* 1996, jur. p. 339.
[2114] V. Déjà, Cass. civ. 21 mars 1910, *D.* 1912, I, 445 ; Cass. civ. 1er juill. 1969, *Clunet* 1970, p. 916, note DERRUPPÉ ; Cass. com., 19 déc. 2006, *D* 2007, jur. 344, note C. LARROUMET ; *RLDC* 2007, n° 36, p. 29note D. HOTCIEFF.
[2115] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et l'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

d'une procédure collective[2116]. Cela étant, souhaitant revaloriser le sort réservé au créancier gagiste sans dépossession, le législateur est venu lui conférer un droit de rétention purement fictif[2117] en ignorant les conditions essentielles d'une telle garantie, à savoir le pouvoir de blocage et le lien de connexité entre ce pouvoir de blocage et la créance[2118]. Cette fiction juridique censée améliorer le sort du créancier gagiste sans dépossession a eu pour seul effet notable l'intégration du livre IV du Code civil puisque l'Ordonnance du 18 décembre 2008 est venue limiter son efficacité en cas de procédure collective. Par exception au principe d'opposabilité du droit de rétention[2119], la rétention fictive est inopposable pendant la période d'observation et l'exécution du plan de sauvegarde et de redressement[2120]. En clair, le créancier bénéficiaire d'une rétention fictive ne peut se prévaloir de la règle du retrait contre paiement prévue à l'article L. 622-7-II du Code de commerce. Le débiteur étant en possession du bien, aucun retrait ne s'opère. Or, ce retrait nécessaire à la poursuite de l'activité est une condition de l'exception à l'interdiction des paiements des créances antérieures prévue à l'article L. 622-7-II. Ainsi, l'inefficacité du droit de rétention fictif pendant la procédure collective résulte de l'absence d'un pouvoir de pression et de blocage du créancier. Le législateur se sert du critère de la possession pour faire soumettre les créanciers bénéficiaires d'un droit de rétention fictif à la discipline collective. Ce critère permet également de réserver le même sort au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sans dépossession à l'ouverture de la procédure collective.

1189. L'efficacité de la fiducie-sûreté est limitée lorsque l'entreprise peut encore être sauvée, c'est-à-dire en cas de sauvegarde ou de redressement[2121]. En effet, l'article L. 622-23-1 du Code de commerce prévoit que l'ouverture d'une procédure collective paralyse les effets d'une fiducie-sûreté sans dépossession[2122]. Le contrat de fiducie tombe alors dans le régime des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de

---

[2116] Déjà longuement étudié, V. *supra* n° 1134 à 1145.
[2117] L. du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 2286, 4° C. civ.
[2118] V. A. AYNÈS, *« L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives »*, *ICP G* 2008, act. 300, spéc. p. 5.
[2119] V. *supra* n° 1134 et s.
[2120] Art. L. 622-7-I et art. L. 631-14 C. com.
[2121] Pour plus de détails sur la question, V. M. GRIMALDI, R. DAMMAN, *« La fiducie sur ordonnances »*, *D.* 2009, 670.
[2122] V. *supra* n° 1158 et 1161.

commerce. Selon le texte, « *Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail. Elles ne concernent pas non plus le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire* ». Ainsi, la fiducie-sûreté sans dépossession ne bénéficie pas des exceptions légales au principe de continuation des contrats en cours. À l'instar du droit de rétention fictif, le critère de la possession ou non du bien affecté en garantie est une fois de plus déterminant dans la soumission de ces mécanismes à la discipline collective.

1190. Le critère de la possession du bien révèle, ainsi que l'on a tenté de le démontrer, l'amorce d'un alignement des régimes des sûretés réelles. Les créanciers en situation d'exclusivité en vertu d'un droit de rétention fictif ou d'une fiducie-sûreté sans dépossession, n'échappent pas à la discipline collective. Mais on le voit bien, ce critère reposant sur la possession du bien est insuffisant pour parvenir à une extension généralisée de la discipline collective. En effet, les situations d'exclusivité qui impliquent une dépossession du débiteur échappent sans difficulté aux règles dérogatoires des procédures collectives. D'où la nécessité de s'appuyer sur un critère plus général et plus fédérateur comme celui du bien nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise, critère qui, *de lege ferenda,* est susceptible de conduire vers une extension plus systématique de la discipline collective.

c. La possibilité d'une assimilation fondée sur le critère de l'utilité du bien à la procédure, de lege ferenda

1191. Le critère de l'utilité du bien à la procédure est une possibilité potentiellement envisageable puisque le législateur en fait déjà un usage de manière partielle. En effet, nous l'avons vu[2123], dans la figure de la fiducie-sûreté, le législateur est parvenu à obtenir une articulation plus ou moins cohérente entre le droit des procédures collectives et le droit des sûretés réelles. En sauvegarde et en redressement, l'efficacité du mécanisme de la fiducie-sûreté est partielle. Tantôt elle fait preuve d'efficacité lorsqu'il y a dépossession du bien, tantôt elle montre ses limites lorsque le contrat est

[2123] En effet, l'efficacité de ce mécanisme est partielle en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le critère de la possession n'est pas le seule pris en compte par le législateur, celui de l'utilité du bien l'est également : V. *supra* n° 1158.

constitué sans dépossession. Mais dans tous les cas le critère de l'utilité du bien reste essentiel. Même en l'absence de dépossession, si le bien n'est pas utile à la poursuite de l'activité de l'entreprise, la fiducie-sûreté restera efficace, le créancier pourra réaliser le mécanisme et obtenir le paiement de sa créance. Dans l'hypothèse de la fiducie-sûreté, l'extension de la discipline collective n'est possible qu'en présence de deux conditions : la constitution du mécanisme sans dépossession et l'utilité du bien à la poursuite de l'activité de l'entreprise. En faisant fi du critère de la possession et en ne retenant que celui de l'utilité du bien à la procédure et non uniquement à la poursuite de l'activité, la généralisation du régime juridique de la fiducie-sûreté à l'ensemble des sûretés réelles pourrait être la meilleure méthode d'assimilation des régimes des sûretés réelles afin que la discipline collective s'applique égalitairement à tous les créanciers.

1192. À travers le procédé technique de l'assimilation, on peut ainsi imaginer un critère général émanant du droit des procédures collectives qui s'appliquerait à toutes les sûretés réelles quelle que soient leurs techniques. En effet, puisque la loi donne la primauté au droit des procédures collectives[2124], les règles dérogatoires conduisant à l'application uniforme de la discipline collective à tous les créanciers sont censées être édictées par la matière elle-même[2125]. Le bien serait utile à la procédure à chaque fois que le sauvetage de l'entreprise est possible. En d'autres termes, l'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement devrait systématiquement paralyser la mise en œuvre de l'ensemble des sûretés réelles, qu'elles reposent sur la technique du droit de propriété ou sur celle du droit de préférence. Bien évidemment, cette paralysie est subordonnée à l'absence de toute décision émanant des organes de la procédure, notamment l'administrateur judiciaire s'il est nommé, déclarant le bien non utile à la procédure. L'extension de la discipline collective à travers le critère de l'utilité du bien à la procédure reposerait ainsi sur deux conditions : une condition positive à savoir, la viabilité de l'entreprise ; une condition négative : l'absence de décision de non utilité du bien pour la poursuite des activités de l'entreprise par les organes de la procédure.

[2124] Art. 2287 C. civ.

[2125] Nous considérons d'ailleurs que l'incohérence qui conduit à une différence de traitement entre les créanciers selon leur qualité pendant la procédure collective est imputable au droit des procédures collectives.

1193. Pour le dire plus simplement, pendant la période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, les organes de la procédure devront déterminer si le bien est utile ou non à la procédure. Si ce bien est utile à la procédure, le créancier d'une sûreté reposant sur la technique du droit de propriété sera soumis à la discipline collective au même titre que le créancier muni d'une sûreté préférentielle.

1194. Il faut cependant admettre que la détermination de l'utilité du bien peut être difficile à juger objectivement car le débiteur en difficulté plaidera systématiquement pour l'utilité du bien alors que le créancier, à l'inverse, soutiendra que le bien n'est pas utile à la procédure. En matière de fiducie-sûreté, cette difficulté ne se pose pas puisque cette sûreté est souvent assortie d'une convention de mise à disposition[2126], de sorte qu'il est plus aisé de déterminer si le bien est utile ou non à la procédure. En présence d'une convention de mise à disposition, on peut considérer que le bien est non seulement utile à la poursuite de l'activité mais également à la procédure de sauvegarde ou de redressement[2127]. Or, cette convention n'existe pas dans les autres sûretés réelles. Pourtant, cette difficulté n'est pas insurmontable. Dès lors que la condition de viabilité de l'entreprise est établie, celle de l'utilité des biens affectés en garantie doit être présumée. En clair, le principe serait celui de l'utilité du bien à la procédure. Ainsi, sauf exception, tous les créanciers seraient soumis à la discipline collective pendant la période d'observation.

1195. Il doit cependant exister des exceptions car, d'une part, certains biens ne sont légalement pas saisissables par la procédure quand bien même elles lui seraient utiles ; et d'autre part, parce que objectivement certains biens ne présentent aucune utilité pour le sauvetage de l'entreprise. Au registre des biens qui échappent à la procédure, il faut compter notamment les biens qui n'appartiennent pas au débiteur faili[2128] ou encore certains biens personnels comme la résidence principale[2129]. D'ailleurs à propos de ce dernier cas, la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité

[2126] V. S. FARHI, *« La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté », Gaz. Pal*, 2018, n°2, p.81.

[2127] Mais en l'absence d'une convention de mise à disposition, donc avec dépossession, la réalisation de la fiducie-sûreté est possible.

[2128] En effet, seuls peuvent être saisis les biens qui appartiennent au débiteur. Les biens d'autrui échappent à l'emprise de la procédure collective.

[2129] Elle échappe à la saisie collective sans qu'il soit nécessaire de recourir à une quelconque déclaration d'insaisissabilité : V. L. n° 2015-990, 6 août 2015, dite « Loi Macron », art. 206 ; V. également, S. PIEDELIÈVRE, *Résidence principale et insaisissabilité de droit », RDBF* mai 2015, comm. 161

professionnelle indépendante, a modifié le statut des entrepreneurs individuels en systématisant la séparation entre son patrimoine personnel et son patrimoine professionnel[2130]. Désormais et de manière plus nette, les éléments non compris dans le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel échappent à la saisie collective[2131]. Cette frontière étanche entre le patrimoine personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel facilite la détermination de l'utilité ou non du bien à la procédure. Pour ce qui concerne les biens jugés objectivement non nécessaires à la procédure, la décision devrait revenir au juge-commissaire. L'absence d'utilité du bien à la poursuite de l'activité de l'entreprise devrait constituer une première indication pour la procédure. Dans tous les cas, que le bien soit utile ou pas à la procédure, la décision devrait résulter de son ressort.

1196. Comme le souligne un auteur, le critère de l'utilité des biens à la procédure serait *« un Yalta astucieux »*. Il permet, en effet, non seulement de simplifier le sort des sûretés pendant la procédure collective, mais également de gommer les multiples incohérences du droit des procédures collectives.

1197. Il est assez regrettable que les Ordonnances jumelles du droit des sûretés et du droit des procédures collectives n'aient pas été en mesure de proposer une coordination efficiente entre les sûretés réelles et les procédures collectives. Or, cette coordination, comme nous avons tenté de le démontré, est un préalable nécessaire dans le système juridique français actuel pour obtenir une égalité absolue des créanciers pendant les procédures collectives. En effet, l'expression de la liberté contractuelle dans une diversité de choix parmi et de technique peut, certes, être perturbatrice, mais nous avons vu que ce motif ne justifiait pas le traitement discriminatoire entre les créanciers. En réalité, le législateur a prouvé que l'alignement des différentes techniques est possible, même si le critère actuel pour y parvenir est aujourd'hui de toute évidence insuffisant. Dès lors, il est temps d'évoluer vers un

---

[2130] V. B. DONDERO, *« Avant-propos - Entrepreneurs individuels : la nouvelle organisation de l'entreprise est là ! », JCP E*, 2022, n°13, 1135, p.19 ; F. PETIT, *« De l'ouverture des procédures de traitement de la défaillance de l'entrepreneur individuel », Actualité des Procédures Collectives Civiles et Commerciales*, n°64, p.4.

[2131] À moins qu'il y renonce. Cette loi est entrée en vigueur le 14 mai 2022. L'article L. 632-1-12° C. com. prévoit, en effet, que *« Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : […] 12° Toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus que l'entrepreneur a déterminés, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur ».*

alignement plus complet et plus objectif comme celui fondé sur le critère de l'utilité du bien affecté en garantie à la procédure collective. Mais dans l'hypothèse où le législateur ne pas souhaite procéder à l'extension de la discipline collective par le biais d'un alignement des régimes des sûretés réelles, la sûreté réelle unique peut être une option sérieuse à considérer malgré le bouleversement qu'elle est susceptible d'entraîner dans le système français du droit des sûretés reposant largement sur l'autonomie de la volonté.

B. L'INSTAURATION ENVISAGEABLE D'UNE SÛRETÉ RÉELLE UNIQUE

1198. L'un des points forts de la tradition civiliste du droit français en matière de sûretés est la diversité des mécanismes de sûretés à la disposition des parties. L'autonomie de la volonté et les libertés individuelles sont déterminantes dans la quasi-totalité des étapes de la vie d'une sûreté. Mais, force est de constater que cet héritage historique constitue un frein à la simplification et la modernisation de la matière[2132]. Nous l'avons vu, les différentes réformes en droit des sûretés et en droit des procédures collectives n'ont pas réussi à trouver un équilibre entre les intérêts des créanciers soucieux de se doter des garanties les plus efficaces pour échapper à la discipline collective, et ceux du débiteur placé qui voit en la procédure collective un moyen d'échapper à ses créanciers. Ainsi que le soulignait justement D. LEGEAIS avant les récentes réformes de 2021, *« Il y a cinq procédures applicables aux entreprises en difficulté sans compter les variantes et les différentes phases de chacune d'entre elles. Si l'on s'attache à l'efficacité de chaque prérogative, de chaque sûreté dans chacune des phases des différentes procédures, on peut recenser plus de 1 500 cas de figures !*[2133] ». Bien que ce constat soit encore d'actualité, le législateur français semble encore réfractaire à l'importation des modèles de sûreté émanant des systèmes juridiques anglo-saxons. Il faudrait ainsi considérer l'institutionnalisation du mécanisme anglais du *Trust* sous l'appellation de la fiducie-sûreté dans le droit français comme une simple exception.

[2132] Y. DIALLO, *Thèse préc. op. cit.*, n° 1002.

[2133] D. LEGEAIS, *« Procédures collectives et sûretés réelles. Quelques vœux pour la réforme à venir », Rev. proc. coll.* 2018, n° 4, 21.

Pourtant, sans jamais trouver écho en France, de nombreuses études ont été consacrées à la possibilité de l'instauration d'une sûreté réelle unique inspirée du droit comparé[2134]. Or, ainsi que nous le verrons, les arguments qui s'opposent à cette hypothèse sont loin d'être irréfutables.

1199. En tentant d'apprivoiser la complexité inhérente à la diversité des mécanismes de sûretés dans le droit français, l'exploration d'une transformation radicale paraît, plus que jamais, être une solution face à la crise que traverse la matière lorsque s'ouvre une procédure collective. Il s'agira de mettre en place un modèle de sûreté réelle unique susceptible de porter à la fois sur tous types de bien, mobilier, immobilier, corporel et incorporel, tout en étant en conformité avec la liberté contractuelle des parties. Pour ce faire, il convient d'examiner l'adaptabilité de deux modèles étrangers au droit français, à savoir l'hypothèque unique québécoise (**1**) et le security interest américain (**2**), avant de confronter cette approche fonctionnelle du droit des sûretés à la question cruciale du sort de la liberté contractuelle dans le contexte d'une sûreté réelle unique (**3**).

1. Le modèle québécois : L'hypothèque unique

1200. Bien que le Québec soit situé à cheval entre les traditions juridiques du *Civil Law* et du *Common Law*, il est réputé être largement influencé par le système de droit civil[2135]. Ainsi, avant 1994, le droit Québécois des sûretés était similaire à l'état actuel du droit positif français. Il existait une plénitude de sûretés réelles ainsi qu'un très grand nombre de privilèges légaux. Il en résultait, comme en droit français aujourd'hui, une lecture « Kafkaïenne[2136] » et incohérente du sort des sûretés après l'ouverture d'une procédure collective.

[2134] V. par exemple, A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *« Le droit nord-américain des sûretés mobilières, article 9 du Uniform Commercial Code des États-Unis et Personnel property Security Act de la province canadienne de la Saskatchewan », Revue international de droit comparé,* 1991, Vol. 43, n° 2, p. 502 ; J.-F. RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français, Thèse Clermont-Ferrand* 1995 ; M. BUSSANI, *« Rapport conclusif, Le droit comparé des sûretés réelles et l'intégration juridique », Droit et. Patrimoine,* 2001, 94. 56.

[2135] V. M. BUSSANI, *« Rapport conclusif, Le droit comparé des sûretés réelles et l'intégration juridique », op. cit.*

[2136] En référence aux romans de l'auteur Franz KAFKA (par exemple V. KAFKA, *Le procès,* GF Flammarion, éd. corrigée 2011 ; ou encore KAFKA, *La métamorphose,* Folio Classique, Gallimard2000), se dit d'une situation confuse et insoluble voire absurde.

1201. Pour mettre fin à cette complexité et ce manque de lisibilité du droit des sûretés, en particulier dans ses rapports avec le droit des procédures collectives, le législateur québécois a consacré, à l'occasion de l'entrée en vigueur du Nouveau Code civil du Québec[2137], un Livre VI intitulé « des priorités et des hypothèques »[2138] et réformant profondément l'ancienne tradition civiliste du droit des sûretés. Le paysage kaléidoscopique des sûretés laisse place à une sûreté réelle unique dénommée l'hypothèque unique. Cette sûreté réelle unique est d'application générale puisqu'elle peut avoir pour assiette tout type de biens : des créances, des actions, des biens mobiliers et immobiliers, présents, futurs, corporels ou incorporels[2139]. Cette réforme a permis une rationalisation et une simplification du droit des sûretés québécois de telle sorte que la matière s'est vue débarrassée de ses travers d'antan favorisant ainsi l'unification des règles juridiques. Pour autant, l'hypothèque unique n'est pas la seule sûreté au Québec puisque l'article 2647 du Code civil québécois prévoit que *« Les causes légitimes de préférence sont les priorités et les hypothèques »*. Il faut cependant noter que la réforme de 1994 a procédé à une réduction drastique du nombre de privilèges en les transformant, pour la plupart, en priorités[2140].

1202. Pour ce qui concerne l'adaptabilité du modèle québécois des sûretés réelles en France, il faut dire la perspective audacieuse d'une refonte du paysage juridique français du droit des sûretés avec l'instauration d'une sûreté réelle unique doit, à notre sens, être considérée avec sérieux. La dichotomie « sûretés sur les meubles » et « sûretés sur les immeubles » sur laquelle repose l'organisation de la matière dans le droit français n'est pas insurmontable. Comme le souligne N. BORGA, s'il peut sembler paradoxal d'instaurer une sûreté réelle unique, *« on ne saurait donc voir dans l'opposition des sûretés mobilières et immobilières un horizon indépassable, en réalité le moment est propice au rapprochement*[2141]. En effet, le législateur a déjà prouvé qu'il était en mesure de dépasser la distinction sûreté mobilière – sûretés immobilière avec la

---

[2137] Les dispositions du Livre VI, titre III, du Nouveau Code civil du Québec sont entrées en vigueur le 1er janvier 1994.

[2138] V. M. DESCHAMPS, *« Le droit des sûretés au Québec »,* in *Repenser le droit des sûretés mobilière*, p. 73.

[2139] D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n° 413 ; E. CHARPENTIER, *« Regard sur le droit québécois des sûretés », RDBF*, 2016, n°6, p.1.

[2140] D. PRATTE, *« Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », Revue de droit de l'Université de Sherbrooke,* 1992, 23, p. 175.

[2141] N. BORGA, *« Les conditions de validité de l'hypothèque unique », RDBF,* 2016, n°13.

consécration de la fiducie-sûreté qui peut porter aussi bien sur les meubles que les immeubles. Cependant, la dénomination d'hypothèque choisie au Québec comme sûreté réelle unique pourrait être une source de confusion en France dans la mesure où ce terme est traditionnelle employé pour désigner les sûretés pourtant sur les biens immobiliers tandis que le gage est employé pour les biens mobiliers. L'intégration du modèle devrait donc nécessiter une adaptation terminologique. Un auteur a proposé une dénomination de la sûreté réelle unique française assez convaincante : « la garantie réelle ». Le choix de ce terme aura le mérite d'éviter toute confusion avec les habitudes actuelles de la pratique et, dans le même temps, d'être suffisamment général pour réceptionner toutes les caractéristiques susceptibles d'être assorties au mécanisme unique[2142].

1203. Cela dit, l'importation de ce modèle unique de sûreté dans le droit français ne suffit pas ; encore faut-il que ses caractéristiques permettent d'assurer une certaine efficacité et un traitement égalitaire des créanciers, en particulier pendant les procédures collectives. Comme le souligne D. LEGEAIS, *« il faut donc imaginer comment le droit des procédures collectives pourrait s'adapter à cet impératif nouveau et à l'existence d'une sûreté unique »*[2143]. En renfermant le choix des parties sur un seul modèle de sûreté, le législateur s'assurerait d'une application uniforme de la discipline collective à tous les créanciers, sans distinction[2144]. Il en résulterait une uniformisation des règles relatives à la publicité ainsi qu'une simplification de l'accès à l'information[2145]. Le régime de cette « garantie réelle » devra être déterminé par le législateur de telle sorte qu'en présence d'une procédure collective, quel que soit le contenu stipulé par les parties, la discipline collective puisse s'appliquer à indifféremment à tous les créanciers.

