

Université Panthéon-Assas
Institut de recherche en droit des affaires

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 24 octobre 2022

**LE REPORT DE LA SÛRETÉ SUR L'OBLIGATION DE
RESTITUTION
ANALYSE DE L'ARTICLE 1352-9 DU CODE CIVIL**



Aurélie DARDENNE

Directeur de thèse :

Monsieur Philippe Théry
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

Monsieur Pascal Ancel
Professeur émérite de l'Université du Luxembourg

Monsieur Thomas Génicon
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Dimitri Houtcieff
Professeur à l'Université Paris-Saclay

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

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont naturellement à Monsieur le professeur Philippe Théry, pour m’avoir permis de travailler sur un sujet aussi passionnant. Sa disponibilité, son écoute, ses précieux conseils et sa rigueur ont été autant d’éléments clé à la réalisation de ce travail. Il m’a fait confiance, et je lui en suis infiniment reconnaissante. Qu’il veuille bien trouver dans ces quelques lignes l’expression de ma reconnaissance respectueuse.

J’ai une pensée pour l’ensemble du jury, qui a accepté d’examiner et d’évaluer mon travail.

Je profite aussi de ces quelques lignes pour remercier Émilie Gicquiaud, Annette Ganzer, Mathilde Calcio-Gaudino, Clodilde Freyd, Kévin Magnier-Merran, le professeur Thierry Lambert, le professeur Olivier Cachard et le professeur Patrice Adam pour leurs conseils et pour la confiance qu’ils m’ont accordée tout au long de ce travail.

À mes parents qui m’ont toujours donné l’envie d’apprendre et de me surpasser. Sans eux, la réalisation de ce travail aurait été impossible. J’ai plus particulièrement une pensée pour ma maman qui a fourni une aide précieuse dans l’interminable travail de mise en page.

À Erwan qui a été un précieux appui dans la dernière ligne droite. Je sais à quel point ces derniers moments ont pu être pesants. Merci de les avoir traversés avec moi et de les avoir rendus plus simples.

Plus généralement, je remercie toute ma famille pour avoir été là tout au long de ce parcours. Merci pour votre patience, votre compréhension et surtout merci de croire en moi.

À Léa et à Georgia qui ont, chacune à leur manière, égaillé mes brouillons de thèse.

À mes amis qui ont été une véritable bouffée d’oxygène pendant ces longues années. Je n’ai pas toujours été présente comme je l’aurais voulu auprès de vous mais je tiens à vous témoigner par ces quelques lignes toute mon affection. J’ai une pensée particulière pour Axelle, Laurine, Mitche et Adrien qui ont accepté avec enthousiasme de relire ce travail.

Au personnel de la Bibliothèque de Nancy et de Paris. Merci pour votre aide dans la recherche des références et pour votre patience.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Adde</i>	également
<i>A.J. famille</i>	Actualité juridique droit de la famille
<i>A.J.C.A.</i>	L’Actualité juridique contrats d’affaires
<i>A.J.D.A.</i>	L’actualité juridique droit administratif
<i>A.J.D.I.</i>	L’Actualité juridique : Droit immobilier
<i>A.P.C.</i>	Lettre d’actualité des procédures collectives civiles et commerciales
act.	actualité
<i>AJ. contrat</i>	Actualité juridique contrat
al.	alinéa
alii.	autre
<i>Archives phil. dr.</i>	Archives de la Philosophie du droit
art.	article
Avant-projet Catala	<i>Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription</i> , sous la direction de P. Catala, La Documentation française, 2006.
<i>B.R.D.A.</i>	Bulletin rapide de droit des affaires
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bibl. dr. entr.	Bibliothèque droit de l’entreprise
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
BOCC	Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation
<i>Bull. ch. mixte</i>	Bulletin des arrêts de la chambre Mixte de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly (mensuel d’information des sociétés)
<i>C.C.C.</i>	Contrats Concurrence et Consommation
<i>C.L.J.</i>	Cambridge law journal
CA	Cour d’Appel
<i>Cah. dr. l’entr.</i>	Cahier du droit de l’entreprise
Cass., Civ. 3 ^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass., Civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass., Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass., Mix.	Chambre Mixte de la Cour de cassation
Cass., Plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Cass., Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass., Réu.	Chambres réunies de la Cour de cassation

Cass., Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCiv.	Code civil
<i>Cf.</i>	<i>confer</i>
ch.	Chambre
Chap.	Chapitre
chr.	chronique
Cie	Compagnie
CJUE	Cour de justice de l’Union Européenne
coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusion
<i>contra</i>	en sens contraire
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. actu.</i>	Dalloz actualité
<i>D. aff.</i>	Recueil Dalloz, éd. « affaires »
<i>D.H.</i>	Recueil Dalloz hebdomadaire
<i>D.P.</i>	Dalloz périodique
<i>D.P.C.I.</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
DIP	Droit international privé
<i>Doc. fr.</i>	Documentation française
<i>doct.</i>	doctrine
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. immo et urb.</i>	L’essentiel – droit de l’immobilier et de l’urbanisme
éd.	édition
<i>ex</i>	exemple
fasc.	fascicule
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
GPA	Gestion pour autrui
<i>IBL</i>	International business lawyer
in	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
<i>J. not.</i>	Journal des notaires et des avocats
<i>J.A.C.</i>	Juris Art. Etc.
<i>J.C.P.</i>	Juris-Classeur périodique
<i>J.C.P. E.</i>	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
<i>J.C.P. G.</i>	Juris-Classeur périodique, édition Générale
<i>J.C.P. N.</i>	Juris-Classeur périodique, édition notariat
<i>J.-Cl. Banc.</i>	Juris-Classeur Banque (encyclopédie)
<i>J.-Cl. Civil</i>	Juris-Classeur Civil (encyclopédie)
<i>J.-Cl. Droit international</i>	Juris-classeur de droit international

<i>J.-Cl. Notarial</i>	Juris-Classeur notariat (encyclopédie)
<i>J.D.I.</i>	Journal du droit international
JT	Journal des tribunaux
Juris-Data	Numéro de référence d’une décision de jurisprudence sur la base de données Lexis360
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>L.P.A.</i>	Les petites affiches
n°	numéro
nouv. bibl. des thèses	Nouvelle bibliothèque des thèses
obs.	observation
OHADA	Organisation pour l’harmonisation africaine du droit des affaires
op. cit.	<i>Opere citato</i> , cité précédemment
p.	page ou pages
pan.	panorama
préc.	précédent
préf.	préface
Projet Terré	<i>Pour une réforme du droit des contrats</i> , sous la direction F. Terré, Dalloz, coll., Thèmes et commentaires, 2009.
Propr. Industr.	Propriété industrielle
PUAM	Presses universitaires d’Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUT	Presses Universitaires de Toulouse
QCCS	Cour supérieure du Québec
<i>R.C.A.</i>	Revue responsabilité civile et assurances
<i>R.C.J.B.</i>	Revue critique de jurisprudence belge
<i>R.D.A.</i>	Revue droit et affaires
<i>R.D.A.I.</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>R.D.C.</i>	Revue de droit des contrats
<i>R.D.I.</i>	Revue de droit immobilier
<i>R.H.D.</i>	Revue historique du droit français et étranger
<i>R.I.D.E.</i>	Revue internationale de droit économique
<i>R.I.E.J</i>	Revue interdisciplinaire d’études juridiques
<i>R.J. com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>R.J.D.A.</i>	Revue jurisprudence de droit des affaires
<i>R.L.D.A.</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>R.L.D.C.</i>	Revue Lamy droit civil
<i>R.P.C.</i>	Revue des procédures civiles et commerciales
<i>R.P.C.</i>	Revue des procédures collectives civiles et commerciales
<i>R.R.J.</i>	Revue de la recherche juridique
<i>R.T.D. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>R.T.D. com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>R.T.D.E.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>R.T.D.F.</i>	Revue trimestrielle de droit financier

<i>R.T.D.I.</i>	Revue trimestrielle de droit immobilier
<i>RD. banc. bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>RD. banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
<i>Rép. imm.</i>	Répertoire de droit immobilier Dalloz
<i>Rép. int.</i>	Répertoire de droit international Dalloz
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. huiss.</i>	Revue des huissiers de justice
<i>Rév. Jurisp.</i>	Revue de jurisprudence
<i>Rev. jurisp. spéciale</i>	Revue de jurisprudence spéciale
<i>Rev. loyers</i>	Revue des loyers
<i>Rev. prat. rec.</i>	Revue pratique du recouvrement
<i>Rev. Sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>S.L.C</i>	Société de législation comparée
<i>somm.</i>	sommaire
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>ss. dir.</i>	sous la direction de
<i>suppl.</i>	Supplément
<i>supra</i>	ci-dessus
<i>T.</i>	Tome
<i>T.F.</i>	Tribunal fédéral (Suisse)
<i>T.G.I.</i>	Tribunal de grande instance
<i>th.</i>	thèse
<i>trad.</i>	Traduction
<i>Trib. inst.</i>	Tribunal d’instance
<i>Trib. UE</i>	Tribunal de l’Union Européenne
<i>UNIDROIT</i>	Institut international pour l’unification du droit privé ou international institute for the unification of private law
<i>V.</i>	voir
<i>v°</i>	<i>Verbo</i>
<i>vol.</i>	volume

SOMMAIRE

Introduction générale

PREMIÈRE PARTIE : ANALYSE THÉORIQUE DU REPORT DE SÛRETÉ

Titre I : L’origine prétorienne du report de sûreté sur l’obligation de restitution

Chapitre 1 : Le maintien de la sûreté

Section 1 : Les conditions de la garantie des restitutions du prêt

Section 2 : La structure de la garantie des restitutions du prêt

Chapitre 2 : Les éléments constitutifs du report de la sûreté

Section 1 : L’antériorité de la sûreté

Section 2 : L’obligation de restitution à garantir

Titre II : La consécration légale du report de sûreté sur l’obligation de restitution

Chapitre 1 : L’analyse du report de sûreté au regard des principes extra-juridiques

Section 1 : La protection des intérêts du créancier

Section 2 : L’absence d’aggravation du sort du donneur de sûreté

Chapitre 2 : Le report de sûreté et les principes juridiques généraux

Section 1 : La survie fictive de la sûreté

Section 2 : Le transfert fictif de la sûreté

DEUXIÈME PARTIE : MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DU REPORT DE SÛRETÉ

Titre I : Le champ d’application du report de sûreté

Chapitre 1 : La détermination du champ d’application quant à la sûreté

Section 1 : Les sûretés concernées par la règle

Section 2 : La question de la validité de la sûreté réelle

Chapitre 2 : La détermination du champ d’application quant à l’obligation de restitution

Section 1 : La détermination de l’obligation de restitution garantie

Section 2 : La compatibilité des règles des restitutions et du droit des sûretés

Titre II : L’appréciation du report de sûreté sur l’obligation de restitution

Chapitre 1 : L’efficacité du report de sûreté

Section 1 : La disparition de la sûreté antérieurement aux restitutions

Section 2 : La modulation des restitutions

Chapitre 2 : L’utilité du report de sûreté

Section 1 : Le report de sûreté dans le cadre d’un rapport synallagmatique

Section 2 : Le report de sûreté dans le cadre d’un groupe de contrats

INTRODUCTION

« Souvent trop d'abondance appauvrit la matière »¹

I. Comme l'indique la citation proposée par Boileau dans l'Art poétique, il est commun d'enseigner que « *le mieux est l'ennemi du bien* ». Ce constat à lui seul pourrait résumer parfaitement l'objet de notre étude. En effet, le droit des sûretés français trouvait une certaine cohérence autour de la notion d'accessoire, qui impliquait que le sort de la sûreté suive celui de l'obligation de garantie². L'harmonie régnait également en droit des obligations, où le principe de rétroactivité, qui commandait d'effacer toutes les traces d'un passé contractuel devenu inutile, avait toute sa place³. C'est cette construction juridique solidement établie que la Cour de cassation est venue titiller dès 1982 en dissociant le sort de la sûreté du contrat principal qu'elle garantit. Ainsi, elle admet pour la première fois que la sûreté a vocation à survivre à l'anéantissement du contrat principal pour en garantir les conséquences, et plus précisément l'obligation de restitution⁴. Il aurait été possible d'en rester là ; l'arrêt de 1982 n'aurait été qu'un épiphénomène, un arrêt d'espèce de plus qui venait gonfler les rangs des solutions les plus inexplicables et extravagantes de la Haute juridiction⁵. Ce n'est pourtant pas le sort qui lui fut réservée. Au contraire, les magistrats et le législateur la firent accéder à la postérité juridique, de sorte que quasiment quarante ans après cet arrêt, une thèse de doctorat lui est entièrement consacrée. Outre les nombreuses réitérations jurisprudentielles de cette solution, c'est surtout l'ordonnance du 10 février 2016 qui lui accorde une certaine importance en lui dédiant un article au sein du Code civil et en généralisant sa portée. Ainsi, le nouvel article 1352-9 du Code civil dispose que « *les sûretés constituées pour le paiement*

¹ Boileau (N.), *L'art poétique*, Chant III, vers 256.

² Cass., 1^{ère} Civ., 26 janv. 1971, *Bull. civ. 1971*, I, n°27 ; Cass., 1^{ère} Civ., 28 nov. 1972, *Bull. civ. 1972*, I, n°312.

³ Aubry (C.), Rau (C.), *Droit civil français*, éd. Techniques, 6^{ème} éd. par E. Bartin, 1942, T.XI ; Baudry-Lacantinerie (G.), Barde (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, T.XII, Librairie de la société du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1906 ; Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.), *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., p.650, n°576, p.881, n°820 ; Flour (J.), Aubert (J.), Savaux (E.), *Droit civil, les obligations – l'acte juridique*, vol.1, Sirey Université, 16^{ème} éd., 2014, n°361, p.378 ; Flour (J.), Aubert (J.), Savaux (E.), *Droit civil, les obligations – le rapport d'obligation*, vol.3, Sirey Université, 9^{ème} éd., 2015, n°269, p.274 ; Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), *La formation du contrat, L'objet et la cause, Les nullités*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 2013, p.1395 s., n°2711 s. ; Marty (G.), Raynaud (P.), Jestaz (P.), *Droit civil, les obligations*, T.I, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, n°234 s., p.239 s. ; Mazeaud H., L. et Chabas (F.), *Leçon de droit civil, Obligations, théorie générale*, T.II, vol.1, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p.324 s., n°331 s. ; Planiol (M.) par Ripert (G.) et Boulanger (J.), *Traité élémentaire de droit civil*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1952, p.195, n°536 et p.302 s., n°873 s ; Jambu-Merlin (R.), « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *R.T.D. civ. 1948*, p.273.

⁴ Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ. 1982*, IV, n°357.

⁵ Sur la jurisprudence antérieure : Cass., 1^{ère} Civ., 26 janv. 1971, *Bull. civ. 1971*, I, n°27 ; Cass., 1^{ère} Civ., 28 nov. 1972, *Bull. civ. 1972*, I, n°312.

de l’obligation sont reportées de plein droit sur l’obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme ».

2. Plan d’introduction. Manifestement contraire au principe de l’accessoire et à la rétroactivité, cette règle nouvelle pose son lot de questions : comment qualifier et expliquer une telle mise à l’écart des concepts juridiques traditionnels ? Existait-il des prémisses ? Quelles évolutions peuvent-être envisageables ?... La réponse à ces différentes interrogations impose d’identifier l’objet étudié et de cerner les difficultés qu’il induit (I). Il sera ensuite question de porter un regard critique sur la solution rendue par la Cour de cassation en 1982 en se demandant les raisons qui ont pu la motiver (II). Enfin, une méthode d’analyse sera proposée pour fournir une lecture approfondie et pertinente du sujet (III).

I – Premières vues sur le report de la sûreté sur l’obligation de restitution

3. Par confort de langage et dans un souci de simplification, nous avons fait le choix de nommer l’objet d’étude « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Une telle désignation n’a rien de fantasque. Elle répond à des critères de définition stricts (A) et découle d’éléments de comparaison clairement identifiés (B).

A. Éléments de définition

4. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Le terme « report » fait référence à l’action de « *porter plus loin ou ailleurs, dans l’espace ou le temps* »⁶. Une première remarque s’impose : il s’agit exactement de l’expression employée par l’article 1352-9 du Code civil qui se réfère aux « sûretés reportées ». En réalité, le choix d’un tel terme n’est pas neutre. Il traduit une certaine conception des restitutions. En effet, la question de la nature juridique des restitutions se pose ici avec acuité. Une partie de la doctrine se trouve favorable à la consécration d’une vision contractualiste des restitutions. Ces dernières se trouveraient rattachées au contrat anéanti qui leur a donné naissance. Cette opinion reste toutefois minoritaire puisque la plupart des auteurs se rangent derrière une position plus nuancée, où les restitutions auraient une nature quasi-contractuelle. Ce débat, qui sera étudié par la suite⁷, emporte des conséquences décisives quant au sort de la sûreté. S’il est fait droit à la doctrine contractualiste des restitutions, une partie des problématiques induites par notre objet d’étude n’a plus lieu d’être. Les restitutions forment un processus de liquidation du contrat anéanti, qui se maintient encore pendant cette étape. Autrement dit, celles-ci seraient la dernière étape du contrat. Comme il est admis en droit des sociétés que la « *personne morale survit pour les besoins de la liquidation* »⁸, selon cette théorie, il serait possible d’affirmer que « *le contrat subsiste pour les besoins de sa propre liquidation* ». Dans cette conception, la garantie des restitutions par la sûreté ne contrarie pas le caractère accessoire puisque le support de la garantie – à savoir le contrat – se maintient jusqu’à la fin des

⁶ Le nouveau *Petit Robert de la langue française*, 2009, p.2202.

⁷ Cf. *infa* n° 222 s.

⁸ Boronad-Lesoin (E.), « La survie de la personne morale dissoute », *R.T.D. com.* 2003, p.1.

opérations de remise en l’état des parties. Dans la même veine, aucune contradiction à l’effet rétroactif ne peut être notée : pour plaider en faveur de la persistance du socle contractuel en phase restitutoire, les auteurs se trouvent contraint de limiter voire supprimer la rétroactivité attachée à l’anéantissement contractuel. Il serait toutefois erroné ici d’invoquer un « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Nous avons vu qu’une telle expression implique un déplacement de la sûreté. Or, dans cette perspective, la sûreté reste attachée au contrat et ne se déplace d’aucune façon. Ainsi, l’expression plus appropriée serait celle de « maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution ». A l’inverse, la reconnaissance d’une nature quasi-contractuelle aux restitutions conduit à les détacher du socle contractuel. Un hiatus existe donc entre les deux obligations successivement garanties par la sûreté de sorte que cela implique un déplacement de la garantie de l’une à l’autre. Le terme report, manifestant l’idée de déplacement, trouve alors toute sa pertinence. Par conséquent, le choix de l’expression « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » indique que nous faisons droit à la conception quasi-contractualiste des restitutions. Si nous avons justifié la mise à l’écart de la formation « maintien de la sûreté », il aurait toutefois été possible d’employer les termes « survie » ou « conservation ». Toutes intéressantes que soient ces propositions, elles ne nous semblent pas suffisamment pertinentes pour décrire avec précision le phénomène étudié. Celui-ci se décompose en deux temps : d’une part, la sûreté survit à l’anéantissement du contrat garanti, d’autre part, elle est réaffectée à la couverture d’une nouvelle obligation. Ces deux étapes suscitent chacune leur lot de difficultés⁹. L’emploi des expressions « survie ou conservation de la sûreté » ne font référence qu’à la première phase du raisonnement et tendent donc à occulter les questionnements liés à la réaffectation de la sûreté. En ce sens, « le report de la sûreté sur l’obligation de restitution » traduit à la fois la survivance de la sûreté et son déplacement d’une obligation à l’autre.

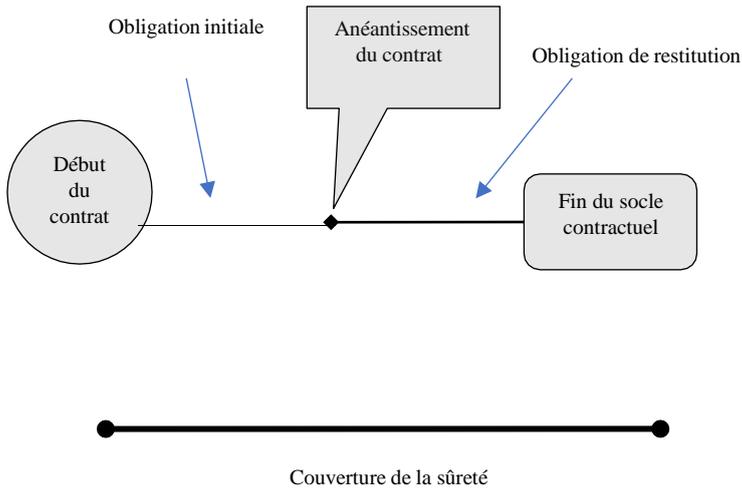


Figure 1 : Présentation de la thèse contractualiste des restitutions

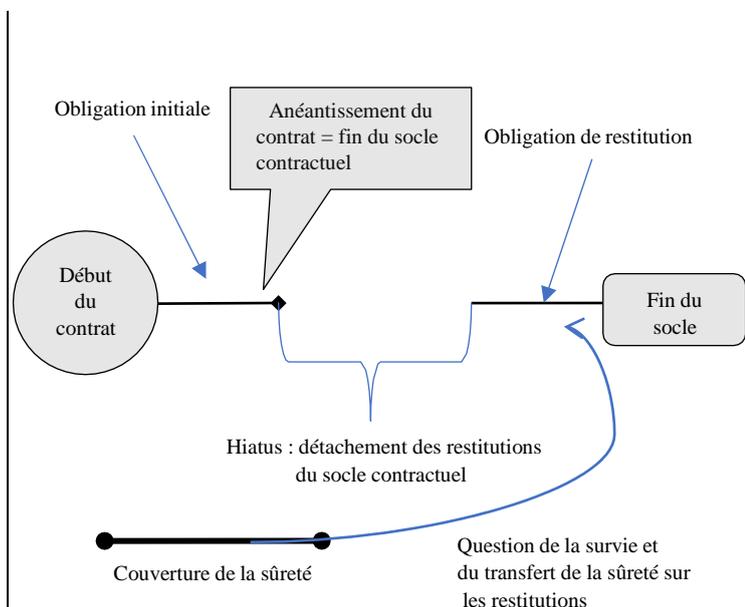


Figure 2 : Présentation de la thèse quasi-contractualiste des restitutions

⁹ Cf. *infra* n° 193 s.

5. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution. La notion de sûreté est étymologiquement liée à celle de sécurité¹⁰. Elle a vocation à assurer une certaine sécurité au créancier en garantissant son paiement¹¹. C’est autour de cette fonction que la doctrine tend à caractériser les sûretés. Seul un auteur a proposé un modèle de définition plus complexe de cette notion en tenant compte d’un ensemble de critères. Le professeur Crocq estime ainsi que la 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 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* »¹². Cette définition, qualifiée de classique, propose une approche plus conceptuelle de la notion de sûreté qui contraste avec la lecture de la notion centrée sur sa fonction. Il ne s’agit point de trancher entre ces deux conceptions mais plutôt de les présenter afin de cerner au mieux le concept employé dans la dénomination de notre objet d’étude. Si ce débat définitionnel n’a pas d’impact dans le cadre de notre analyse, une seconde question vient à l’esprit et mérite cette fois une prise de position de notre part. Cette dernière est relative à la distinction opérée entre sûreté et garantie. En effet, il est communément admis que ces deux notions ne peuvent être tenues pour synonymes. Le sacrosaint caractère accessoire fait figure de critère de distinction entre celles-ci¹³. Dès lors, comme l’affirme le professeur Tafforeau, « *l’intérêt de cette distinction apparaît lorsqu’un texte utilise l’un ou l’autre mot seulement* »¹⁴. Face à ce constat, une question vient immédiatement à l’esprit : l’emploi du terme « sûreté » dans l’intitulé de notre sujet sous-entend-t-il une exclusion des garanties dans notre objet d’étude ? A ce stade du raisonnement, une réponse négative serait prématurée. La question du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil n’a été que fort peu explorée. Il s’agit là d’un des points sur lesquels nous nous devons d’apporter des éclaircissements au cours de nos développements futurs. La question des garanties sera aussi abordée lorsqu’il s’agira de trouver des substituts au « report des sûretés sur l’obligation de restitution ». Nous verrons alors que l’action directe ou la compensation – qui sont des formes de garantie¹⁵ – s’avèrent être des outils intéressants¹⁶. Ainsi, le choix de se référer à « la sûreté » dans notre dénomination ne préjuge en rien de l’inapplicabilité de la règle étudiée aux garanties. Il serait également erroné de l’interpréter comme une exclusion complète des garanties de nos développements. Ces dernières auront bel et bien un rôle clé à jouer. Pour dire vrai, le terme « sûreté » est purement utilisé à des fins pédagogiques dans notre intitulé. Il aurait été

¹⁰ Westendorf (H.), *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J. ; Recueil de la société Jean Bodin, *Les sûretés personnelles*, T.XXX, p.3, n°2.

¹¹ Ripert (G.) et Boulanger (J.), *Traité de droit civil, d’après le traité de Planiol*, T.III, Sûretés réelles, publicité foncière, contrats civils, principaux contrats, Paris, L.G.D.J., 1958, n°1, p.1.

¹² Crocq (P.), *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibl. dr. privé, T.CCXLVIII, L.G.D.J., 1995, p.234, n°282.

¹³ Tafforeau (P.), *Droit des sûretés*, coll. Paradigme, 2020, p.28, n°7.

¹⁴ Tafforeau (P.), *ouvr. préc.*, p.28, n°7.

¹⁵ Tafforeau (P.), *ouvr. préc.*, p.29, n°11.

¹⁶ Cf. *infra* n° 499 s.

présomptueux d’affirmer de but en blanc que la règle étudiée s’applique aux garanties alors que la jurisprudence et l’article 1352-9 du Code civil ne font référence qu’aux sûretés. Nous avons donc fait le choix de partir d’une certitude – le report s’applique aux sûretés – pour éventuellement l’étendre à la matière des garanties.

6. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Les restitutions sont souvent dépeintes comme un « reflux » d’un « flux » initial¹⁷. Elles sont construites autour d’une idée de dépendance à l’égard d’un rapport initial. La professeure Malaurie-Vignal a mis en exergue une distinction cardinale en la matière. Elle oppose les restitutions dites « normales », qui procèdent de la volonté des parties et s’intègrent dans un schéma contractuel déterminé, aux restitutions anormales¹⁸. Ces dernières sont la traduction d’un échec, elles résultent d’un trouble d’une situation juridique normale. Cette catégorisation revêt une importance fondamentale dans le cadre de notre étude. Bien évidemment « l’obligation de restitution », dont il est question à l’article 1352-9 du Code civil, fait référence à celle découlant d’un anéantissement contractuel. Il s’agit donc d’une obligation dite anormale selon le vocabulaire de Mme Malaurie-Vignal¹⁹. Pour autant, il serait illusoire de penser que la catégorie des « restitutions normales » n’aura pas sa place dans nos développements.

7. Nous en voulons pour preuve l’arrêt de 1982, instaurant pour la première fois la garantie des restitutions par la sûreté initiale. En l’espèce, il était question d’un contrat de prêt annulé dont les restitutions, conséquences de l’anéantissement de celui-ci, se trouvent couvertes par la sûreté initiale. Or, il admit que l’opération de prêt engendre une obligation de restitution des sommes. Celles-ci s’intègrent au processus contractuel et peuvent donc être qualifiées de normale. Cette « double restitution » n’a pas été sans conséquence sur notre objet d’étude. Elle a donné lieu à un certain nombre de confusions tant en doctrine qu’en jurisprudence. L’apport d’éclaircissements quant à ces notions semble donc nécessaire pour définir au mieux ce qu’est « le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ».

8. Le langage commun connaît également une distinction importante en matière de restitutions. En effet, une évidence s’impose : le terme « restitution » est polysémique. Il concerne à la fois l’action de restituer quelque chose à quelqu’un et l’objet de cette action²⁰. Ce double niveau de lecture trouve une traduction dans la sphère juridique. L’action en restitution implique un certain nombre de questionnements : quelle est la juridiction compétente²¹ ? Quel est le point de départ de son délai de prescription²² ?... De plus, l’objet des restitutions suscite ses propres interrogations : comment le déterminer²³ ? Constitue-t-il un simple décalque de l’obligation initiale²⁴ ?... Si ces questionnements semblent bien éloignés de notre objet d’étude, ils sont en réalité déterminants pour jauger les modalités d’application du report de sûreté.

¹⁷ Malaurie-Vignal (M.), *Les restitutions en droit civil*, th. Cujas, 1991, p.52.

¹⁸ Malaurie-Vignal (M.), *ouvr. préc.*, p.57.

¹⁹ Sur ce vocabulaire, *Cf. infra* n° 66.

²⁰ Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, p.2224.

²¹ *Cf. infra* n° 226.

²² *Cf. infra* n° 422.

²³ *Cf. infra* n° 462 s.

²⁴ *Cf. infra* n° 65.

B. Éléments de comparaison

9. Avant de conclure sur la pertinence de l’intitulé choisi, il convient de se demander si d’autres systèmes juridiques ont connaissance de ce phénomène. En cas de réponse positive, il s’agira de se demander si leurs qualifications n’auraient pas une influence sur notre intitulé.

10. **Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution dans l’histoire du droit.** À notre connaissance, le droit romain et l’ancien droit n’appliquaient pas la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Seul Pothier fait référence à cette faculté mais ne semble pas l’admettre²⁵. Pour autant, celle-ci n’était pas totalement inconcevable dans ces systèmes car les deux principaux freins qu’on lui reconnaît, à savoir le caractère accessoire de la sûreté et la rétroactivité de l’anéantissement contractuel, n’existaient pas. D’une part, la question de l’accessoriété ne se posait pas à l’époque. Il était tout à fait possible pour une sûreté de se détacher de l’obligation principale. Dans sa thèse de doctorat, M. Gambier affirme ainsi que la caution peut se trouver engagée seule à titre principal²⁶. Cette position n’est pas choquante car comme l’explique M. Pellier, l’accessoire tel que nous le connaissons aujourd’hui provient d’une erreur d’interprétation des écrits de Pothier²⁷. Autrement dit, ces systèmes juridiques ne plaçaient pas la sûreté dans une relation de dépendance à l’égard de l’obligation principale.