1204. Après avoir exploré le modèle novateur québécois de l'hypothèque unique, il convient à présent de se pencher sur le modèle américain, le "security interest". Ce

[2142] Droit de préférence, droit exclusif, meuble, immeuble, bien présent, future…
[2143] D. LEGEAIS, *« Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », op.cit.,* p.2
[2144] C. HOUIN-BRESSAND et F. PÉROCHON, *« Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », RDBF,* 2016, n°16, p.1-6.
[2145] C. HOUIN-BRESSAND et F. PÉROCHON, *op. cit.*

concept, issu du système juridique du Common Law, offre une perspective différente sur la question des sûretés réelles.

2. Le modèle américain : Le Security interest

1205. Comme au Québec avant 1994, le droit des sûretés américain était complexe et hétéroclite[2146] avant la réforme introduite par l'article 9 du Code Commercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*)[2147]. Le paysage juridique étatsunien en la matière faisait état d'un désordre législatif pire que ce que l'on connaît aujourd'hui en France. En effet, au-delà de la distinction classique entre le gage mobilier avec dépossession (*Pledge*) et l'hypothèque immobilière (*Mortgage*), le lobbying de grands groupes financiers a conduit à la validation d'autres extensions comme l'hypothèque mobilière (*Chattel mortgage*), les emprunts fiduciaires sur outillage (*Equipement trust*) ou encore les actes de fiducie (*Trust deed*)[2148]. En réalité, les montages constitutifs de sûretés n'avaient de limites que l'imagination des parties. La liberté contractuelle occupait ainsi une place essentielle dans le domaine. Pour ne pas arranger les choses, la forme fédérale des États-Unis impliquait la duplication de cette diversité et cette dispersion dans chaque État, de telle sorte que les sûretés réelles conventionnelles pouvaient varier selon les États[2149]. Face à ce désordre législatif, source d'incertitude juridique pour le monde des affaires, il devenait urgent de procéder à une simplification du droit des sûretés et une harmonisation des lois étatiques.

1206. À la différence du législateur québécois qui a fait le choix d'imposer une sûreté unique, aux États-Unis, le législateur a décidé d'instituer un régime juridique type qui uniformise les règles de constitution, d'opposabilité et de réalisation à toute convention ayant pour objet la constitution d'une sûreté. En d'autres termes, l'article 9 du *UCC* a créé un modèle de sûreté unitaire en soumettant à un même régime tous les mécanismes conventionnels[2150] ayant pour finalité la constitution d'une garantie sur un bien meuble, quelle que soit la qualification donnée par les parties à la garantie

---

[2146] D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.,* n° 407.
[2147] *UCC.*
[2148] B. TESTON, *« Garanties et sûretés internationales : Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », Droit et patrimoine,* 2001, n° 94, p. 69-76.
[2149] B. TESTON, *op. cit., ibis idem.*
[2150] Les sûretés non conventionnels sont, en effet, exclus par la Section 9-102 et 9-104 (b) et (c).

constituée, ou encore son assiette[2151]. La genèse de ce texte clé du droit commercial américain révèle une double volonté d'uniformisation : D'une part, mettre fin au pullulement des sûretés réelles mobilières par la consécration d'un régime uniforme et commun et d'autre part, procéder à l'harmonisation juridique des sûretés réelles mobilières entre les différents États fédérés[2152]. Ainsi, s'inscrivant dans un mouvement d'ensemble d'intégration juridique des affaires[2153], l'article 9 du l'*UCC*, adopté en 1952[2154], soumet toutes les formes de sûretés réelles mobilières conventionnelles à un régime unique qui est celui du *Security interest.*

1207. Le paragraphe 9-109 de *l'UCC* définit le *Security interest* comme toute convention conclue entre les parties, ayant pour objet la création d'une sûreté sur un bien meuble (*Personal property*) ou sur un immeuble par destination (*Fixtures*) dans le but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation[2155]. Cette sûreté est exclusivement mobilière car elle ne peut porter que sur des biens meubles[2156]. Sont donc exclus de son champ d'application les biens immobiliers (*real properety*) et certains biens mobiliers incorporels[2157].

1208. L'approche du *Security interest* américain est fonctionnelle dans la mesure où le critère de qualification retenu ici est la finalité du mécanisme constitué par les parties. Dès lors que cette finalité correspond à la fonction de sûreté telle que définie par l'article 9, le mécanisme se verra imposé un régime unique. Il en résulte une approche fonctionnelle du droit des sûretés mobilières qui conduit à nier, par exemple, la spécificité du droit de propriété ou encore du droit de rétention lorsqu'il joue un rôle

---

2151 V. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.*, n° 405 et s.

2152 B. TESTON, *« Garanties et sûretés internationales : Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », Droit et patrimoine,* 2001, n° 94, p. 69-76.

2153 V. par exemple, W. HAWKLAND, *Uniform Commercial Code Series,* Clark, Boardman, Callaghan, Publishers 1995.

2154 Le texte a fait l'objet de nombreuses réformes dont la dernière étant celle du 1er juillet 2000 : V. J.-F. RIFFARD, *thèse préc. op. cit. ;* A.-M., MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *« Les techniques de sûretés sur les marchés étrangers : l'exemple américain », Banque et droit,* 72, juill-août 2000.

2155 V. le paragraphe 9-109-a-1 de l'*UCC* : *« Except as otherwise provided in subsections (c) and (d), this article applies to: (1) a transaction, regardless of its form, that creates a security interest in personal property or fixtures by contract […] ».*

2156 Il s'agit essentiellement des biens meubles corporels (*Goods*) et quelques rares biens incorporels comme les titres de propriétés (*Documents of title*), les connaissements (*bills of lading*), les documents commerciaux (*Chattel papers*) etc. : V. B. TESTON, *art. préc., op. cit.*

2157 Comme les sûretés portant sur les valeurs mobilières qui dépendent du livre VIII de l'*UCC :* V. B. TESTON, *art. préc., op. cit.*

de garantie. Les droits du créancier détenteur de sûreté sont limités car il ne dispose que d'un intérêt sur le bien affecté en garantie. Ainsi, en plus des conditions de constitution et de publicité uniformes, tous les créanciers sont soumis à la même procédure de réalisation en cas de défaillance du débiteur. Le *Security interest* neutralise toute technique ayant pour finalité de conférer un droit exclusif.

1209. Le modèle d'unification américain des sûretés réelles conventionnelles présente de nombreux avantages qui, pour l'heure, ne semblent pas encore suffisants aux yeux du législateur français et ce, malgré les propositions faites par la doctrine en faveur d'une possible adaptation du *Security interest*[2158]. L'adaptabilité du mécanisme, moyennant quelques aménagements[2159], au droit français des sûretés semble *a priori* acquise[2160].

1210. Finalement, l'analyse des formes d'unification du droit des sûretés québécois et américain a révélé que le système traditionnel et conservateur français de droit civil n'était pas si opaque à un bouleversement d'inspiration anglo-saxonne. Rien ne s'oppose à ce que le législateur français suive la trace des législateurs québécois et américain. Reste maintenant à déterminer le sort de la liberté contractuelle dans ces modèles d'unification.

3. Le sort de la liberté contractuelle dans les modèles d'unification

1211. Le principal reproche qui est opposé aux modèles d'unification des sûretés, qu'il s'agisse du modèle québécois ou américain, repose sur l'idée qu'un tel système ne laisserait que très peu de place à l'autonomie de la volonté et *in fine* à la liberté contractuelle des parties[2161]. Pourtant, il n'en est rien. Un modèle d'unification reposant sur la création d'une sûreté réelle unique ou sur un régime unique est tout à fait concevable sans pour autant museler la liberté contractuelle. Pour s'en convaincre, il convient de revenir sur les deux modèles québécois et américain d'unification des

---

[2158] V. J.-F. RIFFARD, *thèse préc. op. cit.*

[2159] Par exemple son extension aux sûretés réelles immobilières et à l'ensemble des sûretés réelles mobilières.

[2160] Y. DIALLO, *thèse préc., op. cit.,* n° 1027 et s.

[2161] Il faut ajouter à cet argument celui de la tradition civiliste du droit français contrairement au droit anglo-saxon dont la tradition est celle du *common law.* V. J.-F. RIFFARD, *thèse préc. op. cit. ;* Cependant, nous avons déjà démontré que cet argument n'était pas insurmontable, V. *supra* n° 1197 à 1207. Nous ne nous focaliserons donc, ici, que sur le second argument qui porte sur le sort de la liberté contractuelle dans ces modèles d'unification.

sûretés, pour démontrer que dans ces systèmes, les parties sont loin d'être privées de l'expression de leur liberté contractuelle.

1212. Concernant l'hypothèque unique québécoise, elle a souffert des mêmes suspicions lors de son adoption par le livre VI du Code civil du Québec. Malgré l'attention particulière que les rédacteurs du Code québécois avaient portée au respect de la liberté contractuelle, leur première inspiration conduisait à une restriction significative de la volonté des parties, en particulier au stade de la constitution. En effet, l'article 281[2162] du projet de réforme du Code civil québécois consacrait un principe de présomption d'hypothèque, de telle sorte que tout montage conçu par les parties dans le but d'assurer le paiement d'une obligation devait être assimilé à une hypothèque. IL va sans dire qu'une telle disposition aurait porté un coup fatal à la liberté des parties. Fortement critiquée, cette disposition a finalement laissé place à une conception plus libérale, reposant sur le but recherché par les parties lors de la constitution du contrat[2163], également appelé *« principe de l'essence de l'opération*[2164] ». Pour qualifier le contrat d'hypothèque, le juge devra s'appuyer sur la finalité recherchée par les parties. Autrement dit, au stade de la constitution, l'unification opérée par le législateur québécois s'attache à attenter le moins à la volonté des parties. Elles peuvent même constituer des sûretés sans celles-ci ne soient systématiquement assimilées à l'hypothèque comme une priorité[2165]. Au-delà de la constitution, l'hypothèque québécoise ne s'oppose pas non plus à ce que les parties puissent déterminer le contenu du contrat[2166]. Elles peuvent ainsi déterminer librement les modalités pratiques de la sûreté pourvu que ces aménagements ne portent pas atteinte aux règles impératives qui s'appliquent à l'hypothèque unique. En définitive,

---

[2162] Art. 281 du Projet de réforme du Code civil du Québec : *« Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation, si ce n'est par hypothèque. Toute stipulation à l'effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est une stipulation d'hypothèque »*, V. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec, t. l, 1977, p. 431-433, art. 281.*

[2163] V. J.-F. RIFFARD, *thèse préc. op. cit.*, n° 601 et s.

[2164] V. A. MACDONALD, *« Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, la présomption d'hypothèque et le principe de l'essence de l'opération », in Mélanges Germain Brière,* Montréal, Wilson & Lafleur, éd. de l'Université d'Ottawa, 1993, p. 528 et s., spéc. p. 533.

[2165] V. D. PRATTE, *Priorités et hypothèques, Les Éditions Revues de droit de L'université de Sherbrooke,* 3e éd. 2012.

[2166] V. Y. DIALLO, *thèse préc.*, n° 1008 et s.

l'unification des sûretés réelles au Québec par la consécration d'une hypothèque unique a permis de mettre fin à la prolifération des sûretés réelles sans pour autant fermer la matière à l'expression des volontés individuelles des parties.

1213. Concernant le *Security interest,* nous savons déjà que l'unification dont il procède résulte non pas de l'imposition d'une sûreté unique, mais de l'institution d'un régime juridique unique[2167] avec un ensemble de règles communes de constitution, d'opposabilité et de réalisation. Pour autant, cette approche unitaire du *Security interest* n'exclut pas la liberté contractuelle. Au contraire, le législateur américain a accordé une large place à la liberté contractuelle. En effet, de nombreuses règles sont supplétives de volonté de telle sorte que les parties peuvent librement déterminer la forme et le contenu de la convention dès lors que la volonté de constituer une sûreté apparaît clairement[2168]. De même, les règles relatives au formalisme sont très peu contraignantes. Conformément à l'article 9, le créancier est libre de choisir le mode de réalisation de la sûreté[2169]. Mais pendant les procédures collectives, ce sont les règles du droit de la faillite qui priment sachant que cette matière relève de la compétence exclusive de l'État fédéral[2170].

1214. Finalement, à quel point l'institution d'un système unitaire porterait atteinte à la liberté contractuelle ? Le moins que l'on puisse dire est que la renonciation à la différence de nature et de régime conduit sans contestation à restreindre d'une manière ou d'une autre la liberté contractuelle. Il serait donc difficile d'affirmer que la liberté contractuelle sortirait indemne de toute atteinte dans un système unitaire. Or, la liberté contractuelle est une valeur fondamentale de l'ordre juridique dont la protection est primordiale. Pour autant, comme nous l'avons vu, il serait inexacte d'affirmer qu'aucune place significative ne serait pas faite aux parties. La liberté contractuelle existe, mais elle s'exprime dans un cadre imprégné d'ordre public visant à contrer les contournements des règles impératives par les créanciers. Il en résulterait ainsi une liberté contractuelle préservée en dépit de l'institution d'un cadre unique.

[2167] V. *supra* n° 1202 et s.
[2168] V. J.-F. RIFFARD, *thèse préc. op. cit.,* n° 634.
[2169] Il peut choisir l'attribution comme il peut très bien choisir une mise à disposition du bien.
[2170] V. Y. DIALLO, *thèse préc.,* n° 1026 ; J.-F. RIFFARD, *thèse préc. op. cit.,* n° 634.

* *
*

1215. Conclusion de la section 2. « *Traiter du droit des entreprises en difficulté et du droit des sûretés, c'est évoquer le mariage de l'eau et du feu, mariage des opposés, des contraires, qui sont toujours complémentaires* »[2171]. En explorant les méandres du croisement entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives, notre analyse a révélé un paysage complexe, marqué par l'emprise traditionnelle du droit des procédures collectives sur la liberté contractuelle des parties. Cependant, l'évolution contemporaine a ouvert la voie à une contractualisation plus nuancée du droit des procédures collectives. La multiplication des accommodements, qu'il s'agisse de la création de classes de parties affectées, des privilèges de procédure pour les créanciers postérieurs, ou des faveurs accordées aux créanciers bénéficiant d'une sûreté exclusive, a dévoilé une nouvelle dynamique dans laquelle la discipline collective se plie aux exigences du marché financier.

Dans ce contexte, l'extension de la discipline collective se dessine, mettant en lumière la nécessité d'une coordination accrue entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives. Les propriétés-garanties ont connu un triomphe très critiquable qui justifie aujourd'hui l'urgence d'un alignement des régimes des sûretés réelles. Les modèles québécois et américain d'unification des sûretés réelles offrent des pistes intéressantes, chacun proposant une approche singulière, allant de l'hypothèque unique à la figure conceptuelle du *Security interest*.

Enfin, la question cruciale du sort de la liberté contractuelle dans ces modèles d'unification reste au centre des débats. Notre analyse démontre que, bien que soumise à un cadre d'ordre public, la liberté contractuelle s'exprimerait, même dans le contexte d'une sûreté réelle unique. Ainsi, l'avenir semble réserver des ajustements nécessaires, entre l'unification des sûretés réelles et la préservation de la liberté contractuelle, afin de forger un équilibre optimal dans ce domaine complexe et évolutif du droit.

[2171] F. MACORIG-VENIER, « *Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés* », *Droit et patrimoine,* 2010, n°188, p.1.

Conclusion du chapitre 2

1216. La place de la liberté contractuelle lors de la mise en œuvre d'une sûreté varie selon que l'on se situe en présence ou en dehors d'une procédure collective. Hors procédure collective, elle agit en maître sur le droit des sûretés, sous réserve de certaines règles d'ordre public. L'analyse dévoile en réalité un paysage parsemé d'avancées significatives mais également d'incohérences flagrantes. Aussi, des ajustements s'imposent, tant dans l'aménagement des recours avant et après paiement que dans la libéralisation de la réalisation des sûretés. Par ailleurs, la nécessité d'une réflexion approfondie sur la responsabilité contractuelle souligne une facette encore inexploitée du droit des sûretés. Il y a là, nous semble-t-il, un aspect de la matière qui n'a peut-être pas été pleinement exploré ou exploité, et pour lequel il serait nécessaire de consacrer une attention plus soutenue pour une compréhension plus complète et une éventuelle réforme dans ce domaine.

En cas de procédure collective, la tension entre le droit des procédures collectives et la liberté contractuelle est au centre de toutes les attentions. L'évolution contemporaine esquisse une contractualisation nuancée, avec des accommodements multiples. L'extension envisageable de la discipline collective soulève la question de l'alignement des régimes des sûretés réelles et des ajustements nécessaires pour préserver la liberté contractuelle.

En somme, bien que la place réservée à la liberté contractuelle soit plus significative en dehors de l'ouverture d'une procédure collective, l'analyse de la mise en œuvre des sûretés révèle en tout état de cause les mêmes lacunes, à savoir un manque de cohérence et d'harmonisation. Or, cette phase doit nécessairement transcender les frontières entre liberté contractuelle et impératifs collectifs. C'est un équilibre, certe délicat, entre la protection des parties contractantes et les impératifs de procédures collectives qui doit gouverner les prochaines réformes. L'avenir semble ainsi dessiner une nécessaire harmonisation de la mise en œuvre des sûretés, où la liberté

contractuelle continuerait à s'exprimer, même dans un contexte de discipline collective plus marquée.

Conclusion du titre 2

1217. Cette étude de l'aménagement de la fin des sûretés laisse transparaître la complexité et la technicité inhérentes au droit des sûretés. D'une part, la diversité des causes de dénouement des sûretés contribue à rendre cette phase peu lisible. D'autre part, elle marque les limites de la matière qui doit s'allier les services de disciplines connexes telles que le droit des contrats, le droit des procédures civiles d'exécution ou encore le droit des procédures collectives. Dans cet apparent désordre, la liberté contractuelle demeure un principe prépondérant tout en étant encadrée par l'ordre public du droit des sûretés et des différentes matières impliquées dans le processus de dénouement. C'est notamment le cas des règles d'ordre public issues du droit commun des contrat telles que la prescription, la nullité ou encore la caducité. De même, lorsqu'une procédure collective est engagée, les règles impératives et dérogatoires du droit des entreprises en difficulté, comme la discipline collective, priment sur la volonté des parties.

Malgré ces contraintes, l'imagination des parties reste leur meilleur allié, contraignant souvent le législateur à atténuer des positions auxquelles il était fermement attaché. Nous l'avons constaté avec les consécrations du pacte commissoire et des situations d'exclusivité qui confèrent à leur bénéficiaire une quasi-immunité contre la discipline collective. Ce constat est similaire lorsque, pour accorder davantage de place à la volonté des parties, le législateur organise des modes alternatifs de satisfaction du créancier autres que paiement, ou encore lorsqu'il ouvre des facultés de modification du terme à travers des mécanismes de prolongation et de résiliation.

Il en résulte une lecture « kafkaïenne[2172] » et complexe de cette phase de fin des sûretés, orientant le droit des sûretés vers une voie où l'adaptation constante sera le maître-

[2172] En référence aux romans de l'auteur Franz KAFKA (par exemple V. KAFKA, *Le procès,* GF Flammarion, éd. corrigée 2011 ; ou encore KAFKA, *La métamorphose,* Folio Classique, Gallimard2000), se dit d'une situation confuse et insoluble voire absurde.

mot pour atteindre les objectifs de simplicité et de lisibilité que le législateur se fixe à l'occasion de chaque réforme.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

1218. Lorsqu'on examine les espaces de liberté contractuelle tout au long du processus opérationnel des sûretés, une dynamique complexe et fluctuante se dessine. Cependant, contrairement à la théorie doctrinale traditionnelle qui suggère une prédominance de la liberté contractuelle dans les sûretés personnelles par rapport aux sûretés réelles, notre analyse révèle une tendance beaucoup plus complexe, voire inverse, de cette théorie. En effet, la place de la liberté contractuelle est à nuancer.

La liberté contractuelle se présente comme la source principale de l'organisation en matière conservation des sûretés personnelles. Notre analyse a révélé l'absence de mécanismes légaux dédiés spécifiquement à cette fin pour cette catégorie de sûreté. En effet, que se soient les actions pauliennes et obliques, les obligations légales à la charge du créancier ou encore les situations de transfert organisées par la loi, aucune ne vise à titre principal l'organisation de la conservation de ces sûretés. Il en résulte une plus grande place pour les aménagements contractuels. Ce n'est pas le cas en matière de sûretés réelles, où les possiblités d'aménagements ne sont que résiduelles en raison de l'institution des mécanismes légaux de préservation de l'assiette, tels que la subrogation réelle ou encore le principe d'indivisibilité.

L'étude révèle une situation sensiblement différente à d'autres stades du fonctionnement des sûretés comme l'extinction des sûretés, l'aménagement des recours ou encore des responsabilités, où la liberté contractuelle occupe généralement une place bien plus importante, quelle que soit la catégorie des sûretés. Enfin, l'examen de la mise en œuvre des sûretés en présence d'une procédure collective a révélé le devéloppement des situations d'exclusivité, permettant ainsi aux parties de contourner aisément la logique collective du droit des entreprises en difficulté.

La liberté contractuelle agit comme l'étoile du berger guidant la sûreté tout au long de son voyage, éclairant ainsi chaque étape de son existence. Comme un instrument précieux, elle offre aux parties la possibilité de sculpter les contours du mécanisme, de tracer des chemins à travers les méandres du droit des contrats. Ces acteurs

contractuels peuvent tirer parti des mécanismes du droit commun pour moduler le fonctionnement des sûretés, esquissant ainsi des trajectoires flexibles. Ils ont le pouvoir d'ajuster les moyens de satisfaction du créancier, de composer avec les recours avant et après paiement, de donner vie à la réalisation, de définir les responsabilités, et même de créer des voies dérobées pour échapper à la discipline collective. La liberté contractuelle, telle une boussole, offre aux parties la latitude d'explorer les multiples sentiers que le droit des sûretés peut offrir.

Cette liberté contractuelle, guidant le parcours des sûretés, trouve son terrain fertile dans les failles du droit positif. Comme un jardin où poussent les possibilités non défrichées par la législation, ces lacunes offrent un terrain propice à l'expression des parties. L'absence de réglementation spécifique pour la conservation des sûretés personnelles crée un espace d'indétermination que les acteurs contractuels sont libres d'explorer. De même, les recours avant et après paiement, parsemés d'incohérences et de lacunes, deviennent des terres vierges où les parties peuvent semer les graines de leurs arrangements. Le désordre apparent entre les procédures collectives et le droit des sûretés crée une brèche par laquelle la volonté des parties peut s'infiltrer, libérée des entraves d'une réglementation trop rigide. Ainsi, c'est dans ces espaces non définis par la loi que la liberté contractuelle s'épanouit, permettant aux parties d'explorer et de façonner le paysage du droit des sûretés selon leurs propres termes.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1219. L'objectif de l'étude. Rappel. Dans les méandres complexes du droit des sûretés, les dernières décennies ont été le théâtre de deux réformes majeures qui ont laissé une empreinte significative. L'Ordonnance du 15 septembre 2021 a en effet marqué une étape décisive dans la continuité de la réforme du 23 mars 2006. La première réforme avait omis de traiter en profondeur le cautionnement, laissant cette figure juridique dans l'ombre des réformes nécessaires, tandis que le dispositif légal des sûretés réelles demeurait marqué par des lacunes troublantes. Aussi, l'Ordonnance de 2021 est apparue comme une nécessité impérieuse pour remédier aux imperfections qui perduraient en la matière. S'étendant à la fois au sein du Code civil et au-delà de ses frontières, cette réforme d'envergure offrait une toile de fond idéale pour scruter la volonté des parties dans le domaine des sûretés. Ainsi, notre entreprise devait se forger autour d'une quête fondamentale : comprendre l'influence de la liberté contractuelle en étudiant sa place dans cet univers complexe.

1220. La démarche adoptée. Notre analyse a permis de remettre en question l'idée traditionnelle selon laquelle la liberté contractuelle prédominerait davantage dans les sûretés personnelles en raison du rôle central du contrat. Dans le même temps, l'idée que les volontés seraient plus encadrées en matière de sûretés personnelles et davantage libres en matière de sûretés réelles manque de nuance et, pour tout dire, de consistance. Ainsi, notre étude, loin de se limiter au clivage entre sûretés personnelles et sûretés réelles, devait adopter une approche chronologique, explorant les espaces de liberté de la naissance des sûretés jusqu'à leur terme, sans toutefois ignorer les caractéristiques propres à chaque sûreté.

1221. Le bilan. Cette quête a révélé une place fluctuante de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés. Elle apparaît farouche dans la matière, insaisissable à toute tentative de catégorisation entre sûretés personnelles et réelles. Telle une créature indomptable, elle échappe à l'assujettissement par l'une ou l'autre catégorie de sûretés, défiant ainsi toute uniformité imposée par le législateur dans le droit des sûretés. Mieux, la liberté contractuelle tire profit des lacunes, des absences et des insuffisances

du corpus juridique pour exprimer son influence. Cette constatation demeure valable à chaque étape de l'existence d'une sûreté.

1222. Au stade de la naissance, l'Ordonnance de réforme du 15 septembre 2021 opère une extension significative du champ du *numerus clausus* en intégrant la technique de l'exclusivité dans la définition des sûretés réelles. Cette extension a des conséquences directes sur la force créatrice des volontés puisque traditionnellement, les parties étaient considérées comme libres de créer une sûreté réelle, dès lors que le mécanisme élaboré par elles ne reposait pas sur la technique de la préférence. Bien que l'exclusivité et la préférence soient désormais des techniques réservées au seul législateur, notre analyse démontre néanmoins que les parties peuvent toujours s'inspirer des techniques telles que le droit de rétention ou encore les sûretés dites « négatives » qui parviennent à atteindre la catégorie des garanties réelles sans être considérées comme des sûretés réelles au sens strict du terme. Quant aux sûretés personnelles, la force créatrice de la liberté contractuelle ne tient qu'à l'originalité du mécanisme. Lors du choix des mécanismes de sûreté, un principe de liberté de choix émerge, ouvrant la voie au cumul des sûretés. Sur la forme constitutive, le formalisme se révèle rigide et égalitaire dans les sûretés réelles, tandis que, pour les sûretés personnelles, seul le cautionnement exige un formalisme *ad validitatem*, laissant les autres sûretés personnelles consensuelles. Le droit parvient parfois à l'encadrer, comme dans le cas du pouvoir de constitution du dirigeant social. Il en est de même de la constitution d'une sûreté après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou du gage accordé au créancier d'une sûreté réelle, largement encadré par le principe de spécialité du bien et de la créance garantie. Cependant, la liberté contractuelle demeure aux aguets, prête à cultiver la moindre parcelle laissée friche par le droit.

1223. Le fonctionnement des sûretés révèle également des manifestations variées de la liberté contractuelle, avec une conservation principalement organisée par les parties dans les sûretés personnelles et résiduelle dans les sûretés réelles. L'extinction des sûretés offre une grande liberté aux parties, en particulier dans l'aménagement du mode d'extinction. En dehors des procédures collectives, la liberté contractuelle prédomine lors des dénouements examinés, qu'il s'agisse des recours avant et après paiement, de la réalisation de mécanisme de garantie ou même des responsabilités.

Cependant, après l'ouverture d'une procédure collective, la situation se complexifie. La liberté contractuelle est en principe encadrée par les règles dérogatoires de la discipline collective pour les sûretés réelles traditionnelles. Néanmoins, l'évolution contemporaine ouvre la voie à une contractualisation du droit des procédures collectives, révélant ainsi une nouvelle dynamique où la discipline collective s'adapte aux exigences du marché financier.

1224. Approfondissements et mise en perspective. L'exploration de la liberté contractuelle tout au long de l'existence des sûretés a révélé des aspects qui méritent des approfondissements.

En particulier, la phase de conservation des sûretés, bien souvent négligée dans les ouvrages consacrés à la matière, a été au centre de notre analyse. Avant de déterminer les moyens de conservation des sûretés disponibles pour les parties, nous avons jugé essentiel d'identifier l'effet de garantie produit par toute sûreté entre le moment suivant sa constitution et le moment précédent son dénouement. C'est cet effet qui devait nécessairement faire l'objet d'une conservation, phase durant laquelle nous devions rechercher l'influence de la liberté contractuelle. Cette approche préliminaire a mis en lumière une crise identitaire des sûretés personnelles, soulevant des interrogations quant à la lecture à adopter de certaines de ses caractéristiques. Le Code civil demeure tout simplement silencieux sur la définition de la notion de sûreté personnelle, laissant place à des interprétations divergentes sur l'effet principal produit par cette sûreté au cours de son existence. Face à l'insuffisance du triptyque obligationnel classique de donner, faire et ne pas faire pour qualifier l'obligation du garant personnel, l'analyse dialectique de la théorie dualiste de l'obligation mise en lumière par Christian MOULY nous a permis de démontrer que malgré les critiques adressées à son encontre, sa pertinence ne fait plus aucun doute non seulement pour ce qui concerne le postulat pris par l'auteur (le cautionnement de dettes futures) mais également pour l'ensemble des sûretés personnelles. Ainsi, nous avons posé un principe fondamental : toute sûreté personnelle renferme une obligation de couverture, constituant l'élément central susceptible de faire l'objet d'une conservation pendant l'existence du mécanisme. Alors que nous poursuivions notre raisonnement pour aborder les moyens dont dispose le créancier pour effectuer cette conservation,

l'identification de cette obligation de couverture dans toute sûreté personnelle soulevait, en réalité, de nombreuses questions. Certes, d'abord la jurisprudence, puis le législateur avec les articles 2316 et 2317 du Code civil issus de la réforme de 2021, ont consacré la distinction entre l'obligation de couverture et obligation de règlement. Cependant, elle ne l'a été qu'en faveur du cautionnement de dettes futures. Or, nous avons démontré que l'analyse dualiste de l'obligation était également pertinente, non seulement pour le cautionnement de dettes présentes, mais surtout pour l'ensemble des sûretés personnelles. Il y a ici des lacunes et insuffisances qui méritent toute l'attention du législateur. Si notre étude a permis de dégager les moyens qui permettent aux parties de conserver cette obligation de couverture, son socle mérite encore d'être plus approfondi et son périmètre mieux appréhendé par le législateur pour une meilleure compréhension du rôle que doit jouer la liberté contractuelle dans ce domaine complexe.

1225. Au cours de notre analyse, nous avons constaté des incohérences et contradictions significatives dans le traitement des sûretés réelles au sein des procédures collectives. Une différence notable de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles classiques et les créanciers détenant des sûretés nouvelles basées sur la technique de l'exclusivité a été identifiée. Cette disparité a suscité des questionnements essentiels quant aux fondements juridiques de cette distinction, en particulier au regard du principe d'égalité et des finalités essentielles régissant la discipline collective des procédures collectives. Notre analyse a également constaté un phénomène de contractualisation du droit des procédures collectives, entraînant un recul de certains principes fondamentaux de la discipline collective. Cette tendance, visant à faciliter la poursuite de l'activité économique, a justifié de multiples dérogations aux règles établies. Cependant, cette contractualisation a créé des problèmes majeurs, d'autant plus que le droit des sûretés et le droit des procédures collectives sont étroitement liés. Les problèmes surgissant dans l'un de ces domaines se répercutent sur l'autre, mettant en danger l'efficacité même du droit des procédures collectives et menaçant l'existence des sûretés réelles classiques. Face à ces constats, notre étude souligne le besoin urgent de procéder à une harmonisation de ces deux notions juridiques. Nous proposons une extension de la discipline collective à

l'ensemble des sûretés réelles, indépendamment de la technique employée. Cette mesure vise à prévenir les conséquences néfastes pouvant découler du traitement disparate des créanciers dans les procédures collectives, préservant ainsi l'intégrité du droit des sûretés et du droit des procédures collectives. En outre, nous suggérons l'instauration d'une sûreté réelle unique dans le système juridique français, à l'image de l'hypothèque unique québécoise ou du *Security interest* américain. Cette proposition vise à créer un cadre juridique où la liberté contractuelle pourrait s'exprimer, tout en étant encadrée par des principes d'ordre public visant à prévenir les contournements des règles impératives par les créanciers.

1226. À l'issue de cette thèse, une nouvelle perspective émerge quant au lien entre la liberté contractuelle et le droit des sûretés. Il devient essentiel de repenser le rôle de la liberté contractuelle dans ce domaine. Il est indéniable que la liberté contractuelle trouve souvent son expression la plus vigoureuse en l'absence d'une intervention législative claire, lorsqu'il y a des lacunes dans la loi ou que celle-ci se révèle insuffisante. L'évolution du droit des sûretés a oscillé entre un encadrement strict de la liberté contractuelle et une plus grande autonomie accordée aux parties, cherchant constamment un équilibre difficile à atteindre entre la liberté contractuelle et le besoin d'encadrement.

1227. Cependant, plutôt que de persister dans cette quête impossible d'un équilibre absolu, qui somme toute revient à tenter de résoudre la quadrature du cercle, il semble opportun de redéfinir le rôle de la liberté contractuelle. Elle ne devrait plus être envisagée comme un instrument nécessitant une régulation stricte de peur que ses manifestations ne deviennent une source d'instabilité juridique. Au contraire, la liberté contractuelle devrait être perçue comme un élément contributif à la sécurité juridique. Cette redéfinition invite à envisager un rapport de collaboration entre la liberté contractuelle et le droit des sûretés, plutôt qu'un rapport d'opposition. Une telle approche pourrait ouvrir la voie à une meilleure intégration de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés, favorisant ainsi une plus grande cohérence et prévisibilité dans cette branche du droit.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉ, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX
II. THÈSES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIAUX
III. ARTICLES ET CHRONIQUES
IV. ACTES DE COLLOQUES, DOSSIERS ET TRAVAUX COLLECTIFS
V. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

I. TRAITÉ, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

ACOLLAS (E.), *Nécessité de refondre l'ensemble de nos Codes et notamment le Code de Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, 2ème éd., Paris, 1866.

ALBIGES (Chr.), DUMONT-LEFRAND (M-P.), *Droit des sûretés,* coll. Hypercours, 8ème éd., Dalloz 2022.

ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, Objectif droit, Litec, LexisNexis, 9ème éd., 2022.

ARDOY (P.-Y.), *Fiches de droit des sûretés : rappels de cours et exercices corrigés*, Ellipses, 2ème éd. 2018.

AUBRY (CH.), ET RAU (CH.), *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, Ed. Marchal et Billard, 1935-1958.

AYNÈS (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, L.G.D.J, 13ème éd., 2019.

AYNÈS (L.), CROCQ (P.), AYNÈS (A.), *Droit des sûretés*, L.G.D.J, 14ème éd., 2020.

BARTHEZ (A.-S.), HOUTCIEF (D.), Les sûretés personnelles, LGDJ, 2010.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil, t. XIV, Des obligations*, t. III, Sirey, 3ème éd., 1908.

BIGOT-DE-PRÉMAMENEU (M.), *Exposé des motifs du titre XVIII du Livre III*, in P.-A.

BERGEL (J-L.), *Théorie générale du droit*, 5ème éd., Dalloz 2012.

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.), *Les biens*, L.G.D.J, 2ème éd., 2010.

BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les obligations,* 11ème éd., Montchréstien, coll. Domat droit privé, 2007.

BEUDANT (Ch.), LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français, t. XIII, Les sûretés personnelles et réelles*, 1948.

BEUDANT (Ch.), VOIRIN (P.), *Cours de droit civil français, T. XIII, Les sûretés personnelles et réelles*, 2ème éd., 1948.

BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N.), *Droit des sûretés*, 7ème éd., 2020.

BRISSAUD (J.), *Manuel d'histoire du droit privé : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat,* 1908, 108,

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, 23ème éd., 2023.

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.) PETEL (Ph.), *Droit des sûretés,* Litec, 11ème éd., 2022.

CARBONNIER (J.), *Droit civil : Les biens, Les obligations*, Puf, 2012 ; *Les obligations,* PUF, t. 4, 22e éd., 2000.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur,* L.G.D.J, 10ème éd., 2014.

CARON (C.), et LÉCUYER (H.), *Le droit des biens*, Dalloz, Connaissance du droit, 2002.

CHABAS (F.), *Obligation – Théorie générale*, Montchrestien, 9ème éd., 1998.

CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 15, Paris, 1827.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 8ème éd., 2015-2016.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés,* Litec, coll. Manuel, 29ème éd., 2016.

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 *; La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1935.

DAGOT (M.), *Les sûretés,* PUF, coll. Thémis, 1981 ; *Les sûretés judiciaires,* Litec, 1992 ; *L'hypothèque rechargeable,* LexisNexis-Litec, coll. Carré Droit, 2006.

DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, N. GOSSELIN, 1723.

DEMOGUE (R.), *Le Traité des obligations en général,* A. Rousseau, Paris, tome 1, 1923 ; *Cours de droit civil, 2ème année,* 1934-1935, Les cours de droit, 1935.

DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon*, t. I, 4ème éd. Hachette, 1870.

ESMEIN (P.), *Obligations, T. IV, 1ère partie, in M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français*, éd. LGDJ, 1952, 2ème éd.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations,* Economica, 2007.

DONNIER (M.), DONNIER (J.-B.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, 10ème éd., 2020.

DURANTON (M.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. IV, Thorel, Paris, 1844.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Thorel Paris, 1844, T. XI.

FLOUR (J.), *Cours de droit civil, Licence 3e année,* Les cours du droit, 1935.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation,* 7ème éd., Sirey, 2011.

FLOUR (J.), CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2ème éd., 2001.

FRANÇOIS (J.), *Traité de droit civil*, t. VII, sous la direction de Ch. LARROUMET, Les sûretés personnelles, Economica, 2004.

GAVALDA (Ch.), STOUFFLET (J.), *Droit bancaire,* LexisNexis, 10ème éd. 2023.

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 2001.

GIDE (Ch.), *Principes d'économie politique*, 1931, éd. électr., SIREY.

GIFFARD (A.-E.), *Droit romain français, Les obligations*, par R. VILLERS, Dalloz, coll. Précis, 4ème éd., 1976.

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica, t. II, 9e éd., 2003.

HULLOT (M.) et BERTHELOT (M.), *Les cinquante livre du digeste*, T. III, Behmer et Lamort, Paris, 1803.

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 8ème éd., LexisNexis, Litec, 2013

JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (Th.), *Droit des entreprises en difficulté*, 12ème éd. LexisNexis 2022.

JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté,* Dalloz, 6ème éd., 2003 ; *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7ème éd., 2006.

JAMIN (Chr.), *Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux*, in Repenser le contrat, G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), 2009.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français, t. II,* Librairie du Recueil Sirey, Paris, 3ème éd., 1939.

LARROUMET (C.), *Droit civil : Les biens, Droits réels principaux*, 5ème éd. Economica, 2006.

LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Traité de droit civil : Les obligations, le contrat,* Economica, coll. Corpus, 10ème éd., 2021.

LEBORGNE (A.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009.

LECORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 8ème éd. 2008.

LEGEAIS (D.), *Sûretés et Garanties du crédit,* L.G.D.J, coll. Manuel, 15ème éd., 2022.

LE BALLE (R.), *Cours de droit civil, Licence 2ème année,* 1957-1958, Les cours de droit, 1958.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, 2004, Defrénois.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.–Y.), *Les contrats spéciaux*, LGDJ/lextenso, coll. Droit civil, 8ème éd., 2016.

MAULAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Les Biens,* Defrénois, Droit civil, 3ème éd., août 2007.

MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. II, Cotillon, Paris, 1859.

MAZEAUD (D.), *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8ème éd., 1994.

MAZEAUD (H. ET L.), MAZEAUD (J.), ET CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, t. 3 : Sûretés et publicité foncière,* Montchrestien, 1999, 7ème éd. par Y. Picod.

MEGRET (G), *Les recours du garant, contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne,* préf. P. STOFFEL-MUNCK, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil : Droit commun des sûretés réelles (Tome 1) ; Traité de droit civil : Droit spécial des sûretés réelles (tome 2),* L.G.D.J 1996.

MIGNOT (M.), *Droit des sûretés*, Montchrétien, lextenso édition, 2010.

MONNIER (R.), *Manuel de droit romain, Les obligations*, Domat-Montchrestien, 5ème éd., 1954.

MOURLON (F.), *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques,* A. MARESCQ et E. DUJARDIN, 4ème éd., PARIS 1855.

PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens,* PUF, 1989.

PIEDELIÈVRE (S.), *Droit des sûretés*, Ellipses, 3ème éd., 2022 ; *Droit de l'exécution*, Puf Thémis, 2009.

PERROT (T.), THÉRY (Ph.), *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3ème éd., 2013.

PEROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, L.G.D.J, coll. Manuel, 10ème éd., 2014.

PÉROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8ème éd., 2009.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, t. XI*, 2ème éd., « Cautionnement », par R. SAVATIER, 1954.

PICARD (M.), *L'évolution du régime des biens depuis le Code civil,* in Le droit civil français : livre souvenir des journées du droit civil, SIREY, 1937.

PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, 3ème éd., Coll. Thémis Droit, PUF 2016.

PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil, t. 9, Commentaire-traité des petits contrats, T. 2, Cautionnement – Transactions – Contrainte par corps – Nantissement*, Paris, Delamotte et fils, 2ème éd., 1878.

PORTALIS (J.-E.-M.), *Présentation au corps législatif*, P.-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XIV, Paris, 1827.

POTHIER (R.-J.), *Œuvres, Traité des obligations*, T. 1, M. Siffrein, Paris 1821.

RAMPELBERG (R.-M.), *Repères romains pour le droit européen des contrats,* LGDJ, 2005.

REVET (Th.), ZÉNATI-CASTAING (F.), *Les biens,* PUF, coll. Droit fondamental, 3ème éd., 2008 ; *Cours de droit civil: Sûretés personnelles*, PUF, 2013

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, coll. Reprint 1996.

ROUSSEL GALLE (Ph.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté - De la théorie à la pratique*, Litec, 2005.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 10ème éd., 2015.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), HOUIN-BRESSAND (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Coll. Précis Domat, 13ème éd., 2022.

SALEILLES (R.), *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand,* Paris, Pichon, 1890.

SAVATIER (R.), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4ème éd., 1979.

SEUBE (J-B.), *Droit des sûretés*, Dalloz, coll. Cours, 11ème éd., 2022.