11. En outre, la rétroactivité liée à l’anéantissement contractuel n’avait pas la force que nous lui attribuons dans notre corpus juridique contemporain. La montée en puissance de cette notion résulte de deux phénomènes cumulatifs : la relégation des restitutions au second plan dans le processus d’anéantissement contractuel et l’émergence du concept d’inexistence. En effet, en droit romain, la *restitutio in integrum* était au centre de l’anéantissement du contrat, mais l’importance de cette institution n’a fait que décroître au fil des siècles²⁸. L’ancien

²⁵ Pothier (R.-J.), *Traité des obligations*, réédition Dalloz, 2011, préf. J.-L. Halperin, p.197, n°406 : « *Quelque étendu et général que soit le cautionnement, il ne s’étend qu’aux obligations qui naissent du contrat même pour lequel la caution s’est obligée, et non pas à celles qui naissent d’une cause étrangère (...). Et en général, en quelque cas que ce soit, le cautionnement ne s’étend pas aux peines auxquelles le débiteur a été condamné : car c’est une cause étrangère au contrat* ».

²⁶ Gambier (M.), *Du cautionnement dans le très ancien droit romain et le très ancien droit français*, th. Caen 1896, p.48.

²⁷ 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*, Bibl. dr. privé, T.DXXXIX, L.G.D.J., 2012, p.54 s., n°27. Cf. *infra* n° 199.

²⁸ Les concepts de nullité et de résolution n’existaient pas en droit romain. La *restitutio in integrum* avait pour fonction de mettre fin au lien obligatoire qui pesait sur les parties en paralysant les effets du contrat. Lutzesco affirme ainsi que « *la restitution aura par là même, les effets d’une véritable nullité* ». V. Lutzesco (G.), *Essai sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial*, th. Paris, 1938, p.68. La *restitutio in integrum* permettait également de compenser l’enrichissement qui résulte de l’exécution de l’acte anéanti. Sur cette notion, v. : Blum (A.), *De la restitutio in integrum*, th. Nancy, 1877 ; Charvet (L.), *Evolution de la restitution des majeurs en droit privé romain*, th. Strasbourg, 1920 ; Gallet (L.), *le S.c. de l’Asclepiade et le problème des origines de l’integrum restitutio*, R.H.D., 1937, p.421 ; Bonjean (J.), *De la restitutio in integrum accordée aux mineurs de 25 ans en droit romain ; Des actions en nullité ou rescision des actes intéressant les mineurs en droit*

droit marque l'émergence des notions de nullité et de résolution qui viennent grignoter la sphère réservée aux restitutions – qui prenaient la forme de lettre de rescision à cette période²⁹ –. Le Code civil marque l'aboutissement de cette décadence progressive en substituant la nullité ou la résolution aux restitutions, qui apparaissent comme une conséquence automatique de l'anéantissement contractuel. Ce constat se trouve renforcé par l'apparition de la notion de rétroactivité. Cette dernière résulte d'un effort de théorisation de la nullité lors de la rédaction du Code civil. C'est à cette période que les auteurs mettent en lumière le concept d'inexistence, qui viendrait compléter la sanction de nullité. Alors que cette dernière tend à régler les conséquences d'un contrat qui a accédé à la vie juridique sans en respecter les conditions, l'inexistence sanctionne un acte qui n'a jamais pu être rejointre l'ordonnement juridique. Pour reprendre les termes de Japiot, le contrat inexistant est mort-né tandis que le contrat nul est simplement malade³⁰. Ce contexte est propice à la consécration d'une rétroactivité dite aveugle, c'est-à-dire qui ne laisse subsister aucune trace du contrat disparu³¹. Antérieurement à cette période, cette notion n'était pas aussi rigoureuse³². Certes, l'idée « d'un retour en arrière » était connue tant en droit romain que dans l'ancien droit³³. Cependant, un certain nombre d'exceptions existait, ce qui permettait aux préteurs et aux jurisconsultes d'aménager les restitutions en s'inspirant de l'acte anéanti³⁴.

français, th. Paris, 1883 ; Ferrand (E.-A.), *De la restitutio in integrum accordée aux mineurs en droit romain ; de l'action en nullité ou en rescision en droit français*, th. Paris, 1857, p.59 s.

²⁹ La lettre de rescision permettait au juge de casser le contrat et de prononcer d'éventuelles restitutions. V. Ourliac (P.) et Malafosse (J.), *Histoire du droit privé*, Thémis, 1957, p.103 ; Lutzesco (G.), th. préc., p.151 ; Le Caron (C.), *Pandecte du droit françois*, éd. 1637, p.358 : « *La restitution par la loy de France fe doit obtenir du Roy & n'ont les Magiftrats pouvoir de refituer fans lettres de Chancellerie* ».

³⁰ Japiot (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon, Rousseau (A.), Paris, 1909, p.139 s. *Adde* : Bourgeon (P.), *De la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français*, th. Dijon, 1885.

³¹ Japiot (R.), th. préc., p.136, au sujet de la rétroactivité : « *L'œuvre de cette période est achevée : on a obtenu le maximum de rigidité* ».

³² Fréchette (P.), *La restitution des prestations en droit québécois : fondement et régime*, Université de Laval, ss. dir. Mme Cumyn, p.28 ; Deroussin (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica 2007, p.573 : « *La nullité romaine n'est pas l'inexistence de tout le contrat mais seulement paralyse le contrat. Or, cette paralysie n'est pas nécessairement totale et n'empêche pas d'obtenir l'indemnisation du préjudice en résultant grâce à l'action du contrat* ». *Contra* : Deprez (J.), *Etude sur la rétroactivité dans les actes juridiques* ; th. Rennes, 1953. L'auteur reconnaît à la rétroactivité une origine romaine. En effet, cette notion résulterait d'une interprétation erronée d'un passage de Gaius sur l'hypothèque consentie en sûreté d'une dette conditionnelle. La reconnaissance du rang de l'hypothèque au jour de sa constitution serait l'une des manifestations de la notion de rétroactivité.

³³ Gaudemet (E.), *Théorie générale des obligations*, publié par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1965, p.142 ; Piedelièvre (A.), « *Quelques réflexions sur la maxime Quod nullum est, nullum producit effectum* », *Mélanges Voirin*, 1967, p.638.

³⁴ L'arbitraire du préteur se manifeste, d'abord, dans deux actions importantes : l'action *de dolo* et l'action *quod metus causa*. Ces dernières tendent à replacer la victime d'un dol ou d'une violence dans la situation antérieure au contrat. Cependant, les pouvoirs du préteur étaient tels qu'il avait la possibilité de refuser l'exécution de l'acte juridique inverse, empêchant, ainsi, le retour de la victime dans ses droits initiaux. Mais, c'est essentiellement en matière de *restitutio in integrum* que l'arbitraire du préteur se manifesta avec le plus de vigueur. Cette procédure est « *une faveur au lieu d'être l'objet d'un droit rigoureux* », ce qui signifie le préteur dispose d'un pouvoir d'appréciation de la situation de faits qui lui est soumise. Il peut très bien, pour des raisons tenant à l'équité,

Autrement dit, il serait illusoire de croire que ces systèmes juridiques étaient tournés vers un effacement complet des références au contrat nul ou résolu³⁵. La combinaison des deux éléments mentionnés a conduit à percevoir les restitutions comme une simple conséquence automatique de la rétroactivité attachée à la nullité ou la résolution contractuelle.

12. Ainsi, bien qu’aucun texte ne fasse référence au report de la sûreté sur l’obligation de restitution, le droit romain et l’ancien droit posaient un contexte favorable à la reconnaissance d’une telle règle.

13. **Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution en droit étranger.** Si l’étude de l’histoire du droit n’a été d’aucun secours dans notre recherche de qualification de notre objet de recherche, qu’en est-il de l’étude des droits étrangers ? Le nombre de systèmes juridiques s’intéressant à la garantie des restitutions se compte sur les doigts d’une main. Certains droits font expressément le choix de priver la sûreté d’efficacité pour les suites de l’anéantissement contractuel. À titre d’illustration, le droit luxembourgeois considère ainsi que le créancier « *en faisant annuler le contrat principal, fera tomber du même coup l’acte de cautionnement qui en est l’accessoire* »³⁶. Le droit allemand quant à lui refuse d’admettre une extension du cautionnement à la dette de restitution de manière automatique. Une telle garantie ne peut être envisagée que si elle a été prévue par les parties³⁷. Cependant, cette anticipation des parties fait échec à la qualification de report de sûreté sur l’obligation de restitution, qui impose une garantie fortuite et non prévue de la phase post contractuelle. Hormis cette hypothèse, la jurisprudence allemande admet de manière très restrictive le jeu de cette règle³⁸. Très concrètement, une telle faculté n’est possible qu’en matière de cautionnement dispensé par un professionnel et dans le cadre de l’anéantissement d’un contrat de prêt³⁹. Les jurisprudences coréenne⁴⁰ et espagnole⁴¹ sont également en ce sens. Tous ces

moduler voire refuser les restitutions. V. : Pize (J.), *Essai d’une théorie générale sur la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des contrats*, th. Lyon 1897, p.23 à 32.

L’arbitraire reconnu au prêteur se retrouve, dans l’ancien droit, pour la procédure des lettres de rescision. Pour mémoire, ces lettres interviennent dans le cas où la cause de nullité, invoquée par l’une des parties, n’est pas reconnue par le droit. Il s’agit, donc, là d’une procédure tout aussi dérogatoire que la *restitutio in integrum*. Pour mettre en œuvre cette action, il faut, dans un premier temps, obtenir un accord de la Chancellerie. La poursuite de la procédure dépend du bon voir de cette dernière. Dans un second temps, c’est le juge royal qui peut venir freiner l’octroi des restitutions. Ce dernier dispose d’un pouvoir d’arbitraire relativement proche de celui du prêteur car il ne doit accorder les lettres que s’il estime qu’il existe de justes causes de restitution. V. Japiot (R.), th. préc., p.88.

³⁵ Wintgen (R.), « La rétroactivité de l’anéantissement en droit comparé », *R.D.C.* 2008, p.73 « L’adage « *Quod nullum est, nullum producit effectum* » (*ce qui est nul ne produit aucun effet*) et celui, moins connu en France, parce qu’il n’y correspond pas au droit positif, « *Quod nullum est, rescindi non potest* » (*ce qui est déjà nul ne peut pas être rescindé*) expriment ainsi l’idée selon laquelle la nullité est un état de l’acte juridique que le juge se borne à constater et non le résultat d’une décision dont les effets remontent dans le passé. ».

³⁶ Ancel (P.), *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, éd. Larcier, 2015 p.500.

³⁷ Jafferli (R.), *La rétroactivité dans le contrat*, 2014, Bruylant, p.764, n°329.

³⁸ Sur les conditions de qualification de la règle de report de la sûreté sur l’obligation de restitution, Cf. *infra* n° 33 s.

³⁹ Jafferli (R.), th. préc., p.764, n°329.

⁴⁰ Myoung (S.-K.), *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, préf. Ghestin (J.), Paris, L.G.D.J., 1996, p.219, n°249.

systèmes ont donc fait le choix d’une application partielle de la règle au simple cas du contrat de prêt anéanti. Or, il sera démontré que cette hypothèse se distingue par la nature particulière du contrat principal. En effet, cette formule contractuelle intègre une obligation de restitution inhérente à son exécution de sorte que les difficultés liées à la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » ne se retrouvent pas dans ce cas précis⁴². Dès lors, il n’est pas exagéré d’affirmer que ces droits étrangers ne connaissent pas la règle mentionnée à l’article 1352-9 du Code civil. Un système juridique fait toutefois exception en se rapprochant de la conception française. Il s’agit du droit de l’OHADA. Si l’acte uniforme portant organisation des sûretés révisé ne fait pas mention d’une telle règle, le récent projet de texte d’Acte uniforme portant droit général des obligations reprend une formulation proche de celle énoncée à l’article 1352-9 du Code civil⁴³. En effet, l’article 210 alinéa 1 du projet de texte uniforme dispose que « *les garanties stipulées pour le paiement de l’obligation primitive sont étendues à l’obligation de restitution* ». Seul ce texte pose une solution de portée aussi générale qu’en droit français. Toutefois, ce texte ne se trouve qu’au stade de projet et aucune consécration légale n’a pour l’heure été effectuée.

14. Le droit français fait donc figure d’exception en assignant à la règle du « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » une portée générale. Aucun autre système juridique ne semble avoir été jusqu’à ce stade. Face à ce constat, il convient de rechercher les causes qui ont pu motiver la consécration légale de cette solution.

II- L’accueil du report de la sûreté sur l’obligation de restitution

15. Lorsque nous analysons le contexte dans lequel « le report de la sûreté » a été consacré, nous pouvons identifier un ensemble de facteurs qui peuvent être source d’explication. Si le contexte semblait favorable à la reconnaissance de cette règle (A), l’accueil qui lui a été réservé est resté très mitigé (B).

A. Un contexte favorable

16. Notre démarche porte sur la compréhension de l’origine du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. De manière plus précise, il s’agit d’identifier les différents facteurs qui peuvent être autant de causes d’explication de l’article 1352-9 du Code civil.

⁴¹ Vazquez de Casto (E.), «Consecuencias del cobro excesivo de intereses», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, 2003, p. 678.

⁴² Cf. *infra* n° 84.

⁴³ Fontaine (M.), « L’avant-projet d’Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d’ensemble », *Revue droit uniforme* 2008, p. 203 et s. ; Fontaine (M.), « Le rayonnement international du droit français des contrats, le cas particulier de l’OHADA », *D. 2016*, p. 2008 ; Sossa (C.-D.), « Pour une harmonisation du droit des contrats dans les pays membres de l’OHADA », *J.C.P. G. 2016*, doct. 101, n°4 ; Jehl (J.), « Fondation pour le droit continental - Droit uniforme OHADA : entre consolidation et nouvelle avancée sur le droit des obligations », *J.C.P. G. 2016*, p.95 ; Meyer (P.), « L’avant-projet d’Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats », *R.D.A.I. 2008*, p.291.

17. Le contexte social : la crise de la confiance. Dès 1804, Treilhard affirmait que « *les hommes ne traitent ensemble que dans l’espoir légitime que leurs engagements respectifs seront exécutés* »⁴⁴. La crise financière de 2008, due à la faillite de la banque *Lehman Brothers*, a restauré les craintes exprimées par Treilhard⁴⁵. Cette dernière a suscité une période de doute, néfaste pour les opérations de crédit, dont le volume s’est cruellement restreint. Plus que jamais les créanciers ont besoin de sécurité et de confiance en leurs partenaires. Ce processus a été décrit par Emmanuel Netter de la façon suivante : « *un agent doit prendre une décision, mais il ne maîtrise pas tous les paramètres lui permettant de déterminer à l’avance, avec certitude, si l’action qu’il projette sera couronnée de succès. Il va considérer que l’information dont il dispose lui suffit pour accorder sa confiance à l’autre partie de manière raisonnable* »⁴⁶. La confiance permet donc d’agir malgré une part d’inconnue. En ce sens, l’article 1352-9 du Code civil participe à un mouvement de renforcement de la confiance sur au moins deux aspects. Il met d’abord un terme au flou juridique qui régnait sur la matière depuis le premier arrêt ayant consacré une garantie des restitutions par la sûreté initiale. En effet, cette solution avait été réaffirmée à de multiples reprises, mais il était également possible de relever quelques arrêts imposant au contraire une extinction de la sûreté avec le contrat principal⁴⁷. Cette incertitude jurisprudentielle était particulièrement néfaste pour les créanciers et plusieurs auteurs avaient suggéré de stipuler explicitement, dans le contrat de garantie, la couverture de l’obligation de restitution⁴⁸. Outre le renforcement de la sécurité juridique, l’article 1352-9 du Code civil tend également à accroître la sécurité économique. En permettant un cumul de la garantie de l’obligation principale et de l’obligation de restitution, cette disposition place le créancier dans une situation privilégiée face au risque économique de son débiteur. Entre la conclusion du contrat initial et son potentiel anéantissement, un laps de temps non négligeable peut s’être écoulé. Pendant celui-ci, la situation du débiteur a pu se dégrader, de sorte que la couverture de l’obligation de restitution par la sûreté apparaît comme un palliatif satisfaisant. Cette crise de la confiance, à laquelle l’article 1352-9 du Code civil tente de répondre, a eu des conséquences sur le plan juridique. Le droit des sûretés, domaine où la notion de confiance occupe une place prépondérante, connaît également une phase de remise en cause. Il est tantôt accusé de dilution dans le sens où son contenu s’éparpille en dehors des champs textuels qui lui sont réservés, et tantôt de diffusion puisque ses principes fondamentaux se trouvent maladroitement distordus pour épouser de nouvelles formes de garanties. La crise du droit des sûretés n’étant qu’une conséquence de la crise de la confiance, il semble évident que celle-ci peut apporter des réponses quant aux origines de la règle du report de sûreté.

⁴⁴ Treilhard (J.-B.), *Présentation au corps législatif du titre V du livre III du projet de Code civil*, le 3 fév. 1804, in P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil, 1836, T.XV, p.37.

⁴⁵ Sur les conséquences de la crise financières, v. : *Situation et perspectives de l’économie mondiale*, 2010, Résumé, p.4. Consultable en ligne : www.un.org.

⁴⁶ Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, p.20, n°4.

⁴⁷ Pour un exemple : Cass., Com. 26 juin 2001, n° 98-13.684. Cf. *infra* n° 344.

⁴⁸ Reygrobelle (A.), « L’anéantissement du contrat », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, *Bull. joly société* 2016, n°9, p.547.

18. Le contexte juridique : la crise du droit des sûretés. Un consensus doctrinal se fait autour de l’idée que le droit des sûretés subirait une crise sans précédent. Deux arguments majeurs peuvent être avancés à l’appui de cette théorie. D’une part, un phénomène « *d’inflation et de complexification* »⁴⁹ de la matière est souvent identifié par les auteurs comme l’une des sources de la désorganisation du droit des sûretés. La volonté exacerbée des créanciers de se prémunir contre une inexécution du débiteur les mène à un jeu de surenchère et de course à la garantie la plus efficace⁵⁰. Une telle conduite n’est que la conséquence de la crise de la confiance précédemment mentionnée : face à l’inefficacité pathologique de certaines sûretés, les créanciers cherchent désespérément des palliatifs. Cette approche dessert assurément la matière. Le régime des sûretés est éclaté et ces dernières font l’objet d’une mise en concurrence féroce⁵¹. Le changement de paradigme s’est fait à la suite de la thèse du professeur Ancel portant sur « les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé »⁵². Il s’agissait là d’un signe indiquant que les sûretés dites classiques – cautionnement, gage et hypothèque – allaient être mises en compétition avec de nouvelles formes de garanties. Les conséquences se sont rapidement faites ressentir puisque le cautionnement est apparu comme « *une institution en danger* »⁵³. Si la concurrence des sûretés ne pose pas de problème en tant que telle puisqu’elle pousse à la pratique et à l’innovation, elle devient davantage gênante lorsqu’elle entraîne un système à double vitesse. Autrement dit, cette dernière pose question lorsqu’elle conduit à la mise en place de réglementations et d’exigences diverses selon le type de garantie. Ce constat chaotique pousse certains auteurs à plaider en faveur d’un droit commun des sûretés⁵⁴. En ce sens, le professeur Borga énonce que « *ce ne sont donc pas sûretés réelles et personnelles qu’il faut opposer, mais bien sûretés conventionnelles traditionnelles et nouvelles formes de garanties. C’est la question d’un éventuel droit commun impératif qui se trouve alors posée, droit commun des sûretés ou d’une catégorie de sûretés* »⁵⁵. Il s’agirait ainsi de promouvoir des règles qui auraient vocation à s’appliquer à toutes les sûretés. L’article 1352-9 du Code civil n’est pas sans lien avec ces préoccupations. En accroissant la sécurité du créancier, bénéficiaire de la sûreté, il participe au renforcement de l’efficacité de la sûreté⁵⁶. Par ailleurs, la rédaction de cette disposition interroge quant à son champ d’application. Le fait que celui-ci ne soit pas mentionné de manière explicite, nous conduit à étendre la portée du report de sûreté à toutes les formes de garantie⁵⁷. C’est du moins l’un des points qui méritera une étude plus amplement détaillée⁵⁸. Toujours est-il que cette nouvelle règle pourrait incarner un modèle de disposition, à la portée générale et intégrer le socle de droit commun des sûretés.

⁴⁹ Picod (Y.), *Droit des sûretés*, Thémis droit puf, 3^{ème} éd., p.15, n°12.

⁵⁰ Ancel (P.), « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudées », *J.C.P. E.* 1989, suppl. n°5.

⁵¹ Michel (C.-A.), *La concurrence entre les sûretés*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.DLXXX, 2018.

⁵² Ancel (P.), *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, th. Dijon 1981.

⁵³ Terray (J.), « Le cautionnement : une institution en danger », *J.C.P.G.* 1987. II, 3295.

⁵⁴ Gout (O.), « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *R.T.D. Civ.* 2013, p.255.

⁵⁵ Borga (N.), *L’ordre public et les sûretés conventionnelles*, nouv. bibl. des thèses, vol.82, 2009, p.283, n°288 ; Bourassin (M.), « Vers un droit commun des sûretés ? », *D.2006*, pan., p.1386.

⁵⁶ Cf. *infra* n° 153 s.

⁵⁷ En ce sens, v. : Muller (A.-C.), Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ.* I, n°167, *R.D.C.* 2009, n°1, p.7.

⁵⁸ Cf. *infra* n° 283 s.

19. D’autre part, un second argument accrédite la thèse d’une crise du droit des sûretés. Il s’agit du fait que les textes relatifs à cette matière se trouvent éclatés hors du Code civil. Le professeur Houtcieff relève ainsi « *qu’au commencement était le Code civil. Puis le droit des sûretés poursuivit sa marche vers la décodification actuelle* »⁵⁹. L’auteur estime alors que cette pratique conduit à une déconstruction et désorganisation de la matière. En tout état de cause, la prolifération du droit des sûretés hors du Code civil dresse un obstacle fondamental à la construction du régime commun évoqué précédemment. En ce sens, la consécration de la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution au sein du Code civil semble constituer une forme de réponse à cette critique. Après avoir dressé le constat de crise, M. Houtcieff formule un espoir : la reconstruction du droit des sûretés serait-elle possible ? À son sens, cette question mérite une réponse positive. Il identifie deux facteurs de reconstruction de la matière. La cohérence nouvelle viendrait, d’une part, d’une unification des règles autour de principes directeurs et, d’autre part, d’une réflexion approfondie sur les finalités du droit des sûretés. Bien que les résultats soient mitigés⁶⁰, les réformes récentes, qui touchent directement ou indirectement le droit des sûretés, se conforment à cette ligne méthodologique. L’ordonnance du 10 février 2016 en est un parfait exemple puisque la consécration du report de sûreté sur l’obligation de restitution semble être le fruit d’un arbitrage entre les différents intérêts en présence. L’article 1352-9 du Code civil semble donc procéder d’une stricte lecture des intérêts en présence et par voie de conséquence d’une analyse des finalités du droit des sûretés⁶¹. Toutefois, un élément peut nous faire douter du fait que cette nouvelle disposition participe au mouvement de réorganisation de la matière : cette dernière se trouve consacrée au chapitre dédié aux restitutions. De ce fait, cette règle semble davantage être rattachée à la théorie générale des obligations qu’aux sûretés. Un indice supplémentaire renforce cette conclusion : la règle du report de sûreté a, dans un premier temps, été esquissée par la jurisprudence en droit spécial des contrats. Il serait alors étonnant de prêter à l’article 1352-9 du Code civil un rôle de recodificateur du droit des sûretés, alors que ce dernier s’insère dans la théorie générale des obligations et procède d’une jurisprudence rendue dans le contexte des contrats spéciaux. Ces doutes méritent des réflexions plus approfondies pour jauger la véritable place de l’article 1352-9 du Code civil dans ce processus de réorganisation du droit des sûretés.

20. Le contexte politique : la mise en compétition des droits. La mise en concurrence entre les différentes formes de sûretés, précédemment relevée, n’est qu’une manifestation d’un phénomène beaucoup plus large consistant à imposer une compétition entre les différents systèmes juridiques. La mondialisation néo-libérale⁶², doublée de la révolution numérique⁶³, a

⁵⁹ Houtcieff (D.), « Le droit des sûretés hors le Code civil », *L.P.A.* 2005, p.8, n°4. Adde : Simler (P.), « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles », in *Code civil 1804-2004, Le livre du bicentenaire*, p.372.

⁶⁰ Ex. : Simler (P.), « Sûretés – 2006 : une occasion manquée pour le cautionnement », *J.C.P. G.* 2016, p.1109. Pour plus détail sur ce thème : Simler (P.), « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles », in *Code civil 1804-2004, Le livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p.372 s.

⁶¹ Cf. *infra* n° 139 s.

⁶² Association Henri Capitant, *La mondialisation*, T.LXVI, 2016, éd. Bruylant.

⁶³ Pour une analyse de la notion d’efficacité dans le cadre de la révolution numérique, v. : Delmas (P.), *Un pouvoir implacable et doux : la Tech ou l’efficacité pour seule valeur*, Fayard, 2019, 327p.

conduit à la recherche accrue d’efficacité. Bien qu’ayant dû faire face aux réticences de certains juristes⁶⁴, le législateur se montre favorable à l’intégration de ces préoccupations dans les réformes récentes. L’analyse économique du droit, qui consiste à appliquer des instruments de la science économique dans le but de mesurer l’efficacité des règles de droit, quitte doucement le stade descriptif pour devenir un véritable outil de réforme⁶⁵. Cette fonction ressort avec évidence des projets de réformes⁶⁶ et récentes réformes⁶⁷. L’ordonnance du 10 février 2016 se réclame d’ailleurs de cette logique⁶⁸. Ces motivations ayant été mises en lumière, il convient de se demander si elles se retrouvent dans l’article 1352-9 du Code civil. Un consensus doctrinal semble se faire autour de l’idée que cette disposition répond davantage à une logique économique et une vision pragmatique du droit qu’à une construction juridique rigoureuse⁶⁹. Telle est la proposition formulée par la professeure Cottet, qui mobilise la notion de fonction pour expliquer le report de la sûreté. Ce cheminement implique de souscrire à la théorie de Vedel, selon laquelle il existerait des notions dites fonctionnelles, qui procèdent « *directement d’une fonction qui leur confère une véritable unité* »⁷⁰. Les sûretés feraient partie de celles-ci et se verraient assigner un but de sécurité du créancier. Il n’y aurait ainsi plus de contrariété aux principes d’accessorité ou de rétroactivité puisque la simple fonction assignée à l’institution permettrait de justifier certaines entorses à ceux-ci. Autrement dit, « *certaines impératifs, telles l’efficacité ou l’équité, feraient échec à l’application stricte du régime de l’accessoire, sans que soit pour autant mise en doute la nature accessoire de l’élément examiné* »⁷¹. Dans cette perspective, l’article 1352-9 du Code civil ne poserait plus de difficultés majeures. D’une part, il trouverait une justification aisée dans la fonction qui est classiquement assignée aux sûretés. D’autre part, son fondement

⁶⁴ Les détracteurs d’une lecture économique du droit sont relativement nombreux et axent leurs critiques autour de trois points. C’est d’abord la **methodologie utilisée** qui est discutée. Le raisonnement économique se fonde sur un postulat de rationalité : il est présumé que chaque individu agit dans le but de maximaliser son profit⁶⁴. Certains y ont vu une négation du principe de justice. La seconde critique est **d’ordre idéologique**. Les juristes redoutent une prévalence de l’économie sur la matière juridique. En ce sens, V. : Dupichot (P.), « L’efficacité économique du droit des sûretés personnelles », *Fondation pour le droit continentale*, p.2, n°2. Enfin, la dernière critique a trait à des **considérations politiques**. Il lui est reproché de se baser sur l’idéologie ultra-libérale prônant une absence de régulation des marchés. Sur ce point, V. : Brousseau (E.), « Les marchés peuvent-ils s’autoréguler ? », in *Concurrence et régulation des marchés, cahiers français, Doc. fr. 2003*, p. 64.

⁶⁵ Frison-Roche (M.-A.), « L’intérêt pour le système juridique de l’analyse économique du droit », *L.P.A. 2005*, p.15. Un auteur est même allé encore plus en se demandant si l’analyse économique du droit pouvait être considérée comme une source du droit. En ce sens, V. : Encinas de Munagorri (R.), « L’analyse économique est-elle une source du droit ? », *R.T.D. civ. 2006*, p.505.

⁶⁶ Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux par l’association Henri Capitant : « *L’importance économique acquise par ces derniers (les contrats spéciaux) doit donc être reflétée dans un code rénové* ». Avant-projet de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens par l’association Henri Capitant : « *Le groupe de travail a privilégié une approche pragmatique* ».

⁶⁷ Rapport remis au président de la République sur l’ordonnance du 15 sept. 2021.

⁶⁸ Sur l’ordonnance du 10 février 2016, Cf. *infra* n° 147.

⁶⁹ Cottet (M.), *Essai critique sur la théorie de l’accessoire en droit privé*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, n°544, 2013, p.413, n°474. Dans le même ordre d’idées, V. : Grignon-Dérenne (F.-X.), *Contribution à l’étude des accessoires de la créance*, th. Paris II, 1999, p.161, n°204.

⁷⁰ Vedel (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P. 1950*, I, 851.

⁷¹ Cottet (M.), th. préc., p.198, n°215.

résiderait dans l’intention du législateur de renforcer l’efficacité de la sûreté dans une perspective de mise en compétition des droits. Après tout, la recherche de l’efficacité maximale de droit ne consisterait-elle pas en une consolidation des fonctions assignées à chaque institution ? Si cette présentation fait sens et surtout nous dévoile un outil d’étude, peu conventionnel, de l’article 1352-9 du Code civil, encore faut-il la mettre à l’épreuve de l’analyse. Les enjeux politiques de la réforme du 10 février 2016 ne devront donc pas être négligés en ce qu’ils constituent une source intéressante du report de sûreté.

21. Le contexte économique : la complexification des échanges économiques. Enfin, un dernier élément nous semble incontournable pour justifier l’origine de l’article 1352-9 du Code civil, il s’agit de la modification des opérations économiques. Le droit se veut d’être le miroir de la société⁷², dans la mesure où il reflète les préoccupations auxquelles celle-ci est confrontée. Lorsque nous analysons la règle du report de sûreté sur l’obligation de restitution sous cet angle, nous sommes amenée à nous poser la question suivante : quels sont les éléments sociaux qui ont conduit les juges, puis le législateur à se saisir de cette question ? À notre sens, trois points méritent d’être relevés. D’une part, si le problème de la couverture des restitutions a commencé à se poser avec force, c’est que l’on a été confronté à un **accroissement des situations d’échec contractuel**, aboutissant à leur anéantissement. Il faut garder à l’esprit que notre objet d’étude concerne une minorité de situation contractuelle. Si dans la plupart des cas, le contrat remplit sa fonction, certains ne parviennent pas à un dénouement satisfaisant. Dans ces hypothèses, le recours en justice s’impose entraînant un éventuel anéantissement du contrat si les conditions requises à la mise en œuvre d’une telle action sont présentes. Or, des études récentes, dédiées aux évolutions et aux tendances du contentieux, ont révélé une augmentation croissante de la saisine des juridictions en matière commerciale. À titre d’illustration, le cabinet Norton Rose Fulbright a publié une étude en 2016 portant sur des sociétés occidentales et asiatiques, aux secteurs d’activités extrêmement variés. Cette dernière indique qu’en l’espace d’une année, les sociétés contre lesquelles aucune poursuite n’avait été engagée avait vu leur nombre diminuer en passant de 25 % à 19 %. Un second chiffre accrédite la thèse d’une augmentation croissante du contentieux : 81% des sociétés sondées révèlent avoir fait l’objet de poursuite judiciaire au cours de l’année écoulée⁷³. L’augmentation du contentieux en matière contractuelle se traduit concrètement par une remise en cause plus importante des contrats, impliquant de penser davantage la phase restitutoire. L’ordonnance du 10 février 2016 s’inscrit dans cette logique en consacrant pas moins d’un chapitre entier aux restitutions alors que le Code civil de 1804 n’envisage aucune de ces questions. Toutefois, cette croissance du contentieux n’est pas seulement due à la fièvre revendicatrice qui se serait emparée des acteurs économiques. **Les échanges économiques tendent également à s’accroître**. Davantage de contrats est synonyme de plus de contentieux, ce qui confirme nos développements précédents. Cependant, plus de contrats

⁷² Bernard (A.), « La confusion des ordres », *D.1997*, chr. p.274. Adde : De Moy (J.-M.), *L’exception en droit privé*, th. Aix-Marseille, 2011, p.24, n°17 : « *Le domaine d’application de ces lois est une société de plus en plus complexe, appelant ou simplement permettant toujours plus de droits et de devoirs aux sujets de droits, c’est-à-dire des normes toujours plus spéciales, particulières et devant en outre se coordonner entre elles* ».

⁷³ 12^{ème} éd. de l’étude dédiée aux évolutions et aux tendances du contentieux de Norton Rose Fulbright, 26 sept. 2016. Consultable en ligne : <https://www.nortonrosefulbright.com>.

est aussi synonyme d’une diversité du contentieux. De nouvelles problématiques vont inévitablement émergées. Cela est d’autant plus vrai que **les échanges économiques** ne font pas qu’augmenter, ils **ont aussi tendance à se complexifier**. L’industrialisation, la consommation et la spécialisation des acteurs sont les principaux facteurs de cette évolution⁷⁴. Juridiquement, ces tendances se sont traduites par un phénomène d’imbrication contractuelle⁷⁵. Les groupes de contrats sont venus remplacer la figure du contrat unique et isolé. Ces considérations sont bien évidemment liées à notre objet car il ne faut pas oublier que les premiers arrêts posant une garantie des restitutions par la sûreté initiale ont été rendus dans un contexte d’imbrication contractuelle. D’un côté il était question d’une opération de vente, financée par un prêt et lui-même garanti par une sûreté, de l’autre, les situations renvoyaient à des figures contractuelles complexes du droit de la distribution. Au vu de ces éléments, il ne semble pas exagéré de conclure sur le fait que le report de la sûreté sur l’obligation de restitution a trouvé un terrain fertile dans le phénomène d’imbrication contractuelle.

22. Les principaux facteurs à l’origine du report de la sûreté sur l’obligation de restitution ayant été présentés, il convient d’analyser l’accueil que lui a réservé la doctrine.

B. Un accueil mitigé

23. Lorsque nous quittons le contexte socio-économique pour nous pencher sur l’approche juridique de l’article 1352-9 du Code civil, nous sommes saisie par un constat : le report de la sûreté sur l’obligation de restitution a fait l’objet d’un traitement doctrinal relativement faible. La surprise est double. D’une part, nous avons vu que le report de sûreté présente un certain nombre d’enjeux importants pourtant très peu d’études lui sont dédiées. D’autre part, les principaux écrits sur l’objet de notre étude se concentrent sur une critique négative alors que la présentation des origines de l’article 1352-9 du Code civil, qui vient d’être faite, nous inviterait à pencher en faveur du caractère vertueux de cette nouvelle disposition. Pour confirmer ces premières intuitions sur notre sujet, analysons plus en détail les réactions doctrinales.

24. **Le désintérêt.** La première tendance de la doctrine a été d’ignorer notre objet d’étude. Hormis la thèse de M. Bienvenue Dodou, qui propose une étude comparée du droit français et du droit de l’OHADA sur le thème du report des garanties accessoires sur l’obligation de restitution⁷⁶, aucune étude approfondie n’a été menée sur cette question. Ce sujet justifie au mieux quelques pages dans les manuels de droit des sûretés ou de droit des obligations mais

⁷⁴ Pellé (S.), *La notion d’interdépendance contractuelle contribution à l’étude des ensembles de contrats*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.64, p.5, n°6.

⁷⁵ Sur ces questions : Pellé (S.), *La notion d’interdépendance contractuelle contribution à l’étude des ensembles de contrats*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.64 ; Bros (S.), *L’interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001 ; Marmayou (J.-M.), *La pluralité contractuelle entre les mêmes parties : méthode de distinction*, th. Aix-Marseille, 2001.

⁷⁶ Dodou (B.), *Le report des garanties accessoires sur l’obligation de restitution en cas d’anéantissement du contrat principal : étude des droits privés français et de l’OHADA*, th. Strasbourg, 2018.

aucune réflexion complète, listant les différentes problématiques émergent de celui-ci, n’a été proposée. Cette rareté doctrinale peut être la conséquence de deux phénomènes. Soit notre objet d’étude n’a pas la matière suffisante pour le choisir en sujet de thèse. Il s’agit certes d’une règle portant sur une situation bien spécifique, pour autant accéder à cette analyse reviendrait à affirmer que la technicité et la spécificité ne méritent pas le questionnement. Par ailleurs, les différents angles d’étude précédemment soulevés indiquent que le report de la sûreté sur l’obligation de restitution est bien plus sujet à discussion que l’on ne pourrait le croire au premier abord. Notre sujet d’étude peut également être peu traité en doctrine en raison de son caractère récent. Cette proposition semble davantage convaincante car avant l’ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence consacrait des formes de couvertures des restitutions, mais elle le faisait dans un champ très limité. La pérennité de ces solutions n’était par ailleurs pas assurée. Cette explication, qui permettrait de justifier le fait que la doctrine est restée relativement silencieuse sur la question du report de la sûreté, nous indique que la consécration légale du report de sûreté constitue un élément d’importance capitale dans le cadre de notre étude. Autrement dit, l’analyse de la règle ne peut s’effectuer qu’en appréhendant l’article 1352-9 du Code civil comme marquant un point de bascule. En ce sens, cette nouvelle disposition apparaît étonnante en ce qu’elle tend à généraliser la solution particulière retenue en matière de prêt. C’est justement cette généralisation qui interroge : a-t-elle été bien pensée ? est-elle véritablement voulue ou résulte-t-elle d’une simple erreur de transposition ? Cette dernière question signifierait que les auteurs de l’ordonnance avaient en vue le cas du prêt et l’ont généralisé sans percevoir les difficultés à transposer cette règle à d’autres hypothèses. Deux éléments nous orientent dans cette direction. D’une part, l’avant-projet de réforme Terré n’avait opté pour une généralisation complète du report de sûreté. En effet, l’article 3 alinéa 2 disposait que « *les sûretés du prêt d’argent sont reportées de plein droit sur l’obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme* ». Il s’agit là d’une simple reprise de la jurisprudence antérieure. La rédaction de l’article 1352-9 du Code civil, en visant notamment le bénéfice du terme par la caution, ressemble étrangement à celle du projet Terré. Il s’agit là d’un premier indice qui nous laisserait penser que la généralisation opérée par l’ordonnance du 10 février 2016 procède d’une transposition hasardeuse d’une solution précise à d’autres cas plus généraux. Les commentaires de la réforme semblent aussi confirmer cette position puisque la plupart restent cantonnés au cas du prêt et n’envisagent pas les difficultés d’application de ce texte à d’autres hypothèses. Le silence de la doctrine résulterait donc d’un sentiment de malaise à l’égard de cette disposition qui se veut générale alors qu’elle a été pensée à partir d’un cas particulier.

25. L’incompréhension. Un premier regard rapide sur le report de sûreté peut laisser songeur surtout en ce qui concerne les sûretés personnelles. Le nouvel article 2298 du Code civil, introduit par l’ordonnance du 15 septembre 2021, dispose que « *la caution peut opposer aux créanciers toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes, à la dette qui appartiennent au débiteur* »⁷⁷. Cette nouvelle rédaction conduit à un renforcement de l’accessorité de la

⁷⁷ Cohet (F.), « L’ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés », *A.J.D.I.* 2021, p.813. L’ancien article 2313 du Code civil prévoyait que « *la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur* ». Sur le fondement de cet article, la Cour de cassation

sûreté⁷⁸, à l’inverse de la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Alors que l’ordonnance du 10 février 2016 opère, au travers de l’article 1352-9 du Code civil, un déni du caractère accessoire de la sûreté, l’ordonnance du 15 septembre 2021 va dans un sens opposé. Sur le plan des intérêts des parties en présence, un constat similaire s’impose : ne paraît-il pas contradictoire d’ouvrir à la caution la possibilité d’opposer la nullité du contrat principal tout en la maintenant engagée pour couvrir les restitutions ? Approfondissons ce point : imaginons une dette de restitution qui serait plus lourde que la dette initiale. Cette différence serait due à la prise en compte d’éventuels accessoires, tels que des intérêts ou des plus-values. Dans cette hypothèse, la caution pourrait justement être incitée à ne pas se prévaloir de la nullité du contrat principal par crainte de voir sa dette s’allourdir. La protection de la caution, encouragée par l’article 2298 du Code civil, serait ainsi compromise par la règle du report de la sûreté.

26. Des interrogations similaires se posent en matière de résolution. Cette notion sanctionne une inexécution contractuelle de manière relativement stricte en conduisant à l’anéantissement rétroactif du contrat. Or, l’article 1217 du Code civil, introduit par l’ordonnance du 10 février, répertorie les différents remèdes à l’inexécution d’une convention⁷⁹. La résolution n’est qu’une solution parmi d’autres et elle se trouve être la plus sévère. En ce sens, la tendance actuelle est de favoriser au maximum le maintien du contrat⁸⁰. La règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution joue un rôle ambigu quant à cet objectif. D’un côté, il est possible de voir dans la sûreté un outil favorisant la continuité de la relation contractuelle en dépit de l’inexécution. Comme l’exprime Pascal Ancel, « *pourquoi un banquier qui a obtenu un cautionnement pour garantir un prêt, voudrait-il se libérer d’un contrat qui ne lui confère que des avantages ?* »⁸¹. En ce sens, la sûreté présente un argument non négligeable en faveur de la poursuite du contrat inexécuté. Autrement dit, il s’agit d’un atout majeur pour le créancier qui peut opter en faveur de l’exécution du contrat en

avait ainsi rendu un arrêt critiqué où elle considérait que la caution ne pouvait invoquer la nullité du contrat garanti en raison du dol subi par le débiteur principal lors de la conclusion dudit contrat. En ce sens, V. : Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *D.2008*, p.514, note L. Andreu ; *D.2007*, p.1782, obs. V. Avena-Robardet ; *D.2007*, p.2201, note D. Houtcieff ; *D.2008*, p.871, obs. D. R. Martin ; *D.2008*, p.2104, obs. P. Crocq ; *A.J.D.I. 2008*, p.699, obs. F. Cohet-Cordey ; *R.T.D. civ. 2008*, p.331, obs. P. Crocq ; *R.T.D. com. 2007*, p.585, obs. D. Legais ; *R.T.D. com. 2007*, p.835, obs. A. Martin-Serf ; *C.C.C. 2007*, comm.269, obs. L. Leveneur ; *J.C.P. G. 2007.II.10138*, obs. P. Simler ; *J.C.P. E. 2007*, p.1861, obs. S. Piedelièvre ; *RD. banc. fin. 2007*, p.145, obs. A. Cercles ; *R.D.C. 2008*, p.702, obs. C. Grimaldi ; *R.D.C. 2007*, p.1226, obs. D. Houtcieff. *Adde* : Cass., Com., 27 janv. 2021, n°18-22.451.

⁷⁸ Dupichot (P.), « La réforme du cautionnement, entre rénovation et réanimation », *D.2022*, p.231.

⁷⁹ Ancel (N.), « Le juge et les remèdes à l’inexécution du contrat », *R.D.C. 2016/2*, p.408 ; Albiges (C.), « L’inexécution du contrat », *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1^{ère} journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier*, Université de Montpellier, 2015, p.181 ; Boucard (H.), « Le nouveau régime de l’inexécution contractuelle (rapport français) », *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, ss. dir. R. Schulze et alii, S.L.C., 2015, p.153 ; Grosser (P.), « Les sanctions de l’inexécution », *Dr. et patr.*, n°258, mai 2016, p.70 ; Lécuyer (H.), « L’inexécution du contrat », *C.C.C. 2016*, doss.7, n°5, p.38 ; Laithier (Y.-M.), « Les sanctions de l’inexécution du contrat », *R.D.C. 2016*, Hors-série avr. 2016, p.39 ; Brochier (M.), « Les nouveaux rôles du juge dans l’inexécution du contrat », *Dr. et patr.*, n°259, juin 2016, p.153.

⁸⁰ Mekki (M.), « Le juge et les remèdes à l’inexécution du contrat », *R.D.C. 2016*, p.400.

⁸¹ Ancel (P.), *ouvr. préc.*, p.732.

s’appuyant sur la sûreté. Dans cette perspective, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution n’aurait qu’un rôle mineur puisque l’existence de la sûreté en phase d’exécution serait un argument de poids pour ne pas demander la résolution du contrat et ainsi permettre le maintien du contrat inexécuté – la sûreté se chargeant de pallier la défaillance du débiteur principal –. Ces remarques ne sont pas neutres car nous avons fait le choix d’une approche dynamique dans l’étude de la notion qui nous conduit à envisager ses conséquences et surtout son utilité. Or, dans le cadre d’une résolution contractuelle et compte tenu d’une politique doctrinale en faveur du sauvetage du contrat, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution apparaît superflu⁸². Une position opposée est tout à fait envisageable : le créancier d’une obligation garantie par une sûreté pourrait être tenté de demander automatiquement la résolution du contrat sans même essayer de sauver la relation contractuelle en activant la réalisation de la sûreté en phase restitutoire. Autrement dit, se sachant couvert par la sûreté en phase restitutoire, le créancier engagerait automatiquement la résolution du contrat et se détacherait des objectifs du législateur de sauvetage du contrat. Il est pour l’heure difficile d’évaluer la portée du report de sûreté au regard de ces questionnements. Toujours est-il que cette règle fait peser un risque de dérives que certains auteurs ont certainement perçu compte tenu des critiques qui ont pu être formulées à son encontre.

27. La critique. Les quelques auteurs qui se sont penchés sur la question du report de la sûreté sur l’obligation de restitution ont fait preuve d’hostilité à son égard. Qualifiée tantôt de solution « *sans fondements juridiques* »⁸³, tantôt de solution « *pas nécessairement bonne* »⁸⁴ ou encore de solution aux « *conséquences minimales* »⁸⁵, le scepticisme de la doctrine vis-à-vis de cette règle ne fait pas de doute. À nouveau, cette démarche n’est pas neutre, elle nous renseigne sur l’approche adoptée par la doctrine. Ici, il était question d’orienter la présentation du report de la sûreté à partir des concepts traditionnels qui inervent notre droit – principe de l’accessoire et principe de la rétroactivité –. Si cette démarche semble au premier abord satisfaisante, elle est en réalité excessivement réductrice. Bien évidemment ces éléments font partie intégrante de notre sujet. Pour autant, l’analyse de l’article 1352-9 du Code civil nécessite de mobiliser d’autres outils, tels que l’analyse économique du droit, précédemment présentés. La complexité du sujet semble aussi échapper à la doctrine puisqu’en faisant le choix d’étudier le sujet au regard des principes antérieurs, elle accepte de le placer dans une relation de dépendance à l’égard de ceux-ci, ce qui empêche toute analyse propre au report de sûreté en tant que telle. Plus précisément, cette approche conduit à étudier l’article 1352-9 du Code civil à partir de ces notions sans l’analyser de manière indépendante. Les auteurs n’ont pas pris le temps de se demander à quoi correspondrait la situation visée par cette disposition et si elle pouvait fonctionner dans toutes les hypothèses à même de se présenter.

28. L’accueil du report de la sûreté sur l’obligation de restitution est relativement difficile à jauger. En effet, nous avons pu voir que cette règle fait écho à un certain nombre de

⁸² Cf. *infra* n° 488.

⁸³ Rouvière (F.), « Hypothèque et nullité », obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Dr. immo et urb.* 2008, n°2, p.3.

⁸⁴ Houtcieff (D.), Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ.* I, n°167, *R.D.C.* 2009, p.205.

⁸⁵ Théry (P.), Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ.* I, n°167, *Deffrénois* 2009, art. 39025, n°4.

préoccupations socio-économiques. Du moins, elle pourrait trouver son fondement dans diverses problématiques liées aux évolutions économiques de nos sociétés et aux liens que celles-ci entretiennent avec la sphère juridique. Pour autant, la réaction de la doctrine n’a pas été à la hauteur de ce que l’on aurait pu attendre. Elle est quasiment inversement proportionnelle à la richesse de ces origines. Face à ce silence de la doctrine, il convient de proposer une étude plus complète du report de la sûreté sur l’obligation de restitution.

III- Méthode d’analyse du report de la sûreté sur l’obligation de restitution

29. Le point de départ du raisonnement. L’histoire de cette étude débute par un paradoxe : le mécanisme de report de la sûreté sur l’obligation de restitution semble être un terrain fécond de réflexions juridiques, pour autant, celui-ci est resté en marge des écrits doctrinaux. Est-ce parce que les auteurs n’ont pas saisi toute l’importance et la richesse de cet outil ? Ou bien est-ce parce que l’article 1352-9 du Code civil constitue une erreur de rédaction de la part des auteurs de la réforme ? ou enfin est-ce parce que l’intérêt du report de sûreté ne serait qu’illusoire ? Dans cette perspective, la couverture des restitutions par la sûreté initiale aurait été mal pensée. D’une part, la généralisation, procédée à l’article 1352-9 du Code civil, peinerait à trouver des justifications satisfaisantes. D’autre part, au-delà de cette difficulté à trouver une explication plausible, c’est surtout sur le terrain de sa mise en œuvre de cette institution que les principales contestations pourraient émerger. En effet, si le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne suscite que peu d’attention de la part de la doctrine, c’est peut-être tout simplement parce que son application est fortement limitée. Ces limitations peuvent résulter soit d’un champ d’application trop restreint, soit d’une superposition de cette institution avec d’autres règles aboutissant aux mêmes résultats.

30. Formulation d’une problématique. L’intuition⁸⁶ à l’origine de notre raisonnement est la suivante : l’article 1352-9 du Code civil résulte d’une erreur d’écriture. Alors que les auteurs avaient à l’esprit le cas du contrat de prêt, ils ont entendu généraliser cette solution à partir de ce cas particulier. Toutefois, la particularité du contrat de prêt faisait que le report de la sûreté pouvait ici se justifier, mais ces explications tombent lorsqu’il s’agit de l’appliquer à d’autres hypothèses. Le législateur n’a donc pas mesuré toutes les difficultés induites par cette généralisation. C’est ce décalage qui tend à gêner la doctrine et fait qu’au sein des écrits l’article 1352-9 du Code civil n’est saisi qu’à partir des solutions jurisprudentielles antérieures et non de manière indépendante. À ce stade du raisonnement, une seconde intuition vient à l’esprit : si le contrat de prêt constitue une forme de modèle pour l’application du report de la sûreté sur l’obligation de restitution, il convient de s’interroger sur l’utilité de cette règle dans cette hypothèse. Pour résumer, **le report de la sûreté sur l’obligation de restitution serait inapplicable dans un certain nombre d’hypothèses, du fait de la généralisation hasardeuse, et dans les cas où il pourrait fonctionner, il serait inutile car d’autres institutions permettraient un résultat similaire.**

⁸⁶ Sur la place de l’intuition dans le raisonnement juridique, v. : Pellé (S.), *La notion d’interdépendance contractuelle contribution à l’étude des ensembles de contrats*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.64, p.18, n°18.

31. La démarche. Les termes du problème sont dorénavant posés : intérêt ignoré ou intérêt inexistant ? Tel est le conflit qu’il convient d’arbitrer. Pour ce faire, il sera mis en place un travail notionnel, qui permettra de révéler la vraie valeur du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Ce dernier se découpe en plusieurs étapes. Il s’agit d’abord d’opérer un **travail d’observation et de définition**. À partir des quelques arrêts consacrant une couverture de l’obligation de restitution et de l’article 1352-9 du Code civil, il faudra mettre en lumière les critères d’application d’une telle notion. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution est ici saisi dans son abstraction. Autrement dit, il est question de partir des faits pour caractériser cette notion sous son angle abstrait (**Partie I**). La seconde étape est **d’ordre pratique**. Une fois la notion correctement définie, il convient de prêter attention à son application en déterminant à la fois son champ d’application et en jugeant son utilité. L’institution sera alors saisie sous son angle pratique (**Partie II**). Toute notre étude s’articulera donc autour de ce mouvement de balancier entre pratique et théorie. De manière plus précise, nous irons de la pratique vers la théorie pour faire émerger une nouvelle notion, avant de retourner à la pratique pour déterminer la valeur et l’utilité de celle-ci.

PARTIE I : ANALYSE THÉORIQUE DU REPORT DE SÛRETÉ

PARTIE II : MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DU REPORT DE SÛRETÉ

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE THÉORIQUE DU REPORT DE SÛRETÉ

*« Les acteurs de la vie économique ne se soucient pas des notions juridiques :
ce sont pour eux de simples instruments
qu'il suffit de remplacer lorsqu'ils cessent de donner satisfaction.
Au grand dam des juristes qui, pour leur part,
s'y accrochent avec l'énergie du désespoir en raison de l'idéologie
dont, consciemment ou non, à tort ou à raison, ils les imaginent porteuses »⁸⁷*

32. Le besoin de théorisation du sujet. Au travers de cette citation, Philippe Jestaz rappelle ce qui fait à la fois la force et la faiblesse du juriste : son besoin de théorisation. Celui-ci se retrouve même dans la représentation mythologique de la justice : *Thémis*, déesse de la justice, se voit généralement représentée avec un bandeau sur les yeux pour manifester son impartialité. Bien qu'étant en apparence louable, ce symbole emporte sa part de négativité. Au procès de la justice, il lui est fait grief de s'éloigner des réalités sociales et de construire des systèmes complexes, insaisissables pour les non-initiés. De Cicéron, qui a posé les bases de l'organisation du droit⁸⁸ à Rivero, qui qualifie les juristes de « *faiseurs de systèmes* »⁸⁹, la place de la théorie n'a cessé de faire débat entre les juristes⁹⁰. Abandonner toute analyse théorique pour y préférer une lecture pratique des phénomènes n'est pas une alternative satisfaisante. Opérer de la sorte ne serait que tomber de Charybde en Scylla. On se souviendra

⁸⁷ Jestaz (P.), « La réserve de propriété ou la vente éclatée », *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, p.227.

⁸⁸ Cicéron, *De Oratore*, I, 188. Cicéron concevait la science juridique comme un art qui méritait que des définitions soient posées. Adde Chazal (J.-P.), « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *R.I.E.J.* 2001, vol.46, p.39.

⁸⁹ Rivero (J.), « Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *D.1951*, chr.23, p.99.

⁹⁰ Chazal (J.-P.), art. préc., p.39.

des paroles du Méphistophèles dans Faust de Goethe qui proclamait « *arrêtez-vous aux mots ! et vous arriverez alors par la route la plus sûre au temple de la certitude* », ce à quoi l’écolier répondait avec sens : « *pendant un mot doit toujours contenir une idée* »⁹¹. Il serait illusoire de se passer du travail de théorisation tant celui-ci présente certaines vertus. Kelsen insiste ainsi sur le fait que la théorisation « *se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c’est-à-dire d’établir ce qu’est le droit et comment il est* »⁹². De manière plus précise, Paul Condomine identifie trois fonctions à la lecture théorique. Celle-ci aurait vocation à définir les solutions et les classer, susciter le débat et la controverse et mettre en adéquation la règle de droit avec des principes moraux⁹³. À la lumière de ces définitions, il ne fait aucun doute que le travail de théorisation du report de sûreté sur l’obligation de restitution s’impose. D’une part, cette notion n’est pas expressément définie. Les arrêts régulièrement mis en avant consacrant ce prétendu report de la sûreté sur l’obligation de restitution interviennent dans des cas d’espèces très différents, de sorte que leur rapprochement semble contestable. Dans le même ordre d’idées, il est communément admis que l’article 1352-9 du Code civil est une consécration légale de la jurisprudence antérieure. Or, cette disposition a vocation à s’appliquer à des situations beaucoup plus diversifiées que celles qui étaient antérieurement soumises à l’analyse des juges. Les solutions prétoriennes consacrant un prétendu report de la sûreté sur l’obligation de restitution peuvent-elles toutes être rapprochées ? L’article 1352-9 du Code civil n’était-il qu’une reprise de ce courant jurisprudentiel ? Autant de questions restées en suspens et auxquelles il convient de répondre pour comprendre de manière précise la notion étudiée. Or, la réponse à ces interrogations ne peut passer que par un travail d’abstraction et donc de théorisation. Outre, ces éléments ayant trait à la définition du report de la sûreté, cette notion est sujette à débat. Fortement contestée en doctrine⁹⁴, plusieurs reproches sont formulés à son encontre. Il est intéressant de présenter ces critiques pour ensuite juger leur pertinence. Ce cheminement passe immanquablement par le maniement de concepts juridiques et par un éloignement des considérations pratiques.

33. La méthode de théorisation du sujet. Le travail de théorisation, que nous nous proposons de mener, passe par le respect d’une méthode rigoureuse. Il convient dans un premier temps d’ordonner le report de la sûreté au moyen des concepts connus. Très concrètement, il s’agira de proposer une définition de cette notion et d’en mettre en lumière les éléments caractéristiques. Cette tâche se fera à partir des solutions jurisprudentielles rendues antérieurement à l’ordonnance du 10 février 2016 et permettra d’établir une classification des hypothèses (**Titre I**). L’attention sera, dans un second temps, portée sur le nouvel article 1352-9 du Code civil. Face aux critiques dont cette disposition fait l’objet, nous adopterons un point de vue neutre afin de lui rechercher une explication. Cette règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution n’est certainement pas des fantaisies du législateur ; une justification plausible devrait nécessairement se retrouver. Si l’analyse strictement juridique ne peut suffire à en fournir une, nous nous permettrons de la rechercher dans des disciplines qui viennent l’influencer la construction du droit. Bien que le positivisme

⁹¹ Goethe, *Faust*, Scène du cabinet d’étude, trad. G. de Nerval. Cité par : Chazal (J.-P.), art. préc., p.43.

⁹² Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Eisenmann, Bruylant-L.G.D.J., 1999, p.9.

⁹³ Condomine (P.), *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, th. Lyon, 1912, p.134.

⁹⁴ Cf. *supra* n° 22 s.

scientifique d’Auguste Comte avait indirectement conduit la matière juridique à prendre ses distances à l’égard de disciplines porteuses de valeurs telles que la philosophie, cette logique semble aujourd’hui abandonnée⁹⁵. Le XXème siècle marque un regain pour l’analyse pluridisciplinaire et le décloisonnement des connaissances. Les tentatives de justifications du report de la sûreté sur l’obligation de restitution impliqueront donc la mobilisation d’outils puisés au sein d’autres domaines de compétences et, par conséquent, peu familiers au juriste (**Titre II**).

TITRE I : L’ORIGINE PRÉTORIENNE DU REPORT DE SÛRETÉ SUR L’OBLIGATION DE RESTITUTION

TITRE II : LA CONSÉCRATION LÉGALE DU REPORT DE SÛRETÉ SUR L’OBLIGATION DE RESTITUTION

⁹⁵ Chazal (J.-P.), art. préc., p.41.