SIFFREIN (M.), *Œuvre de POTHIER, t. 3, Traités du contrat de vente et des retraits*, Didot, 1821.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement, garantie autonomes, garanties indemnitaires,* LexisNexis, coll. Traités, 5ème éd., 2015.

SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil : Les sûretés, La publicité foncière,* 7ème éd., Dalloz, 2016 ; *Droit des sûretés et de la publicité foncière,* 8ème éd., Dalloz, 2023.

SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations,* Livre I, Chap. IV, 1776.

SZRAMKIEWICZ (R.), *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, coll. Précis-Domat, 1989.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNÉDÉ (F.), *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13ème éd., 2015.

THÉRY (Ph.), *Sûretés, publicité foncière,* PUF, coll. Droit fondamental, 2ème éd., 1998.

TROPLONG (R.- T)

- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du cautionnement et des transactions*, t.17, 1846 ;
- *Des privilèges et hypothèques*, T. I, II et III, 5ème éd. Hingray, Paris, 1854.

VOINOT (D.), *Procédures collectives*, 2ème éd., L.G.D.J, 2013.

VOIRIN (P.), GOUBEAUX (G.), *Droit civil Tome1 : Introduction au droit, Personnes, Famille, Personnes protégées, Biens, Obligations, Sûretés,* L.G.D.J, 36ème éd., 2016.

WALINE (M.), *L'individualisme et le droit, Cours donnée à la Faculté du droit de Paris en 1943-1944,* Paris, Domat-Montchrestien, 2ème éd. 1949.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, coll. Droit fondamental, 2014.

II. THÈSES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

AGBEKPONOU (K.-F. R.), *L'efficacité des sûretés réelles conventionnelles dans l'espace OHADA, Étude comparée du droit de l'OHADA et du droit français,* Préf. D. LEGEAIS, coll. Logiques juridiques, 2022.

ALBIGÈS (Ch.), *L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution*, Mélanges J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004.

ALHOY (M.), *Physiologie du créancier et du débiteur*, Vignettes de JANET-LANGE, éd. Aubert et Cie, 1842.

AMBOULOU (H-D.), *Le droit des sûretés dans l'espace OHADA*, Coll. Etudes Africaines, L'Harmattan, 2014.

AMBOULOU (H-D.), *Le droit du développement et de l'intégration économique dans l'espace OHADA,* Coll. Etudes Africaines, L'Harmattan, 2014.

ANCEL (P.), *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé,* th., Dijon, 1981.

ANDREU (L.), *Liberté contractuelle et droits réels*, Colloques et Essais, 2015.

ANSAULT (J.-J.), *Le cautionnement réel*, thèse Paris II, 2009.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Le Monde de la philosophie, Traduction, notes et bibliographie par R. BODÉÜS, Flammarion, 2020.

ATTAL (M.), *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français,* Defrénois, 2005.

AYNÈS (L.), *Le cautionnement*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2ème éd. 1997.

AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. MALAURIE, Economica, 1986.

AZEVEDO (R.), *Le caractère collectif des procédures collectives,* LGDJ, lextenso-éditions, Bibl. dr. entr. Diff., T. 20, 2020, Préf. F.-X. LUCAS.

BASTIN (J.), *Le paiement de la dette d'autrui,* LGDJ, 1999.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Montchrestien, 13ème éd., 2012.

BIQUET-MATHIEU (Ch.), *Sûretés et procédures collectives,* Coll. Commission Université-Palais (CUP), 2008.

BILLEMONT (J.), *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage,* L.G.D.J, Coll. Thèse, 2013.

BLANDIN (Y.), *Réforme du droit des sûretés, Table de concordance commentée,* LGDJ, 2022 ; *Sûretés et bien circulant, Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale,* LGDJ, Lextenso-éditions, coll. Bibl. dr. priv., t. 567, Préf. A. GHOZI.

BLONDEL (M.), *La proportionnalité des sûretés, thèse,* 2020, PARIS-EST, dir. R. BOFFA.

BORGA (N.), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Préf. S. PORCHY-SIMON coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009.

BORGA (N.), GOUT (O.), *L'attractivité du droit français des sûretés réelles : 10 ans après la réforme*, L.G.D.J, Grand colloques, 2016.

BOURASSIN (M.), *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. JOBARD-BACHELIER (M.-N.) et BRÉMOND (V.), L.G.D.J, coll. Bibl. dr. priv., t. 456, 2006.

BOUGEROL-PRUD'HOMME (L.), *Exclusivité et garanties de paiement*, thèse, Paris 2012, LGDJ, Préf. P. CROCQ.

CABRILLAC (M.), *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession*, thèse Montpellier, 1954.

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3ème éd., Dalloz, 1927.

CATALA (N.), *La nature juridique du payement*, Paris, 1960, LGDJ 1961, bibl. dr. privé, t. 25, préf. J. CARBONNIER.

CHARDEAUX (M.-A.), *Les choses communes*, Préf. G. LOISEAU, LGDJ, Bibl. dr. priv., T. 464, 2006.

CHARDIN (N.), *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, 1988, coll. Bibl. dr. priv., préf. J.-L. AUBERT.

CHENU (D.), Les clauses contractuelles autonomes, *Thèse Tours, 2010.*

CHRÉTIEN (St.), *La notion de liberté contractuelle*, Thèse Bordeaux 4, 2008.

CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, thèse Paris II, Bibl. dr. privé, T. 248, préf. M. GOBERT 1995.

DAUCHEZ (C.), *Le principe de spécialité des sûretés réelles*, th. 2013, Paris.

DEMOGUE (R.), *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Pichon, Paris, 1901.

DIALLO (Y.), *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, Préf. Ph. DELBECQUE, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2019.

DOLS-MAGNEVILLE (M.), *La réalisation des sûretés réelles*, th., 2013, TOULOUSE.

DUPICHOT (Ph.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Panthéon-Assas Paris II, 2005.

FARHI (S.), *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté : étude de l'efficacité du mécanisme*, L.G.D.J, Thèse 2016 ; *Réforme des procédures collectives*, Gaulino Lextenso, Droit en poche, 3ème éd. 2022.

FARJAT (G), *L'ordre public économique*, L.G.D.J., coll. « Bibl. de droit privé », 1963.

FRANÇOIS (J.), *Les sûretés personnelles,* Economica, 2004.

KAKAKY (J.-D.-Y.), *L'affectation de comptes bancaires en garantie d'une dette,* Thèse, Abidjan 2010. Ohadata D-10-56.

KRIEF-SEMITKO (C.), *La valeur en droit civil français, Essai sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan, 2009, Préf. C. ATIAS.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé,* th. Paris II, Paris, Economica, 1985.

GIJSBERS (Ch.), *Sûretés réelles et droit des biens,* Economica, coll. Recherches Juridiques, 2016, Préf. M. GRIMALDI.

GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, préf. A. GHOZI, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 316.

GOLDIE-GENICON (Ch.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse 2006, Paris.

GOUEZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, Préf. P. CROCQ, Economica, 2013.

GOYET (Ch.), *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire,* LGDJ, 1983, Bibl. dr. privé, T. 180, préf. D. SCHIMIDT.

GRIMALDI (M.), KANAYAMA (N.), KATAYAMA (N.), MEKKY (M.), *Le patrimoine au XXIème siècle: Regards croisés franco-japonais*, Coll. Droit Etrangers, vol. 12, 2012.

GRIMAUD (D.), *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001, préf. D. LEGEAIS.

GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, th. Paris II, LGDJ, 1981, préf. H. BATIFFOL.

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1980.

GUINVHARD (S.), *L'affectation des biens en Droit privé français*, Bibl. de droit privé tome CXLV, L.G.D.J. 1976.

HABBASSI-MEBARKIA (S.), *La protection de la caution, Thèse,* 2016, VALENCIENNES dir. J. DJOUDI.

HADDAD (E.), *Les notions de contrat d'assurance, Thèse,* 2017, PARIS, dir. V. HEUZÉ.

HERVÉ (L.), *Cautionnement, solidarité, indivisibilité (comparaison),* thèse Bordeaux, 1940.

LEGEAIS (D.), *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse Poitiers, 1984.

LEVIS (M), *L'opposabilité du droit réel*, *De la sanction judiciaire des droits*, coll. Droit civil, éd. Economica, 1989.

LISANTI-KALCZYNSKI (C.), *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, thèse Montpellier, 2000.

MACORIG-VERNIER (F.), *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Toulouse 1992.

MATHIEU (M.-E.), *Les nouvelles garanties de financement, Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières*, Ed. Formation Entreprise, 2007.

MARLY (J.-F.), *Fongibilité et volonté individuelle*, thèse Paris I, 2002.

MARTIAL (N.), *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, thèse Paris V, 2007.

MAZEAUD (V.), *L'obligation de couverture*, préf. P. JOURDAIN, IRJS, t. 27, 2010

MICHEL (C.-A.), *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. DUPICHOT, LGDJ, 2018.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, éd. La Pléiade, 1951.

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990.

MONNET (A.), *La mise en œuvre des sûretés réelles en droit international privé, L'exemple du financement des navires et aéronefs, Thèse,* PARIS, 2017, dir. S. PIEDELIÈVRE.

MOULY (Chr.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. CABRILLAC, Litec, coll. Bibl. dr. entrep., 1979.

NEMTCHENKO (N.), *Le droit des sûretés au prisme de la faute : Contribution à l'analyse de la notion de sûreté*, th. Bordeaux, 2017, dir. G. PIETTE.

NETTER (E.) *Les garanties indemnitaires, Thèse,* STRASBOURG, 2010, dir. N. RONTCHEVSKY.

OYONO (M.), *La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, Thèse,* MONTPELLIER 2016, dir. F. PÉROCHON.

PRATTE (D.), *Priorités et hypothèques*, Les Éditions Revues de droit de L'université de Sherbrooke, 3ème éd. 2012.

PELLIER (J.-D.), *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation,* 2012, LGDJ, coll. Bibl. dr. priv., préf. Ph. DELEBECQUE.

PINTO HANIA (V.), *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, thèse Paris-Est Créteil, 2011.

PICOD (Y.)

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibl. dr. privé, t. 208, LGDJ, 1989, Préf. G. COUTURIER ;
- *Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe*, in Mélanges J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004.

PRAICHEUX (S.), *Les sûretés sur les marchés financiers*, thèse Paris II, 2004.

REYMOND DE GENTILLE (M.-J.), *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Paris, Sirey, 1973, dir. R. HOUIN, Préf. G. LAGARDE.

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Thèse Strasbourg 1961, LGDJ.

RIFFARD (J.-F.), *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français*, Thèse Clermont-Ferrand 1995.

RODIERE (R.), *Droit maritime, Le navire*, Dalloz, 1980.

ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du Droit Français,* Litec, 4ème éd., 1999.

SAHEL (D.), *Les biens qui échappent à la procédure collective,* LGDJ, lextenso-éditions, Bibl. dr. entr. Diff., T. 27, 2022, Préf. F.-X. LUCAS.

SALATI (O.), *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, thèse Aix-Marseille, 1999.

SÉJEAN-CHAZAL (C.), *La réalisation de la sûreté,* Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, vol. 190, 2019, Préf. M. GRIMALDI.

SÉNÉCHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, pref. M.-H. MONSÉRIÉ-BON, litec, Bibl. de droit de l'entreprise, 2002.

SERICK (R.), *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand : vue d'ensemble et principes généraux*, LGDJ, 1990.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires,* LexisNexis, coll. Traités, 5ème éd., 2015.

SOUPGUI (E.), *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA,* Thèse, Yaoundé II 2008.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat*, Essai d'une théorie, LGDJ, 2000, préf. R. Bout.

STRICKLER (Y.), *Volonté et biens*, *regards croisés*, coll. Droit privé et sciences criminelles, L'Harmattan, 2013.

TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J, 1956.

TOLEDO (A.-M.), *La notion de sûreté ; Recherche sur les sûretés dans le droit du commerce international ;* Thèse Paris I, 1997.

VARAINE (L.), *La religion du contrat,* LGDJ, coll. Bibl. dr. priv., t. 590, 2019, préf. J.-B. SEUBE.

VASSEUR (V.), *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse Paris, 1949.

WESTENDORF (H.), *Le transfert des sûretés*, Defrénois-Lextenso-éditions, coll. Doctorat & Notariat, 2015, préf. P. CROQ et A. PRÜM.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

AGLIETTA (M.), ANDREFF (W.), DRUT (B.)

- « Bourse et Football », *Revue d'Économie politique*, 2008, n° 2, vol. 118, p. 255 à 296, n°73.

ALBIGES (Chr.)
- « L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne », *Droit et Patrimoine* 2006, 150 ;
- « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », Mélanges J. CALAIS-AULOY, *Dalloz*, 2004, p. 1 et s. ;
- « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD Civ*. 2014 p.795.

AMLON (G.)
- « Procédures collectives, Créanciers titulaires de sûretés réelles », *JCl., Fasc.* 2022, 2383.

ANCEL (M-E.)
- « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et Droit,* Septembre-Octobre 2004.

ANCEL (P.)
- « La force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999 p.771.

ANDREU (L.)
- « Dossier réforme des sûretés : Premiers bilans, débats », *Droit et Patrimoine* 2012, 213 ;
- « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles », *L.P.A*, 2009 ;
- « Liberté contractuelle et droits réels », *RTD civ*. 2016. 221 ;
- « Réflexions sur la nature juridique de la compensation », *RTD com*. 2009.

ANDREU (L.), JULIENNE (M.)
- « Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général », *Recueil Dalloz* 2014 p.127.

ANSAULT (J-J.)
- « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : Que choisir ? », *Droit et Patrimoine* 2012, 193 ;
- « Actualité législative et jurisprudentielle en droit des sûretés », *R.L.D.A*, 2015, 132 ;
- « Le gage du Code civil : gage commun ou droit commun du gage », *RDBF,* sept. 2014, dossier 39 ;
- « Le bien frappé d'inaliénabilité conventionnelle inéluctablement rebelle à l'hypothèque ? », RLDC 2012, n° 92.

AYNES (A.)
- « Les garanties sur créances à l'épreuve des procédures collectives » : *Banque & Droit* déc. 2010, p. 8 ;
- « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective » : *JCP G* 2009 I 119 ;

- « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP G* 2008, act. 300 ;
- « Le transfert de créances en fiducie : une alternative, avec quelles limites ? », *in* Dossier *« Les garanties sur créances à l'épreuve des procédures collectives »* : *Banque & Droit* déc. 2010, p. 17 ;
- « La personne morale constituante d'une sûreté réelle pour autrui », *Rev. Lamy Dr. aff.,* n° 175, nov. 2021 ;
- « Sûretés réelles, sûretés personnelles…Lesquels choisir ? – Propos conclusifs », *JCP N* 2012, n°40 ;
- « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP G* 2008, act. 300 ;
- « La personne morale constituante d'une sûreté réelle pour autrui », *Rev. Lamy Dr. aff.*, n° 175, nov. 2021.

AYNES (L.)
- « Le banquier a le choix des armes », *Recueil Dalloz* 2004 p.2708 ;
- « L'évolution des garanties financières », *L.P.A* 26 mai 2005, n° 104, p. 8 s. ; « Dossier réforme des sûretés, : Premiers bilans », *Droit et Patrimoine*, 2012, 213 ;
- « L'efficacité des sûretés réelles traditionnelles et le formalisme », *Droit et Patrimoine* 2011, 205 ;
- « Sûretés : une réforme plutôt réussie », *Droit et patrimoine* 2006, p. 10 ;
- « La cession de créances à titre de garantie : quel avenir ? » : *D.* 2007, p. 961 ;
- « Le nouveau droit du gage », in Dossier « Sûretés mobilières : du nouveau » : *Droit et patrimoine* juill.-août 2007, p. 48 ;
- « Problèmes actuels des sûretés personnelles. Rapport français », *in* Les garanties de financement, *Trav. Ass. H. CAPITANT, t. 47, LGDJ, 1998,* p. 375 et s. ;
- « Cautionnement », Étude 105, n° 105-60, *Lamy droit des sûretés* ; « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Droit et patrimoine* 2007, p. 66 ;
- « Le nouveau droit du gage », *Droit et patrimoine* Juill.-août 2007, p. 48 s., spéc. 50.

AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.)
- « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994. 13.

BAC (A.)
- « La lettre d'intention ou le dilemme liberté/ sécurité », *Droit et patrimoine* 1999, n°67, p. 51.

BAILLOT (R.)
- « Les lettres d'intention », *RTDCom*. 1992.

BARBIÈRI (J.-F.)
- « Libre constitution de droits réels : nihil novl sub sole ! », *LPA*, 12 juin 2013, p.11.

BARBIER (H.)

- « Cautionnement et société, dix ans de jurisprudence », *LPA* 28 février 1992, p. 4 ;
- « La mauvaise foi du créancier n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance de ses droits aussi bien contractuels que légaux », *RTD Civ.* 2017, p.133.

BARTHEZ (A.-S.)

- « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008 ;
- « L'avenir des sûretés personnelles alternatives », *in* Réforme des sûretés, *RD bancaire et financier* janv-févr. 2016, p. 93 et s.

BARTHEZ (A.-S.), SÉRINET (Y.-M.)

- « Les modèles dans les garanties de paiement », in Code civil et modèle, sous la dir. Th. REVET, *LGDJ,* coll. Bibl. de l'institut A. TUNC, t. 6, 2005.

BATIFFOL (H.)

- « La loi et la liberté », *APD,* 1980, p. 79.

BEGUIN (J.)

- « Rapport sur l'adage " Nul ne peut se faire justice à soi-même " en droit français », in « Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites », Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVIII, année 1966, Dalloz, 1969, p. 41 et s.

BÉLANGER (A.) et TABI TABI (G.)

- « Vers un repli de l'individualisme contractuel : l'exemple du cautionnement », *Les Cahiers de Droit*, vol. 47, n° 3, sept. 2006, p. 429-474.

BENDELAC (E.)

- « Quelle place l'ordonnance du 29 janvier 2016 accorde-t-elle à la liberté contractuelle dans le gage d'un stock ? », *L.P.A,* n° 59, p. 8 et 9 ;
- « Quelle est l'importance de la liberté contractuelle dans le gage d'un stock ? », *L.P.A*, n° 20, p. 10-13.

BERGEL (J.-L)

- « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ*. 1984, p. 255 et s. ;
- « Du *numerus clausus* des droits réels ? », *RDI* 2010, n°9, p. 409 ;
- « Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens », *RDI* 2009, p. 137 *;*
- « Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale de son bien pour plus de trente ans », *RDI* 2013, n°2, p. 80, note sous Cass. 3ème 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-16.304.

BILLIAU (M.)
- « Réflexions sur le gage » : *JCP G* 1996 I 3397.

BLANLUET (G.)
- « Brèves réflexions sur la propriété économique, in Dossier : Renouveau du droit de propriété ?, Droit et patrimoine mars 2001, n° 91, p. 80 s., spéc. p. 82.

BLANDIN (Y.)
- « Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives », *Gaz. Pal.*, 2 nov. 2021, 38, n°10.

BLOCH (P.)
- « Vers un renforcement de la cession de créances à titre de garantie ? » : *in* Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Litec, Dalloz, 2011, p. 3 s. ;
- « Quelques réflexion sur les sources internationales du droit des sûretés réelles », *in* Mélanges Philippe Jestaz, Dalloz 2006.

BOURASSIN (M.)
- « Sûretés personnelles : La rationalisation du droit du cautionnement », Revue de Droit bancaire et financier n°1, Janvier 2016, dossier 3 ;
- « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », *RTD civ.*, 2011, p. 433 ;
- « La transmission à cause de mort des sûretés », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°13, 31 Mars 2017, 1144 ;
- « Sûretés mobilières et sûretés immobilières, une véritable *summa divisio* ? », *Revue de droit bancaire et financier* N°5, Septembre 2014, Dossier 34 ;
- « La spécialisation du droit des sûretés personnelles, (entre droit commercial et protection des consommateurs) », dans Études de droit contemporain, Contributions françaises au 19ème Congrès international de droit comparé (Vienne, 20 - 26 juillet 2014), n°1 ;
- « Mention manuscrite de la durée du cautionnement : *vade-mecum* » *: Gaz. Pal.* 27 févr. 2018, n° 8, p. 49 ;
- « Sûretés et surendettement des particuliers », *LPA*, 10 oct. 2012 ;
- « Formalisme et dématérialisation du cautionnement », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 4.

BORDAIS (P.)
- « L'indivisibilité de l'accord de conciliation et des sûretés consenties en vue de son acceptation », *JCP E*, n° 4, 23 Janvier 2020, 1022.

BORGA (N.)
- « L'autonomie conceptuelle de l'antichrèse, source d'effets imprévus », *D* 2006, p. 2090 ;
- « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 » : *RDBF* 2009, n° 3, p. 9 ;

– « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *RDBF,* 2016, n°13.

BOFFA (R.)

– « Absence de *numerus clausus* des droits réels : la Cour de cassation persiste et signe », *JCP N*, semaine juridique (éd. Not. et im.), n° 20, p. 24, , note sous Cass. 3ème 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-16.304.

BOUGEVOL (L.)

– « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *RD bancaire et fin.* 2014, n° 5, Dossier 36.

BOURASSIN (M.)

– « Sûreté réelle - Sûretés mobilières et sûretés immobilières, une véritable summa divisio ? », *RD bancaire et fin.* 2014, n°5, Dossier 36.

BORGA (N.)

– « Réforme des sûretés - La réalisation des sûretés réelles dans le contexte d'une procédure collective », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 21.