TITRE I

L’ORIGINE PRÉTORTIENNE DU REPORT DE SÛRETÉ SUR L’OBLIGATION DE RESTITUTION

« Il existe des papillons jaune citron ; il existe également des Chinois jaune citron. En un sens, on peut donc définir le papillon : chinois nain ailé d’Europe centrale (...). On entrevoit ici pour la première fois la possibilité d’une concordance jamais étudiée encore, entre la faune lépidoptère et la civilisation chinoise. Que le papillon ait des ailes et pas le chinois n’est qu’un phénomène superficiel. Un zoologue eût-il compris ne fût-ce qu’une infime partie des dernières et des plus profondes découvertes de la technique, ce ne serait pas à moi d’examiner en premier la signification du fait que les papillons n’ont pas inventé la poudre : précisément parce que les Chinois les ont devancés »⁹⁶

34. Cette citation pointe du doigt les dangers d’un raisonnement analogique mal pensé. Alors que M. Bergel affirmait l’équation « *différence de nature (égale) différence de régime* »⁹⁷, le raisonnement analogique considère au contraire qu’un régime unitaire peut s’appliquer à des circonstances différentes. Décrite comme une « *métaphore du droit* » permettant « *un passage du connu à l’inconnu* »⁹⁸, l’analogie constitue un mode de pensée séduisant mais pouvant conduire à des situations abusives lorsqu’il est utilisé à mauvais escient. La question de la garantie des restitutions par la sûreté initiale fournit un exemple d’une utilisation insatisfaisante du raisonnement analogique. En effet, en 1982, la Cour de cassation fait œuvre créatrice⁹⁹ en déclarant que « *tant que les parties n’ont pas été remises dans l’état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l’obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable, que dès lors le cautionnement en considération duquel le prêt a été consenti subsiste tant que cette obligation valable n’est pas éteinte* »¹⁰⁰. Le principe de la garantie des restitutions par la sûreté initiale venait d’être posé, et fut

⁹⁶ Bouveresse (J.), *Prodiges et vertiges de l’analogie*, éd. Raisons d’agir, 1999.

⁹⁷ Bergel (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *R.T.D. civ.* 1984, p.255.

⁹⁸ Carbonnier (j.), *Droit civil*, vol.1, p.299, n°156.

⁹⁹ Sur le caractère créateur de la jurisprudence : Zénati (F.), « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd’hui », *R.T.D. civ.* 1992, p.361 : « *La jurisprudence suprême est une variété de législation, elle n’est néanmoins qu’une législation dérivée et auxiliaire* » ; Cadiet (L.), « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p.34 ; Canivet (G.), « La méthode jurisprudentielle à l’épreuve du juste et de l’injuste », in *De l’injustice au juste*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1997, p.101 ; Debruyne (F.), « Table ronde présidée par M. P. Bézard, président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, ss. dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p.138. *Contra* : Jestaz (P.), « Les sources du droit, le déplacement d’un pôle à un autre », *R.T.D. civ.* 1996, p.229 ; Dupeyroux (O.), « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury*, T.II, Dalloz-Sirey, 1960, p.321.

¹⁰⁰ Cass., Com., 17 nov. 1982, n°81-10.757.

réaffirmé par la suite à de nombreuses reprises¹⁰¹. Si son assise jurisprudentielle est suffisamment solide, puisque rares sont les solutions ayant contredit l’arrêt de 1982, la doctrine n’a quant à elle pas été séduite par cette règle. Ce courant jurisprudentiel a fait l’objet d’un certain nombre de critiques. Etudions leurs pertinences. Outre les remarques de fond qui seront traitées ultérieurement, c’est surtout sur la méthode de raisonnement de la doctrine que nous nous avouons sceptique.

35. Le défaut méthodologique inhérent aux critiques doctrinales. Dans les commentaires rendus sur le report de sûreté sur l’obligation de restitution, il est fait état que celui-ci serait contraire au principe de l’accessoire de la sûreté et à la rétroactivité de la nullité. Ces conclusions nous apparaissent fondées. Toutefois, il nous apparaît que les auteurs n’ont pas saisi les différentes nuances posées par ce courant jurisprudence. En effet, la garantie des restitutions par la sûreté initiale a été admise dans des cas d’espèces très différents. Le premier arrêt rendu en la matière¹⁰², l’a été dans l’hypothèse de l’anéantissement d’un contrat de prêt garanti par une sûreté. Par la suite, les auteurs ont rapproché de cette solution d’autres décisions où il était question de garantir des obligations, conséquence de la remise en cause d’une opération du droit de la distribution. Cette différence factuelle ne nous semble pas suffisamment ressortir dans les écrits doctrinaux. Les auteurs ont cristallisé leurs critiques autour de principes théoriques établis – accessoire, rétroactivité – sans avoir préalablement identifié la notion dont il était question. C’est sur ce point que le raisonnement analogique a été mis en œuvre de manière imparfaite. Deux situations juridiques pourtant bien distinctes ont été traitées ensemble. Les auteurs ont formulé à leur encontre les mêmes critiques alors que leurs différences justifiaient un traitement séparé. Un simple exemple illustrera ce propos : les contrats de la distribution reposent sur une structure duale – un contrat-cadre doublé de contrats d’application –. Or, un tel agencement ne se retrouve pas en matière de prêt. Cette seule différence suffit à distinguer les deux courants et justifie que les critiques faites dans un cas ne sont pas nécessairement transposables dans l’autre.

36. Proposition d’une nouvelle lecture du sujet. Dès lors, il apparaît nécessaire d’étudier les solutions prétoriques sous un angle nouveau. A notre sens, la faiblesse des analyses doctrinales réside dans l’absence de définition de la notion de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Les différents courants jurisprudentiels ont été assimilés, alors qu’ils n’avaient rien de commun, car le travail de qualification n’a pas été suffisamment exploité. Le cheminement intellectuel proposé, consistant à partir des arrêts de la Cour de cassation, a le mérite d’éviter les généralisations excessives. Il est davantage question de déterminer ce que l’expression « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » englobe.

37. Pour rappel, une qualification juridique implique deux choses : des éléments ainsi qu’un agencement particulier de ces derniers. Appliquons cette méthode au report de la sûreté sur l’obligation de restitution. L’analyse des premiers arrêts rendus en matière de prêt

¹⁰¹ Entre autres : Cass., Com., 4 fév. 1986, n°84-13.496, *Bull. civ.* IV, n°1 ; CA Versailles, 30 avril 1986, *D.* 1987, somm., 451 ; Cass., Com., 12 fév. 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n°61 ; Cass., Com., 12 janv. 2016, n°14-17.215.

¹⁰² Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n°357.

démontre que la garantie des restitutions par la sûreté initiale peut s’expliquer par la structure particulière de l’opération. La nature atypique de ce contrat permet d’atténuer les critiques formulées à l’encontre de ces décisions. En effet, le contrat de prêt contient une obligation de restitution qui lui est inhérente et c’est l’existence de cette dernière qui permet de justifier la solution de la Cour de cassation. Si une explication plausible a été trouvée, force est de constater que ces situations ne peuvent être qualifiées de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». La particularité du contrat de prêt ne permet pas de les faire rentrer dans le schéma classique imposé par cette qualification (**Chapitre 1**). À la suite de ce courant jurisprudentiel, la doctrine a souhaité rapprocher d’autres solutions rendues notamment en matière de droit de la distribution. Or, l’analyse rigoureuse de ces dernières doit également nous conduire à les exclure de notre champ d’étude en raison de l’absence d’un élément essentiel à la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». En effet, il apparaît évident que pour concourir à cette classification, deux conditions cumulatives sont nécessaires : une obligation de restitution valable et une sûreté constituée antérieurement à l’anéantissement du contrat garanti. Cependant, dans les faits des arrêts soumis à notre analyse de telles conditions font défaut, ce qui permet de passer outre les difficultés posées par la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LE MAINTIEN DE LA SÛRETÉ

CHAPITRE 2 : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU REPORT DE LA SÛRETÉ

CHAPITRE 1

« LE MAINTIEN DE LA SÛRETE »

« Rien n’empêche tant d’être naturel que l’envie de le paraître (...)
Nous gagnerions plus de nous laisser voir tels que nous sommes,
que d’essayer de paraître ce que nous ne sommes pas »¹⁰³

38. Présentation du courant jurisprudentiel. Dès 1982, la Cour de cassation a admis que la sûreté constituée pour garantir l’obligation initiale, dans le cadre d’un contrat de prêt, était automatiquement vouée à garantir les restitutions consécutives à l’anéantissement de celui-ci. Cette solution avait suscité un vent de critiques¹⁰⁴ compte tenu du fait qu’un tel prolongement de la garantie n’avait pas été envisagé par les parties¹⁰⁵. Alors que ces arrêts étaient promis à n’être qu’un épiphénomène, c’est dans une direction opposée que la Cour de cassation s’est engagée. En effet, cette solution a été reprise de multiples fois au point d’être consacrée par l’avant-projet de réforme Terré, relatif au régime de l’obligation. L’article 3 alinéa 2 disposait ainsi que « *les sûretés du prêt d’argent sont reportées de plein droit sur l’obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme* »¹⁰⁶. Le droit français ne fait pas figure d’exception car tant la jurisprudence coréenne¹⁰⁷ que la jurisprudence espagnole¹⁰⁸ ont également consacré la garantie de l’obligation de restitution,

¹⁰³ La Rochefoucauld (F.), *Réflexions ou sentences et maximes morales*, Les Classiques de Poche.

¹⁰⁴ Contamine-Raynaud (M.), note sous Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n°357, *D.*1983, p.527.

¹⁰⁵ Cf. *supra* n° 35 s.

¹⁰⁶ Aubert de Vincelles (C.) et Terré (F.) (ss. dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz 2009, p.1.

¹⁰⁷ Myoung (S.-K.), *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, préf. Ghestin (J.), Paris, L.G.D.J., 1996, p.219, n°249. L’auteur citant les références suivantes : Kim (J.-H.), « L’obligation de restitution et la portée du cautionnement », *Sa Bup Haeng Jung*, n°260, Séoul, Corée, Association coréenne des études judiciaire et administrative, août 1982, p.48. Kim (H.-T.), « L’obligation de restitution consécutive à la résolution est-elle à la charge de la caution ? », *Journal de l’association des avocats coréens*, n°5, Séoul, Corée, Association des avocats coréens, mai 1973, p.21. Voir également les solutions jurisprudentielles suivantes : CS, 16 sept 1967 (67 da 1482) et CS, 9 mai 1972 (71 da 1474).

¹⁰⁸ Vazquez de Casto (E.), «Consecuencias del cobro excesivo de intereses», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, 2003, p.678: “*La nulidad parcial no afectaría más allá y, por tanto, se pueden conservar las garantías del crédito. Parece necesario todo este equilibrismo conceptual para llegar al objetivo fijado de antemano por el Tribunal Supremo de salvar la validez de la fianza a toda costa*” (Pour une traduction : “La nullité partielle n’affecte pas l’obligation initiale avec la même force que la nullité totale. Ainsi, il est possible de conserver les sûretés initialement constituées. Il est nécessaire de conserver un équilibre entre pragmatisme et concepts techniques pour atteindre l’objectif, fixé par le Tribunal Suprême, de conserver la validité de la sûreté dans tous les cas »). De manière plus claire, l’auteur explique que le maintien des garanties a toujours été admis dans le cadre de nullité partielle. En revanche, conformément aux solutions jurisprudentielles, il semble nécessaire d’éteindre cette solution au cas de nullité absolue.

conséquence de l'anéantissement d'un prêt, par la sûreté initiale. Ce prolongement de la garantie dans des sphères non envisagées par les parties est relativement surprenant. La Cour de cassation avait déjà tenté d'étendre la couverture de la sûreté, indépendamment de la volonté des parties, mais elle était rapidement revenue sur sa jurisprudence. Tel fut le cas en matière d'indemnité d'occupation. Les juridictions du fond avaient considéré que la caution pouvait être tenue des indemnités d'occupation postérieures à la résiliation du bail¹⁰⁹. Autrement dit, la garantie était prolongée au-delà du champ contractuel initialement défini par les parties. Mais la Cour de cassation avait finalement abandonné cette solution en considérant que de telles créances recouvraient une nature indemnitaires qui empêcherait leur rattachement au socle contractuel. La garantie prise par la caution ne pouvait être prolongée au-delà de ce dernier¹¹⁰ sauf volonté expresse contraire¹¹¹. Dès lors, il convient de se demander si ce courant jurisprudentiel initié en 1982, constitue une nouvelle percée en faveur de la couverture de la sûreté hors du champ délimité par les parties. Une réponse positive s'impose si on considère que cette solution s'insère dans la qualification de « report de la sûreté sur l'obligation de restitution ».

39. Report ou maintien de la sûreté sur l'obligation de restitution ? A travers ses maximes morales, précédemment citées, François de la Rochefoucauld a voulu attirer l'attention du lecteur sur les dangers des apparences, qui peuvent se révéler trompeuses. L'apparence se limite au domaine du sensible et constitue un raccourci vers le monde de l'illusion. Si ces réflexions sont essentiellement applicables aux êtres humains, elles sont aisément transposables aux concepts scientifiques. A titre d'exemple, certains faits pouvaient donner l'apparence de revêtir la qualification de « report de la sûreté sur l'obligation de restitution » alors qu'en réalité ils échappaient aux difficultés inhérentes à cette qualification en raison de l'absence d'un élément essentiel¹¹². Tel n'est pas le cas de la solution consistant à reconnaître la validité de la sûreté en dépit de l'anéantissement du contrat de prêt garanti dans le but de couvrir les restitutions qui en sont consécutives. En effet, dans cette hypothèse les éléments nécessaires à la qualification de « report des sûretés sur l'obligation de restitution »

¹⁰⁹ CA Paris, 8 nov. 1975, *J.C.P. G.* 1978. II. 18908, note P. Simler; C.A. Paris, 11 oct. 1989, *D.1990*, somm. 310, obs. Bihl; Cass., Civ. 1^{ère}, 31 mars 1998, n°96-16.637, *Defrénois* 1998, p.1460, obs. A. Bénabent; *A.J.D.I.* 1998, p.1103, obs. C.-H. Gallet; Cass., Civ. 3^{ème}, 17 juil. 1968, *Gaz. Pal.* 1968, 2, p.322.

¹¹⁰ Cass., Civ. 3^{ème}, 14 nov. 1973, *Bull. Civ. III*, n°579, *R.T.D. civ.* 1974, p.633, obs. G. Cornu; *J.C.P. G.* 1974, IV, p.433, obs. B. Boccara; *Rev. loyers* 1974, p.328, obs. J. Viatte; *J.C.P. G.* 1978.II.18908, obs. P. Smiler; Cass., Com., 3 avr. 1990, n°87-14.091, *R.T.D. civ.* 1990, p.528, obs. M. Bandrac; Cass., Civ. 3^{ème}, 4 mars 1998, n°95-21.560, *Defrénois* 1998, p.1460, obs. A. Bénabent; Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 1999, n°97-12.982, *Defrénois* 1999, p.804, obs. A. Bénabent. *Contra* : Cass., Civ. 3^{ème}, 17 juil. 1968, *Bull. civ. III*, n°350, p.270. *Cf. infra* n° 195 s. Un débat similaire se tient concernant la garantie des indemnités dues à la suite d'une résolution contractuelle. De manière générale, la doctrine et la jurisprudence admettent la couverture de ces dernières, qui sont considérées comme des accessoires de la dette auxquels s'étend la sûreté initiale en vertu de l'article 2016 du Code civil. Si ce raisonnement ne pose pas de problème au regard du caractère accessoire de la sûreté, les difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit d'analyser la place de la rétroactivité dans ce processus. En effet, comment rattacher une dette de nature délictuelle au socle contractuel, censé être effacé par la mise en œuvre de la rétroactivité inhérente à la résolution contractuelle ? *Cf. infra* n° 381 s.

¹¹¹ Bandrac (M.), « Etendue du cautionnement d'un bail. Exclusion de l'indemnité d'occupation », *R.T.D. civ.* 1990, p.528, obs. sous Cass., Com., 3 avr. 1990, n°87-14.091.

¹¹² *Cf. infra* n° 84.

sont facilement identifiables (**Section 1**). Cependant, il convient de rappeler que cette qualification implique aussi un agencement particulier¹¹³. En l’occurrence, la jurisprudence permettant la survie de la sûreté à l’anéantissement du contrat de prêt se distingue par la nature même de ce contrat. L’opération de prêt inclut de manière automatique une obligation de restitution. La structure atypique de cet engagement, qualifié parfois de contrat de restitution, invite à s’interroger sur la nature juridique de l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement du contrat. Cette dernière semble avoir une nature contractuelle de sorte que la sûreté initiale ne serait pas reportée sur une nouvelle obligation mais maintenue sur l’obligation initiale. En ce sens, cette solution prétorienne apparaîtrait tout à fait justifiée. Toutefois, d’un point de vue terminologique, cette jurisprudence échappe à la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » pour s’insérer dans celle de « maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution » (**Section 2**).

SECTION 1 : LES CONDITIONS DE LA GARANTIE DES RESTITUTIONS DU PRÊT

40. En raison de l’absence d’un élément essentiel, certaines situations juridiques ont pu être qualifiées à tort de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Une telle qualification implique l’existence d’une sûreté constituée antérieurement à l’anéantissement contractuel (§2) et d’une obligation de restitution valable (§1). Ces deux composantes sont identifiables dans le cadre des solutions rendues en matière de contrat de prêt. *A priori*, leur cumul permettrait donc de reconnaître à cette jurisprudence la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ».

§1. L’existence d’une obligation de restitution valable

41. Ce courant jurisprudentiel soulève une première difficulté : il s’agit d’identifier le contrat générateur de l’obligation de restitution à garantir (A). La complexité résulte de l’existence d’une structure contractuelle particulière, à savoir l’imbrication de plusieurs contrats en vue d’une opération unique. Longtemps effacée par le principe d’effet relatif des conventions, cette situation n’a pas posé de difficulté particulière quant au sort de la sûreté. Cependant, les travaux de la doctrine et l’émergence de la notion de groupe de contrats sont venus obscurcir ce tableau en mettant en lumière une nouvelle grille de lecture de ce phénomène contractuel. Doublée au concept d’indivisibilité, celle-ci met clairement en

¹¹³ Cf. *supra* n° 34 s.

lumière toutes les interrogations liées au sort de la sûreté en cas d’anéantissement du contrat garanti (B).

A. L’identification du contrat générateur de restitution

42. Si dans un premier temps l’opération contractuelle visée ne posait pas de véritable difficulté (1), les travaux doctrinaux sur la notion de groupe de contrats ont conduit à une complexification du schéma classique (2).

1) Premier temps : la gloire de la simplicité

43. Les liaisons contractuellement dangereuses. A quelques exceptions près¹¹⁴, « la jurisprudence du maintien des sûretés en matière de prêt » intervient dans un contexte similaire. Un contrat principal, généralement un contrat de fourniture¹¹⁵ ou de vente¹¹⁶, se trouve financé par un prêt dont le remboursement est garanti par une sûreté. Le contrat principal se trouve par la suite annulé ou résolu pour quelque cause que ce soit. L’hypothèse est somme toute assez banale : imaginons l’acquisition par une personne d’un lot en l’état de futur achèvement, financé par un prêt, lui-même garanti par une sûreté. Si le promoteur ne satisfait pas à ses obligations, la vente pourra être résolue, entraînant des interrogations quant au maintien du prêt et de la sûreté. A ce stade, la question du sort de la sûreté ne mérite pas encore d’être posée. Le contrat de prêt forme un obstacle à la reconnaissance d’un lien direct entre la sûreté et le contrat résolu ou annulé de sorte que l’anéantissement du second n’a aucun impact sur le sort du premier. Autrement dit, l’obligation de restitution résultant de l’anéantissement du contrat de vente ou du contrat de fourniture ne peut être couverte par la

¹¹⁴ Cass, Com., 2 nov. 1994, n°92-14.487, *Deffrénois 1995*, n°6, p.423, obs. L. Aynès : les faits soumis à l’appréciation des juges diffèrent du schéma traditionnel. En l’espèce, un prêt garanti par deux hypothèques avait été annulé. Contrairement aux autres arrêts rendus, le prêt était ici atteint d’un vice qui lui était propre. Autrement dit, son anéantissement n’était pas la simple conséquence de la nullité du contrat principal. *Adde* Cass., Com., 12 janv. 2016, n°14-17.215. En l’espèce, il était question d’une convention d’investissement aux termes de laquelle une société s’engageait à effectuer une augmentation de capital et un apport en compte courant en faveur d’une seconde société. Un cautionnement avait été conclu pour garantir le remboursement des sommes apportées. Suite à la résolution du contrat d’investissement, les cautions avaient été activées en vue de garantir le remboursement de l’avance en compte courant.

¹¹⁵ Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ. IV.*, n°357, *D.1983*, p.527 obs. M. Contamine-Raynaud ; *J.C.P. 1984*, II, 20216 obs. C. Mouly et P. Delebecque ; Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ. IV.*, n°357, p.301, *R.T.D. civ. 1992*, p.799, obs. M. Bandrac.

¹¹⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 1er juil. 1997, n°95-15.642, *D.1998*, p.32, obs. L. Aynès ; *D.1998*, somm.110, obs. D. Mazeaud ; *L.P.A. 1998*, p.20, obs. M.-F. Mercadier-Francisci ; Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17. 357, *Bull. civ. I*, n°167, *RD. banc. fin., janv-févr. 2009*, comm.13, obs. D. Legeais ; *R.T.D. civ. 2009*, p.148, obs. P. Crocq ; *Deffrénois 2008*, p.2513, obs. E. Savaux ; *J.C.P. G. 2009 I*, p.138, obs. Y.-M. Serinet ; *Deffrénois 2009*, art. 39025, n°4, obs. P. Théry ; *R.D.C. 2009*, n°1, p.7, obs. A.-C. Muller ; *R.D.C. 2009*, p.205, obs. D. Houtcieff ; Cass., Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2012, n°11-22.815, *R.T.D.I. 2013*, n°1, p.27, obs. O. Gout ; Cass., Com., 7 avr. 2016, n°14-24.164, *Deffrénois 2016*, n°124, p.934 obs. C. Gijssbers.

sûreté faute d’affectation de cette dernière à la garantie du contrat principal¹¹⁷. Dès lors, aucune obligation de restitution valable, susceptible d’être prise en charge par la sûreté, ne peut être relevée. Cependant, une telle conclusion différerait si le contrat de prêt était lui-même anéanti, entraîné dans la chute du contrat qu’il finance. Dans cette seconde hypothèse, l’anéantissement contractuel en cascade conduit à engendrer une obligation de restitution pouvant rentrer dans le champ de couverture de la sûreté. Reprenons l’exemple précédent : la résolution du contrat de vente pour défaut d’exécution du promoteur, rendrait le prêt inutile et conduirait à son anéantissement.

44. Ce rapide panorama des alternatives possibles nous conduit à un raisonnement en deux temps où le sort de la sûreté en cas d’anéantissement du contrat financé se trouve indéniablement lié à l’état du contrat de prêt. Le dilemme réside dans le point de vue qui doit être adopté sur l’opération. D’un côté une certaine unité s’en dégage. Or, celle-ci est mise en porte à faux avec sa nature composite, où tous les éléments constitutifs ressortent de manière prégnante. La question essentielle est donc la suivante : l’unité de l’opération doit-elle prévaloir sur la volonté des parties de la scinder en plusieurs contrats distincts ? S’il est fait le choix de mettre en avant la volonté des parties à l’opération, la nullité ou la résolution du contrat principal ne devraient pas rebondir sur le contrat de prêt. Ce dernier continue de suivre son existence contractuelle tout en étant garanti par la sûreté initiale. Cette proposition n’est pas dénuée de sens, dans l’exemple précédemment mentionné, serait-il admissible que la banque prêteuse subisse les conséquences du défaut d’exécution du promoteur avec qui elle n’est aucunement liée. A l’inverse, s’il ressort que l’unité de l’opération doit prévaloir, force est de constater que sans contrat principal à financer, le prêt perd tout son intérêt et doit lui-même être remise en cause. Cette seconde alternative donnerait lieu à une obligation de restitution susceptible d’être garantie par la sûreté.

45. La première clé de lecture : l’effet relatif des conventions. Face à l’alternative soulevée, la réponse fut recherchée dans les principes généraux du droit des contrats. C’est tout naturellement vers **le principe de l’effet relatif des conventions** que les auteurs se sont tournés. Dans sa conception moderne, ce dernier se résume par le fait qu’un contrat ne peut ni nuire, ni profiter aux tiers¹¹⁸.

¹¹⁷ Cette remarque est importante car les juges du fond ont parfois eu tendance à rendre des solutions confuses : alors que la sûreté garantissait le remboursement du prêt, cette dernière fut rapprochée de l’obligation issue du contrat de vente initial. Autrement dit, il a parfois été question de dénier au contrat de prêt une existence propre, indépendante du contrat principal financé. *Ex.* : Cass., Com., 5 mars 1996, n° 93-20.778, *D.1996*, somm., p.327, obs. R. Libchaber. *Adde* Aynès (L.), « Groupe de contrats : effets de l’annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement », *D.1998*, p.32, obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 1er juil. 1997, n°95-15.642 : « *La Cour d’appel avait rattaché le cautionnement non pas au prêt, mais à la vente anéantie, par le détour de la « cause unique »* ; Pousson (A.), « Les effets produits par un contrat atteint d’une nullité totale », *R.R.J. 1996*, p.733 ; *Adde* Simler (P.), *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015, p.251, n°242 ; Seube (J.-B.), *L’indivisibilité et les actes juridiques*, préf. Cabrillac (M.), Paris, Litec, 1999, p.130, n°94.2.

¹¹⁸ Cette idée ressortait clairement de l’ancien article 1165 du Code civil qui disposait que « *les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121* ». Ce principe de l’effet relatif du contrat se rattache à la notion d’autonomie de la volonté. Les parties ont choisi par elles-mêmes de déterminer le contenu de l’accord. Les tiers ne peuvent s’intégrer dans cette relation contractuelle. En corollaire, celle-ci ne doit pas avoir d’impact autre que sur les parties. V. Larroumet (C.) et Bros (S.), *Droit civil, les obligations, le contrat*, Economica, T.III, 9^{ème} éd., 2018,

46. Ce principe de l’effet relatif des conventions, constamment réaffirmé en doctrine¹¹⁹, en jurisprudence¹²⁰ et par le législateur¹²¹, fut donc appliqué à l’objet de notre étude. La Haute juridiction fit ainsi le choix de privilégier une vision indépendante des contrats en considérant que « *le prêt distinct de la vente annulée et en dépit des restitutions résultées de l’annulation de celle-ci, continuait à produire tous ses effets au profit de la banque* »¹²². En décidant que le sort du prêt devait être dissocié de celui du contrat qu’il finance, la Cour de cassation opte en faveur d’une application rigoureuse de la théorie de la relativité des conventions. Le prêteur, tiers au contrat financé, ne doit pas voir ses droits remis en cause en raison de l’anéantissement de ce dernier. Le caractère global de l’opération ne supplante pas

p.806, n°741 : « *Ce principe est dans la logique de l’effet créateur d’un rapport d’obligation du contrat* » ; Chantepie (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° Le contrat, janv. 2018, n°100 (actualisation fév. 2020).

¹¹⁹ Aubert (J.-L.), « Réaffirmation du principe de l’effet relatif du contrat : le sous-traitant n’est pas contractuellement lié au maître de l’ouvrage », *D.1991*, p.321, obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n° 90-13.602, Besse : pour remettre en question la théorie des groupes de contrats, l’auteur se fonde sur la notion de prévisibilité : « *une telle condamnation (celle des groupes de contrats) me paraît d’ailleurs opportune dans la mesure où elle restaure la fonction prévisionnelle du contrat dans son intégrité* ». Pour une critique du groupe de contrats fondée sur son caractère subjectif, V. : Jamin (C.), « Une restauration de l’effet relatif du contrat », *D.1991*, p.257, obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n° 90-13.602.

¹²⁰ Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, Besse, *R.D.I. 1992*, p.71, obs. P. Malinvaud ; *D.1992*, p.149, obs. P. Jourdain ; *R.T.D. civ. 1991*, p.750, obs. P. Jourdain ; *D.1992*, p.119, obs. A. Bénabent ; *R.T.D. civ. 1992*, p.593, obs. F. Zénati ; *R.T.D. civ. 1992*, p.90, J. Mestre ; *D.1991*, p.321, obs. J.-L. Aubert ; *R.D.I. 1992*, p.27, obs. B. Bouli ; *D.1991*, p.257, obs. C. Jamin ; *J.C.P. G. 1991*, II, 21743, note G. Viney ; *J.C.P. E. 1991*, II, 218, note C. Larroumet ; *RJDA 1991*, n°771, concl. R. Mourier ; *C.C.C. 1991*, comm.200, obs. L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 8 janv. 1992, obs. J.-P. Karila. Pour plus de développements sur cette question v. : Lisanti-Kalczynski (C.), « Dix ans après l’arrêt Besse, que reste-t-il de l’action directe dans les contrats ? », *J.C.P. 2002.I.102* ; Puig (P.), « Faut-il supprimer l’action directe dans les chaînes de contrats ? », *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.913 ; Mainguy (D.), « L’actualité des actions directes dans les chaînes de contrats », *Mélanges J. Béguin*, Litec, 2004, p.449. Pour une affirmation du principe de relativité de la faute contractuelle (application de la théorie de l’effet relatif en matière de responsabilité civile). V. : Cass., Plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *R.D.I. 2006*, p.504, obs. P. Malinvaud ; *C.C.C. 2007*, comm.63, obs. L. Leveneur. Cet arrêt refuse l’application de la responsabilité contractuelle à l’égard d’un tiers mais consacre le principe « *qu’une faute contractuelle est en même temps une faute délictuelle à l’égard des tiers* » (Durry (G.), *R.T.D. civ. 1976*, p.132) ; Mais la Cour de cassation est venue renforcée sa jurisprudence en faveur de la relativité de la faute contractuelle en considérant que « *le seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle* ». Ainsi, pour engager la responsabilité délictuelle du tiers, il convient désormais de démontrer l’existence d’une faute délictuelle indépendante de tout manquement contractuel. V. : Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203. Mais l’Assemblée Plénière est récemment revenue à sa position initiale, qu’elle avait adoptée dans l’arrêt de 2006 : Cass., Plén., 13 janv. 2020, n°17-19.963, *D.2020*, p. 394, obs. M. Bacache ; *D.2020*, p.416, obs. J.-S. Borghetti. A l’inverse, l’article 1234 al.1 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 envisage de renverser cette solution jurisprudentielle en exigeant du tiers victime la preuve d’un fait générateur de responsabilité délictuelle.