BOURBOULOUX (H.), FORT (C.) et FORNACCIARI (T.)

– « Il faut sauver les sûretés en conciliation » : *BJE* janv. 2020, n° 117 , p. 6, p. 12.

BOY (L.)

– « Les « utilités » du contrat » : *LPA* 10 sept. 1997, p. 3.

BOYER (L.)

– « Contrats et conventions », *rép. dr. civ.* Aout 1993, M.A.J janv. 2014.

BRANDAC (M.)

– « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD civ.* 1993, n° spécial hors-série, p. 49, in La réforme des procédures civiles d'exécution.

BROCARD (E.)

– « Les procédures d'insolvabilité et les contrats de sûretés personnelles », *L.P.A* 24 Novembre 2006, n°235, p. 7.

BROS (S.)

– « Le crédit affecté, entre groupe de contrats et opération juridique à trois personnes », Liber amicorum, Chr. LARROUMET, Economica, 2010.

BROU (K-M.)

– « Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », *Ohadata D*-12-82 ;
– « Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire », *Ohadata D*-06-53.

BRUNETTI-PONS (Cl.)

- « La spécificité du régime des contrats dans les procédures collectives », *RTD. Com.* 2000, n° 4 p. 783-816.

BUSSANI (M.)

- « Rapport conclusif, Le droit comparé des sûretés réelles et l'intégration juridique », Droit et. Patrimoine, 2001, 94. 56.

BUSSEUIL (G.)

- « Le choix entre sûretés personnelles et sûretés réelles : Perspectives européennes », *La semaine juridique Notariale et Immobilière* N°40, 5 Octobre 2012, 1342.

CABRILLAC (M.)

- « Les ambigüités de l'égalité entre les créanciers », *Mélanges BRETONDERRIDA, Dalloz,* 1991, p. 31 ;
- « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », Mélanges Ch. Mouly, Litec, 1998, p. 293 et s. ;
- « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres » : *in* Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 709 ;
- « Réforme des sûretés – Les recours de la caution », *RD bancaire et fin.,* 2022, dossier 9, n° 2.

CABRILLAC (M.), ET PETEL (PH.)

- « Juin 1994 : le printemps des sûretés réelles ? » : *D.* 1994, chron., p. 234.

CABRILLAC (S.)

- « Réforme des sûretés - Les recours de la caution », *RD bancaire et fin.,* 2022, n° 1, dossier 9 ;
- « Cautionnement : variation sur l'assouplissement prétorien des exigences légales relatives à la mention manuscrite », *DEF.* 6 déc. 2018, 142 p.5.

CAGNOLI (P.)

- « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles », *Revue des procédures collectives* N°3, Mai 2015, Dossier 39.

CAPRIOLI (E. A.)

- « Un cautionnement signé électroniquement validé par les juges d'appel », *Comm. Com. électr*. n° 6, Juin 2022, comm. 47, spéc. n° 6, note sous CA Chambéry, 2e ch., 14 avr. 2022, n° 21/01285.

CERLES (A.)

- « L'hypothèque rechargeable », *RLDA*, mars 2007, p. 100.

CHANTELOUP (H.) et HEUZE (V.)

- **«** Financement et garantie », in *Pratique des contrats internationaux,* 1997, n°136.

CHAPUT (Y.)

– « Les sûretés négatives », in Annales de la Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, *LGDJ*, 1974, p. 167 et s.

CHAPUT (Y.), CERMOLACCE (A.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.)

– « sûretés négatives », *JCl. Banque - crédit – bourse, fasc. 790,* 2009, n° 7.

CHARPENTIER (E.)

– « Regards sur le droit québécois des sûretés », *Revue Droit bancaire et financier* N°1, Janvier 2016, Dossier 6.

CHARTIER (Y.)

– « Rapport de synthèse », in L'évolution du droit des sûretés », *RJ com*. 1982, n° spécial, p. 150 et s.

CHAUVEAU (M.)

– « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit. Lég. Jur*. 1931, p. 539 et s.,

COHET-CORDEY (F.)

– « Création d'un droit réel démembré par voie contractuelle : quelle liberté ? », *A.J.D.I.,* 2013, n°7, p. 540, note sous Cass. 3ème 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-16.304.

COLLART-DUTILLEUL (F.)

– « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? , in « La nouvelle crise du contrat » : *Dalloz,* 2003, p. 225.

CORDELIER (E.)

– « À propos de l'article 2037 du code civil. Observations sur le droit préférentiel » :*RTD com*. 2004, p. 667.

CORGAS-BERNARD (C.)

– « Le temps des sûretés réelles pour autrui », *R.L.D.A* 2007, 42 ; « Recours avant paiement de la caution et action oblique, une combinaison délicate », *RLDC*, 2006, p.26.

COUTURIER (G.)

– « Les finalités et les sanctions du formalisme », in Le formalisme, Journées Jacques Flour de l'association Henri Capitant, *Defrénois*, 2000, n° spécial 15-16, art. 37209, p. 880 s.

CROCQ (P.)

– « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in Mélanges M. CABRILLAC, *Dalloz*, 1999 « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D*. 2006. 1306 ;

– « L'Ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés » *JCP E* 2009, 1313 ; « La réforme du droit des sûretés réelles », *Lamy Droit Civil*, Octobre 2005 ;
– « L'évolution des garanties de paiement », *in* Mélanges Mouly tome 2, 317 ; « La liberté contractuelle et constitution d'un gage stocks », *R.L.D.A* 2015, 132 ;
– « Les incidences de la réforme des procédures collectives sur le droit des sûretés », *R.L.D.A* 2014, 121 ; « Droit des sûretés », *Recueil Dalloz* 2016, p. 1955 ;
– « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.*2007, 1354 ; « Les grandes orientations de l'acte uniforme portant du projet de réforme organisation des sûretés », *Revue Droit et Patrimoine* N° 197 ;
– « *Le nouvel Acte Uniforme portant organisation des Sûretés », D.* 2011. 432 ;
– « Droit des sûretés » *D.* 2011. 406 ;
– « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », in Dossier « Sûretés et garanties. Acte I » : *Droit et patrimoine* 2001, p. 58 ;
– « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés » : *Droit et patrimoine* 2005, p. 43 ;
– « Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés » : *Droit et patrimoine* 2006, p. 90 ;
– « L'actualité législative postérieure à la réforme du droit des sûretés », *RLDC* Février 2007, supplément, p. 35 ;
– « Le principe d'intransmissibilité de la garantie autonome s'applique également en cas de scission de la société bénéficiaire », *RTD civ.* 2017, p. 451.

DALMAU (R.)
– « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier », *Rev. sociétés* 2018, p. 487 s. ;
– « Réforme des rapports entre les sûretés et les procédures collectives », *JCP I,* 3 déc. 2021, n° 48, 1341.

DAMMANN (R.), LE BEUZE (G.)
– « Réforme des sûretés et des procédures collectives : Quelles sûretés choisir ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 2, Mars 2007, dossier 9.

DAMMANN (R.), ET PODEUR (G.)
– « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession » : *D.* 2008, p. 2300.

DAGOT (M.)
– « Sûretés réelles contre sûretés personnelles » : *JCP N* 1986, I, p. 93 et s. ;
– « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP N*, 26 févr. 1999, p. 381.

D'AVOUT (L.)
– « Démembrement de propriété, perpétuité et liberté », *D.* 2012. 1934 ;
– « Notions fondamentales et domaine du droit des biens. Comparaisons franco-allemandes », in Le patrimoine au XXIe siècle. Regards croisés franco-japonais, 2012, p. 49 s. ;

– « Collusion de régimes juridique en matière de sûretés réelles », *Droit et Patrimoine*, 2013, 227.

DELBECQUE (Ph.)
– « Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement ? », *RJ com.* 2004, p. 226 et s. ;
– « La constitution dune sûreté sur un bien frappé d'une indisponibilité conventionnelle », *Dr. et Patr.* 2014 n° 232.

DELMOTTE (Ph.)
– « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », rapport de la Cour de cassation 2003, *La documentation française,* p. 106 s.

DELPECH (X.)
– « Nantissement d'assurances-vie : libre administration de ses avoirs par le titulaire du contrat » : *D.* 2005, p. 2142 ;
– « Le gage sur véhicule automobile peut-il prendre la forme d'un gage sans dépossession de droit commun ?», *Dalloz actualité* 23 Octobre 2007 ;
– « Les nouvelles procédures civiles d'exécution », *RTD civ.* 1993, p. 15 s. ;
– « Coronavirus : adoption en cours d'un projet de loi de finances rectificative pour 2020 », *Dalloz actualité,* 20 mars2020 ;
– « Coronavirus : adoption en cours d'un projet de loi de finances rectificative pour 2020 », *Dalloz actualité*, 20 mars2020.

DEMEESTER (M.-L.)
– « Avocat : responsabilité », *RDC, Dalloz,* janv. 2009, n° 163 à 170.

DE NÉRÉ (S.)
– « Nullité et confirmation », *JCL. Civil Code*, synthèse 700, 2017.

DE RAVEL D'ESCLAPON (T.)
– *J.Cl. Droit Civil, Fasc. Unique* Hypothèque – Rang des hypothèques, n°27.

DE ROUX (V. X.)
– Rapport sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, A. N. : n° 295, 11 févr. 2005, spéc. p. 174, 189, 373 et p. 502.

DERRIDA (F.)
– « La dématérialisation du droit de rétention » : *Mélanges Voirin, LGDJ*, 1966, p. 177.

DE SAINTE MARIE (A.-E)
– EXTINCTION DU CONTRAT. – Les causes, *JurisClasseur Contrats, Fasc.* 175, 2022, n° 100.

DESCHAMPS (M.)

- « Le droit des sûretés au Québec », in Repenser le droit des sûretés mobilière, p. 73.

DESPRES (I.)

- « De l'inexistence du recours avant paiement entre cofidéjusseurs », *RLDC* 2004/10, p. 23.

DE VAUPLANE (H.)

- « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E* 2007, 2051.

DEVEZE

- « Aux frontières du cautionnement lettres d'intention et garanties indépendantes » : *LPA* 3 juill., 1991 p. 26.

DIARRAH (B.)

- « Les innovations introduites dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Ohadata D*-12-23.

DJOUDI (J.)

- « La garantie à première demande et les risques du banquier garant », *RD bancaire et financier*, Mars-Avril, 2006, p. 71.

DOIREAU (S.)

- « La promesse de porte-fort élevé au rang de sûreté » : *RLDC* 2006, p. 10.

DONDERO (B.)

- « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *Recueil Dalloz* 2004 p.405 ;
- « Avant-propos - Entrepreneurs individuels : la nouvelle organisation de l'entreprise est là ! », *JCP E,* 2022, n°13, 1135, p.19.

DROSS (W.)

- « Biens, Droits dont les biens peuvent être l'objet », *JurisClasseur,* Art. 543, 22 Nov. 2010, n° 1 ;
- RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS– Actions ouvertes au créancier– Action oblique, *JurisClasseur Notarial Répertoire, fasc*. 38.

DUPICHOT (Ph.)

- « L'efficience économique du droit des sûretés réelles », *L.P.A* 2010, N°76 ;
- « Actualité : 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité », *JCl.* Concu, Fasc. 17 ;
- « Regards sur le pouvoir de la volonté en droit des biens et des sûretés », in Le patrimoine au XXIe siècle. Regards croisés Franco-Japonais, Société de législation comparé, T. 12, 2012, p. 367 et s. ;

– « Observations sur la nature juridique du dépôt de garantie », note ss. Cass. com., 28 juin 1983, *Gaz. Pal*. 1984, 1, pan. jur. p. 26 ;
– « Les sûretés du financement d'acquisition immobilière », in La vente d'immeuble, *JCP éd*. N 2015, 1095.

DUBARRY (J.), MAXIME (J.)
– « Liberté contractuelle et droits réels », *revue Lamy, droit civil*, n°101, p. 7 à 13.

DUMONT (M.-P.)
– « Cautionnement – Terme extinctif – Obligation de couverture et de règlement », *Gaz. Pal.* 19 avril 2022, n° 13, p. 7 à 9 ;
– « Réforme des sûretés - Obligation de couverture et obligation de règlement », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier n° 8.

ECONOMOU (S.)
– « La proposition de directive européenne sur les contrats de garanties financières » : *Bull. Joly Bourse et Produits Financiers* 2002, n° 1, p. 1

ELLAND-GOLDSMITH (M.)
– « Sûretés de droit anglais et financement de projets » : *RDBF* 2004, p. 157 ;
– « Les sûretés réelles mobilière du droit anglais », *RDAI*, N°2 1995 ;
– « Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais » : *RDBF* 2006, p. 46.

EL MEJRI (A.)
– « Sûretés - Bénéfice de subrogation : la caution peut être déchargée en cas de retard du créancier dans la réalisation d'un nantissement de compte-titres », *JCP E,* 2023, n° 11, 1082.

EMERICH (Y.)
– « La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique » : *Revue juridique Thémis* 2010, p. 95 s.

ETTER (J.), GOBIN (S.)
– « Sûretés consenties en garantie d'un crédit et proportionnalité », *Rev.banc.fin*., sept. 2015, n°5.

FALAISE (M.)
– « la sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *LPA*, n° 103, p. 5.

FARHI (S.)
– « La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal,* 2018, n°2, p.81.

FATOME (E.)
« L'apport en garantie des équipements publics », *RIDC*, 2002, vol. 54, n° 1, p. 61-71.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

– « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales » : *D.* 2007, p. 95.

FERNANDEZ (J-M.)

– « L'information annuelle des cautions : une obligation légale universalisée », *LPA*, 27 février 1998, n°25 , p.9.

FERREIRA (G.)

– « La situation du tiers convenu dans le gage » : *Defrénois.* 2004, p. 205.

FIORINA (D.)

– « Les pouvoirs et les obligations de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières », note sous Civ. 1ère, 12 nov. 1998 : *D.* 1999, p. 633.

FLOUR (Y.)

– « Le cautionnement et le patrimoine des couples », in Sûretés et garanties (Acte I), *Dr. et patrimoine* avr. 2001, n° 92, p. 80 et s.

FREMEAUX (E.)

– « Le regard du notaire sur le projet de réforme des sûretés », *in* Dossier Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale du droit des sûretés : *Droit et patrimoine* 2005, p. 49.

FREMEAUX (E.), ET DAUBLON (G.)

– « La réforme du droit des sûretés » : *Defrénois*. 2006, p. 1085.

FRISON-ROCHE (M-A.)

– Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement, *RTD Civ*. 1995, p.573.

FOYER (J.)

– « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », Mélanges P. AZARD, Éd. Cujas, 1980, p. 55 et s.

GAHDOUN (P.-Y.)

– « LIBERTÉS. – Liberté contractuelle », *JCl. Civil*, 19 déc. 2019, fasc. 20 ; Liberté. Liberté contractuelle, JCl. Civ. annexes, Fasc. 20, n° 35.

GALLOIS (A.)

– « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D*. 2010.

GAVALDA (Ch.), STOUFFLET (J.)

– « La lettre de garantie internationale », *RTD com.* 1980, p. 1, n°12.

GARAUD (E.)

- « Sûretés et procédures collectives : L'articulation des réformes », *L.P.A* 17 Juin 2009, n°120, p. 4.

GAUTIER (P.-Y.)

- « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994, p. 13 ; « Contre bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, 797, n° 13 s.

GEISENGERGER (M.)

- « La suspension provisoire des poursuites », *Gaz. Pal*. 1971, Doct., p. 455.

GHESTIN (J.)

- « Introduction à l'échange des consentements », *RJ Com.,* numéro spécial, 1995, p.14.

GILISSEN (J.)

- « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, essai de synthèse générale », *Recueils de la société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelle*s, 1974, t. XXVIII, p. 5 et s., spéc. p. 22.

GINESTET (C.)

- « La qualification des sûretés » : *Defrénois.* 1999, p. 203.

GIUSTINI (Ch.)

- « La réforme des sûretés en droit OHADA, considérations pratiques », *Droit et Patrimoine* 2012-2013.

GOUËZEL (A.)

- « Le choix de la garantie », in *Jurisclasseur Contrats-Distribution,* Fasc. 2810, 2016, n° 48.

GOUT (O.)

- « Le droit des sûretés réelles mobilières après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *LPA* 18 mai 2006, p. 99 ;
- « Le non-professionnel en droit des sûretés », RLDC 2021, n° 192 ;
- « Les sûretés face aux procédures collectives », in Sûretés réelles, sûretés personnelles… Lesquelles choisir ?, *JCP éd. N* 2012, 1339.

GRIMALDI (M.)

- « Problèmes actuels des sûretés réelles » Rapport français présenté aux journées portugaises de l'Association Henri Capitant, 20-23 mai 1996, in Les garanties de financement : LPA 26 juin 1996, p. 7 ;
- « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés » : *LPA* 13 octobre 1994, p. 30 ;
- « Projet de réforme du droit des sûretés » : *RDC* 2005, p. 782 ;

– « Orientations générales de la réforme », *in* Dossier Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale des sûretés : Droit et patrimoine 2005, p. 49 ;
– « Réflexion sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », in Études offertes à Jacques DUPICHOT, BRUYLANT, 2004 ;
– « Rapport de synthèse », in Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application, Actes du colloque de La Réunion des 29 et 30 mars 2007, *LPA* 27 mars 2008, n° spécial, n° 63 ;
– « Dans le cas d'un nantissement sur contrat d'assurance-vie, l'aléa peut être pour le… créancier » (note sous Com. 12 juillet 2005) : *RDC* 2006, p. 464.

GRIMALDI (M.), ET DAMMAN (R.)
– « La fiducie sur ordonnances » : *D.* 2009, p. 670.

GRIMALDI (M.), ET DUPICHOT (J.)
– « Durée et sûretés » : *R.D.C* 2004, p. 95.

GUYENOT (J.)
– « La constitution et la réalisation du gage des valeurs mobilières » : *RTD com.* 1961, p. 269.

HÉLAINE (C.), MICHEL (Cl.-A.), BOUGEROL (L.) et PELLIER (J.-D.)
– « Réforme des sûretés, Saison 2, Episodes » *Dalloz actualité,* sept. 2021.

HENRY (L-C.)
– « Le droit international privé de l'acte uniforme OHADA », *Droit et Patrimoine 2015*, 253.

HONORAT (J.)
– « Sociétés et cautionnement », *Defrénois* 1982, art. 32970, p. 1569 et s.

HONTEBEYRIE (A.)
– « Régime général de l'obligation et droit des sûretés », *R.L.D.A* 2014, 113 ;
– « Nouvelle étape dans la réforme des sûretés », *Revue banque,* n° 855, avril 2021.

HONTEBEYRIE (A.), EVVA (B.)
– « La consécration légale de la cession de somme d'argent à titre de garantie » *Revue banque,* n° 855, avril 2021.

HOUIN (R.)
– « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », *JCP* 1980, I, 2978.

HOUIN-BRESSAND (C.) et PÉROCHON (F.)
– « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *RDBF*, 2016, n°16, p.1-6.

HOUTCIEFF (D.)
- « Le droit des sûretés hors le Code civil », in Le droit civil hors le Code civil : *LPA* 22 juin 2005, p. 8 ;
- « Les sûretés personnelles », *in* Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP éd. G*, suppl. au n°20, 17 mai 2006 ;
- « Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? » in L'appréhension par le droit de l'incorporalité, *RLDC* 2009, 65, p. 33 et s. ;
- « Contribution à l'étude de l'étude de l'*intuitus personae* – Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD civ*. 2003, p. 3.

HUGON (C.)
- « Saisie immobilière : il ne faut pas abuser de l'excès ! », note sous Cass. 2e civ., 15 mai 2014, *D*. 2015. 554 s.

ISSA-SAYEGH (J.)
- « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA », *Ohadata D-05-06,* 2006 ;
- « La certification des actes des personnes qui ne peuvent ou ne savent signer », *Revue penant*, Janv-mai 1991 ;
- « The contribution of OHADA to legal guarantees and conflict resolutions », *Ohadata* D-13-23 ;
- « Commentaire intégral de l'acte uniforme portant organisation des sûretés », *Ohadata D*-07-20 ;
- « La mention manuscrite dans le cautionnement Ohada », *Ohadata* D-02-18 ;
- « Le nouveau droit des garanties de l'OHADA », *Ohadata* D-02-15.

JACOB (F.)
- « L'avenir des garanties autonomes en droit interne, 15 ans après », Études offertes au doyen Ph. SIMLER, Dalloz/Litec, 2006, p. 341 et s. ;
- *« Le nantissement de parts sociales », in Dossier « Sûretés mobilières: du nouveau »: Droit et patrimoine* juill.-août 2007, p. 68.

JAMBU-MERLIN (R.)
- « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble ?, Études offertes à Jacques Flour, *Defrénois*, 1979, p. 305 et s.

JAMIN (Chr.)
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuelle », in Le contrat au début du XXIe siècle. Étude offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001 ;
- « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in Repenser le contrat, G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), 2009, p. 197.

JESTAZ (P.)
- « La réserve de propriété ou la vente éclatée », Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, 1990, p. 227 s.

JOBIN (P-G.)

- « Peut-on, grâce au contrat, se faire justice soi-même en droit québécois ? », *RTD civ.* 2009. 481.

JULIENNE (M.)

- « Le chèque de garantie : entre tolérance et faveur jurisprudentielle », *R.D.C* 01 Janvier 2016, n°4, p. 678 ; note sous Cass. Com 22 sept. 2015 ; « Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ? », *D.* 2016. 1266 s. ;
- « Le régime du nantissement de créances complété et modernisé », *Revue banque,* n° 855, avril 2021.