¹²¹ Le principe de l’effet relatif du contrat est réaffirmé à la suite de la réforme du droit des contrats de 2016 à l’article 1199 du Code civil.

¹²² Cass, Com., 6 nov. 1961, *Bull. civ. III*, n°395 ; Cass., Com., 14 janv. 1963, *Bull. civ. III*, n°32 ; Cass., Com., 21 janv. 1963, *Bull. civ. III*, n°46 ; Cass., Com., 6 janv. 1965, *Bull. civ. III*, n°15 ; Cass., Com., 18 nov. 1970, *Bull. Civ. IV*, p.272 ; Cass., Com., 21 mars 1972, *J.C.P. G. 1973*, II, 17400, obs. A. Sayag ; Cass. Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1974, *J.C.P. G. 1975*, II, 18109, obs. J. Calais-Auloy ; Cass., Com., 13 nov. 1984, *Bull. civ. IV*, n°309. Adde : Sayag (A.), « La nullité des ventes non conformes à la réglementation du crédit », *J.C.P. G. 1972*, I, 2451, n°17 : « *il y a indépendance entre les deux contrats pourtant connexes de vente et de prêt* ».

l’autonomie reconnue à chaque contrat de l’ensemble, de sorte que « *l’unité économique qui sous-tend l’opération contractuelle complexe ne se traduit pas par une interdépendance juridique* »¹²³. Cette solution, certes contraignante pour la pratique, bénéficie de solides appuis théoriques. Outre le respect du principe de l’effet relatif des contrats, elle résulte également d’une lecture objective de la cause¹²⁴. Dans la conception classique, la cause se voit reconnaître un caractère objectif ; elle correspond au « *but direct et immédiat qui a poussé les parties à contracter* »¹²⁵. Autrement dit, « *la raison d’être générale* » de l’engagement des parties¹²⁶ est placée au centre du phénomène contractuel. Une telle définition ne se conçoit que dans le schéma d’un contrat isolé qui serait appréhendé comme « *une fin en soi dans la mesure où les parties recherchent le résultat qu’il est à même de leur procurer* »¹²⁷. Sébastien Pellé dans sa thèse sur l’indivisibilité contractuelle exprime parfaitement cette idée en considérant que « *la théorie actuelle de la cause, en cloisonnant les aspects objectif et subjectif, méconnaît cette hypothèse (l’imbrication contractuelle) en traitant tous les contrats comme s’ils étaient isolés. En effet, apprécier l’existence de la cause d’un contrat imbriqué à partir du concept de “cause objective”, c’est rechercher la cause uniquement à l’intérieur de ce contrat. Autrement dit, c’est le considérer comme un contrat isolé* »¹²⁸. Dans cette vision traditionnelle où les principes de relativité et de cause objective régnaient en maître, l’isolationnisme contractuel paraissait être la seule vision acceptable. Dès lors dans ce schéma classique, il n’était pas choquant que le contrat de prêt poursuive son existence juridique alors que le contrat qu’il finance se trouvait anéanti. Dans ces circonstances, le sort de la sûreté garantissant le prêt n’avait pas à se poser. Cette hypothèse était à exclure de notre champ d’étude en raison du défaut d’un élément essentiel, à savoir une obligation de restitution amenée à être garantie. Cependant, l’intervention de la notion de groupe de contrat est venue bouleverser ce parfait équilibre et suscita un regain d’intérêt pour la question du sort de la sûreté dans ce contexte.

2) Deuxième temps : le temps des difficultés

47. En 2005, Thomas Friedman affirmait avec provocation que « *la terre est plate* »¹²⁹. Loin d’être une allégation complotiste, cette expression pointe du doigt l’accroissement des

¹²³ Mazeaud (D.), « Groupe de contrats : effets de l’annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement », *D.1998*, p.110, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1er juil. 1997, n°95-15.642.

¹²⁴ L’emploi du terme « cause » est ici volontaire. Pour rappel, l’ordonnance du 10 février 2016 est venue abandonner la référence à « une cause licite dans l’obligation » (ancien article 1108 du Code civil) au profit de celle de « contenu licite et certain » (article 1128 du Code civil). Cependant, il s’agit de rechercher le fondement de la jurisprudence prônant un maintien du contrat de prêt en cas d’anéantissement du contrat financé. Or, cette dernière est antérieure aux changements opérés par l’ordonnance du 10 février 2016. Dès lors, le terme « cause » conserve tout son intérêt et sa pertinence dans le présent développement.

¹²⁵ Bacache (M.) et Waltz-Téracol (B.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° Indivisibilité, juil. 2018, n°95, (actualisation : juin 2021).

¹²⁶ Porchy-Simon (S), *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations*, 14^{ème} éd., 2022, Dalloz, n°260, p.145.

¹²⁷ Pellé (S.), *La notion d’interdépendance contractuelle contribution à l’étude des ensembles de contrats*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.64, n°261, p.230-231.

¹²⁸ Pellé (S.), th. préc., n°265, p.235.

¹²⁹ Friedman (T.), *La terre est plate : Une brève histoire du XXI^{ème} siècle*, Saint-Simon, 2005.

échanges induits par la mondialisation néo-libérale qui transforme la planète en une « *plateforme multipolaire d’échanges en temps réel* ». Cette course folle à la commercialisation-consommation s’est doublée d’une spécialisation accrue des acteurs économiques où le service « *à la carte* » est devenue la règle¹³⁰. Tous ces phénomènes socio-économiques ont trouvé une traduction juridique : **l’imbrication contractuelle**. Le contrat devient « *l’île d’un archipel animé d’une vie collective* »¹³¹ et les parties cessent de faire cavaliers seuls pour accepter l’intervention de tiers dans leur champ relationnel.

48. La théorisation du professeur Teyssié. Dans les années 70, un auteur se distingue¹³² en proposant une théorie générale de la notion émergente de **groupe de contrats**. A partir d’une observation rigoureuse des relations contractuelles, le professeur Teyssié dresse un panorama juridique des imbrications contractuelles¹³³. Le groupe de contrats serait formé, d’une part, des **chaînes de contrats** et des **ensembles contractuels** d’autre part. Alors que la première notion n’est qu’une application de l’adage « *Nemo plus juris...* », où chaque contrat constitue le maillon d’une chaîne portant sur un objet identique ; la notion d’ensemble contractuel est plus complexe¹³⁴. Elle renvoie à l’idée d’une organisation contractuelle circulaire, constituée autour d’une cause unique, où un personnage clé joue un rôle de pivot. Cette vision nouvelle conduit selon l’auteur a relancé les questionnements sur le sort du contrat de prêt en cas d’anéantissement du contrat financé¹³⁵. Procédons à la qualification juridique de cette opération avec les nouveaux outils mis à notre disposition. Le financement d’une opération mobilière ou immobilière se compose d’un contrat de vente et d’un contrat de prêt. L’articulation de ces deux contrats se fait par le biais d’un personnage central, l’acheteur-acquéreur, qui est partie aux deux conventions. Ce schéma rappelle sans difficulté celui des ensembles contractuels. Par ailleurs le contrat de prêt est reconnu comme un

¹³⁰ Pour une identification détaillée des éléments ayant conduit au phénomène de l’imbrication contractuelle v. Pellé (S.), th. préc., n°6, p.5. Adde : Teyssié (B.), *Les groupes de contrats*, préf. J.-M Mousseron, L.G.D.J., 1975, p.8, n°16.

¹³¹ Cabrillac (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges G. Marty*, Toulouse, 1978, p.235.

¹³² Teyssié (B.), *Les groupes de contrats*, préf. J.-M Mousseron, L.G.D.J., 1975.

¹³³ Teyssié (B.), th. préc., p.36, n°68.

¹³⁴ Pour une distinction entre les notions d’ensembles contractuels et de groupes de contrats V. : Aubert de Vincelles (C.), « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *R.D.C.* 2007, n°3, p.983. Pour l’auteur, la notion d’ensemble contractuel est fonctionnelle tandis que celle de groupes de contrats est conceptuelle : « *elle s’est manifestée d’abord par l’emploi récurrent de la même notion, celle « d’ensemble contractuel » suppléant en cela celle, plus doctrinale, de « groupe de contrats ».* » ; Najjar (I.), « La notion d’ensemble contractuel », in *Mélanges Decocq*, Litec 2004, p.509.

¹³⁵ Teyssié (B.), th. préc., p.177, n°345 ; Burst (J.-J.), « La nullité des ventes à crédit pour dépassement du crédit autorisé », *D.1970*, chr.68, p.65. De manière plus précise, une partie de la doctrine estime que la notion de groupe de conduit à une remise en question de l’effet relatif des contrats. En ce sens, v. Najjar (I.), « L’ensemble contractuel sur sa lancée... », *D.2005*, p.1105 : « *L’idée d’un ensemble contractuel, signe des temps, marque l’abandon des bornes abstraites et formelles ; il confirme l’avènement d’un nouveau concept...* » ; Piquet (S.), « L’indivisibilité des contrats », *D.1996*, p.142, n°8. L’argument invoqué par ces auteurs réside dans le fait que le groupe de contrats accorde davantage d’importance à l’aspect économique de l’opération qu’à la volonté exprimée par les parties. On peut toutefois douter de la pertinence d’un tel argument :

accessoire de la vente qu'il finance¹³⁶. Par conséquent, ledit ensemble contractuel formé par ces deux contrats serait donc à dépendance unilatérale, c'est-à-dire fondé sur une relation de principal à accessoire. Cela aurait pour conséquence de justifier un anéantissement en cascade des contrats présents en vertu de l'adage « *accessorium sequitur principale* »¹³⁷. Dans cette logique, la simple reconnaissance d'un ensemble contractuel formé d'un contrat de vente et d'un contrat de prêt devrait suffire à admettre que l'anéantissement du premier se propage au second. Cette théorie prit une véritable ampleur lorsque la doctrine décroisa la notion de groupe de contrats de sa vision théorique traditionnelle pour en livrer une approche plus fonctionnelle¹³⁸.

49. La mise en œuvre pratique du professeur Bacache-Gibelli. Le professeur Teyssié et quelques autres auteurs¹³⁹ avaient discrètement commencé à dresser les applications pratiques de la notion de groupe de contrats. Cependant, c'est à Mme Mireille Bacache-Gibeilli que revient le mérite de fournir une étude approfondie des conséquences de cette notion¹⁴⁰. Dans sa thèse de doctorat, intitulée « *la relativité des conventions et les groupes de contrats* », l'auteure propose une vision plus économique et fonctionnelle¹⁴¹ de cette notion nouvelle. Elle identifie plusieurs buts à la reconnaissance d'un groupe de contrats¹⁴², dont la mise en

¹³⁶ Seube (J.-B), th. préc., p.249, n°216 ; Pousson (A.), art. préc., *R.R.J.* 1996, p.716 ; Calais-Auloy (M.-Th.), « Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le « prêt lié » », *J.C.P.* 1984.I.3144, n°5 et 8 ; Burst (J.-J.), art. préc., p.65. Pour ces auteurs, la référence à la notion d'indivisibilité dans le cas de la vente financée par un prêt est incohérente. Il s'agit d'un ensemble à dépendance unilatérale, de sorte que l'anéantissement de la vente doit nécessairement entraîner le contrat de prêt dans sa chute. Cela s'explique par le lien de principal à accessoire, qui unit ces deux contrats. Sur la différence entre indivisibilité et accessoire V. : Seube (J.-B), th. préc., p.249 s ; Terré (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 1957, T.II, préf. R. Le Bale, n°485, p.390 ; Goubeaux (G.), *Règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.XCIII, 1969, préf. D. Tallon, p.274, n°141 ; Teyssié (B.), th. préc., p.177, n°345 s : « *Le contrat de vente n'étant que l'accessoire de la vente ne faut-il pas décider que la nullité de celle-ci se répercute sur le premier ?* ». Pour un exemple jurisprudentiel : Cass., Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-17.772. Cf. *infra* n° 55.

¹³⁷ Pousson (A.), art. préc., p.716 ; Goubeaux (G.), th. préc., p.91, n°46 s.

¹³⁸ Pour la distinction entre notions fonctionnelles et notions conceptuelles V. : Vedel (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P.* 1950, I, 851 : les notions conceptuelles « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes* » tandis que les notions fonctionnelles procèdent « *directement d'une fonction qui leur confère leur véritable unité* ».

¹³⁹ Néret (J.), *Le sous contrat*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CLXIII, 1979 ; Delebecque (P.), « La notion de groupe de contrats : quels critères ? », *Cah. dr. l'entr.*, 1989/4, p.25 ; Arhab (F.), « Les conséquences de la nullité ou de la résolution d'un contrat au sein d'un groupe de contrats », *R.R.J.* 1999, p.167.

¹⁴⁰ Bacache-Gibeilli (M.), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCLXVIII, 1996.

¹⁴¹ Pour une telle qualification de l'approche de Mme Bacache v. : Chaaban (V.R.), *La caducité des actes juridiques. Etudes de droit civil*, th. Paris II, préf. Lequette (Y.), L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CDXLV, 2006, n°164, p.160.

¹⁴² Bacache-Gibeilli (M.), th. préc. p.143 s., n°167 s. : L'auteur estime que la notion de groupe de contrats revêt trois fonctions majeures. Il s'agirait, dans les chaînes contractuelles, de fonder une action directe entre contractants extrêmes et de généraliser le principe de responsabilité contractuelle en cas d'inexécution d'un tiers au contrat qui serait membre du groupe contractuel. En ce sens, V. : Jamin (C.), *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCXV, 1991. V. : Cass., Civ.1^{ère}, 8 mars 1988, n°86-12.182, *R.T.D. civ.* 1988, p.551, obs. P. Rémy ; *R.T.D. civ.* 1989, p.74, obs. J. Mestre ; Cass., Com., 4 juin 1991, *Bull. civ. IV*,

œuvre d’anéantissements en cascade. Autrement dit, la notion d’ensemble contractuel permettrait de justifier les effets de la nullité d’un contrat sur le sort d’un autre faisant partie du même ensemble. Cette seconde fonction assignée à cette notion fut immédiatement reprise et développée par la doctrine à tel point que le professeur Mazeaud voit dans le groupe de contrats un « *effet extinctif* »¹⁴³. Une telle affirmation s’appuie en réalité sur l’observation d’un courant jurisprudentiel qui a donné vie à la notion de groupe de contrats en permettant à des contrats composant un même ensemble contractuel, de suivre un sort commun. La Haute juridiction n’a pas hésité, à plusieurs reprises et dans des contextes différents, à assigner un effet extinctif aux ensembles contractuels de telle manière que l’anéantissement d’un contrat de l’ensemble se répercutait sur les autres¹⁴⁴. Le sort de la sûreté garantissant le remboursement du prêt finançant un contrat principal anéanti semblait dès lors scellé ; le contrat principal, le prêt et la sûreté formant une opération unique, l’anéantissement de l’un devait se répercuter sur les autres. Cette situation conduisait à générer une obligation de restitution susceptible d’être garantie.

50. La période de doute et le renvoi à une nouvelle grille de lecture. Cette solution, qui avait le mérite de la simplicité, fut rapidement contestée tant en doctrine qu’en jurisprudence. De manière général, la notion de groupe de contrats avait d’ores et déjà été critiquée et son rôle se réduisait à une peau de chagrin¹⁴⁵. Cependant, la Cour de cassation, dans son

n°206 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, n°85-12.609, *Bull. civ. I*, n°202, *D.1989*, p.5, note C. Larroumet ; *J.C.P. 1988. II. 21125*, note P. Jourdain. Dans les ensembles contractuels, sa fonction serait tout autre et consisterait à favoriser le lien entre les contrats lors de l’anéantissement de l’un d’eux.

¹⁴³ Mazeaud (D.), « L’effet extinctif du groupe de contrats », obs. sous Cass., Com., 15 juin 1999, n°97-12.122, *D.2000*, p.363.

¹⁴⁴ En matière de location de matériel et de contrat de maintenance, V. : CA. Paris, 19 mars 1993, *R.T.D. civ. 1995*, p.363, obs. J. Mestre; Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, *J.C.P. E. 1997*, I, n°617, obs. J.-B. Seube. En matière de contrats d’édition, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, n° 98-18.476, *Bull. civ. I*, n° 94. *Adde* : Cass., Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Bull. civ. I*, n°69 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, *Bull. civ. I*, n°202.

¹⁴⁵ La remise en cause de la notion de groupe de contrats porta, dans un premier temps, sur la mise en œuvre de l’action directe au sein des groupes de contrats. Dans le célèbre arrêt Besse, la Cour de cassation, réunie en Assemblée Plénière, semble redonner au principe de relativité des conventions toute sa vigueur en refusant de reconnaître une action directe au bénéfice du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant. En ce sens, V. : Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602. *Adde* : Viney (G.), « L’action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats », *Mélanges Holleaux*, p.398 ; Larroumet (C.), « L’effet relatif des contrats et la négation de l’existence d’une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels », *J.C.P. 1991.I.3531*. Cette contestation de la notion de groupe de contrats s’accentua avec la résurgence de la faute extracontractuelle pour engager la responsabilité au sein d’un groupe de contrats. En effet, la haute juridiction avait, à plusieurs reprises, admis qu’un tiers à un contrat puisse se prévaloir d’une inexécution contractuelle pour obtenir réparation. Par un arrêt du 8 octobre 2002, elle revint sur cette position. Elle reconnaît ainsi la réparation du préjudice d’un tiers au contrat si ce dernier rapporte la preuve d’un dommage causé par l’un des contractants en raison de son comportement manquant au devoir général de ne pas nuire à autrui¹⁴⁵. Ainsi, cette décision met un terme au mouvement de contractualisation de la responsabilité au sein des groupes de contrats. En ce sens, V. : Cass., Com., 8 oct. 2002, n°98-22.858, *Bull. civ. III*, n°160, *R.T.D. civ. 2009*, p.121, obs. P. Jourdain. Pour une confirmation de cette jurisprudence : Cass., Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2008, n° 07-15.692 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *D.2017*, p.1225, note D. Houtcieff ; *D.2018.*, p.35, obs. C. Quezel-Ambrunaz ; *D.2018*, p.371, obs. M. Mekki, *R.D.I. 2017*, p.349, obs. P. Malinvaud ; *R.C.A. 2017*, obs. B. Bloch, *AJ. contrat 2017*, p.377, obs. F. Chénéde ; *R.T.D. civ. 2017*, p.651, obs. H. Barbier ; *R.T.D. civ. 2017*, p.666, obs. P. Jourdain ; Cass., Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n°10-17.691, *D.2012*, p.659, note D. Mazeaud ; *R.T.D. com. 2012*, p.393, obs. B.

mouvement d’affaiblissement des groupes de contrats, revint également sur sa jurisprudence traditionnelle en la matière. Les juges réaffirment, de manière récurrente, que l’anéantissement du contrat de vente n’entraînait pas dans sa chute le contrat de prêt finançant l’opération sauf à démontrer le **caractère indivisible de ces deux contrats**¹⁴⁶. Par ces solutions, la jurisprudence déplace la grille d’analyse. Alors que la doctrine considère que l’existence d’un groupe contractuel devrait suffire à prononcer l’anéantissement en cascade des contrats régissant une même opération, la jurisprudence s’oriente vers une lecture plus complexe du phénomène en exigeant la preuve d’une **indivisibilité** entre ces conventions. Par ce biais, il s’agit de permettre « *une résurgence voilée du concept de groupe de contrats* »¹⁴⁷, qui s’insère parfaitement dans les préconisations de la Haute juridiction. Celle-ci, dans son rapport annuel de 1991, indiquait que la condamnation de la théorie des groupes de contrats n’empêchait pas la mise en œuvre de possibles aménagements lorsque la sécurité juridique était en jeu¹⁴⁸. Comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir, la Cour de cassation bâtit une théorie des groupes de contrats sans en dire le nom. C’est donc par le biais de l’indivisibilité contractuelle que l’anéantissement en cascade trouva sa consécration. Autrement dit, pour caractériser l’existence d’une obligation de restitution découlant de l’anéantissement du prêt, il faut démontrer que celui-ci se trouve dans une situation d’indivisibilité à l’égard du contrat principal.

B. La notion d’indivisibilité comme nouvelle grille de lecture

51. Il a été démontré que la question du sort de la sûreté garantissant un contrat de prêt nécessite que ce dernier soit anéanti lorsque le contrat initialement financé est lui-même résolu ou annulé. Si l’existence d’un groupe contractuel aurait dû suffire à régler cette difficulté selon les écrits doctrinaux, la jurisprudence en a décidé autrement en exigeant la preuve d’un lien d’**indivisibilité entre les contrats de l’ensemble**. Alors que la notion d’indivisibilité était initialement utilisée pour caractériser la nature de certaines obligations, elle semble ici faire un pas supplémentaire dans le domaine des relations contractuelles¹⁴⁹. Si

Bouloc ; *J.C.P.* 2012, p.530, obs. P. Stoffel-Munck ; Cass., Com. 18 janv. 2017, n° 14-16.442, *D.2017*. p.1036, note D. Mazeaud ; *D.2018*, p.35, obs. C. Quezel-Ambrunaz ; *D.2018*, p.371, obs. M. Mekki ; *AJ. contrat* 2017, p.191, obs. A. Lecourt ; *R.T.D. civ.* 2017. p.651, obs. H. Barbier. *Adde* : Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par J.-J. Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d’avril à juillet 2016. Consultable en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

¹⁴⁶ Cass., Com., 21 déc. 1981, *J.C.P.* 1982, IV, pan, p.96 ; Cass., Com., 13 nov. 1984, *Bull. civ.* IV, n°309 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1992, *Bull. civ.* I, n°316, n°90-18.151 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1994, n°92-21.317, *Defrénois* 1995, art.34145, n°102, obs. D. Mazeaud. Sur cette question, *adde* : Ghestin (J.), *Traité de droit civil, la formation du contrat*, L.G.D.J. 1993, 3^{ème} éd., p.868, n°867.

¹⁴⁷ Jamin (C.), « Protection des consommateurs », *J.C.P. G.* 1994.II.22325, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1993, n°91-20.539.

¹⁴⁸ Rapport de la Cour de Cassation, 1991, La Documentation française, p.354 : « *Il n’est ainsi pas exclu que la jurisprudence établie par l’arrêt du 12 juillet 1991 connaisse quelques prolongements et adaptations à certaines situations concrètes* ».

¹⁴⁹ Mestre (J.), « Double facette de l’indivisibilité entre contrats », *R.T.D. civ.* 1995, p.363.

ce critère mit un certain temps avant d'être affirmé tant en jurisprudence que dans la loi (1), ses conséquences sont capitales pour régler le sort de la sûreté (2).

1) *La lente reconnaissance de l'indivisibilité de l'ensemble contractuel*

52. La reconnaissance législative. Le caractère indivisible de l'opération englobant un prêt et un contrat de vente financé se fit, dans un premier temps, par le droit spécial de la consommation¹⁵⁰. Par les lois Scrivener de 1978 et 1979, le législateur consumériste est venu refonder le régime du crédit octroyé à un consommateur. A cette occasion, il a été considéré que « *le contrat de crédit est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat de vente en vue duquel il a été conclu est lui-même résolu ou annulé* »¹⁵¹. Cette règle, d'ordre public, a été introduite à l'article L.312-55 du Code de la consommation. Son application est toutefois relativement stricte encadrée puisqu'il faut que la résolution ou la nullité du contrat principal soient prononcées judiciairement et que le prêteur intervienne ou soit mis en cause à l'instance¹⁵². Son champ d'application est également restreint, cette disposition ne concernant que les relations entre un professionnel et un consommateur en matière de crédit à la consommation¹⁵³.

53. La reconnaissance jurisprudentielle. Ce fut donc à la jurisprudence de continuer le travail engagé par le législateur en généralisation de l'interdépendance du contrat principal et du contrat de financement. Elle poursuit cette construction, toujours en droit de la consommation, en prévoyant une règle similaire à la précédente en matière de crédit immobilier. Au visa de l'article 9 de la loi du 27 juillet 1979, lequel dispose que l'offre de prêt est acceptée sous la condition résolutoire de la conclusion du contrat financé, et de l'ancien article 1184 du Code civil, la Haute juridiction a admis « *qu'en raison de l'effet rétroactif attaché à la résolution judiciaire du contrat de vente, celui-ci était réputé n'avoir jamais été conclu, de sorte que le prêt était résolu de plein droit* »¹⁵⁴. Un premier pas était

¹⁵⁰ Goldie-Génicon (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, n°509, 2009, p.13, n°8.

¹⁵¹ Article 9 alinéa 2 de la loi du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener. En ce sens : Sériaux (A.), « La distribution du crédit mobilier », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p.255 ; Synvet (H.), « Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p.344.

¹⁵² Cass., Com., 31 janv. 1995, *Bull. civ. I*, n°65.

¹⁵³ Pour une définition du crédit à la consommation, v. : Pellier (J.-D.), *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., 2021, p.230, n°177 ; Raymond (G.), *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2019, p.480, n°826 ; Julien (J.), *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., Lextenso, 2017, p.336, n°246 ; Calais-Auloy (J.), Temple (H.) et Depincé (M.), *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., 2020, p.391, n°341. Lorsque l'opération n'est pas soumise au droit de la consommation, la Cour de cassation prône le maintien du contrat de prêt même si la vente a été anéantie.

¹⁵⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1993, n°91-20.539, *J.C.P. G*, 1994.II.22325, note C. Jamin, *Defrénois 1994*, art. 35.845, p.823, obs D. Mazeaud. Pour une confirmation de cette jurisprudence V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 13 fév. 1996, n°93-20.894, *Bull. civ. I*, n°82 ; *R.D.I.* 1996 p.389, obs. J.-C. Groslière; *Defrénois. 1996* p.1367, obs. D. Mazeaud; Cass., Civ. 1^{ère}, 18 juin 1996, n°94-16.456, *Bull. civ. I*, n°262, *Gaz. Pal.* 1997. 1. somm.205, obs. S. Piedelièvre; Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juil. 1998, n°96-15.098, *Bull. civ. I*, n°242; Cass., Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2003, n°01-11.760, *C.C.C. 2004*, n°86, note G. Raymond; Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2005, n°03-10.456, *Bull. civ. I*, n°108,

franchi par les juges mais, ces solutions restaient cantonnées au droit spécial de la consommation. Ainsi en droit commun, le maintien du prêt en cas d’anéantissement du contrat financé continuait à s’imposer.

54. La seconde avancée jurisprudentielle se fit hors du champ du droit spécial. La Cour de cassation admit, de manière très anecdotique, que lorsque les protagonistes avaient « agi de concert », l’anéantissement du contrat principal se propageait au contrat de prêt le finançant¹⁵⁵. La solution nécessitait une appréciation au cas par cas puisque les conditions dans lesquelles les contrats avaient été conclus jouaient un rôle capital. Comme le rappelle le professeur Mestre, lorsqu’une action de concert est démontrée, « *les concertistes qui ont joué la même partition* » doivent connaître un sort commun¹⁵⁶ de telle sorte que l’anéantissement du contrat de vente entraîne dans sa chute le contrat de prêt, qui avait été conclu dans les mêmes circonstances.

55. La dernière étape suivie par la Cour de cassation porta sur l’appréciation de l’indivisibilité entre deux contrats de droit commun, conclus indépendamment d’une action de concert. Alors que les juges se fondaient sur des critères purement objectifs¹⁵⁷ pour prononcer un anéantissement en cascade, pour la première fois, ils ont déduit un lien d’indivisibilité entre deux contrats à partir de la volonté des parties¹⁵⁸. Dans un arrêt en date du 1^{er} juillet 1997, il a été jugé que la nullité de la cession de fonds de commerce entraîne la caducité du prêt le finançant sans qu’une action de concert puisse être caractérisée¹⁵⁹. Cette reconnaissance de l’indivisibilité subjective se fonde sur une nouvelle lecture de la notion de cause¹⁶⁰. Cette dernière était traditionnellement envisagée au niveau de l’obligation. En matière de prêt, cela signifie qu’elle réside dans la remise des fonds¹⁶¹. La cause ne jouait alors qu’au stade de la formation du contrat¹⁶². Néanmoins, sous l’influence des écrits de

R.T.D. civ. 2005 p.391, obs. J. Mestre; *R.T.D. com. 2005* p.576, obs. D. Legeais; *R.D.I. 2005* p.436, obs. H. Heugas-Darraspen; *A.J.D.I. 2005* p.746, obs. F. Cohet-Cordey; Cass., Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n° 02-11.759, *Bull. civ. I*, n° 205; *D.2006* p.1156, obs. A. Guegan-Lecuyer; *R.T.D. civ. 2005* p.596, obs. J. Mestre; *R.T.D. com. 2005* p.577, obs. D. Legeais. Déjà en ce sens, Cass., Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1992, n° 90-18.151, *Bull. civ. I*, n° 316, *R.T.D. civ. 1993* p.362, obs. P. Jourdain ; *R.D.I. 1993* p.236, obs. D. Tomasin ; *Deffrénois 1993* p.1133, note A. Honorat. *Adde* : Ravanis (J.), « De l’interdépendance dans l’exécution des contrats », in *Le droit du crédit au consommateur*, préf. I. Fadlallah, Litec 1992, p.415, notamment n°49 s.

¹⁵⁵ Cass., Com., 18 nov. 1970, *D.1971*, somm.48; Cass., Com., 26 janv. 1971, *Bull. civ. IV*, n°27, p.28; Cass., Com., 18 mai 1993, n°91-17.793; Cass., Com., 5 mars 1996, *Bull. civ., D.1996*, somm., p.327, obs. R. Libchaber; *D.1997*, p.343, obs. O. Tournafond; *C.C.C. 1996*, p.135, L. Leveneur; Cass., Com. 28 mai 1996, n°94-11.766, *Bull. civ. IV*, n°146, *C.C.C. 1996*, p.135 note L. Leveneur.

¹⁵⁶ Mestre (J.), art. préc., *R.T.D. civ. 1995*, p. 363.

¹⁵⁷ Pour une synthèse des critères objectifs de l’indivisibilité, V. : Boffa (R.), « Cause, caducité, indivisibilité : un bel ensemble notionnel », *D.2006*, p.2656, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, n°02-18.277 ; Bros (S.), « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.2009*, p.960. *adde* : Najjar (I.), art. préc., p. 516.

¹⁵⁸ Aynès (L.), art. préc., *D.1998*, p.32, obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 1er juil. 1997, n°95-15.642. Pour un autre exemple jurisprudentiel de la reconnaissance de l’indivisibilité fondée sur la volonté des parties, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *D.2006*, p.2656, obs. R. Boffa, *R.T.D. 2007*, p.105, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁵⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 1er juil. 1997, n°95-15.642, *D.1998*, p.32, obs. L. Aynès, *D.1998*, somm.110, obs. D. Mazeaud, *L.P.A. 1998*, p.20, obs. M.-F. Mercadier-Francisci.

¹⁶⁰ Piquet (S.), art. préc., *D.1996*, p.142, n°9 ; Moury (J.), « De l’indivisibilité entre les obligations et les contrats », *R.T.D civ. 1994*, p.276, n°15.

¹⁶¹ Aynès (L.), art. préc., *D.1998*, p.32, obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 1^{er} juil. 1997, n°95-15.642.

¹⁶² Boffa (R.), art. préc., *D.2006*, p.2656, obs. Sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277.

Capitant, la cause a été perçue comme un élément permanent du contrat pouvant être amené à avoir un rôle lors de l’exécution de celui-ci¹⁶³. De ces idées, une conception duale de la cause a émergé : chaque contrat conserve sa propre *causa proxima*, autrement dit, la cause qui lui est propre et en s’intégrant dans un groupe contractuel, il concourt avec les autres contrats à une *causa remota* unique¹⁶⁴. On retrouve cette idée dans l’arrêt du 1^{er} juillet 1997. En l’espèce, il était question d’un contrat de vente et de prêt qui avaient été conclus en même temps devant le même notaire. Ces circonstances de fait ont conduit les juges à considérer que « *les parties avaient entendu subordonner l’existence du prêt à la réalisation de la vente en vue de laquelle il avait été conclu* ». Ils poursuivent en estimant que ces deux contrats répondent à « *une cause unique* ». Cette référence semble renvoyer à la notion de *causa remota* précédemment décrite. En tout état de cause elle permet de fonder la reconnaissance de l’indivisibilité entre le contrat de cession et le contrat de prêt. L’admission de cette théorie n’aurait plus engendré de doute quant à notre préoccupation initiale. En effet, la majorité des opérations réalisées, où il est question d’un contrat principal et d’un contrat de prêt, semble indiscutablement faire un lien entre ces deux conventions. Dès lors, au vu de cette solution dans le cas qui nous intéresse, le prêt devrait être considéré comme étant systématiquement anéanti, ce qui donnerait lieu à une obligation de restitution susceptible d’être garantie. Pour autant, la doctrine se montra très critique avec la liberté prise par la Cour de cassation dans cet arrêt du 1^{er} juillet 1997¹⁶⁵. Celui-ci semblait donc voué à n’être qu’une solution d’espèce et le principe de maintien du prêt, en dépit de l’anéantissement du contrat financé, était alors conservé.

56. Il faut attendre l’année 2015 pour que la Cour de cassation affirme, une nouvelle fois, dans deux arrêts du 10 septembre 2015¹⁶⁶ et en dehors des dispositions du droit de la consommation, qu’un contrat de vente et le contrat de prêt le finançant forment un ensemble contractuel indivisible. Cette fois, elle fait le choix d’abandonner toute référence à la notion de cause. Selon le professeur Mazeaud, la première espèce ne peut suffire à affirmer un changement de paradigme de la part des juges suprêmes car, dans les faits, le vendeur et le prêteur avaient agi de concert. A en suivre l’auteur, il ne s’agirait donc que d’une application de la jurisprudence antérieure. En revanche, la seconde espèce est davantage probante. En effet, la Cour de cassation se retranche derrière le pouvoir souverain des juges du fond et

¹⁶³ Capitant (H.), *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923, n°11 : « *Le but que poursuit le contractant, ce n’est pas l’obligation de l’autre, laquelle intervient simultanément avec la sienne, mais l’exécution de cette obligation, c’est-à-dire la prestation à lui promise...* ». *Adde* : Cermolacce (A.), *Cause et exécution du contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 2001, n°109s. *Contra* : Louis-Lucas (P.), *Volonté, cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, th. Dijon, 1913, p.146 s. ; Rouhette (G.), *Contribution à l’étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, n°137, p.449.

¹⁶⁴ Seube (J.-B.), th. préc., p.206, n°167 ; Teyssié (B.), th. préc., p.95, n°176 ; Moury (J.), « De l’indivisibilité entre les obligations et les contrats », *R.T.D. civ.* 1994, p.276, n°15 ; Mazeaud (D.), « L’indivisibilité des contrats de vente et de prêt conduit à la résolution du prêt en cas de résolution de la vente », *AJ. contrat* 2015, p.469, obs. sous Cass., Civ.1^{ère}, 14 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772 : « *Le concept de cause traduirait le lien économique irréductible qui unit les contrats de l’ensemble* ».

¹⁶⁵ C’est surtout la lecture duale de la cause qui était source de critique. V. Aynès (L.), art. préc., *D.*1998, p.32, obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 1^{er} juil. 1997, n°95-15.642.

¹⁶⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772, *AJ. contrat* 2015, obs. D. Mazeaud, *D.*2015, p. 1837, obs. V. Avena-Robardet ; *R.T.D. civ.* 2016, p.111 obs. H. Barbier ; *R.T.D. com.* 2015, p.723, obs. D. Legais ; *J.C.P. E.* 2015, p.1548 obs. S. Le Gac Pech.

admet que le caractère indivisible de l’ensemble contractuel procède du lien accessoire unissant le contrat de prêt au contrat de vente¹⁶⁷. De cette évolution, on peut conclure que « pour l’heure, il est évident qu’une certaine harmonisation se dessine dans la jurisprudence de la première chambre civile s’agissant du sort des contrats de prêts affectés : que la solution trouve son fondement dans l’article L.311-32 du Code de la consommation ou dans l’indivisibilité contractuelle, la résolution du contrat de vente entraîne celle du contrat de prêt qui en est l’accessoire »¹⁶⁸. Ces décisions récentes semblent donc en faveur de la reconnaissance de la notion d’indivisibilité contractuelle¹⁶⁹. Celle-ci conduirait à l’anéantissement en cascade du contrat principal et du crédit affecté, de sorte qu’une obligation de restitution susceptible d’être garantie par la sûreté initiale pourrait être caractérisée. Par ailleurs, cette évolution, bien que non consacrée, se trouve renforcée par la consécration de cette notion au sein du Code civil¹⁷⁰.

2) *Les suites de l’application de l’indivisibilité*

57. La découverte de la caducité rétroactive du prêt. La consécration de l’indivisibilité vient bouleverser la lecture contractuelle classiquement admise. La reconnaissance d’un lien entre les actes conclus entre les mêmes personnes, voire entre des personnes différentes, emporte des conséquences étonnantes. Les principes traditionnellement appelés à fonder la matière contractuelle en sont remis en cause. Aux termes de l’analyse de l’évolution jurisprudentielle, nous avons montré que l’anéantissement du contrat de vente avait pour conséquence de remettre en cause le contrat de prêt. Ce dernier est tantôt considéré comme nul ou tantôt comme résolu¹⁷¹. Toutefois, la sanction la plus appropriée, au regard des nouvelles dispositions introduites par l’ordonnance du 10 février 2016, est la caducité¹⁷². Selon l’article 1186 du Code civil, la caducité vient à s’appliquer lorsque l’un des éléments essentiels à la vie contractuelle disparaît. Le second alinéa de cet article poursuit en visant la situation des ensembles contractuels. Il est admis que lorsque plusieurs contrats sont nécessaires à la réalisation d’une même opération contractuelle, si l’un vient à disparaître, il

¹⁶⁷ Mazeaud (D.), art. préc., *A.J. contrat 2015*, p.469, obs. sous Cass., Civ.1^{ère}, 14 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772.

¹⁶⁸ Avena-Robardet (V.), « Indivisibilité des contrats de prêt et de vente », *D.2015*, p.1837, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772.

¹⁶⁹ Voir en ce sens la reconnaissance d’une indivisibilité contractuelle entre un contrat de swap et un contrat de crédit-bail : Pailer (P.), « Indivisibilité ou autonomie du contrat de « swap » à l’égard d’un contrat principal de crédit-bail », *RD. banc. fin. 2015*, étude 8. *Adde* : Cass., Civ. 2^{ème}, 2 juil. 2020, n°17-12.611, *R.L.D.C. 2020*, obs. J.-B. Tap, n°186. *Cf. supra* n° 49.

¹⁷⁰ Bros (S.), « L’interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.2016*, p.29 : à propos de la caducité : « Il semblerait que le principe soit celui d’un anéantissement pour l’avenir et, par exception, un retour au statu quo ante ».

¹⁷¹ Bros (S.), art. préc., *D.2009*, p.960.

¹⁷² Bros (S.), « L’interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.2016*, p.29 ; Serinet (Y.-M.), « Effets de l’anéantissement en cascade d’un ensemble contractuel complexe et indivisible », *J.C.P. G. 2007.II.10184*, obs. sous Cass., Com. 5 juin 2007, n°04-20.380 ; Aubert de Vincelles (C.), art. préc., *R.D.C. 2007*, n°12, p.983 ; Amrani-Mekki (S.), « Indivisibilité et ensembles contractuels : l’anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois 2002*, n°33, p.355.

entraîne dans sa chute les contrats dont l’exécution est rendue impossible, ou ceux dont le contrat initialement anéanti était une condition déterminante du consentement des parties¹⁷³. La rédaction de ce nouvel article englobe donc une variété de situations car, outre la consécration du lien d’interdépendance objectif, elle reconnaît également une vision plus subjective de l’opération qui serait déduite de la volonté des parties. L’étendue du champ d’application de cet article se retrouve également au travers de l’emploi du terme « disparition » qui sous-entend que peu importe l’origine de l’anéantissement du contrat initial, la sanction de caducité trouvera à s’appliquer¹⁷⁴. Transposées à notre objet d’étude, ces dispositions devraient entraîner la caducité du contrat de prêt en raison de la disparition d’un contrat avec lequel il était lié, à savoir le contrat initial financé¹⁷⁵. Il apparaît logique de considérer que les parties à l’ensemble contractuel ont fait du contrat financé une condition nécessaire et déterminante du consentement au prêt. Or, une fois cet enchaînement technique résolu, notre interrogation initiale, portant sur le sort de la sûreté en cas d’anéantissement du prêt garanti, ne trouve toujours point de réponse. En effet, la notion de caducité a été, dans un premier temps, interprétée de manière restrictive et exclusive de toute idée de rétroactivité¹⁷⁶. Autrement dit, elle priverait le contrat d’efficacité uniquement pour l’avenir mais le passé contractuel restait maintenu. Selon cette vision, la caducité du prêt n’entraînait pas d’obligation de restitution susceptible d’être garantie par la sûreté initiale¹⁷⁷. Aucun retour au *statu quo ante* n’étant prévu, le passé du contrat de prêt se maintenait et seule l’obligation de restitution inhérente à l’opération se retrouvait. Ainsi, la sûreté continuait de garantir l’obligation primitive et toute la difficulté induite par l’hypothèse de report de la sûreté faisait ici défaut.

58. Cependant, la doctrine a progressivement quitté cette vision romaine de la caducité pour en proposer une lecture plus moderne, où la rétroactivité aurait toute sa place¹⁷⁸. L’origine de ce changement se trouve justement en matière de contrats indivisibles. La découverte de la notion de contrats indivisibles est venue jeter un pavé dans la mare tranquille de la caducité non rétroactive. Dans un arrêt en date du 11 mars 1992, rendu en matière de financement d’un contrat de construction annulé, la Cour de cassation a considéré « *qu’en*

¹⁷³ Seube (J.-B.), « L’article 1186 du projet : la caducité », *R.D.C.* 2015, p.769 ; Wicker (G.) et Boucard (H.), « Les sanctions relatives à la formation du contrat. Articles 1178 à 1187 », *J.C.P. G.* 2016, suppl. n°21, p.32.

¹⁷⁴ Houtcieff (D.), « Les sanctions des règles de formation des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (ss. dir.), Dalloz 2009, p.223, n°31.

¹⁷⁵ Dissaux (N.) et Jamin (C.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, p.87.

¹⁷⁶ Serinet (Y.-M.), art. préc., *J.C.P. G.* 2007.II.10184, obs. sous Cass., Com. 5 juin 2007, n°04-20.380.

¹⁷⁷ *Contra* : Chaaban (V.R.), th. préc., p.355, n°404. Pour l’auteur, une caducité non rétroactive n’est pas incompatible avec la notion de restitution : « *Pour non rétroactive qu’elle soit, la caducité des actes juridiques à formation progressive autorise, sans paradoxe, les restitutions* ». Cf. *infra* n° 346 s.

¹⁷⁸ Chaaban (V.R.), th. préc., p.12, n°20 : « *Défendre aujourd’hui la non-rétroactivité de la caducité relève d’un certain goût pour le conformisme. Les auteurs ne font en réalité que perpétuer les suites d’une législation totalement obsolète que plus rien ne justifie. Leur réflexion sur la portée de la notion est faussée par les impératifs d’une politique juridique existant sous la bannière romaine* ». Également en faveur d’une caducité rétroactive, V. : Mouly (C.), *Les causes d’extinction du cautionnement*, th., Litec, 1979, préf. M. Cabrillac, n°201, p.241 : l’auteur évoque « *une forme spéciale de caducité, qui joue en arrière dans le temps puisque l’obligation principale a disparu avec un effet rétroactif* ». *Contra* : Pelletier (C.), *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L’harmattan, th. Paris XII, 2004, n°308.

*statuant ainsi, alors que la construction réalisée au moyen des prêts litigieux n’étant pas conforme au cahier des charges du lotissement, l’annulation du contrat de construction emporte anéantissement rétroactif des obligations contractuelles résultant des contrats de prêt, la Cour d’appel a violé le texte susvisé »*¹⁷⁹. L’emploi de l’expression « anéantissement rétroactif » démontre l’hésitation de la Haute juridiction face à une situation qui évoque la notion de caducité mais qui implique une idée de rétroactivité. Dans un second arrêt en date du 12 juin 2001, la chambre commerciale est allée encore plus loin en dénaturant la notion de résolution pour éviter d’évoquer une potentielle rétroactivité de la sanction de caducité. En l’espèce, il était de la cession d’un droit au bail portant sur un local commercial. Le commerçant, souhaitant installer une activité de vente de vêtements avait conclu un contrat en vue d’acquiescer de la marchandise. Après avoir reconnu le caractère interdépendant de ces deux contrats, les juges ont considéré que la nullité de la cession du droit au bail entraînait la résolution du contrat de vente¹⁸⁰. Or, la résolution d’un contrat implique de caractériser une inexécution par l’une des parties, ce qui était un élément manquant dans ce cas d’espèce. Paralysés par la conception classique de la caducité à laquelle ils n’osent porter atteinte en reconnaissant un caractère rétroactif, les juges ont choisi de dénaturer la sanction de résolution. Ils sont passés outre les conditions de mise en œuvre de la résolution afin de faire prévaloir ses effets, à savoir la rétroactivité. Face à ces incohérences et sous la pression d’une doctrine majoritaire, la jurisprudence a fini par reconnaître le concept de caducité rétroactive par un arrêt du 5 juin 2007. En l’espèce, il était question de la caducité d’un contrat de vente. La Cour de cassation a tiré toutes les conséquences de cette sanction en imposant une restitution du bien vendu et du prix payé¹⁸¹. Une telle vision n’a pas de quoi surprendre car elle avait, d’ores et déjà, été implicitement mise en œuvre dans l’arrêt du 1^{er} juillet 1997 où la caducité du contrat de prêt imposait à l’emprunteur de restituer les sommes qui lui avaient été avancées.

59. L’existence d’une obligation de restitution. Finalement consacrée par l’ordonnance du 10 février 2016, la notion de caducité rétroactive a une importance considérable dans le cadre de notre objet d’étude car elle donne des éléments de réponse sur le sort de la sûreté en matière d’anéantissement en cascade. Pour rappel, la difficulté dont nous avons fait état résidait dans l’absence d’obligation de restitution à garantir. Or, cela faisait échec à la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Cependant, l’évolution que nous avons retracée a permis de démontrer que cet élément essentiel, à savoir l’obligation de restitution, est bien présente dans notre hypothèse d’étude. En effet, tel que cela avait été affirmé de manière timide par la jurisprudence dans l’arrêt du 1^{er} juillet 1997, l’anéantissement du contrat principal donne lieu à la caducité du prêt le finançant. L’application de la rétroactivité de cette sanction entraîne un retour vers le *statu quo ante*, impliquant la mise en œuvre des restitutions. Ces dernières sont susceptibles d’être garanties par la sûreté initialement constituée pour assurer le remboursement du prêt. L’analyse des

¹⁷⁹ Cass., Civ. 3^{ème}, 11 mars 1992, *Bull. civ. III*, n°79, p.47.

¹⁸⁰ Cass., Com., 12 juin 2001, n°98-19.787, *R.J.D.A. 2001*, n°1187 ; *R.T.D. Civ. 2002*, p.96 obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁸¹ Cass., Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, *D.2007*, p.1723, obs. X. Delpech ; *R.T.D. civ. 2007*, p.569, obs. B. Fages.

effets du groupe contractuel formé par un contrat de vente et un contrat de prêt le finançant a donc permis de mettre en lumière la première condition nécessaire à la qualification « de report des sûretés sur l'obligation de restitution », à savoir une **obligation de restitution valable**. Qu'en est-il, maintenant, de la seconde condition portant sur l'existence d'une sûreté constituée antérieurement à l'anéantissement contractuel ?

§2. L'existence d'une sûreté constituée antérieurement à l'anéantissement contractuel

60. L'existence d'une sûreté... Comme nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer, la jurisprudence « du report des sûretés sur l'obligation de restitution découlant de l'anéantissement du prêt » s'est développée à partir de faits identiques. Le premier élément de ce schéma complexe réside dans la caractérisation d'un contrat principal financé par un prêt. Dans un second temps, la qualification envisagée implique l'existence d'une sûreté, valablement constituée, venant garantir le contrat de prêt. Or, cette condition ne fait l'objet d'aucune difficulté particulière car il paraît évident que dans une grande majorité des cas les prêteurs vont chercher à garantir le remboursement de leurs créances par une sûreté¹⁸². Dans un article, au titre évocateur de « *Crédit et sûretés* », les professeurs Cabrillac et Teyssié n'hésitent pas à mettre l'accent sur « *l'appétit de sûretés des établissements de crédit* »¹⁸³. Dans le même ordre d'idées, M. Gavalda évoque une liste « *longue et variée* » des sûretés exigées en pratique pour la garantie du banquier prêteur¹⁸⁴. Enfin, le professeur Piedelièvre, dans son étude dédiée aux crédits à la consommation, tente d'apporter une définition précise de la notion d'opération de crédit en esquissant ses principales caractéristiques. L'auteur comptabilise trois éléments inhérents à l'opération de crédit : un décalage entre la fourniture de crédit et sa restitution, une idée de risque et, comme une conséquence de ces deux premiers éléments, la nécessité d'une sûreté¹⁸⁵. L'auteur insiste sur le fait qu'il n'est pas évident que cette dernière soit une condition absolument essentielle. Pour autant, elle constitue un moyen d'atténuer le risque lié à l'opération de crédit¹⁸⁶. Le droit européen est également en ce sens.

¹⁸² Piedelièvre (S.), *Rép. com.*, Dalloz, v° Crédit à la consommation, 2018, n°46 : « *Il sera très souvent exigé des sûretés qui permettront d'assurer une sécurité plus ou moins efficace au fournisseur de crédit* ».

¹⁸³ Cabrillac (M.) et Teyssié (B.), « Crédit. Sûretés », *R.T.D. com.* 1994, p.329.

¹⁸⁴ Gavalda (C.), *Rép. int.*, Dalloz, v° Etablissement de crédit et banque, 1998, n°178.

¹⁸⁵ Raymond (G.), « Crédit à la consommation – Régime du Code de la consommation », *J.-Cl. Banc.*, fasc. 719, 2018. Également en matière de crédit à la consommation, le professeur Raymond sous-entend que la sûreté serait inhérente à l'opération de crédit. Une telle idée se retrouve dans la structure de son propos, alors qu'il traite du « droit commun des prêts d'argent », il intègre une partie entière dédiée à la notion de sûreté. Cette étude ne fait que traduire les dispositions consuméristes. Celles-ci imposent des règles particulières en matière de sûreté pour la garantie des crédits à la consommation et des crédits immobiliers, de sorte que l'opération de crédit semble impliquer l'existence d'une sûreté.

¹⁸⁶ Piedelièvre (S.), op. cit., n°46 : « *L'exigence de sûreté est plus une marque de défiance que de confiance (...)* Même s'il y a une liaison étroite entre le crédit et les sûretés, cette liaison n'empêche pas toujours absolument le risque ». Raymond (G.), op. cit., n°43 : « *Le prêteur cherche à se garantir au mieux pour être certain de l'exécution par l'emprunteur de son obligation de paiement* ».

Le Tribunal de l’Union Européenne ne manque pas de rappeler la nécessité de qualifier correctement les aides versées par les collectivités territoriales au regard des lignes directrices de la Commission. En l’espèce, les faits portaient sur des avances octroyées par des collectivités territoriales françaises à un constructeur de matériel ferroviaire en difficulté économique. Les protagonistes avaient qualifié le versement de ces sommes de prêt. Toutefois, la juridiction européenne a estimé que le fait que ces avances aient été octroyées sans exiger aucune sûreté en garantie du remboursement conduisait à les qualifier d’aides et non de prêts¹⁸⁷. Ces différents constats semblent converger vers l’idée que l’opération de crédit se conçoit difficilement sans l’existence d’une sûreté. La seconde condition nécessaire à la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » serait donc remplie. Cette vision est d’ailleurs retranscrite dans les arrêts étudiés, puisque le prêt finançant le contrat principal se trouve systématiquement garanti par un cautionnement¹⁸⁸. Les solutions retenues en matière de cautionnement ont par la suite été transposées à l’hypothèque¹⁸⁹. Par ailleurs, si les arrêts à notre portée ne font entrer en jeu qu’un cautionnement ou qu’une hypothèque, les solutions sont aisément applicables à d’autres types de sûretés¹⁹⁰. La nécessité d’une sûreté susceptible de garantir les restitutions ne pose donc aucune difficulté majeure.

61. ...Constituée antérieurement à l’anéantissement contractuel. L’existence d’une sûreté ne suffit pas à obtenir la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution », encore faut-il que cette dernière ait été constituée avant l’anéantissement du contrat garanti. Il a été démontré que la constitution d’une sûreté *a posteriori* permet d’échapper à toutes les difficultés inhérentes au schéma étudié¹⁹¹. C’est donc la garantie de deux obligations successives, dont une n’a pas été initialement prévue, qui confère à la question tout son intérêt. Le professeur Aubert insiste particulièrement sur cet élément temporel si nécessaire à la qualification de « report des sûretés sur l’obligation de restitution ». Selon lui, « *la garantie se transporte naturellement de la restitution, obligation principale du prêt, à la restitution qu’impose la nullité du contrat* »¹⁹². La sûreté doit donc avoir été constituée pour garantir l’obligation initiale et se trouver à couvrir une nouvelle obligation issue de l’anéantissement contractuel. Certains auteurs vont plus loin en justifiant la compatibilité de la solution retenue avec le caractère accessoire de la sûreté par cette idée de double garantie. Telle est l’analyse proposée par le professeur Legeais pour qui l’obligation découlant de la nullité du contrat constitue « *un substitut à l’obligation de remboursement* »¹⁹³ initiale. Dans la relation avec la sûreté, la seconde obligation vient prendre la place de la première, ne rompant ainsi pas le lien d’accessorité. De même, Mme Michel insiste sur la modification de l’obligation de la caution. Selon son raisonnement,

¹⁸⁷ Trib. UE, 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais et communauté urbaine de Douaisis*, T.-267/08 et T.-279/08.

¹⁸⁸ *ex.* : Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n°357.

¹⁸⁹ Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ. I*, n°167.

¹⁹⁰ *Cf. infra* n° 271 s.

¹⁹¹ *Cf. infra* n° 94.

¹⁹² Aubert (J.-L.), *Deffrénois 1984*, art. 33251, n°25. *Cf. infra* n° 220 s.

¹⁹³ Legeais (D.), « L’hypothèque peut garantir l’exécution de l’obligation de restitution consécutive à l’annulation d’un prêt », *RD. banc. et fin. janv.-fév. 2009*, comm.13, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008.

l’anéantissement du contrat laisse persister des obligations qui vont entraîner une modification de la sûreté initiale. Cette dernière va être conduite à couvrir toutes les obligations inhérentes à l’opération qu’elles soient antérieures ou postérieures à l’anéantissement du contrat¹⁹⁴.

62. Cet élément temporel n’est pas à sous-estimer, il semble occuper une place importante dans la justification des solutions rendues en la matière dans les droits étrangers. En effet, tant la jurisprudence coréenne¹⁹⁵ que la jurisprudence espagnole¹⁹⁶ ont admis qu’une sûreté garantissant le remboursement d’un prêt pouvait être « transposée » sur les obligations découlant de l’anéantissement de ce contrat. La doctrine, tentant de justifier ces solutions, met l’accent sur la notion de double garantie où la sûreté est affectée à la garantie d’un premier rapport juridique puis à un nouveau déduit d’une conversion du premier¹⁹⁷. Dès lors, les questions soulevées par ce schéma ne prennent leur sens que lorsque la sûreté est antérieure à la remise en cause du prêt. C’est justement le fait que les difficultés apparaissent en présence d’une double garantie qui justifie que cet élément soit un critère de qualification nécessaire du « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ».

63. Synthèse. « La jurisprudence du contrat de prêt » s’est développée autour de faits presque toujours identiques. Il s’agit généralement d’un contrat de vente financé par un prêt, lui-même garanti par un cautionnement ou une hypothèque. L’anéantissement du contrat de vente produit des conséquences sur le contrat de prêt. Celui-ci se trouve, à son tour remis en question. Le retour des parties au *statu quo ante* va entraîner la mise en œuvre de restitution. Une obligation de restitution, susceptible d’être garantie peut donc être caractérisée dans notre hypothèse d’étude. **La sûreté initialement constituée pour couvrir l’obligation principale du prêt** survit à l’anéantissement de ce dernier pour garantir l’obligation restitution. Les deux conditions nécessaires à la qualification de « report des sûretés sur l’obligation de restitution », à savoir une obligation de restitution valable et une sûreté constituée antérieurement à l’anéantissement du contrat garanti, se trouvent donc réunies. Cependant, une notion ne se définit pas uniquement par les éléments qui la composent mais également par un certain agencement entre ces derniers¹⁹⁸. Il s’agit donc d’analyser le fonctionnement de la garantie des restitutions en matière de prêt pour déterminer si cette hypothèse peut concourir à la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ».

¹⁹⁴ Michel (C.-A.), *La concurrence entre les sûretés*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.DLXXX, 2018, p.127, n°119.

¹⁹⁵ Myoung (S.-K.), th. préc., p.219, n°249.

¹⁹⁶ Vazquez De Casto (E.), art. préc., p. 668.

¹⁹⁷ Cf. *infra* n° 79.

¹⁹⁸ Cumyn (M.) et Gosselin (F.), « Les catégories juridiques et la qualification, une approche cognitive », *Mc. Gill Law Journal*, p.329, en particulier p.358. Les auteurs reprennent les propos de M.Bergel : « Si toutes les formes susceptibles d’affecter un concept n’ont pas à encombrer sa définition, celle-ci doit comprendre tous les éléments et toutes les interactions impliqués dans ce concept et dont la réunion est nécessaire et suffisante pour l’identifier (...) la définition d’un concept juridique doit en décrire la substance et en révéler les critères distinctifs (...) il faut alors qu’à la définition donnée ne puisse correspondre qu’un seul concept. Si l’on attribue une qualification, une fois en fonction de l’absence ou de la présence des éléments E1 + E2, et une autre fois de celle des éléments E3 + E4, cela signifie soit que cette qualification correspond à deux concepts distincts, soit qu’elle s’applique à un seul concept (E1 + E2 + E3 + E4), mais qui n’est chaque fois qu’insuffisamment défini ».

SECTION 2 : LA STRUCTURE DE LA GARANTIE DES RESTITUTIONS DU PRÊT

64. L'analyse comparatiste de la solution a permis de dégager un constat général : le droit espagnol et le droit coréen reconnaissent la survie de la sûreté et la garantie des restitutions découlant de l'anéantissement du prêt. En revanche, cette solution ne fait pas l'objet de généralisation à d'autres formes contractuelles. Cette restriction de la règle interpelle inévitablement et génère son lot de questions. Pourquoi reconnaître uniquement la garantie des restitutions consécutives à l'anéantissement d'un prêt ? Est-ce la particularité de ce contrat qui permet d'expliquer la solution ? Il est vrai que le contrat de prêt présente une certaine originalité du fait de l'existence d'une obligation de restitution, qui lui est inhérente (§1). L'explication de cette jurisprudence trouverait donc son origine dans le lien particulier unissant l'obligation de restitution initiale et celle issue de l'anéantissement contractuel (§2).

§1. Les particularités du contrat de prêt

65. Le contrat de prêt est souvent défini en doctrine comme étant un contrat de restitution (B). Or, pour comprendre cette qualification, il convient de revenir sur la définition et la classification des restitutions, dégagées par Mme Malaurie (A).