JUILLET (Ch.)

- « La validité de la sûreté pour autrui consentie par une société à rique illimité : La boussole de l'intérêt social perd le nord », note sous cass 3ème civ. 12 septembre 2012 ;
- « L'exclusion des bénéfices de discussion et de division du régime des sûretés réelles pour autrui », *RLDC* 2016, n° 135 ;
- « Sûreté réelle - Les sûretés réelles en quête de droit commun Rapport introductif », *RD bancaire et fin.* 2014, n° 5, dossier 33.

KALIEU-ELONGO (Y-R.)

- « La mention manuscrite dans le cautionnement Ohada », *Ohadata* D-03-02.

KAMMAN (T.), ET LHENRY (C.)

- « Les garanties sur comptes bancaires (Security Interest in a Deposit Account) » : *RDBF* 2006, p. 48.

KAYANAMA (N.)

- « De l'obligation de couverture à la prestation de garantie », Mélanges Ch. Mouly, Litec, 1998.

KLEINER (C.)

- « Quelle coordination internationale en matière bancaire face à la pandémie ? », *RD bancaire et fin.* 2020, étude 6.

KENFACK DOUAJNI (G.)

- « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Ohadata* D-12-39.

KONATE (M-I.)

- « La consécration des sûretés spécifiques OHADA : réserve de propriété, droit de rétention, cession de créances », *Ohadata* D-11-91.

KUNH (C.)

- « Le droit commun du gage » : *LPA* 27 mars 2008, n° 63, p. 37 ; « Une fiducie française » : *Droit et patrimoine* 2007, p. 32.

LABITEY (D-H.)

- « Quel droit des sûretés réelles pour l'OHADA ? », *Ohadata* D-12-48.

LANGLADE (J.-P.)

- « Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes », *RTD com.*, 1979, p. 355 et s.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

« La pluralité des régimes de gage » : *RLDA* 2007, n° 14, p. 73 s.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.)

- « Prêt garanti par l'État », *JCl. Dr. banc. et fin.* Fasc. n° 105.

LEBORGNE (A.)

- « Voies d'exécution et procédures de distribution », *Dalloz, Précis,* 1re éd. 2009.

LE CORRE (P.M)

- « 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 2007 ; « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal*. Sept. 2005, p. 50.

LE CANNU (P.)

- « Le nantissement conventionnel des actions » : Bull. Joly sociétés 1993, p. 1091.

LÉCUYER (H.)

- « Le contrat, acte de prévision », in L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré, 1999, Dalloz, p. 643 s.

LECUYER (H.), BRENNER (C.)

- « La réforme de la prescription », *JCP* 2009, 146

LECOURT (A.)

- « Transmission universelle du patrimoine et garanties : faut-il revenir sur l'influence de l'intuitu personae ? », *RTD com.* 2017, p. 633.

LEDAN (S.)

- « Analyse comparative de la procédure de surendettement des particuliers et celle relative à la sauvegarde des entreprises », *Contrats, conc., consom.* Juin 2006.

LE GALLOU (C.)

- « Le créancier, le juge et la caution ou de l'importance de toujours s'opposer à la fusion-absorption de son débiteur », *AJ contrat 2020*, p. 549, note sous cass. com. 23 septembre 2020, n° 19-13.378 ;
- « Paiement de la dette d'autrui : quels recours pour le solvens ? » *RLDC* 2012/94, n° 4688 ;
- « Mentions manuscrites de la caution : faire des lignes pour protéger ? » *RLDC* 2015, n° 131, note sous Cass. 1re civ., 9 juill. 2015, n° 14-21.763 et Cass. 1re civ., 9 juill. 2015, n° 14-24.287.

LEGEAIS (D.)

- « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *LPA*, 30 sept. 1998, n° 117, p. 38 ;
- « Les concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E,* 2005, n° 42, 1510 ;
- « Garanties. Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *RTD Com.* 2009 p.193 ;
- « Droit de rétention du créancier gagiste » : *RDBF* 2008, n° 5, p. 38 ;
- « Le droit des sûretés à la recherche de repères ? », *Revue Droit bancaire et Financier* N°2, Mars 2012 ;
- « De l'efficacité des garanties », in Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin, LGDJ, Lextenso éditions, 2015 ;
- « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », *Juriscl. Fasc*. 335, n° 121 et s. ;
- « Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Revue de droit bancaire et financier* N°2, Mars 2011, Com 55 ;
- « Quel avenir pour le droit de rétention ? », *Revue de droit bancaire et Financier* N°5, Septembre 2014, Dossier 42 ;
- « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », *JCl. Fasc*. 335, n° 121 et s. « Quelle réforme pour le droit des sûretés? », *Revue de Droit bancaire et Financier* N°1 Janvier 2016 Dossier 2 ;
- « La cession de créances à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créances », note sous Com. 19 déc. 2006 : *JCP G* 2007 II 10067 ;
- « Sûretés », *répertoire de droit immobilier*, Janvier 2016 ;
- « Procédures collectives et sûretés réelles. Quelques vœux pour la réforme à venir », *Rev. proc. coll*. 2018, n° 4, 21 ;
- « Cautionnement - Cautionnement : portée de l'obligation de couverture », *RD bancaire et fin.* 2023, comm. 124.
- « Portée de la réforme du droit des obligations pour le le droit du crédit », *RTD com.* 2016. p. 527.

LEGEAIS (D.), GRAFF-DAUDRET (M.), MATUCHANSKY (O.) et GOUËZEL (A.),

- « Actualité du droit des sûretés personnelles », *RD bancaire et fin*. 2021, étude 13.

LEGUEVAQUES (CH.)

– « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux » : *Gaz. Pal.* 6 août 2002, p. 2.

LEVENEUR (C.), CŒURDEROY (Ch.)
– « Sûretés - Ordre de réalisation des sûretés : attention de ne pas nuire à la caution ! » , *JCP I* 2023, 1050.

LLORCA (M.)
– « L'économie du football français », *Droit fiscal* n°36, 6 sept. 2018, 370.

LEPETIT (Ch.)
– « Football professionnel : Mediapro sème la panique », *Jurisport,* 2020, n° 213, p. 10.

LEVENEUR (L.)
– « La liberté contractuelle en droit privé : Les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité…) », *A.J.D.A* 1998, p. 676.

LIBCHABER (R.)
– « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », *RJDA* 2006, p. 787 et s., n° 1 ;
– « Retour sur l'autonomie prétendue de la garantie à première demande », *RDC* 2017 n° 114, p. 253.

LIKILLIMBA (G-A.)
– « L'agent des sûretés OHADA », *Ohadata* D-12-43.

LOISEAU (G.)
– « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ*. 2000, p. 47 et s.

LUCAS (F.-X.)
– « Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté, Propos conclusifs », in Les dossiers de la RIDE, n° 5 Hors-série 2012, p. 109 et s.

MACDONALD (A.)
– « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, la présomption d'hypothèque et le principe de l'essence de l'opération », in Mélanges Germain Brière, Montréal, Wilson & Lafleur, éd. de l'Université d'Ottawa, 1993, p. 528 et s., spéc. p. 533.

MACORIG-VENIER (F.)
– « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Dr. et patrim*. 2010.

MAGNIN (F.),

– « Une page d'écriture pour la caution » ; *LPA*, 5 octobre 1994, n°119, p.28 et 10 octobre 1994, n°121, p.16.

MARTIN (D-R.)
– « Liberté contractuelle et droits réels », *RTD civ*. 2016. 221 ; « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, p. 49 et s.

MARTOR (B.)
– « Comparaison de deux sûretés personnelles : cautionnement et lettre de garantie », *Ohadata* D-12-61.

MARTIAL-BRAZ (N.)
– « Les recours de la caution au cœur de la tempête ! » : *D*. 2013, p. 935.

MARTY (R.)
– « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution » : *RTD civ*. 2006, p. 191, n° 34 et s.

MAZEAUD (D.)
– « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit, Mélange Fr. TERRÉ, Dalloz, 1999.

MAZEAUD (V.)
– « Responsabilité civile et droit des sûretés », *Responsabilité civile et assurance* n°5, Mai 2017, dossier 6.

MEKKI (M.)
– **«** La loi de ratification du 20 avril 2018 : une réforme de la réforme ? », *D* 2018, 901.

MESTRE (J.)
– « Le droit pour le créancier de recouvrer son dû… et ses limites », *RTD civ.* 1990. 477.

MEUKE (B-Y.)
– « Quelques précisions sur le sort des engagements de la caution décédée dans l'Ohada », *Ohadata* D-08-17.

MEURET (F.)
– « Les garanties bancaires à première demande un autre scénario » *RD. aff int.*, 7/1990, p. 879, spéc. P. 884.

MICHEL (C.-A.)
– « La sûreté réelle pour autrui constituée par une SCI : l'opportunité du contrôle de l'intérêt social en question », *Gaz. Pal. Rec.* 2021, n°22, p. 68, note sous Cass. com., 6 janv. 2021, n° 19-15299.

MIGNOT (M.)
- « Plaidoyer pour l'abrogation de l'article 1216 du Code civil », *RLDC* mai 2006, n° 27, p. 27, et s. ;
- « La notion de bien – Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006, vol. 31, p. 1805 et s. ;
- « Le rapport Doing business et l'analyse économique du droit français des sûretés réelles », in Pratique des affaires, *Lamy*, 2010, p. 33 et s ;
- « La distinction entre le cocontrat de cautionnement et la pluralité de cautionnements », n°31, *RLDC*, 2006.

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A-M.)
- « Les techniques de sûretés sur les marchés étrangers : L'exemple américain », *Revue banque et droit* Juillet-Août 2010 ;
- « Le droit nord-américain des sûretés mobilières, article 9 du Uniform Commercial Code des États-Unis et Personnel property Security Act de la province canadienne de la Saskatchewan », *Revue international de droit comparé,* 1991, Vol. 43, n° 2, p. 502.

MOULY (Chr.)
- « Pour la liberté des garanties personnelles », *Banque et Droit*, 1987, p. 1166 ;
- « Procédures collectives ; assainir le régime des sûretés », Études Roblot, LGDJ, 1984, p. 529 et s., spéc. n° 31 ;
- « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois*, 1988, art. 34163, p. 227 et s ;
- « Les sûretés personnelles traditionnelles en France », in Les sûretés, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 FEDUCI, 1984, n° 3 ;
- « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in Études René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984.

MONASSIER (B.), ET MICHEL (F.)
- « Les sûretés ne sont plus sûres », in Dossier « Sûretés et garanties, Acte I » : *Droit et patrimoine* 2001, p. 52.

NABET (P.)
- « Sûretés et droit international privé », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°40, 5 Octobre 2012, 1341.

NÉDÉLEC (G.)
- « En 2020, le crédit aux entreprises a battu tous les records », *Les Échos*, 3 févr. 2021.

NEVRY (R.)
- « La garantie autonome à première demande : droit OHADA, droit français », *Ohadata* D-10-33.

NUYTTEN (B.), LESAGE (L.)

- « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *DEF.* 30 avril 1998, n° 8.

OPPETIT (B.)

- « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », *Mélanges HOLLEAUX, Litec* 1990, p. 321.

PAILLER (P.)

- « Le sort des sûretés dans la nouvelle ordonnance de réforme des procédures collectives du 14 Mars 2014 », *R.L.D.A*, 2014, 115.

PARDOEL (D.)

- « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA*, 3 juillet 2001, p. 13.

PAYS (P.)

- « L'information de la caution d'un crédit », *Rev. huissiers* 1998, p.76.

PELLIER (J.-D.)

- « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », LPA 2014, n° 82, p.7 ;
- « Retour sur le gage immobilier à la lumière de la nouvelle réforme du droit des sûretés », *JCP E* 2021, n° 42, act. 712.

PETIT (B.)

- « Fusion et cautionnement », *RJDA* 2015, p. 827.

PETIT (F.)

- « De l'ouverture des procédures de traitement de la défaillance de l'entrepreneur individuel », *Actualité des Procédures Collectives Civiles et Commerciales*, n°64, p.4.

PÉRÈS (C.)

- « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *D.* 2009, p. 381 et s.

PÉRINET-MARQUET (H.)

- « La liberté de création des droits réels est consacrée », Construc. Urb., Janv. 2013, n° 1 ;
- « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G.* 2010, p. 352 et s. ; « Regard sur les nouveaux biens », *JCP G.* 2010, p. 352 et s.

PÉROCHON (F.)

- « Gage immobilier, antichrèse, nantissement : la valse des étiquettes », *Rev. proc. Coll*. Mars 2010, comm. 64 ;
- « Le choix des garanties efficaces », *Bull. Joly Ent. Diff.,* 2012, n° 05, p. 321.

PESENTI (S.)

- « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA,* 2004, p. 12.

PFISTER (L.)

- « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? » Retour sur la controverse doctrinale au XIXe siècle », *rev. Contr.,* 1 oct. 2013 n° 4, P. 1261.

PICOD (Y.)

- « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », in Mélanges J. Calais-Auloy, *Dalloz,* 2004

PIEDELIEVRE (A.)

- « L'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. pal*. 1982 ; « Garantie à première demande », *RD. Com.* Juin 2007, n°1 et s. ;
- « Le cautionnement excessif », *Defrénois*, 1998, p. 849 et s. ;
- « Résidence principale et insaisissabilité de droit », *RDBF* mai 2015, comm. 161.

PIETTE (G.)

- « Le cautionnement », *Rép. civ. Dalloz*, n° 32 ; « Lettre d'intention », *RDC*, 2015

POULLET (Y.)

- « Les garanties contractuelles dans le commerce international », *DPCI*, septembre 1979, p.387.

POURRET (G.)

- « La couverture COFACE des engagements de caution » : *LPA* 3 juill. 1981, p. 9.

PRATTE (D.)

- « Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1992, 23, p. 175 ;

– « Priorités et hypothèques », *Les Éditions Revues de droit de L'université de Sherbrooke*, 3e éd. 2012.

PRIGENT (St.)
– « La réforme du droit des sûretés : une avancée sur la voie des modernisations », *A.J.D.I* 2006, p.346.

POLLAUD-DULIAN (F.)
– « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP éd. G,* 1998, I, 138, n°12 et s.

ROUSSEL GALE (Ph.), PÉROCHON (F.)
– « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *RPC* 2016, n° 1, doss. 12.

REVET (Th.)
– « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004. 579, spéc. N° 4.

RICHTER (A.-C.)
– « Cautionnement - Nécessité d'une clause expresse pour limiter dans le temps l'obligation de règlement de la caution », *JCP I* 2023, 1141.

ROBINE (D.)
– « Le sort de l'agent des sûretés », *Revue des procédures collectives* N°3, Mai 2013, Dossier 18 ; « L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? » *D* 2006, p. 69, n° 21.

ROMAN (B.)
– « La caution et l'action paulienne : la délicate alliance des règles de fond et de procédure », *D* 2003, chron. 2156.

RONTCHEVSKY (N.)
– « Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance N° 2006-346 du 23 Mars 2006 : Disposition relatives aux sûretés personnelles », *Recueil Dalloz* 2006, p.1303 ;
– « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », in La réforme du droit des sûretés, Dossier, *D.* 2006, p. 1303 et s.

ROULET (V.)
– « Mise en œuvre de l'exception de nullité d'un engagement de caution solidaire du gérant d'une société », note sous Cass. Com., 31 janv. 2017, n°14-29.474.

ROUSSELL-GALLE (Ph.)

- « Les sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté », *Revue de Droit Bancaire et finance* N°5, Septembre 2014, Dossier 38.

ROUSSILLE (M.)

- « Covid-19 - PGE : le levier prudentiel, antiviral du credit crunchEt la sécurité juridique dans tout cela ? », *Rev. dr. banc. et fin.,* n° 3, mai-juin 2020, alerte 43.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MACORIGVENIER (F.)

- « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. Situation des créanciers. Interdictions des inscriptions », *JCl. fasc.* 2365.

SAKHO (M.)

- « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Ohadata* D-12-40.

SALATI (O.)

- *J.Cl.* Voies d'exécution, Fasc. 540 : MESURES CONSERVATOIRES – Sûretés judiciaires, n°12.

SAMB (M.)

- « La révision des sûretés personnelles en droit OHADA », *Ohadata* D-12-24.

SAVOURE (D.)

- « L'hypothèque rechargeable », *JCP éd. N*, 2007, 1175, p. 31.

SÉJEAN-CHAZAL (Cl.)

- « L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés » : *JCP N* 2021, act. 885.

SÉNÉCHAL (M.), COUTURIER (G.)

- « créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ?, *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, 01 sept. 2012.

SÉRIAUX (A.)

- « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.,* 1994, p. 801.

SIMLER (Ph.)

- « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil » : *JCP G* 2006, n° 13, p. 597 ;
- « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire? », *Mélanges G. Goubeaux, Dalloz- LGDJ,* 2009, p.497 ;
- « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie : l'exemple de l'article 22-1 », *Mélanges G. Wiederkehr, Dalloz*, 2009 753 ;

- « Une occasion manquée pour le cautionnement », *La Semaine Juridique Notariale et* Immobilière n° 12, 25 Mars 2016, n°18 ;
- « Les emprunts et cautionnements des époux. Désordre généré par l'article 1415 du Code civil », *JCP éd. N* 2009, 1188 ;
- « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et le cautionnement », *JCP N.* 1987.199 ;
- « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP,* 1990, I. 3427 ;
- « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie : l'exemple de l'article 22-1 », Mélanges G. Wiederkehr, Dalloz, 2009 753 ;
- « L'absorption d'une société sous-caution », *JCP G* 2014, doctr. 435 ;
- « Cautionnement. Caractères généraux et conditions d'efficacité », *JCl. Civil Code*, 1er juin 2022, synthèse, n° 31 ;
- « Synthèse - Cautionnement. Caractères généraux et conditions d'efficacité », *Jcl.* 1er juin 2022, n° 46 et s. ;
- « Sûretés réelles-Sûreté réelle constituée par un tiers », *Jcl. Dr. bancaire et fin.,* sept. 2022 ; « Synthèse - Cautionnement. Extinction, *Jcl.,* 20 juin 2023.

SOINNE (B.)

- « Surendettement et faillite : unité ou dualité des régimes », *LPA* 22 déc. 1997, n° 153, p. 4 et s.

SORCK (M.)

- « Contrat –Effets du contrat à l'égard des tiers – Porte-fort », *JCl. Notarial Répertoire, Fasc. 7-2.*

SORTAIS (J.-P.)

- « La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives » : *RTD com.* 1976, p. 277.

SOUCHON (A.)

- « Les acteurs du secteur bancaire et financier face à la réforme des sûretés », *Revue banque,* n° 855, avril 2021.

SOUHAMI (J.)

- « Retour sur le principe de l'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD civ.* 2008. 27.

STOFFEL-MUNCK (PH.)

- « L'après-contrat » : *RDC* 2004, p. 159.

STOUFFLET (J.)

- « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Rev. Sociétés* 2006, p. 473.

SYNVET (H.)

– « Les insuffisances du droit positif et les réformes proposées par le groupe de travail Grimaldi », in « Faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ? », Colloque AEDBF, 23 janv. 2006. Disponible sur aedbf-France.fr/colloques.

TARDOS (A.)

– « Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté », *Recueil Dalloz* 2013, p. 53, note sous Cass. 3ème 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-16.304.

TERNEYRE (Ph.)

– « *La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel* », *A.J.D.A* 1998, p. 667.

THÉRY (Ph.)

– « L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution », Droit et procédures**,** mai-juin 2002, p. 140 s.

TESTON (B.)

– « Garanties et sûretés internationales : Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », *Droit et patrimoine*, 2001, n° 94, p. 69-76.

TESTU (F.-X.)

– « Le cautionnement-libéralité », *JCP G,* 89.I.3377 ; « L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux », *JCP semaine juridique, éd générale,* n°52, 2012, note sous Cass. 3ème 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-16.304.

TOLEDO-WOLFSOHN (A-M.)

– « La réforme du droit anglais des sûretés », *Revue Lamy Droit civil* 2014, 120.

THOMASSIN (N.)

– « La création des droits réels innommés : quel impact pour la vie des affaires ? », *LPA*, 29 oct. 2013, n°216, P.10, note sous Cass. 3ème 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-16.304.

TORCK (S.)

– « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 » : *RDBF* 2008, étude 2.

VALLENS (J.-L.)

- « L'arrêt des poursuites individuelles est d'ordre public international », *RTD com.* 2010, p. 208.

VAN DEN EYNDE (P.)

- « Que faut-il penser des mentions " lu et approuvé " et " bon pour pouvoir " ? », *in* LIBER AMICORUM, dédié au professeur Léon RAUCENT, 1992, p. 453 et s.

VASSEUR (M.)

- « Les garanties indirectes du banquier », in L'évolution du droit des sûretés, *R.J com.* févr. 1982, n° spécial, p. 104 ;
- « Le crédit menacé. Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », *JCP G,* 1985, I, 3201.

VAUTROT-SCHWARZ (Ch.)

- « L'ordre public économique », in L'ordre public, Actes du colloque des 15 et 16 déc. 2011, Centre Michel de L'Hôpital de l'Université d'Auvergne, éd. Cujus 2012, p. 187 et s.

VINEY (G.)

- « Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », *RDC* 2009, 493 et s.

VOIRIN (P.)

- « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique », *Rev. gén. De droit*, 1930, p. 102 et s.

WITZ (C.)

- « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *Revue internationale de droit comparé*, 1985, vol. 37, n°1, p. 27-68.