A. *La classification des restitutions posée par Mme Malaurie*

66. **Le point de départ du raisonnement : la dépendance au rapport initial.** Dans les tentatives de définitions de la notion de restitution, la plupart des auteurs insistent sur deux points essentiels. D'abord, la variété des hypothèses de restitutions qui interviennent dans l'ensemble des branches du droit civil et dans des cas extrêmement diversifiés¹⁹⁹. Ensuite, le point commun à toutes ces situations réside dans l'idée d'un retour au *statu quo ante*. En ce sens, les restitutions permettraient de revenir à un état antérieur du droit. La professeure Malaurie, empruntant l'expression au procureur Matteis, structure sa thèse autour de l'idée de flux-reflux. Les restitutions auraient alors vocation à revenir sur un flux de valeurs existant et en constitueraient le reflux. L'auteure poursuit en mettant en évidence la dépendance du droit des restitutions à l'égard du rapport initial. Ainsi, il serait vain de vouloir construire un droit commun des restitutions car ces dernières sont liées à leurs faits générateurs qui divergent

¹⁹⁹ Pour un inventaire à la Prévert, v. : Malaurie-Vignal (M.), *Les restitutions en droit civil*, th. Cujas, 1991, p.31.

d’une situation à l’autre²⁰⁰. Par exemple, il semble difficile de rapprocher la restitution de l’usufruit avec la restitution consécutive à une nullité contractuelle. Le champ d’application de ces deux institutions diffère tellement que les analyser sous un angle commun paraît impossible. Cette définition des restitutions fut, par la suite, reprise et développée par la professeure Guelfucci-Thibierge. Dans sa thèse de doctorat, l’auteure tente de trouver un juste fondement au phénomène restitutoire. Raisonnant à partir d’une hypothèse de nullité contractuelle, elle estime que « *l’obligation de restituer consécutive à l’annulation du contrat est fondée sur l’accomplissement d’une prestation en exécution du contrat entaché d’une cause de nullité puis annulé* »²⁰¹. La pertinence de cette analyse pourrait être discutée. En effet, l’existence d’une prestation exécutée en vertu d’un contrat nul et annulé apparaît davantage comme une condition d’application de l’action en restitution que comme un véritable fondement à l’obligation de restitution²⁰². Quel que soit le point de vue adopté, ces développements ont le mérite d’insister sur le lien ténu existant entre les restitutions et l’état antérieur du droit qui les a provoquées²⁰³. L’effet restitutoire serait en réalité une forme de stade transitoire entre deux états ; « *Un système de vases communicants qui fonctionne machinalement* »²⁰⁴, qui relierait une situation initiale à l’origine des restitutions et un état futur qui replacerait les parties dans un contexte proche de celui antérieur à l’opération.

67. Le point d’arrivée du raisonnement : la distinction « restitutions normales » et « restitutions anormales ». A partir des définitions proposées, la professeure Malaurie émet le constat suivant : en fonction du type de restitutions, la dépendance à l’égard du rapport initial est plus ou moins marquée. L’auteure constate ainsi que certains contrats fonctionnent sur un principe de restitution. Dans cette hypothèse, l’exécution même du contrat doit permettre de revenir sur un mouvement de valeur qui lui est antérieur. C’est notamment le cas du contrat de bail d’habitation. Le locataire, lors de l’exécution du contrat, a été mis en possession de la chose d’autrui. En fin de bail, il lui incombe donc une obligation de restitution, qui implique de mettre le propriétaire en mesure de reprendre possession du bien loué²⁰⁵. A l’inverse, Mme Malaurie démontre que des techniques juridiques telles que la nullité ou la résolution contractuelle génèrent également des restitutions mais qui n’ont aucun point commun avec la catégorie précédente. En effet, ces institutions ont vocation à remettre en cause les principes gouvernant l’économie du contrat²⁰⁶. C’est cette même idée que l’on retrouve dans les écrits de Carbonnier lorsque ce dernier fait référence à un « *contrat à*

²⁰⁰ Sur l’idée d’un droit commun des restitutions, voir les droits anglo-saxons où les restitutions sont traitées dans un corpus de textes, indépendants du droit des contrats ou de la responsabilité. En ce sens : Birks (P.), *An introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Paperbacks 1985 ; Burrows (A.), *The law of Restitution*, oxford, Third Edition.

²⁰¹ Guelfucci-Thibierge (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 1992, p.380, n°657.

²⁰² Génicon (T.), th. préc., p.664, n°923.

²⁰³ Adde : Cohet-Cordey (F.), « Nullité et restitutions », *A.J.D.I.* 2005, p.331 : « *La détermination du contenu des obligations des parties est étroitement attachée au fondement de celles-ci* ».

²⁰⁴ Stoffel-Munck (P.), note sous Cass., Civ. 1ère, 11 mars 2003 et Cass., Civ. 3ème, 12 mars 2003, *R.D.C.* 2004, p.265.

²⁰⁵ Aubert de Vincelle (C.) et Noblot (C.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Bail », sept. 2018, n°139.

²⁰⁶ Adde : Cohet-Cordey (F.), art. préc., p.331.

l’envers » ou « *contrat synallagmatique renversé* »²⁰⁷. Les restitutions ne s’insèrent plus ici dans un processus contractuel créateur de richesses mais elles vont venir réintégrer un flux de valeur dans le but de corriger les effets du temps. Le droit des restitutions forme donc « *un droit de l’équilibre, de la mesure et de la prudence* »²⁰⁸. A partir de la mise en lumière de ces deux catégories de restitutions, Mme Malaurie propose une nouvelle classification fondée sur l’origine de ces dernières. Elle oppose ainsi les restitutions qualifiées de « normales » à celles reconnues comme étant « anormales ». Les premières s’insèrent dans un processus contractuel établi, les secondes manifestent l’échec d’un contrat qui n’a pas rempli les objectifs en vue desquels il avait été conclu. Ces quelques éléments de définition ayant été présentés, il convient de les mettre en perspective avec la situation qui nous intéresse. Toute la difficulté à laquelle nous sommes confrontée résulte du fait que le prêt contient une obligation de restitution nécessaire à son exécution et que son anéantissement peut conduire à une autre obligation permettant un retour au statut quo ante. Autrement dit, ici une obligation de restitution normale et une obligation de restitution anormale peuvent être amenées à se chevaucher. Pour comprendre davantage cette particularité, analysons la situation étudiée au regard de la distinction proposée par la professeure Malaurie.

B. Le contrat de prêt, contrat de restitution

68. L’expression « contrat de restitution » est parfois utilisée en doctrine mais sans qu’une véritable définition n’en ait été posée. Par conséquent, avant de qualifier le contrat de prêt de contrat de restitution (2), il convient d’apporter des précisions sur une telle notion (1).

1) La définition du contrat de restitution

69. « **Contrat de restitution** » n’est pas synonyme de **contrat réel**. Dans un article récent portant sur l’application des taux d’intérêt négatif, M. Jérôme Lasserre Capdeville écrit avec conviction, à propos du contrat de prêt, qu’il « *s’agit d’un contrat de restitution* »²⁰⁹. Il ne s’agit pas de remettre en question le fait que le contrat de prêt intègre une obligation de restitution dans le cadre de son exécution. Cela constitue une évidence admise depuis longtemps en droit français. Le propos est ici d’ordre terminologique : qu’implique la qualification de contrat de restitution pour le prêt ? Doit-on tenir cette expression pour synonyme de contrat réel ? A notre connaissance, l’expression « contrat de restitution » reste peu employé en doctrine. Une seule auteure a tenté d’en apporter une définition, il s’agit de la professeure Cattalano qui estime que cette notion renvoie « *aux contrats par lesquels une personne se voit transférer la garde ou certaines utilités d’un bien de façon temporaire* »²¹⁰.

²⁰⁷ Carbonnier (J.), *Droit civil*, vol.2, n°1022, p.2101.

²⁰⁸ Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.17.

²⁰⁹ Lasserre-Capdeville (J.), « Un prêteur ne saurait, en principe, verser une rémunération à un emprunteur suite à l’application d’un indice devenu négatif », *D.2020*, p.1501.

²¹⁰ Cattalano (G.), « Les obligations communes aux contrats de restitution – le mythe aux prises de la réalité », in *l’offre de réforme des contrats spéciaux*, p.58.

Hormis cette prise de position, la majorité de la doctrine a tenté d'apporter des éclaircissements sur cette nouvelle classification des contrats en la rapprochant des contrats réels. Tel est le cas de M. Petit et Mme Rouxel qui estiment que « *le Code civil de 1804 conférerait un caractère réel à quatre contrats, dits de restitution...* »²¹¹. Aux termes de cette analyse, « contrats réels » et « contrats de restitution » seraient des expressions tenues pour synonymes. Un tel rapprochement mérite d'être écarté, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, il se heurte à un obstacle technique majeur lié au rétrécissement de la catégorie des contrats réels. En effet, ces derniers sont définis par l'article 1109 du Code civil comme ceux pour lesquels leur « *formation est subordonnée à la remise d'une chose* ». La validité du contrat est donc dépendante d'un acte matériel de mise en possession ou de mise à disposition de la chose prêtée²¹². Cependant, le législateur²¹³ ainsi que la jurisprudence sont venus réduire considérablement la portée de cette classification de contrat au point qu'il est devenu opportun de se demander s'il existe encore des contrats réels en droit français²¹⁴. Ainsi, par un arrêt en date du 28 mars 2000, la Cour de cassation a sorti le prêt d'argent, consenti par un professionnel du crédit²¹⁵, de la catégorie des contrats réels²¹⁶. Ainsi, un contrat de prêt conclu entre un établissement de crédit et un particulier ne serait plus un contrat réel mais, selon les propos de M. Lasserre de Capdeville, conserverait la qualification de contrat de restitution²¹⁷. Le second reproche formulé à l'égard de ce rapprochement notionnel réside dans la confusion

²¹¹ Petit (B.) et Rouxel (S.), « Classification des contrats », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 15 nov. 2016 (actualisation 31 août 2019), n°37.

²¹² Attard (J.), *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique*, th. Aix-Marseille, 1999, ss. dir. de P. Delebecque, p.16, à propos d'un contrat de prêt : « elle (la classification de contrat réel) relève de l'idée que la seule volonté des parties est insuffisante pour créer un rapport d'obligations : il faut encore, pour que le contrat soit formé, que le prêteur remette les fonds à l'emprunteur ou à un tiers ». Deshayes (O.), Genicon (T.) et Laithier (Y-M), *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, p.77.

²¹³ V. : l'article 2336 du Code civil, introduit par l'ordonnance du 23 mars 2006, par lequel le gage mobilier est devenu un contrat solennel.

²¹⁴ Jobard-Bachelier (M.-N.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *R.T.D. civ.* 1985, p.1 ; Overstacke (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, Litec, Bibl. dr. privé, T.XCI, 1969, p.69. La notion de contrats réels tend à se réduire comme une peau de chagrin et sa survie reste en suspens. Les différents projets européens de codification ne l'ont jamais reprise et la réforme du droit des contrats du 20 février 2016 pourrait être complétée par une réforme des contrats spéciaux qui viendrait définitivement éteindre cette classification contractuelle. En ce sens : Kassoul (H.) et Gantschnig (D.) (ss. dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2021.

²¹⁵ En revanche, le contrat de prêt consenti par un particulier reste un contrat réel. En ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n°02-20.374, *Bull. civ. I*, n°128, *R.T.D. com.* 2006, p.460, obs. D. Legeais ; *J.C.P. E.* 2006, II, 10109, obs. S. Piedelièvre ; *C.C.C.* 2006, p.19, n°128 obs. L. Leveneur ; Cass., Civ. 1^{ère}, 28 fév. 1995, *Bull. civ. I*, n°107.

²¹⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *D.2002*, p.640, obs. R. Martin ; *D.2001*, p.1615, obs. M.-N. Jobard-Bachelier ; *D.2000*, p.358, somm. P. Delebecque ; *D.2000*, p.482, obs. S. Piedelièvre ; *Gaz. Pal.* 2000, p.21, obs. F. Ghilain ; *J.C.P. G.* 2000.II.10296, concl. J. Sainte-Rose ; *C.C.C.* 2000, p.10, n°106, obs. L. Leveneur : « le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel » ; *R.T.D. com.* 2000, p.991, obs. M. Cabrillac ; *D.2000*, p.239, obs. J. Faddoul ; *Defrénois* 2000, art. 37188, n°41, obs. J.-L. Aubert.

²¹⁷ Lasserre-Capdeville (J.), art. préc., *D.2020*, p.1501. La qualification de « contrat de restitution », utilisée par l'auteur, renvoie à un contrat de prêt conclu entre un professionnel du crédit et un particulier, où était débattu l'application de taux négatifs. V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mars 2020, n°18-23.803.

des rôles de la restitution et de la tradition. En effet, qualifier un contrat de réel, c’est s’intéresser avant tout à sa validité. Autrement dit, il s’agit d’une analyse *a priori*, avant que le contrat n’ait pu matérialiser ses effets. En ce sens, la sortie du contrat de prêt consenti par un professionnel à un particulier de la sphère des contrats réels apparaît des plus satisfaisantes. Si le contrat n’est pas réel, c’est principalement pour contraindre le prêteur à effectuer la remise, condition nécessaire pour qu’une obligation de restitution soit mise à la charge de l’emprunteur. En faisant référence à la qualification de réel ou de consensuel, on tend à se placer au stade de la formation de la convention. A l’opposé, la notion de contrat de restitution fait davantage écho à son mode d’exécution. Ce constat est particulièrement saillant dans l’article de Mme Cattalano, où elle tente d’esquisser les obligations principales de la catégorie des contrats de restitution. C’est donc sur le terrain de l’exécution que se focalise son attention. Par voie de conséquence, assimiler contrat de restitution et contrat réel reviendrait à confondre les fonctions assignées à chacune de ces notions.

70. La restitution normale, élément inhérent à la qualification de « contrat restitution ». Le rapprochement des contrats de restitution de la notion de contrat réel s’avère être un échec. Il convient donc de tenter de déterminer une définition autonome de cette nouvelle classification contractuelle. Pour ce faire, il est nécessaire de revenir à l’élément central à savoir les restitutions. Dans ce type de contrats, une obligation de restitution pèse sur l’une des parties ; l’exécution du contrat passe automatiquement par le biais d’un processus restitutionnel. Au regard de la distinction précédemment tracée entre les restitutions normales et les restitutions anormales, il apparaît évident que la première catégorie soit au cœur de la définition du contrat de restitution. Dès lors, cette classification regroupe deux hypothèses possibles, qui se distinguent par la place que prennent les restitutions en leur sein. D’une part, il peut s’agir d’un contrat impliquant un transfert de propriété temporaire et nécessitant en conséquence une restitution. Cette dernière constitue l’obligation principale pesant sur la partie qui a été mise en propriété de la chose. D’autre part, cette catégorie englobe également les contrats de détention précaire, tel que le prêt d’usage²¹⁸, le bail²¹⁹ ou encore le dépôt²²⁰. Ces derniers sont générateurs de restitution où celle-ci joue un rôle secondaire mais néanmoins nécessaire pour que le contrat ne fasse pas l’objet d’un défaut d’exécution. La notion de contrat de restitution se fonde donc uniquement sur l’existence d’une restitution normale qui lui est inhérente. En ce sens, cette classification regroupe les contrats réels mais les dépasse pour épouser d’autres formes contractuelles telles que le bail. Ces remarques ont une importance capitale dans le cadre de notre étude : la notion de contrat de restitution a en effet pu être utilisée comme voie d’explication à la survie de la sûreté.

²¹⁸ Garnier (M.), *Le prêt à usage*, th. Nancy II, 2002, p.447 et s.

²¹⁹ Sur l’obligation de restitution en matière de bail : Cass., Civ. 3^{ème}, 13 oct. 1999, n°97-21.683, *Bull. civ. III*, n°202 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 9 janv. 2008, n°07-11.379.

²²⁰ Article 1915 CCiv. *Adde* : Le Tourneau (P.), *Rép. com.*, Dalloz, v° « Dépôt », avr. 2018 (actualisation : oct. 2020).

2) *Les conséquences de la définition de contrat de restitution*

71. Les arrêts étudiés portent sur une hypothèse de prêt à la consommation, c’est donc à ce contrat que nous allons limiter nos développements. Qualifier ce contrat de « contrat de restitution » implique de démontrer qu’il est construit autour d’un schéma restitutif. Deux éléments sont susceptibles de mettre à mal une telle démonstration : la question de bilatéralisation du contrat de prêt qui conduirait à noyer les restitutions dans un processus plus complexe et la possibilité d’aménager conventionnellement les restitutions voire de les rendre incertaines.

72. La bilatéralisation du contrat de prêt à la consommation. Ce contrat se caractérise par une mise en propriété de l’emprunteur. En effet, ce dernier « *devient le propriétaire de la chose prêtée ; et c’est pour lui qu’elle périclète, de quelque manière que cette perte arrive* »²²¹. Or, la propriété n’est que précaire ; l’emprunteur doit, *in fine*, rendre ce qui a été prêtée sous la forme d’équivalence. Ainsi, l’article 1892 du Code civil dispose qu’il incombe à l’emprunteur de « *rendre autant de même espèce et qualité* ». Les restitutions font donc partie intégrante du contrat de prêt et sont un élément essentiel pour que l’exécution du contrat soit reconnue. Avant les travaux de M. Attard sur la bilatéralisation du prêt d’argent, il semblait même que le phénomène restitutionnel constituait l’obligation centrale de l’opération. En effet, l’auteur affirme qu’il existe à travers ce contrat une forme de réciprocité des obligations : « *si l’emprunteur restitue les fonds et paye les intérêts, c’est parce qu’il a reçu cette somme ; si le prêteur avance cet argent, c’est parce qu’il attend, en retour, d’être payé d’un intérêt et remboursé du capital prêté* »²²². Cependant, comme le souligne M. Attard, cette réciprocité ne tient qu’à la condition de considérer que la remise des fonds à l’emprunteur n’est pas nécessaire à la validité du contrat. Autrement dit, le contrat de prêt peut être considéré comme synallagmatique que s’il est fait fi de son caractère réel. La jurisprudence a fait un pas en ce sens en considérant que le prêt d’argent consenti par un professionnel à un particulier est un contrat consensuel²²³. Dès lors, l’obligation de restitution serait, certes, un élément du contrat de prêt mais il ne s’agirait plus du point central de l’opération. Pour autant, cette analyse jurisprudentielle ne s’est pas traduite par une évolution doctrinale remarquable quant à la place occupée par les restitutions dans ce contrat. A titre d’exemple dans le répertoire rédigé par le professeur Grua, portant sur la distinction entre le prêt à usage et le prêt de consommation, il est rappelé le caractère unilatéral du contrat de prêt. L’auteur y explique son raisonnement de la manière suivante : en dépit de l’arrêt de 2000²²⁴, ces contrats conservent une nature réelle de sorte qu’ils se forment par la livraison de la chose. Ainsi, l’opération ne

²²¹ Aubry (C.), Rau (C.), *Droit civil français*, éd. Techniques, 6^{ème} éd. par E. Bartin, 1942, T.III, § 394 s ; Baudry-Lacantinerie (G.), Barde (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, T.X, Librairie de la société du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1906, n° 687 s. ; Planiol (M.), Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1954., T.XI, n° 1135 s, p.414 s.

²²² Attard (J.), th. préc., p.16, n°5.

²²³ Cf. *supra* n° 68.

²²⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105. Cf. *infra* n° 78. Pour des solutions similaires antérieures en matière consumériste : Cass., avis, 9 oct. 1992, n°92-04.000, *Bull. civ. 1992*, n°4 ; Cass., civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, n°96-17.312, *Bull. civ. I*, n°186, *D.1999*, p.194, obs. M. Bruschi ; *D.2000*, p.50, obs. J-P. Pizzio ; *D.1999*, p.28, obs. M.-N. Jobard-Bachelier.

peut se définir qu’autour de la seule obligation de l’emprunteur de restituer la chose prêtée et, éventuellement de payer les intérêts²²⁵. Un développement similaire se retrouve dans les écrits de Mme Pignarre²²⁶. Dans le cadre de l’exécution du contrat de prêt à la consommation, l’auteure relève une obligation principale incombant à l’emprunteur et qui consiste en la restitution des sommes prêtées. Du côté du prêteur, seules des obligations accessoires sont mises à sa charge ; il s’agit essentiellement de respecter les termes convenus dans la convention et de mettre en garde son cocontractant sur les risques liés à l’opération²²⁷. Le déclassement du contrat de prêt en contrat consensuel, opéré par la jurisprudence n’aurait qu’une portée symbolique, les conséquences pratiques étant considérablement atténuées par la doctrine. Ces analyses confirment qu’en dépit des tentatives de bilatéralisation du contrat de prêt à la consommation l’obligation de restitution reste au centre de l’opération. Cette dernière ne pouvant se concevoir et se définir sans ce processus restitutoire.

73. L’aménagement conventionnel de l’obligation de restitution. L’article 1901 du Code civil dispose que la restitution de la chose prêtée pourra se faire par équivalent dès que l’emprunteur en aura les moyens. Cette possibilité a été utilisée à plusieurs reprises en pratique et des prêteurs généreux n’ont pas hésité à assortir la convention d’une clause stipulant que « *l’emprunteur paiera aussitôt que possible* »²²⁸. De même, la pratique a vu fleurir des stipulations contractuelles prévoyant que le remboursement s’effectuera « *lorsque la situation le permettra* »²²⁹. La jurisprudence de la Cour de cassation s’est montrée favorable à de telles stipulations en admettant la pleine efficacité de ces dernières²³⁰. Cependant, reconnaître la possibilité que l’obligation de restitution soit incertaine²³¹ n’est-ce pas aller contre l’idée que cette dernière serait l’essence même du prêt ? Une réponse négative doit être apportée à cette question car dans cette hypothèse l’obligation de restitution ne disparaît pas. Elle est simplement conditionnée au retour à meilleure fortune du débiteur²³². Autrement dit, aménager conventionnellement l’obligation de restitution et la soumettre à un terme ou une condition n’est pas synonyme d’un abandon total de cette dernière. S’il est possible, aux termes du Code civil, d’imaginer un contrat de prêt avec une restitution conditionnée à la situation financière de l’emprunteur, il est, en revanche, illusoire de concevoir cette forme contractuelle sans restitution. D’ailleurs, outre le fait que ces

²²⁵ Grua (F.), « Prêt ; distinction entre le prêt à usage et le prêt de consommation », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 21 déc. 2015 (actualisation 25 mars 2020), n°49 s.

²²⁶ Pignarre (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Prêt », janv. 2016 (actualisation sept. 2020), n°164 s.

²²⁷ En ce qui concerne l’obligation de respecter les termes convenus, voir l’article 1889 du Code civil qui dispose que le prêteur doit respecter le terme fixé. Il ne peut donc demander la restitution de la chose prêtée avant la date conventionnellement choisie. Pour un exemple jurisprudentiel de l’obligation de mise en garde du prêteur, V. : Cass., Com., 11 avr. 2018, n°15-27.133. Pour plus de développement sur des obligations incombant au prêteur, V. : Attard (J.), *Le contrat de prêt d’argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique*, th. Aix-Marseille, 1999.

²²⁸ CA Orléans, 19 janv. 2017, n°16/00973.

²²⁹ CA Bordeaux, 6 janv. 1869, *S.1869*, 2, p.136.

²³⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 6 nov. 1973, n°71-12.641 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1990, n°89-13.899, *Bull. civ. I*, n° 255 ; *D.1990*, p. 292, obs. G. Paisant ; *R.T.D. civ. 1991*, p. 333, obs. J. Mestre ; Cass., Civ. 1^{ère}, 9 juil. 2015, n°14-22.253 et n°14-25.152.

²³¹ Lasserre-Capdeville (J.), art. préc., *D.2020*, p.1501.

²³² Grua (F.), fasc. préc., n°118.

hypothèses sont relativement rares en pratique, elles sont aussi strictement encadrées. Admettre un prêt dont l’échéance serait intégralement laissée à la discrétion de l’emprunteur pourrait être contestée sur le terrain de la condition potestative conformément à l’article 1304-2 du Code civil. Dès lors, l’aménagement conventionnel des restitutions n’est pas un frein à la présentation du contrat de prêt comme étant fondé sur un principe restitutoire.

74. Les deux hypothèses remettant en cause la place centrale des restitutions dans le contrat de prêt ayant été écartées, il apparaît que ce dernier peut être qualifié de contrat de restitution. En effet, son exécution se base sur une obligation de restitution et cette dernière semble nécessaire pour aller au bout du processus contractuel. Ces deux éléments sont les caractéristiques du contrat de restitution, de sorte qu’il est évident que le contrat de prêt s’insère dans cette catégorie juridique nouvelle. Celle-ci présente une importance toute particulière dans le cadre de nos développements puisqu’elle a pu être mobiliser afin de justifier la survie de la sûreté.

§2. Les conséquences de la particularité du contrat de prêt

75. La doctrine française a très rapidement tenté de trouver une justification à la jurisprudence de la Cour de cassation portant sur la garantie des restitutions consécutives à l’anéantissement d’un contrat de prêt. Perturbés par la formule laconique employée par la Haute juridiction²³³, ce sont les auteurs qui ont recherché des justifications dans diverses directions. Si un consensus se fait autour de l’idée que la structure particulière du contrat de prêt serait la justification de la solution, la doctrine reste tout de même partagée sur les détails de l’explication. Certains auteurs considèrent que la structure particulière du contrat de prêt impliquerait une confusion entre l’obligation restitution-construction et l’obligation de restitution-destruction, découlant de l’anéantissement de ce contrat. C’est cette confusion qui permettrait de maintenir la sûreté en phase de retour au *statu quo ante* (A). D’autres auteurs mettent en avant la sanction de caducité du contrat de prêt, qui permettrait de maintenir l’obligation initiale à la suite de l’anéantissement du contrat (B).

A. Le rejet de la thèse dualiste

76. La thèse dualiste repose sur un cumul de deux conditions (1). Une fois que celles-ci auront été présentées et que l’on aura déterminé l’importance de cette théorie, il s’agit de présenter les arguments permettant de la réfuter (2).

²³³ Mouly (C.), « Fourniture exclusive, prêt et cautionnement », *J.C.P. E 1983, Cah. dr. l’entr.*, p. 7.

1) *Les conditions nécessaires à la reconnaissance de la thèse dualiste*

77. La thèse dualiste implique le respect de deux conditions cumulatives : la reconnaissance de l'autonomie de l'obligation de restitution anormale à l'égard de l'obligation de restitution normale (a) et un phénomène de substitution entre les deux, lié à la qualification de contrat de restitution du prêt (b).

a) L'autonomie de la restitution anormale

78. **L'évolution de la jurisprudence vers la reconnaissance de la dualité des obligations de restitution.** Les arrêts rendus sur notre objet d'étude ont montré que la Cour de cassation ne faisait pas de distinction entre l'obligation de restitution inhérente à l'exécution du prêt et l'obligation de restitution découlant de l'anéantissement de ce dernier. Les critiques émises à l'encontre de ce courant jurisprudentiel se sont d'ailleurs concentrées sur ce point²³⁴. Il est vrai que l'attendu des arrêts de la Cour de cassation laissait planer un doute. En effet, en visant « *l'obligation de restitution inhérente au contrat de prêt* », la haute juridiction semblait faire référence à la dette de restitution initiale, c'est-à-dire celle découlant de l'exécution normale du prêt. L'annulation ou la résolution du contrat et l'effacement rétroactif, qui en est la conséquence, n'auraient alors pas remis en cause cette dernière qui subsisterait. La troisième chambre civile de la Cour de cassation semble mettre un terme aux hésitations par un arrêt du 5 novembre 2008. Une lecture trop rapide de l'arrêt devrait nous amener à la conclusion que les juges ont effectué une simple reprise de l'attendu classique. Cependant, une différence est observable : alors que, traditionnellement, était visée « *l'obligation de restitution inhérente au contrat de prêt* » l'arrêt de 2008 renvoie à « *l'obligation de restitution inhérente à un contrat de prêt annulé* »²³⁵. Cette rectification n'est pas neutre. Elle tend à démontrer que les critiques doctrinales ont été entendues et que les juges en tirent toutes les conséquences en reconnaissant que l'obligation de restitution découlant de l'anéantissement du prêt est différente de l'obligation de restitution initiale²³⁶. L'attendu de l'arrêt de 2008 a d'ailleurs été repris plusieurs fois par la suite. La Cour de cassation abandonne ainsi définitivement sa rédaction ambiguë, qui allait dans le sens d'une

²³⁴ Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.64-65 : « *La question des rapports entre l'exécution et la restitution s'est notamment posée dans le domaine du cautionnement accordé par des pompistes de marque en garantie de prêt consentis par les compagnies pétrolières* »... « *Les modalités de la restitution, lorsqu'elle résulte d'une annulation, ne sont pas les mêmes qu'en matière contractuelle : l'intérêt est légal et non conventionnel, le remboursement est immédiat et non reporté à son terme* » ; Contamine-Raynaud (M.), *D.1983*, p.527, obs. sous Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n°357 ; Houtcieff (D.), « *La survie de l'hypothèque à l'anéantissement du prêt* », *R.D.C. 2009*, p.205, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357 ; Sévely-Fournié (C.), « *Survie de l'hypothèque à l'annulation du prêt pour lequel elle a été consentie* », *R.L.D.C. 2009*, n°62, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357.

²³⁵ Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357.