YOLKA (Ph.)

- « Sûretés, filles de prudence ? », *AJDA* 2020 p.1025.

YONDO-BLACK (L.)

- « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Ohadata* D-10-62.

ZATTARA-FROS (A.-F.)

- « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », in, Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT, *Dalloz*, 2011, p. 623 et s.

ZENATI (F.)

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, 305.

IV. ACTES DE COLLOQUES, DOSSIERS ET TRAVAUX COLLECTIFS

- **LE POMMELEC (A.),** *« La signification de l'ordre public en droit des obligations »*, *in* Ch. **VAUTROT-SCHWARZ,** *« L'ordre public économique » in* L'ordre public, Actes du colloque des 16 et 17 déc. 2011, Centre Michel de l'Hôpital de l'Université d'Auvergne, ed. Cujus 2012.
- *La réforme du droit des sûretés*, dir. L. ANDREU, M. MIGNOT, Coll. Colloques & Essais, 2019.
- *« Faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ? »*, Colloque AEDBF, 23 janv. 2006. Disponible sur aedbf-France.fr/colloques.
- *Le Code civil 1804-2004, Le livre du bicentenaire,* Dalloz-Litec, 2004.
- *Le droit privé français à la fin du XXe siècle – Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001.
- *Le patrimoine au XXIème siècle: Regards croisés franco-japonais*, Coll. Droit Etrangers, vol. 12, 2012.
- *Études René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français,* LGDJ, 1984.
- *Pratique des affaires,* Lamy, 2010, p. 33 et s.
- *Étude offertes au Doyen Ph. SIMLER,* LexisNexis-Litec-Dalloz, 2006.
- *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida,* Dalloz, 1991.
- *Le contrat au début du XXIe siècle.* Étude offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001.
- *L'avenir du droit,* Mélange Fr. TERRÉ, Dalloz, 1999.
- *Les sûretés,* colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 FEDUCI, 1984.
- *L'ordre public,* Actes du colloque des 15 et 16 déc. 2011, Centre Michel de L'Hôpital de l'Université d'Auvergne, éd. Cujus 2012.
- *« Des liens et des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde »*, Coll. Mélanges,
- Dalloz 2015.

V. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

- **ARABEYRE (P.), HALPÉRIN (J.-L.), KRYNEN (J.),** *Dictionnaire historique des juristes français,* XII-XXème siècle, PUF, coll. « Quadrige », 2015.
- **AYNÈS (L.), CROCQ (P.), DELEBECQUE (Ph.),** *Lamy droit des sûretés,* Wolters Kluwer.
- **CORNU (G.),** *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant,* PUF, coll. Quadrige, 12ème éd., 2018.
- **GAFFIOT (F.),** *Le Grand FAFFIOT – Dictionnaire latin-français*, nouvelle éd. revue et augmentée sous la dir. de P. FLOBERT, Hachette, 2000.
- **REY (A.), TOMI (M.), HORDÉ (T.), TANET (C.),** *Dictionnaire historique de la langue française,* Coll. Dictionnaire Le Robert, Paris, 1992.
- Juris-Classeur Code Civil.
- Juris-Classeur Commercial.
- Juris-Classeur Concurrence-Consommation.
- Juris-Classeur Contrat-Distribution.
- Juris-Classeur Procédures collectives.

- Juris-Classeur Rural.
- *Rép. Civ. Dalloz.*
- *Rép. Com. Dalloz.*
- *Rép. Proc. Civ. Dalloz.*

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

- A -

Abus

- de l'état de dépendance, 74.
- *v. Proportionnalité.*

Accessoire

- *v. Cautionnement.*
- droit (accessoire), 470.
- notion, 863.

Affectation

- biens objet de l'affectation, 135 et s.
- des fonds prêtés (respect), 546 et s.
- technique (des sûretés réelles), 13, 80, 470 et s.

Antichrèse

- changement d'appellation, 189.
- *v. Gage immobilier.*

Assiette des sûretés réelles

- aliénabilité du bien, 145.
- aménagement conventionnel de la préservation de l'assiette, 718 et s.
- appropriabilité du bien, 139 et s.
- encadrement légal de la fluctuation de l'assiette, 701 et s.
- reconnaissance du bien dans le commerce juridique, 142 et s.
- saisissabilité du bien, 146 et s.
- substitution de l'assiette, 719 et s.
- *v. Principe d'indivisibilité*
- *v. Principe de spécialité.*
- *v. Subrogation réelle.*

Attribution judiciaire, 343, 1004, 1013 et s.

Autonomie de la volonté, 15, 31.

- B -

Bail

- cautionnement, 79, 81, 399, 402, 658.
- garantie autonome, 256, 316, 349.
- *v. cumul des garanties.*

Bénéfice de discussion

- *v. Cautionnement.*

Bénéfice de division

- *v. Cautionnement*

Bénéfice de subrogation

- *v. Cautionnement.*
- généralisation à toute sûreté personnelle, 981 et s.

Bonne foi, 508 et s.

- C -

Capacité

- *v. pouvoir de constituer une sûreté.*
- notion, 427.

Cause

- contrat, 61, 85, 87, 641, 642
- *v. Cautionnement.*

Caution

- avertie, 285, 406, 485.
- déchéance, 974 et s.
- dirigeant, 431 et s.
- faculté de renonciation, 685.
- renforcement de l'obligation, 1037 et s.
- époux, 61, 353, 486.
- obligations d'informations, 522, 524, 627 et s.
- personne morale, 285, 307, 315, 424, 442 et s., 533, 588, 628, 630, 637, 646, 651 et s., 903,
- personne physique, 308 et s., 405 et s., 484, 523, 526 et s., 631 et s., 1038 et s.
- profane, 285, 406.
- sous-caution, 630.

Cautionnement

- bénéfice de discussion, 397, 950 et s.
- bénéfice de division, 950 et s.
- bénéfice de subrogation
  - aménagement de la sanction, 1041 et s.
  - généralisation, 981 et s.
  - faculté de renonciation, 685.
- caducité, 454, 701, 876 et s.
- caractère accessoire, 65, 66 et s., 89 et s., 109 et s., 120 et s., 827, 834, 870 et s., 978 et s.
- caractère consensuel, 4, 412 et s.
- caractère solennel, 4, 34, 402, 411 et s., 422,

- cause, 61, 87 et s., 642 et s.
- cofidéjusseurs, 267, 307 et s., 926, 950, 988.
- compensation, 236 et s., 791 et s., 1117.
- compte courant, 237, 550, 588, 899 et s.
- confusion, 858, 885 et s.
- dation en paiement, 681, 782 et s.
- décès, 589, 590, 649 et s., 898, 903, 907.
- déchéance, 300, 304, 485, 626, 628, 630, 699, 833, 834, 837, 897, 974 et s.
- extinction, 573 et s., 588 et s., 893 et s.
- formalisme, 4, 94 et s., 379 et s., 392 et s.
- information, 401, 522 et s., 626 et s., 656 et s., 684, 1037 et s.
- mentions manuscrites, 380, 397 et s.
- omnibus, 475 et s., 483.
- recours après paiement, 761 et s., 923 et s., 957 et s., 974 et s., 983 et s., 990 et s.
- recours avant paiement, 620, 830, 923 et s., 945 et s., 950 et s., 954.
- proportionnalité, 279 et s., 298 et s.
  - *v. Proportionnalité.*

Cession de contrat, 641, 655, 658.

Cession de créance à titre de garantie, 386, 654 et s., 753, 1165 et s.

Cession de dette, 655, 662 et s., 787 et s.

Cession de somme d'argent à titre de garantie, 386, 767, 994, 1159, 1165 et s.

Clause de réserve de propriété, *v. Réserve de propriété.*

Consentement

- vices, 73, 872 et s.

Conservation des sûretés

- intérêt, 499 et s.
- effet de garantie à conserver
  - sûretés personnelles, 559 et s.
  - sûretés réelles, 595 et s.
- moyens de conservation
  - sûretés personnelles, 609 et s.
  - sûretés réelles, 697 et s.

Contrat

- innommé, 106 et s.

Crédit-bail, 332, 1154 et s.

Clause de substitution de l'assiette de la sûreté réelle, 718 et s.

Clause de voie parée, 1023 et s.

Cumul des sûretés

- bail, 269, 311 et s.
- liberté du cumul, 266 et s.
- prohibition du cumul, 311 et s.

- D -

Déchéance

- *v. cautionnement*
- terme, 699, 833 et s.
- des droits du créancier, 897, 974 et s.

Déclaration des créances, *v. Procédures collectives.*

Délégation imparfaite, 36, 65, 122 et s., 644.

Devoir de mise en garde, 31, 34, 483 et s., 1061, *v. Proportionnalité.*

Disproportion, *v. Proportionnalité.*

Droit de préférence, 213, 226 et s., 275, 327 et s., 347, 349, 357, 388 et s., 459, 544, 600, 1108, 1111, 1140, 1183, 1184, 1192.

Droit de rétention,

- constitution, 368.
- efficacité, *v. Procédures collectives.*
- exclusivité conférée à son bénéficiaire, 1135 et s.
- soustraction au *numerus clausus,* 235.

Droit suite, 131, 340 et s., 357, 389, 544, 600, 1140, 1183.

- E -

Efficacité

- critères d'efficacité des sûretés, 276 et s.
- dans le choix de la sûreté, 251 et s.
- *v. clause de substitution de l'assiette des sûretés réelles.*
- *v. Promesse de sûreté réelle.*
- *v. Formalités publicitaires.*
- pendant l'existence des sûretés, 494 et s., 530 et s.
- *v. procédures collectives.*

Entreprises en difficulté

- *v. Procédures collectives.*

- F -

Formalités publicitaires, 541 et s.

Formalisme 4, 92 et s., 377 et s., 391 et s.

- G -

Gage-espèce, 767.

- *v. Cession de somme d'argent à titre de garantie.*

Gage immobilier, 189, 214, 385, 994.

Garantie autonome

- appel, 621.
- consécration, 36, 66, 100 et s.
- contrat de base, 660, 751.
- déchéance, 979.
- extinction, 751, 803 et s., 864
- formalisme, 93 et s., 534.
- interdictions, 256, 316 et s.
- objet, 126, 569, 583.
- pertinence de l'obligation dualiste, 585 et s.
- protection du patrimoine familial, 486.
- recours subrogatoire, 969 et s.
- transfert, 659, 660.

- H -

Hypothèque

- ***v.****Assiette des sûretés réelles.*
- ***v. Clause de voie parée.***
- *v. Pacte commissoire.*

Hypothèque unique québécoise, 1212.

- I -

Indivisibilité, 36, 104, 645

- principe (d'), 711 et s.

Information, *v. Cautionnement.*

- L -

Lettre d'intention, 68, 93, 95, 100, 102 et s., 116, 127, 424, 438, 510, 561, 570, 752, 850, 969, 979, 1051.

Liberté contractuelle

- approche de l'étude, 40 et s.
- *v. autonomie de la volonté.*
- définition, 14 et s.
- fondements, 16.
- *v. Pouvoir de constituer une sûreté.*

- M -

Mentions manuscrites,

v. Cautionnement.

Mesures conservatoires, 351, 611, 830, 923 et s., 939 et s., 992.

Monnaie, 764 et s.

- N -

Numerus clausus

- des sûretés personnelles, 99 et s.
- des sûretés réelles, 196 et s., 220 et s.
- des droits réels, 200 et s.

Nantissement, 172 et s., 191 et s., 256, 293, 388 et s., 457, 459, 473, 479, 544, 728 et s., 1012.

- O -

Obligation de couverture

- aménagement de l'extinction, 893 et s.
- critiques, 581 et s.
- existence dans toute sûreté personnelle, 585 et s.
- notion, 578 et s.
- moyens de conservation, 609 et s.

Obligation de règlement

- aménagement de l'extinction, 905 et s.
- notion, 575 et s.
- transfert, 647 et s., 669,
- survie après extinction de l'obligation de couverture, 905 et s.

- P -

Pacte commissoire, 1014, 1017 et s., 1185.

Paiement

- conformité, 764 et s., 778 et s.
- *v. compensation.*
- *v. dation en paiement.*
- identité du *solvens*, 748 et s.
- moyens alternatif au paiement, 781 et s.,
- *v. novation.*
- paiement en monnaie légale et du nominalisme monétaire, 765 et s.
- *v. remise de dette.*

Principe de spécialité

- quant aux biens grevés, 472 et s.
- quant aux créances garanties, 475 et s.

Procédures collectives

- déclaration des créances, 1093 et s., 1103.
- droit de rétention, 235 et s., 1135, 1137 et s., 1178, 1187 et s.
- interdiction des paiements, 451, 460, 1098, 1115 et s., 1185.

- nullités de la période suspecte, 451, 461, 1088, 1135.
- suspension des poursuites, 452, 467, 1088, 1099 et s.

Promesse de sûreté réelle

- efficacité, 730 et s.
- validité, 728 et s.

Proportionnalité, 34, 273, 279 et s., 484 et s., 1005 et s.

v. Cautionnement.

Propriétés-sûretés, *v. Sûretés-propriétés.*

Pouvoir de constituer une sûreté

- dans les procédures d'insolvabilité, 449 et s.
- dirigeant social, 431 et s.
- *v. formalisme.*
- notion de pouvoir, 427 et s.
- sur le patrimoine familial, 486.

- R -

Recours après paiement

- aménagement, 984 et s.
- *v. Cautionnement.*
- déchéance et renonciation, 974.
- extension à l'ensemble des garants personnels, 957 et s.
- recours subrogatoire, 963 et s.
- recours personnel, 972.

Recours avant paiement

- *v. cautionnement.*
- *v. bénéfices de discussion et de division.*
- exclusion des sûretés personnelles non accessoires, 924 et s.
- facultés d'aménagement, 945 et s.
- faculté de renonciation, 956.

Réserve de propriété, 708, 1081, 1151 et s., 1164, 1175 et s.

- S -

Security interest, 28, 1205 et s.

Substitution de l'assiette de la sûreté réelle

- efficacité, 723 et s.
- validité, 719 et s.

Sûreté

- approche retenue, 12.
- définitions, 8 et s.

Sûretés inutiles, 261 et s.

Sûretés modèles,

- crise, 4, 35 et s., 395 et s.

Sûretés négatives, 241, 690, 693.

Sûretés personnelles

- définition, 13.
- *v. numerus clausus.*

Sûretés-propriétés, 223, 1149 et s., 1165 et s., 1174 et s.

Sûretés réelles

- définition, 13.
- *v. numerus clausus.*
- réalisation, 993 et s.

Suspension des poursuites, *v. Procédures collectives.*

- T -

Terme, 801 et s.

Théorie dualiste de l'obligation

- pertinence, 572 et s.
- *v. obligation de couverture.*
- *v. obligation de règlement.*

Transfert

- choix terminologique, 636 et s.
- fondement, 640.
- sûretés personnelles, 643 et s.

Trust, 1198, 1205.

- U -

Uniform Commercial Code, 28, 1205, *v. Security interest.*

- V -

Valeur

- d'échange, 157 et s., 602 et s.
- de crédit, 159 et s.
- d'usage, 152 et s.

- W -

Warrant, 191, 707.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS VII
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS IX
SOMMAIRE XIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE 15
I. Fondements conceptuels 21
A. L'opportunité de la distinction entre sûreté et garantie 21
B. La liberté contractuelle : un principe solidement établi 25
II. Contexte temporel et géographique 29
A. Évolution historique de l'étude 29
B. Clin d' œil géographique à l'étude 34
III. À la recherche de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés 35
IV. Thèse et méthodologie de l'étude 41

PREMIÈRE PARTIE
LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA NAISSANCE DES SÛRETÉS

TITRE 1 : LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA CRÉATION DES SÛRETÉS 47
Chapitre 1. L'influence émancipatrice du droit des contrats dans la création des sûretés personnelles 49
Section 1. La reconnaissance théorique de la liberté de créer une sûreté personnelle 50
§1. Une influence prépondérante de la liberté contractuelle dans la technique des sûretés personnelles 51
A. La manifestation intérieure de la volonté de créer une sûreté personnelle 51
1. Une mobilisation de la volonté distinguée et singulière 52
2. Une mobilisation de la volonté intrinsèque à la technique 55

a. Dans le cautionnement 55
b. Dans les sûretés alternatives au cautionnement 61
B. Le manifestation extérieure de la volonté de créer une sûreté personnelle 65
1. Le principe de la liberté de contracter 65
a. La liberté de contracter 65
b. La liberté de ne pas contracter 66
2. La liberté de choisir son cocontractant 68
a. L'application du principe 69
b. Le rôle prépondérant du créancier 71
§2. Une influence limitée de l'ordre public traditionnel du droit des contrats 73
A. L'influence limitée des règles impératives relatives au contenu du contrat 73
B. L'influence limitée du formalisme 77
Section 2. La reconnaissance pratique de la liberté de créer une sûreté personnelle .. 82
§1. Une activité créatrice stimulée par l'absence d'un *numerus clausus* 82
A. La consécration de l'absence du *numerus clausus* 82
B. La consécration légale des sûretés personnelles d'origine volitives 83
C. La reconnaissance de mécanismes issus du droit commun des contrats 86
§2. La reconnaissance juridique des sûretés personnelles innomées 87
A. La définition d'une sûreté personnelle innomée 88
B. La nécessité d'un régime autonome 89
1. La possibilité de déroger au caractère accessoire 89
2. La possibilité de déroger au caractère autonome 90
3. La soumission au droit commun des contrats 91
C. La liberté de déterminer les critères de qualification 92
1. Le contrôle de la qualification par le juge 93
a. Le contrôle de la solidarité passive adjointe 93
b. Le contrôle de la délégation-sûreté 95
2. L'obligation du respect de la loi contractuelle 97
Conclusion du chapitre 1 100

Chapitre 2. L'influence potentiellement conservatrice du droit des biens dans la création des sûretés réelles 103

Section 1. La soumission patrimoniale des sûretés réelles au droit des biens 104

§1. L'alignement des sûretés réelles sur le statut légal des biens grevés 106

A. La dépendance à la patrimonialité préalablement déterminée par le droit des biens 106

1. La dépendance à l'appropriabilité du bien 107

2. La dépendance à la reconnaissance du bien dans le commerce juridique 109

3. La dépendance à l'aliénabilité du bien à titre onéreux 110

4. La dépendance à la saisissabilité du bien 110

B. L'accès à la valeur du bien postérieurement exploitée par les sûretés réelles 111

1. L'inaccessibilité à la valeur d'usage des biens 112

2. L'exploitation douteuse de la valeur d'échange des biens 114

3. L'exploitation potentielle de la valeur de crédit des biens 115

§2. L'alignement des sûretés réelles sur la nature des biens grevés 117

A. La soumission originelle aux classifications traditionnelles 118

1. La summa divisio biens meubles/biens immeubles 118

2. La summa divisio biens corporels/biens incorporels 120

B. L'insuffisance des classifications traditionnelles 121

1. En droit des biens 122

a. Les insuffisances de la summa divisio des biens meubles et immeubles 122

b. Les insuffisances de la summa divisio des biens corporels et incorporels 124

2. En droit des sûretés réelles 125

a. Les insuffisances de la summa divisio des sûretés meubles et immeubles 126

b. Les insuffisances de la summa divisio des sûretés corporelles et incorporelles 127

Section 2. L'encadrement de la liberté contractuelle par le *numerus clausus* des sûretés réelles 130

§1. La réaffirmation de la consécration légale du *numerus clausus* 131

A. L'existence controversée d'un *numerus clausus* des droits réels 132

1. L'insuffisance des fondements légaux 132
2. La consécration jurisprudentielle de la liberté de créer des droits réels temporaires 134
B. L'existence traditionnelle d'un *numerus clausus* des sûretés réelles ... 137
1. Les fondements légaux du *numerus clausus* des sûretés réelles . 137
2. La justification rationnelle du *numerus clausus* sûretés réelles ... 139
§2. La portee du « nouveau » *numerus clausus* des sûretés réelles 140
A. Le renouvellement légal du *numerus clausus* : Les apports de la réforme du 15 septembre 2021 141
1. Un *numerus clausus* traditionnellement limité à la technique préférentielle 142
2. L'extension nouvelle du *numerus clausus* à la technique de l'exclusivité 143
B. La conception restrictive de la notion de sûreté réelle, une brèche pour les libertés contractuelles 145
1. La soustraction de certains mécanismes au *numerus clausus* 145
2. L'activité créatrice de la volonté conditionnée à l'objectif de protection des tiers 148
Conclusion du chapitre 2 153
Conclusion du titre 1 155

TITRE 2 : **LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LA FORMATION DES SÛRETÉS** 157
Chapitre 1. **La liberté contractuelle dans le choix des sûretés** 159

Section 1. Le choix résultant de la volonté des parties 160
§1. Le principe théorique de la liberté de choix 160
A. Fondements et manifestations du principe 161
1. Les fondements du principe 161
2. Les manifestations du principe 164
a. La liberté de ne pas choisir : l'exemple de l'affaire dite « médiapro » 165
b. La liberté du cumul des sûretés 170
B. Relativité et subjectivité des critères du choix 177
§2. Les tempéraments au principe de la liberté de choix 182

A. Un tempérament de portée générale : l'exigence de proportionnalité de l'article l. 650-1 du code de commerce 182
1. La portée de l'article L. 650-1 du Code de commerce 183
2. La révélation d'une politique de contrôle dissuasive..... 186
B. Des tempéraments législatifs spéciaux 190
1. L'exigence de proportionnalité spécifique au cautionnement ... 191
2. La prohibition du cumul entre certaines sûretés 197
3. La prohibition de la garantie autonome dans certains contrats 200
4. La subsidiarité de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier 201

Section 2. Le choix imposé à la volonté des parties 202
§1. Les contraintes circonstancielles 203
§2. Les contraintes spécifiques au droit des sûretés 205
A. Les sûretés légales 206
1. Un choix politique 207
2. L'exclusion de la volonté dans le choix des sûretés légales 211
3. L'exclusion de la volonté dans la détermination de la nature des prérogatives attachées aux sûretés légales 214
4. L'exclusion de la volonté dans le classement du rang des créanciers dans les sûretés légales 217
B. Les sûretés judiciaires 220
§3. Les contraintes tenantes au droit commun du contrat et des obligations. 224
A. L'interdiction de constituer des sûretés sur les biens d'autrui 225
B. L'interdiction de constituer des sûretés sur les biens hors du commerce 227
C. L'interdiction de constituer des sûretés sur les biens publics 232
Conclusion du chapitre 1. 237
Chapitre 2. **La liberté contractuelle dans la constitution des sûretés** 239

Section 1. La prééminence grandissante du formalisme dans le contrat de sûreté ... 240
§1. Une application rigide et égalitaire du formalisme dans les sûretés réelles 243
A. L'exigence d'un écrit 243
B. Le formalisme publicitaire 246

§2. Une application spécifique et particulière réservée au cautionnement dans les sûretés personnelles 250
A. La consécration inéluctable dans le code civil du formalisme contemporain issu du droit de la consommation 250
1. La genèse du formalisme ad validitatem de l'article 2297 du Code civil 251
a. L'influence du Code de la consommation 251
α. La loi NEIERTZ 252
β. L'article 22-1 de la loi du 21 juillet 1994 inspirée de la loi NEIERTZ 254
γ. La loi DUTREIL 255
b. Les apports de la jurisprudence de la Cour de cassation 256
2. La portée du formalisme ad validitatem de l'article 2297 du Code civil 258
a. De lege lata : La clarification du formalisme du cautionnement 258
b. De lege ferenda : l'extension concevable du formalisme aux autres sûretés personnelles 263
B. L'abandon du consensualisme traditionnel issu du code civil de 1804 265
1. Le basculement du cautionnement dans la catégorie des contrats solennels 267
2. Le maintien du consensualisme dans les autres sûretés personnelles 269
3. L'abandon des exigences *ad probationem* 270
Section 2. Le pouvoir variable de constituer une sûreté 277
§1. L'encadrement du pouvoir du dirigeant social 278
A. Un encadrement legislatif dans les societes a risque limite 279
1. L'interdiction de constituer une sûreté 279
2. La limitation du pouvoir de constituer une sûreté 281
B. Un encadrement jurisprudentiel dans les sociétés à risque illimité 284
1. L'encadrement du pouvoir de constituer une sûreté pour les dettes de la société 285
2. L'encadrement du pouvoir de constituer une sûreté pour les dettes d'autrui 286
§2. L'encadrement du pouvoir dans les procédures d'insolvabilité 288

A. La constitution des sûretés après l'ouverture d'une procédure collective 289

B. La constitution des sûretés après l'ouverture d'une procédure de surendettement des particulièrs 302

Section 3. La liberté variable dans le gage accordé au créancier 306

§1. Une liberté limitée en matière de sûretés réelles 307

A. La spécialité quant aux biens grevés 308

B. La spécialité quant aux créances garanties 310

§2 Une grande liberté en matière de sûretés personnelles 316

A. La reconnaissance du cautionnement *omnibus* 316

B. La protection du patrimoine du garant par l'exigence de proportionnalité et le devoir de mise en garde 317

C. La protection du patrimoine familial 319

Conclusion du chapitre 2 323

Conclusion du titre 2 325

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 327

SECONDE PARTIE
LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LE FONCTIONNEMENT DES SÛRETÉS

TITRE 1 : L'AMÉNAGEMENT DE LA VIE DES SÛRETÉS : LA CONSERVATION 331

Chapitre 1. La détermination du périmètre de la conservation 333

Section 1. L'intérêt de la conservation des sûretés 334

§1. La conservation dans une quête de quiétude : la préservation de la confiance dans le contrat de sûreté 335

A. La force obligatoire comme outil de quiétude au service du créancier 337

1. La cristallisation de la confiance par la force obligatoire 337

2. En matière de sûretés personnelles 338

3. En matière de sûretés réelles 340

B. La bonne foi comme fondement de quiétude au service du garant... 341
1. La bonne foi conquérante en droit des sûretés... 342
2. En matière de sûretés personnelles... 344
3. En matière des sûretés réelles... 348
§2. La conservation dans un but d'éfficacite lors de la réalisation... 349
A. La préservation de la finalité assignée à la garantie... 350
1. La conservation de la preuve de l'existence de la sûreté... 350
2. La conservation matérielle de l'acte d'engagement... 353
3. La conservation par l'accomplissement des formalités publicitaires... 355
B. Le respect de l'affectation des fonds prêtés... 358
1. Le contrôle de l'affection des fonds... 359
2. Les conséquences du non-respect de l'affection des fonds... 360
Section 2. L'identification de l'effet de garantie à conserver... 362
§1. Une identification délicate en matière de sûretés personnelles : un effet à rechercher dans la prestation du garant... 364
A. La quête identitaire des sûretés personnelles... 364
1. L'absence d'une définition légale... 365
2. La notion d'obligation, l'élément d'identification de l'effet des sûretés personnelles... 367
B. L'insuffisance du triptyque obligationnel : donner, faire, ne pas faire... 369
C. La pertinence de la théorie dualiste de l'obligation : L'obligation de couverture, unique élément de conservation au cours de l'existence d'une sûreté personnelle... 372
1. Analyse de la théorie dualiste de l'obligation... 373
a. L'obligation de règlement... 374
b. L'obligation de couverture... 375
2. Critique de la théorie dualiste de l'obligation... 376
3. L'existence de l'obligation de couverture dans toute sûreté personnelle... 379
§2. Une identification évidente en matière de sûretés réelles : Un effet à rechercher dans le bien affecté en garantie... 387
A. La technique de l'affectation, l'élément d'identification des sûretés réelles... 387

B. La valeur du bien, unique élément de conservation au cours de l'existence des sûretés réelles 390
Conclusion du chapitre 1 393
Chapitre 2. **L'identification des moyens de conservation** 395
Section 1. Les moyens de conservation de l'effet de garantie dans les sûretés personnelles 396
§1. Une conservation résiduellement organisée par la loi 396
A. Les mécanismes issus du droit commun des contrats 397
1. L'action paulienne comme moyen de conservation 398
2. L'action oblique comme moyen de conservation 400
B. Les mécanismes issus du droit des sûretés 403
1. La conservation par le respect des obligations à la charge du créancier : Les obligations légales d'information 404
a. Le respect de l'information annuelle 404
b. Le respect de l'information portant sur la défaillance du débiteur . 406
2. La conservation par la circulation : Le transfert des sûretés personnelles organisé par la loi 407
a. L'aptitude d'une sûreté personnelle à pouvoir être transférée 408
α. Les débats autour du choix de la bonne terminologie : circulation, transfert, transmission 408
β. Le fondement juridique de la circulation 410
b. Le transfert à cause de mort des sûretés personnelles 412
α. Le transfert actif à cause de mort des sûretés personnelles 412
β. Le transfert passif à cause de mort des sûretés personnelles 414
c. Le transfert entre vifs des sûretés personnelles 416
α. La cession active entre vifs des sûretés personnelles 417
β. La cession passive entre vifs des sûretés personnelles ... 423
§2. Une conservation principalement organisée par les parties 428
A. L'aménagement des moyens de conservation légaux 428
1. Les aménagements libres 429
a. Le transfert d'une sûreté personnelle à titre principal 429
b. La substitution de la sûreté personnelle déjà constituée 431

2. Les aménagements proscrits 432
a. La renonciation aux obligations d'information 432
b. La renonciation au bénéfice de subrogation 433
B. La validité des montages conventionnels 434
1. Les clauses renforçant l'obligation de couverture : La validité des sûretés dites « négatives » 435
2. Les clauses sanctionnant l'inexécution : La validité des clauses pénales, astreintes et pénalités 438
Section 2. Les moyens de conservation de l'effet de garantie dans les sûretés réelles 439
§1. Une conservation principalement organisée par la loi : L'encadrement légal de la fluctuation de l'assiette 440
A. La conservation de l'assiette de la sûrete par la subrogation reelle .. 441
1. La subrogation en cas d'atteinte au bien grevé 441
2. La subrogation des biens fongibles 444
B. La conservation de l'assiette de la sûreté par le principe d'indivisibilité 446
1. L'indivisibilité de la créance garantie 447
2. L'indivisibilité du bien grevé 448
§2. La conservation accessoirement organisée par les parties : L'aménagement conventionnel de la préservation de l'assiette 449
A. La substitution de l'assiette de la sûreté 450
1. La validité de la clause de substitution 450
2. L'efficacité certaine de la clause de substitution 452
B. La promesse de sûreté réelle 454
1. La validité de la promesse de sûreté réelle 454
2. L'efficacité douteuse de la promesse de sûreté réelle 455
Conclusion du chapitre 2 459
Conclusion du titre 1 461

TITRE 2 : **L'AMÉNAGEMENT DE LA FIN DES SÛRETÉS : LE DÉNOUEMENT** 463
Chapitre 1. **L'extinction des sûretés** 465
Section 1. La liberté contractuelle dans le choix du mode d'extinction 466

§1. L'organisation conventionnelle de l'extinction 466
A. L'aménagement des moyens de satisfaction du créancier 467
1. La satisfaction directe du créancier : le paiement 467
a. L'identité variable du solvens 468
α. Le paiement extinctif effectué par le débiteur 468
β. Le paiement extinctif effectué par un tiers 472
γ. Le paiement extinctif effectué par le garant 474
b. La conformité du paiement à la convention 476
α. La conformité quant aux caractéristiques du paiement : le respect des principes du paiement en monnaie légale et du nominalisme monétaire 476
β. La conformité quant à l'intégralité du montant : le respect des règles d'imputation 481
c. L'interdiction pour l'accipiens de refuser le paiement conforme 483
2. La satisfaction indirecte du créancier : les moyens alternatifs au paiement 484
a. La dation en paiement 485
b. La novation 487
c. La compensation 489
d. La remise de dette 491
B. L'aménagement du terme extinctif de l'engagement 493
1. Le principe d'extinction de la sûreté à l'échéance du terme 494
a. La singularité de la garantie autonome : L'obligation de déterminer un terme extinctif propre au mécanisme 494
α. La nécessaire stipulation d'un terme déterminé dans l'intérêt du garant 495
β. Le cas particulier des clauses d'extinction par restitution 497
b. L'application égalitaire du principe aux autres sûretés : La liberté de déterminer un terme extinctif 498
α. En l'absence d'un terme propre à la sûreté 498
β. En présence d'un terme propre à la sûreté 499
2. Les facultés de modification du terme 501
a. Les différentes déclinaisons de la prolongation de contrat : Prorogation, renouvellement et tacite reconduction 501

b. La modification du terme suspensif 503
α. La modification du terme suspensif de la dette principale 503
β. La modification du terme suspensif de la sûreté 506
c. La modification du terme extinctif 508
α. La modification du terme extinctif de la dette principale 508
β. La modification du terme extinctif de la sûreté 510
3. Les facultés de résiliation unilatérale du contrat de sûreté 511
a. La faculté de résiliation unilatérale du garant 512
b. La faculté de résiliation unilatérale du constituant 514
§2. Les limites de l'organisation conventionnelle de l'extinction 516
A. Les limites résultant du droit commun des contrats 517
1. La prescription extinctive 517
a. Une cause d'extinction principalement organisée par la loi 518
b. Une cause d'extinction résiduellement organisée par les parties ... 520
2. La nullité 522
3. La caducité 527
B. Les limites résultant de l'organisation légale du changement de parties ou d'obligation 529
1. La novation 529
2. La confusion 531
a. L'hypothèse d'une confusion débiteur-créancier 531
b. L'hypothèse d'une confusion garant-créancier 532
Section 2. La liberté contractuelle dans l'aménagement des effets de l'extinction 534
§1. L'aménagement de l'extinction de l'obligation de couverture 535
A. Les causes d'extinction spécifiques à l'obligation de couverture 535
B. Les tentatives vaines de l'aménagement de l'obligation de couverture 537
§2. L'aménagement de l'extinction de l'obligation de règlement 541
A. Le principe de survie de l'obligation de règlement lors de l'extinction de l'obligation de couverture 542
B. La validité des clauses de forclusion 544
Conclusion du chapitre 1 549

Chapitre 2. La mise en œuvre des sûretés 551

Section 1. Hors procédure collective 552

§1. L'aménagement conventionnel des recours 553

A. Les recours avant paiement : Un droit exclusif à la caution 554

1. L'exclusion des sûretés personnelles non accessoires 555

2. Les recours avant paiement propres à la caution contre le débiteur 557

a. La suppression justifiée de l'ancien régime au profit du droit commun des mesures conservatoires 557

b. Le maintien discutable du recours avant paiement lors de la prorogation du terme 563

c. Les facultés d'aménagement du recours avant paiement 564

3. L'extension du droit aux recours avant paiement aux exceptions dilatoires 566

a. Les bénéfices de discussion et de division comme instruments de défense de la caution 566

b. La possibilité de renoncer aux bénéfices de discussion et de division 569

B. Les recours après paiement : Un droit en principe ouvert à l'ensemble des garants personnels 570

1. Une consécration légale incomplète du régime du recours après paiement 570

a. Un régime organisé exclusivement autour du cautionnement 571

b. La reconnaissance doctrinale des recours subrogatoire et personnel dans les sûretés de substitution 573

α. L'extension du recours subrogatoire à l'ensemble des garants personnels 573

β. L'extension du recours personnel à l'ensemble des garants personnels 576

2. Les hypothèses de déchéance et de renonciation aux recours après paiement 577

a. La généralisation nécessaire des hypothèses de déchéances de l'article 2311 577

b. La généralisation concevable de la perte du bénéfice de subrogation de l'article 2314 579

3. Les possibilités d'aménagement des recours après paiement ... 580

a. La faculté de renoncer aux recours après paiement 580
b. La faculté de cumuler les recours après paiement 581
§2. L'aménagement conventionnel de la réalisation 583
A. Les règles autorisant l'aménagement conventionnel de la réalisation 584
1. La faculté de renoncer à la réalisation 585
2. La liberté de choisir la sûreté à réaliser 587
a. Le principe de liberté de choix du créancier 587
b. Les limites à la liberté de choix du créancier 589
3. La liberté de choisir le mode de réalisation de la sûreté choisie 592
a. L'option entre la réalisation judiciaire et amiable 593
b. L'option entre le droit commun et le droit spécial de la réalisation 594
B. L'infléchissement des règles interdisant l'aménagement conventionnel de la réalisation 597
1. La validation du pacte commissoire 598
2. L'assouplissement la prohibition de la clause de voie parée 600
§3. L'aménagement conventionnel des responsabilités 603
A. La liberté d'aménager la mise en jeu des responsabilités 605
1. La libre stipulation d'obligations susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle 605
2. La libre stipulation de clauses aménageant les obligations d'origine légale 607
a. Le renforcement des obligations légales d'information 607
b. L'aménagement de la sanction de la perte du bénéfice de subrogation par le créancier 609
B. La liberté d'aménager la mise en œuvre des responsabilités 610
1. L'aménagement par la voie des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité 611
a. La validité de principe des clauses de responsabilité 611
b. Les obstacles à la validité des clauses de responsabilité 613
α. Les obstacles résultant du droit commun 613
β. Les obstacles résultant du droit des sûretés 615
2. L'aménagement par la voie des clauses pénales 617
Section 2. En cas de procédure collective 620

§1. La neutralisation de la liberté contractuelle : L'emprise du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés 622
A. Les fondements d'ordre public de la neutralisation 623
1. Le principe de primauté du droit des procédures collectives 623
2. La discipline collective imposée aux créanciers 627
B. Les restrictions aux droits des créanciers détenteurs de sûreté 630
1. Les restrictions résultant du gel du passif du débiteur 630
a. L'obligation de déclaration des créances 631
b. L'interdiction des poursuites individuelles 632
c. L'arrêt du cours des intérêts 634
2. Les restrictions résultant de la préservation de l'actif du débiteur 635
a. L'interdiction de nouvelles inscriptions de sûretés 636
b. L'interdiction des paiements 638
c. L'inefficacité de principe de l'attribution conventionnelle en propriété 639
α. L'inefficacité du pacte commissoire 639
β. L'inefficacité de l'attribution judiciaire 640
§2. La contractualisation contemporaine du droit des procédures collectives : La multiplication des accommodements à la discipline collective 641
A. La participation au traitement de l'entreprise en difficulté : La création des classes de parties affectées 643
B. Les faveurs faites aux créanciers postérieurs : Les privilèges de procédure dits de new-money et de post-money 644
C. Les faveurs faites aux créanciers bénéficiant d'une sûreté conférant l'exclusivité 647
1. Les créanciers bénéficiant d'un droit de rétention 648
a. La reconnaissance de l'exclusivité dans le droit de rétention : l'éviction du concours et le contournement de la discipline collective 649
b. L'efficacité de principe du droit de rétention dans les phases de la procédure collective 651
2. Les créanciers bénéficiant d'une propriété-garantie 654
a. L'efficacité certaine des propriétés retenues à titre de garantie 655
α. L'efficacité de la réserve de propriété 655
β. L'efficacité du crédit-bail 656

b. L'efficacité plus nuancée des propriétés cédées à titre de garantie .. 658
α. L'efficacité partielle de la fiducie-sûreté 659
β. L'efficacité assurée des cessions de créance et de somme d'argent à titre de garantie 660
§3. L'extension souhaitable de la discipline collective 662
A. La coordination nécessaire entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives 664
1. Le triomphe critiquable des propriétés-garanties 665
2. L'assimilation nécessaire des régimes des sûretés réelles 669
a. Les similitudes entre les propriétés-garanties et les sûretés réelles traditionnelles 670
b. L'amorce d'une assimilation fondée sur le critère de la possession, de lege lata 672
c. La possibilité d'une assimilation fondée sur le critère de l'utilité du bien à la procédure, de lege ferenda 674
B. L'instauration envisageable d'une sûreté réelle unique 678
1. Le modèle québécois : L'hypothèque unique 679
2. Le modèle américain : Le Security interest 682
3. Le sort de la liberté contractuelle dans les modèles d'unification 684
Conclusion du chapitre 2 689
Conclusion du titre 2 691
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE 693
CONCLUSION GÉNÉRALE 695
BIBLIOGRAPHIE 701
INDEX ALPHABÉTIQUE 743

RÉSUMÉ DE THÈSE

La liberté contractuelle est un pilier essentiel du droit privé, irriguant de nombreux domaines juridiques, parmi lesquels le droit des sûretés. Enracinée dans la théorie de l'autonomie de la volonté, elle confère aux parties contractantes une multitude de prérogatives : la liberté de former leur propre contrat, de choisir leur cocontractant, de définir son contenu, d'aménager ses clauses, et bien d'autres encore. Toutefois, cette liberté n'est pas sans limites. Dans le contexte spécifique du droit des sûretés, elle interagit constamment avec l'ordre public, une autre composante fondamentale du système juridique français. Cette interaction soulève une question cruciale : quelles sont les limites et les opportunités offertes par la liberté contractuelle dans ce domaine et comment les parties peuvent-elles exploiter cette liberté dans le cadre des sûretés ?

Au cours des dernières décennies, le droit des sûretés a connu d'importantes mutations, sans que l'on puisse réellement discerner de tendance claire, de cohérence ou de politique définie. Les réformes majeures de la matière, telles que l'Ordonnance du 23 mars 2006 et celle plus récente du 15 septembre 2021, ne font que renforcer cette constatation. Il en résulte une fluctuation constante et particulièrement complexe de la liberté contractuelle, dont les manifestations varient autant que celles de l'ordre public, qu'il s'agisse des sûretés personnelles ou des sûretés réelles. La présente étude se propose donc de dépasser cette dichotomie en procédant à une analyse chronologique des manifestations de la liberté contractuelle dans le droit des sûretés, depuis la naissance du mécanisme de garantie jusqu'à sa disparition.

TITLE : CONTRACTUAL FREEDOM IN SECURITY LAW

SUMMARY

Contractual freedom is a fundamental pillar of private law, permeating numerous legal domains, including security law. Rooted in the theory of autonomy of the will, it grants contracting parties a multitude of prerogatives: the freedom to form their own contract, to choose their contracting partner, to define its content, to arrange its clauses, and much more. However, this freedom is not without limits. In the specific context of security law, it constantly interacts with public order, another fundamental component of the French legal system. This interaction raises a crucial question : what are the limits and opportunities offered by contractual freedom in this area, and how can parties leverage this freedom within the framework of securities?

Over the past deceates, security law has undergone significant transformations, without any clear trend, coherence, or defined policy emerging. Major reforms in this field, such as the Ordinance of March 23, 2006, and the more recent one of September 15, 2021, only reinforce this observation. The result is a constant and particularly complex fluctuation in contractual freedom, with manifestations as varied as those of public order, whether it concerns personal securities or real securities. This study, therefore, aims to go beyond this dichotomy by conducting a chronological analysis of the manifestations of contractual freedom in security law, from the birth of the security mechanism to its disappearance.