²³⁶ Savaux (E.), « *Confirmation, par les effets de la nullité, des limites de la consensualisation du prêt* », *Deffrénois 2008*, p.2513, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov 2008, n°07-17.357 : « *La rectification est sans doute destinée à marquer qu'une fois l'annulation prononcée, ce n'est pas l'obligation de restituer découlant du contrat qui demeure, mais l'obligation de restitution née de l'anéantissement rétroactif du contrat, lequel suppose que les parties soient remises dans l'état antérieur à la conclusion de la convention invalide* ».

confusion entre les deux formes de restitutions²³⁷. Dans un arrêt en date du 24 octobre 2018, la haute juridiction prend même le soin de préciser que l’obligation de restitution peut, soit découler d’une nullité, soit d’une résolution²³⁸. Par cette nouvelle rédaction, elle reconnaît que l’obligation consécutive à l’anéantissement contractuel est différente de l’obligation initiale. Dès lors, le principe de dualité des obligations est définitivement entériné en jurisprudence²³⁹. Dans ce contexte, comment justifier le maintien de la sûreté, constituée pour garantir l’obligation initiale, sur l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement du prêt ?

b) Le rapprochement entre les deux obligations de restitution

79. La remise de la chose : élément de rapprochement entre les restitutions. Bien qu’étant distinctes, ces deux obligations procèdent d’un fondement unique, à savoir la remise de la chose par le prêteur à l’emprunteur²⁴⁰. L’annulation ou la résolution du contrat de prêt n’ont aucune prise sur cette remise de la chose. Que le contrat soit valable ou non l’emprunteur est donc tenu de restituer à un moment. Autrement dit, la remise initiale constitue un fait juridique sur lequel l’anéantissement du contrat de prêt n’a pas d’impact concret. La conséquence en est que l’obligation de restitution inhérente à l’exécution du prêt et l’obligation de restitution découlant de son anéantissement ont le même objet – restituer la chose remise – et le même fondement – la remise initiale –²⁴¹. La convention de prêt n’a d’impact que sur les modalités de la restitution, à savoir le taux d’intérêt applicable et les échéances de paiement. Mais elle ne modifie pas le principe même de restitution qui lui est en quelque sorte extérieur²⁴². Telle est la position du professeur Libchaber pour qui la restitution n’est que « *la conséquence mécanique de la détention d’une chose par une partie qui a contractuellement plus droit* », ainsi, « *la restitution s’analyserait bien moins comme une obligation contractuelle que comme la nécessaire remise en possession du propriétaire, une fois que le détenteur a épuisé les droits du contrat* »²⁴³. Par conséquent, que la caution soit

²³⁷ Pour un attendu similaire à celui de 2008, v. : Cass., Civ.3^{ème}, 7 avr. 2016, n°14-24.164 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 12 sept. 2019, n°18-17.598.

²³⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2018, n°17-16.739.

²³⁹ Pour une expression similaire employée par une Cour d’appel, v. : CA Riom, 30 janv. 2017, n°15/00621 : « *que s’agissant des restitutions réciproques engendrées par cette résolution* ».

²⁴⁰ Sur la notion de remise : Sacco (R.), « Un cryptotype en droit français : la remise abstraite ? », in *Mélanges R. Rodière*, Dalloz 1981, p.273.

²⁴¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 16 fév. 1999, C.C.C. 1999, n°70, obs. L. Leveneur : « *la cause de l’obligation de l’emprunteur réside dans la remise des fonds prêtés* ». C’est donc cette remise des fonds qui constitue le fondement de l’obligation de restitution, que cette dernière soit inhérente au prêt ou à son anéantissement. *Contra* : Fabre-Magnan (M.), art. préc., J.C.P. G. 1992, 3608, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°90-21.031.

²⁴² Cette situation peut être rapprochée de la notion de modification de l’obligation. En ce sens : Cholet (D.), « La novation de contrat », *R.T.D. civ.* 2006, p.467, n°24 : « *La modification de l’obligation ne porte que sur certains éléments de l’obligation, fongibles entre eux, dont la transformation n’affecte pas l’existence. Ce peut être des modalités ou, selon certains auteurs, l’objet mais jamais la cause. La modification ne doit pas en tout cas affecter la substance de l’obligation* ». Or, il est reconnu que la modification de l’obligation ne remet pas en cause l’existence de la sûreté.

²⁴³ Libchaber (R.), « Chronique de jurisprudence civile générale – Pour les contrats réels, quand même ! », *Defrénois* 2002, p.259, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n°99-10.633.

tenue de garantir la restitution de la chose en vertu d’un contrat valable ou à la suite de l’anéantissement de ce contrat, l’objet de sa garantie se trouve inchangé. Une telle affirmation était initialement déduite de la nature réelle du contrat de prêt²⁴⁴. Cependant, par un arrêt du 27 novembre 2001²⁴⁵, la Cour de cassation a « *disqualifié le prêt au consommateur en contrat consensuel* »²⁴⁶. Cette solution a conduit à remettre en cause la pertinence de l’analyse présentée²⁴⁷. Mais cette « *déréalisation de certain prêt* »²⁴⁸ a-t-elle réellement un impact quant à notre objet d’étude ? Il est possible d’en douter car contrairement à ce qui a pu être affirmé en doctrine, ce n’est pas tant le caractère réel du prêt qui joue un rôle en la matière mais plutôt sa qualification de contrat de restitution. Comme il a été vu précédemment, le caractère réel d’un contrat s’attache uniquement à déterminer le rôle des restitutions dans le processus contractuel. A l’opposé, la qualification de contrat de restitution renvoie au fait que les restitutions sont un élément technique permettant d’atteindre un but contractuel. En matière de prêt, il s’agit d’assurer la jouissance de la chose à l’emprunteur²⁴⁹. Dès lors, la qualification de contrat de restitution permet de dépasser la nature réelle ou consensuelle du prêt de telle sorte que la consensualisation du prêt au consommateur a « *une portée théorique surtout symbolique et une portée pratique qu’il convient de relativiser* »²⁵⁰. Que la remise de la chose soit une condition ou non de validité du contrat est neutre car, il ne s’agit là que d’un fait automatique inhérent à la qualification de contrat de restitution.

80. La substitution des deux restitutions. En toutes circonstances²⁵¹, la remise de la chose, élément essentiel du contrat de prêt, entraînera automatiquement une obligation de restitution. L’anéantissement du contrat n’a pas de portée sur cette dernière. En effet, que celle-ci résulte de l’exécution convenable du contrat ou d’un anéantissement de ce dernier, cela n’a pas d’impact sur l’existence même des restitutions. Ainsi, l’anéantissement du prêt met fin à l’obligation de restitution normale, pour donner naissance à l’obligation de restitution anormale qui va prendre la place de la première. Telle est l’analyse menée par M. Grimaud qui estime que la garantie des restitutions se justifie par le fait que cette obligation a une nature similaire à l’obligation initialement couverte par la sûreté. Les deux se trouvent rattachées à l’opération contractuelle puisqu’elles sont induites par la même cause

²⁴⁴ Mercoli (S.), *La rétroactivité dans le droit des contrats*, th. Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p.178, n°162 ; Crocq (P.), art. préc., *R.T.D. civ. 2009*, p.148, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357.

²⁴⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n°105. Cf. *supra* n° 68. Adde : Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n°99-10.633, *D.2002*, p.119, obs. Y. Chartier ; *Defrénois 2002*, art. 37486, n°10, obs. R. Libchaber ; *J.C.P. G. 2002*, II, 10050 obs. S. Piedelièvre.

²⁴⁶ Théry (P.), « Droit des sûretés et voies d’exécution – Résolution d’une vente et restitutions consécutives », *Defrénois 2009*, n°19, p.2088, obs. Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357

²⁴⁷ Théry (P.), art. préc., *Defrénois 2009*, n°19, p.2088 ; Crocq (P.), art. préc., *R.T.D. civ. 2009*, p.148.

²⁴⁸ Savaux (E.), art. préc., *Defrénois 2008*, p.2513.

²⁴⁹ Rochfeld (J.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° Cause, sept. 2012 (actualisation : juin 2021), n°26 ; Grua (F.), « Le prêt d’argent consensuel », *D.2003*, chr., p.1492, n°12 ; Libchaber (R.), art. préc., *Defrénois 2002*, p.259, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n°99-10.63 ; Savaux (E.), « Obligations, protection du consommateur, responsabilité notariale – A la recherche de la cause de l’obligation de l’emprunteur », *Defrénois 2008*, n°17, p.1967.

²⁵⁰ Jobard-Bachelier (M.-N.), art. préc., *D.2001*, p.1615, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n°105.

²⁵¹ Que le contrat soit qualifié de réel ou de consensuel et qu’il ait été ou non annulé.

efficiente, à savoir la remise des fonds et la même cause finale, qui consiste à corriger un déséquilibre patrimonial résultant de la remise d’une chose. En ce sens, la survie de la garantie repose pleinement sur le principe de l’accessoire puisque la sûreté se greffe sur une opération consistant à rendre ce qui a été prêté. Dès lors, peu importe que cette restitution se fasse dans le cadre de l’opération initialement prévue par les parties ou de manière à effacer toute trace du contrat anéanti. Autrement dit, la sûreté est accessoire à la dette de restitution indépendamment du fait que cette dernière s’inscrive dans un processus contractuel ou dans une logique de retour au *statu quo ante*²⁵². C’est donc la substitution de deux obligations de restitution présentant des caractéristiques similaires et rattachées à l’opération contractuelle qui permet d’expliquer la survie de la sûreté. Par voie de conséquence, d’un point de vue purement terminologique, il est erroné de parler de « report de la sûreté » puisqu’une telle qualification implique un hiatus entre les deux obligations qui n’est pas démontré dans le cas d’espèce²⁵³. En effet, les deux obligations étant unies au sein d’une même opération – la remise de la chose prêtée –, elles se trouvent dans la continuité l’une de l’autre sans qu’aucune coupure ne soit identifiable. Un tel procédé reste cependant circonscrit aux formes contractuelles, où une telle substitution est envisageable²⁵⁴. Ainsi, cette solution n’est possible que dans le cas où l’obligation anormale s’identifie à l’obligation de restitution normale et où toutes deux présentent des caractéristiques similaires.

81. Dans cette perspective, si une telle obligation a été couverte par une sûreté en phase d’exécution, aucun obstacle sérieux ne s’oppose à ce que cette sûreté garantisse une obligation similaire à la suite de l’anéantissement du contrat.

²⁵² Grimaud (D.), *Le caractère accessoire du cautionnement*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, PUAM, 2001, p.90, n°77 : « que le contrat de prêt soit valable ou ultérieurement annulé, la dette de restitution a toujours la même cause efficiente – la remise des fonds –, la même cause finale – corriger le déséquilibre consécutif à la remise –, et son objet demeure identitique ». Adde : Aynès (L.), note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 1997, *D.1998*, p.32. *Contra* : Malaurie (M.), th. préc., p.66.

²⁵³ Pour un emploi erroné de la terminologie, v. : Grimaud (D.), th. préc., p.89-90.

²⁵⁴ Les auteurs sont unanimes sur ce point. Le maintien de la sûreté ne peut fonctionner que lorsque l’obligation de restitution destruction est le décalque de l’obligation de restitution construction. Pour plusieurs développements en ce sens, V. : Grimaud (D.), th. préc., p.91 ; Legeais (D.), art. préc., *RD. banc. fin. janv-fév. 2009*, comm.13, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008.

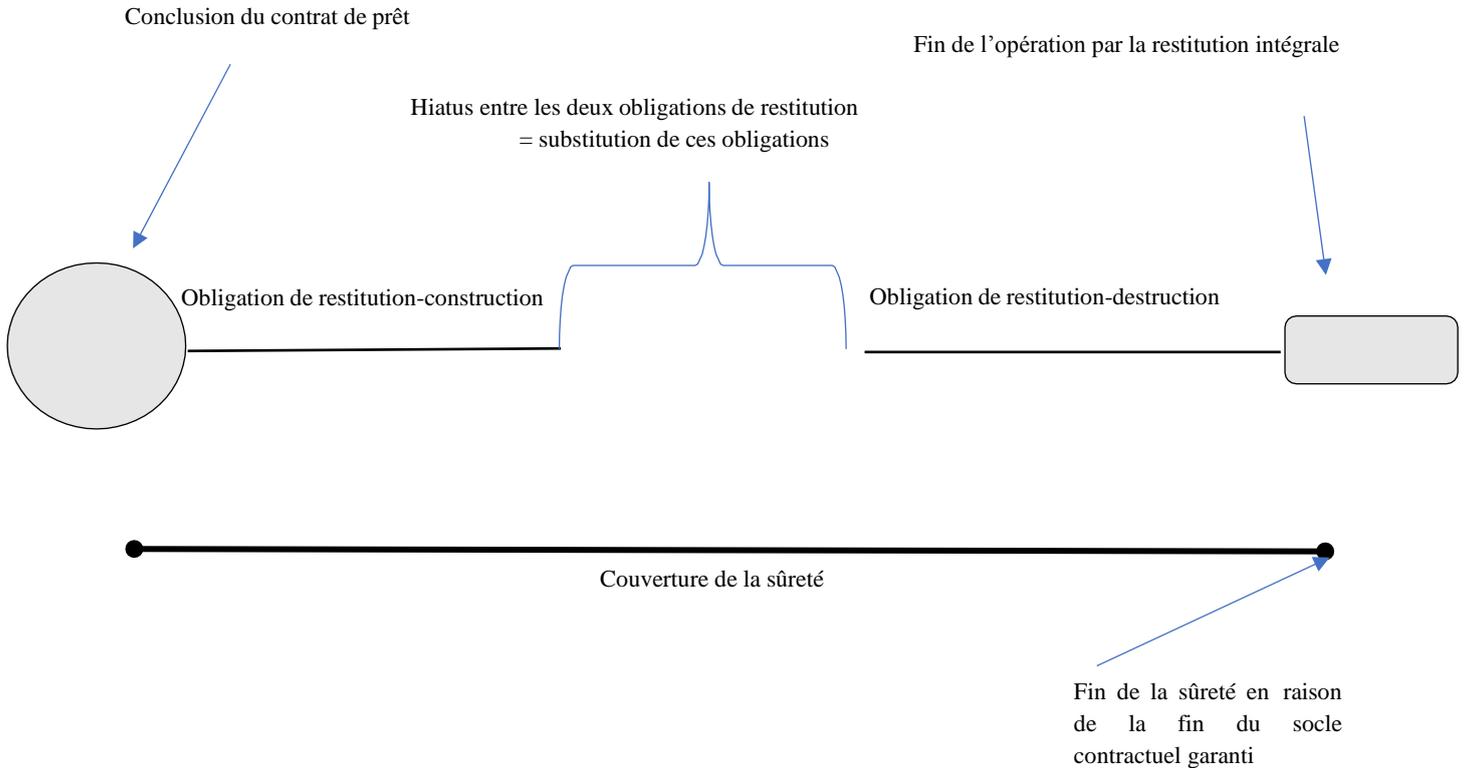


Figure 3 : Processus de substitution de l’obligation de restitution anormale à l’obligation de restitution normale, fondement de la thèse dualiste

2) La remise en cause de la thèse dualiste

82. Les réserves émises quant à la substitution d’obligation. Bien que présentant un intérêt indéniable, la thèse dualiste n’emporte pas notre adhésion. La raison en est simple : cette dernière tend à distinguer la restitution normale et la restitution anormale. Si une telle différenciation s’avère pertinente dans la plupart des formes contractuelles, elle est contestable dans le cadre des contrats de restitution. Certes ces deux types d’obligations ont un rôle différent. Alors que les restitutions normales jouent un rôle dans le processus d’exécution du contrat, les restitutions anormales ont vocation à revenir sur un passé contractuel qui doit être effacé. De même, la thèse dualiste permet de passer outre un obstacle technique : les modalités des deux obligations sont souvent différentes. A titre d’exemple, dans le cadre du contrat de prêt, l’obligation initiale est régulièrement assortie d’un terme, ce qui n’est pas le cas de l’obligation de restitution inhérente au processus d’anéantissement contractuel où les sommes deviennent immédiatement exigibles²⁵⁵. L’article 1352-9 du Code civil, introduit par l’ordonnance du 10 février 2016, a d’ailleurs pris conscience de cette différence de modalités entre les deux obligations. Il dispose que la caution, qui est amenée à garantir les restitutions-

²⁵⁵ Aynès (L.), art. préc., *D.1998*, p.32 ; Savaux (E.), art. préc., *Defrénois 2008*, p.2513.

destruction, bénéficie du terme initialement stipulé. Cette règle, favorable à la caution, ne s’applique pas au débiteur principal qui continue d’être soumis au principe de restitution immédiat et donc à une dualité des modalités des obligations de restitution. Outre la question du terme, ce sont de manière générale tous les accessoires de l’obligation initiale qui vont être neutralisés par la nullité ou la résolution contractuelle²⁵⁶. Toutefois, ces avantages de la thèse dualiste sont largement contrebalancés par un inconvénient majeur : celle-ci semble méconnaître l’économie générale du contrat de prêt. Comme l’indique le professeur Libchaber, la doctrine a eu tendance à attaché trop d’importance au transfert de la chose d’un patrimoine à l’autre. L’auteur s’interroge dans les termes suivants à propos de la restitution de la chose : « *plutôt que comme une obligation substantiellement voulue par les parties, ne vaut-il pas mieux la tenir pour la conséquence mécanique de la détention d'une chose par une partie qui n'y a contractuellement plus droit ?* »²⁵⁷. Autrement dit, la restitution ne fait pas partie du cœur obligationnel mis à la charge des parties, elle n’est qu’une conséquence automatique de la remise initiale de la chose. L’auteur poursuit en estimant que dans les contrats de restitution, le *negocium* se centre davantage autour des obligations de jouissance et de conservation de la chose. La restitution constitue certes la clé de l’architecture des contrats de restitution mais elle n’intègre pas en tant que tel le champ obligationnel imposé aux parties. Dans cette perspective, la distinction restitution normale et restitution anormale n’a plus sa place. Si la théorie de la professeure Malaurie semble difficilement contestable, elle trouve une limite dans le cadre des contrats de restitution. Ainsi, une justification à la survie de la sûreté qui trouve son fondement dans la différenciation entre les deux formes de restitution ne nous apparaît pas appropriée.

B. L’adhésion la théorie unitaire

83. Exposé de la thèse unitaire. C’est le professeur Simler qui proposa une justification fondée sur la sanction encourue par le contrat de prêt dans l’opération visée par les arrêts de la Cour de cassation. L’auteur revient sur l’ensemble contractuel formé par le contrat de prêt et le contrat principal qu’il finance. Il en déduit que « *le prêt ne pouvait certes pas être maintenu pour l’avenir, en raison du lien évident existant, dans l’esprit des parties, entre prêt et contrat de fourniture. Mais son inefficacité par ricochet s’apparente à une caducité sans rétroactivité.* »²⁵⁸. M. Simler poursuit en reprenant la lecture traditionnelle de la notion de caducité aux termes de laquelle cette sanction met fin au contrat uniquement pour l’avenir, sans rétroactivité²⁵⁹. Aux dires de l’auteur, la théorie renouvelée de cette institution, qui impliquerait un retour sur le passé contractuel du contrat caduc, ne serait pas applicable à cette hypothèse jurisprudentielle. Par conséquent, lorsqu’il est fait mention, dans les attendus de la Cour de cassation des arrêts étudiés, de « l’obligation de restitution », cette expression fait référence aux restitutions-constructions inhérentes à l’opération de prêt. Dès lors, la mise en œuvre de la caducité à l’égard du prêt ne remet pas en cause la sûreté qui reste valide.

²⁵⁶ Ex. les intérêts conventionnels.

²⁵⁷ Libchaber (R.), art. préc., *Deffrénois* 2002, p.259, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n°99-10.633.

²⁵⁸ Simler (P.), *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 1991, p.190, n°227.

²⁵⁹ Cf. *supra* n° 56.

Celle-ci garantit l’obligation de restitution initiale rentrée dans sa couverture lors de la conclusion du contrat de prêt. La pensée du professeur Simler s’inscrit dans un courant doctrinal plus général reconnaissant dans les contrats de restitution, une confusion entre l’obligation inhérente au contrat, nécessaire à l’exécution de ce dernier et l’obligation découlant de l’anéantissement contractuel. Mme Garnier, dans sa thèse de doctorat portant sur le prêt à usage affirmait ainsi que « *l’annulation (sous-entendu du prêt) entraîne ses conséquences habituelles, notamment la restitution de la chose prêtée* »²⁶⁰. Telle est, également, la position de M. René De Quenaudon au sujet du contrat de dépôt. L’auteur relève que les restitutions consécutives à l’anéantissement du contrat n’ont aucun sens dans le cadre du contrat de dépôt. Il poursuit en citant l’hypothèse d’un dépositaire qui a correctement exécuté le contrat en restituant la chose. Dans cette situation, aux termes de l’article 1178 alinéa 3 du Code civil qui dispose qu’en cas de nullité, « *les prestations exécutées donnent alors lieu à restitution* », l’annulation du contrat de dépôt devrait conduire à la restitution par le déposant de la chose remise. L’application stricte des dispositions du Code civil en matière de nullité du dépôt mènerait donc à une situation complètement aberrante et injustifiable. Selon l’explication fournie par l’auteur, cette situation ubuesque est due à la qualification de contrat de restitution reconnue au dépôt, qui donne lieu à une obligation de restitution unique que le contrat soit correctement exécuté ou qu’il soit anéanti. L’obligation de restitution-construction inhérente au contrat de prêt viendrait à se confondre avec l’obligation de restitution-destruction qui est la conséquence de l’anéantissement rétroactif du contrat. L’auteur justifie cette assimilation par le fait que « *c’est la prestation exécutée par le déposant remettant la chose qui justifie la restitution par le dépositaire après annulation du contrat* »²⁶¹.

²⁶⁰ Garnier (M.), th. préc., p.211, n°156.

²⁶¹ De Quenaudon (R.), « Dépôt -Obligation du dépositaire. -Obligation de restitution », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 2018 (actualisation : sept. 2021), n°2.

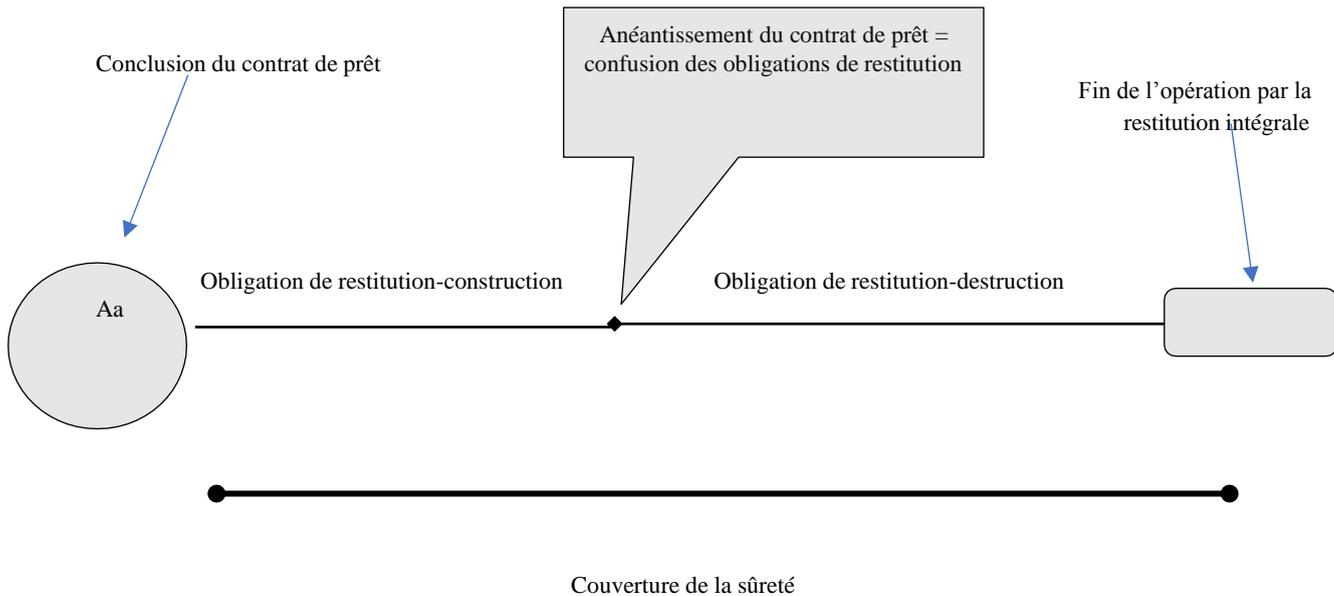


Figure 4 : Processus de confusion des obligations de restitution normale et anormale, fondement de la thèse unitaire

84. Le rejet des critiques formulées à l'encontre de la thèse unitaire. La thèse proposée par le professeur Simler pour tenter de justifier les arrêts étudiés a subi plusieurs critiques qui nous paraissent difficilement fondées. Le professeur a lui-même pu douter un temps de la pertinence de ses propos²⁶² car un arrêt de la Cour de cassation, en date du 25 mai 1992, est venu renverser les arguments qu'il avait avancés. Dans cette espèce, la nullité du contrat principal avait rejailli sur le contrat de prêt de telle sorte que ce dernier était rétroactivement privé d'efficacité²⁶³. Malgré cette remise en cause du passé contractuel, la Cour de cassation a continué de maintenir sa solution traditionnelle consistant à faire garantir l'obligation de restitution inhérente à l'anéantissement contractuel à la caution²⁶⁴. On retrouve cette même idée dans l'arrêt du 1^{er} juillet 1997 où, bien que la caducité du contrat de prêt ait été prononcée, la reconnaissance du caractère rétroactif de cette sanction a privé le contrat d'efficacité tant pour l'avenir que pour le passé. De manière plus générale, la conception du professeur Simler semble contredire la théorie renouvelée de la caducité, selon laquelle cette institution peut parfois être dotée d'un effet rétroactif²⁶⁵. Dans ce contexte, la théorie unitaire

²⁶² Pousson (A.), art. préc., *R.R.J.* 1996, p.733 : « M. Simler reconnaît toutefois que cette explication est peu compatible avec les motifs de portée générale des arrêts ».

²⁶³ Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°90-21.031, *R.T.D. civ.* 1992, p.799, obs. M. Bandrac, *J.C.P. G.* 1992, 3608, obs. M. Fabre-Magnan.

²⁶⁴ Le maintien de la sûreté a également été consacré dans des espèces où le contrat de prêt était annulé pour une cause qui lui était propre, indépendamment du sort du contrat principal financé. Dans cette situation, le prêt était rétroactivement anéanti et pour autant la Cour de cassation a maintenu sa solution traditionnelle. En ce sens : Cass., Com., 2 nov. 1994, n°92-14.487. Pour une espèce où les faits étaient proches : Cass., Com., 12 janv. 2016, n°14-17.215.

²⁶⁵ Cf. *supra* n° 56.

pourrait paraître datée aux yeux de certains auteurs en ce qu'elle ne correspond plus, ni à la jurisprudence récente²⁶⁶, ni à la conception renouvelée de la caducité consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016. Elle serait aussi attaquable sur la simplification dont elle est porteuse. En effet, il est possible d'avancer l'argument selon lequel cette théorie ne prendrait pas en compte la structure complexe précédemment décrite qui implique, pour accéder à la qualification de « maintien des sûretés sur l'obligation de restitution », une obligation de restitution valable découlant d'un anéantissement contractuel²⁶⁷. Toutefois ces éventuelles critiques sont à relativiser. A notre sens, elles résultent d'une lecture centrée sur les conséquences de l'anéantissement du contrat et non sur la question de la place restitution dans ces formes contractuelles. Revenons à la position que nous avons défendue précédemment : les restitutions normales et anormales se confondent dans les contrats de restitution ; cette distinction n'a pas sa place dans ces formes contractuelles. Dès lors, que le contrat de prêt soit anéanti rétroactivement ou non, cela n'a pas d'impact sur la qualification de l'obligation de restitutions qui reste de la même que celle incluse dans le contrat de prêt. A titre d'exemple, la caducité non rétroactive du contrat de prêt laisse subsister l'obligation de restitution initiale. De même, la nullité du contrat de prêt ne revient pas sur cette obligation qui conserve toute son utilité afin que la chose prêtée réintègre le patrimoine initial. L'existence ou non d'une sanction rétroactive est donc sans influence : l'obligation de restitution initiale se maintient avec la sûreté qui lui est rattachée et ce jusqu'à ce que les parties soient replacées dans la situation antérieure à la conclusion du contrat de prêt.

85. Synthèse. La jurisprudence traditionnelle du contrat de prêt ne peut revêtir la qualification de « report de la sûreté sur l'obligation de restitution », faute d'une structure particulière induite par cette terminologie. En effet, ce courant jurisprudentiel tend à s'expliquer par la nature particulière du contrat de prêt qui implique automatiquement une restitution. Si plusieurs auteurs ont tenté de justifier les arrêts en admettant que l'obligation de restitution découlant de l'anéantissement contractuel se substituait à l'obligation de restitution inhérente au prêt, cette explication fait montre de plusieurs défauts. Cette dernière souffre par son caractère artificiel et retranscrit difficilement l'économie générale du contrat de prêt. À la thèse dualiste de l'obligation de restitution, c'est à notre sens, la thèse unitaire qui doit prévaloir. La qualification de contrat de restitution entraîne un processus de confusion entre l'obligation de restitution normale et celle anormale issue de la remise en cause du contrat. Ces deux obligations sont induites par la même cause, à savoir la remise de la chose et ont un but similaire : revenir sur le déséquilibre patrimonial induit par ce transfert de valeur. Elles ne peuvent donc être dissociées et cette unité permet de justifier le sort de la sûreté. L'obligation de restitution unique est rentrée dans la couverture de la sûreté dès le début de l'opération, cette dernière se maintient donc pour la garantir en dépit de l'anéantissement du contrat.

86. Conclusion du chapitre. « La jurisprudence du contrat de prêt » s'est formée autour d'un ensemble de faits similaires : un contrat principal, annulé ou résolu, était financé par un

²⁶⁶ En ce sens : Bandrac (M.), « Le cautionnement survit à l'annulation du prêt pour garantir la restitution conséquence de celle-ci », *R.T.D. civ.* 1992, p.799, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°90-21.031.

²⁶⁷ Cf. *supra* n° 40 s.

contrat de prêt lui-même garanti par une sûreté. Ces différents contrats forment un ensemble contractuel qui fut progressivement qualifié d'indivisible de telle sorte que l'anéantissement du contrat principal entraîne une remise en cause du contrat de prêt. Ce schéma permet de mettre en lumière l'existence d'une obligation de restitution susceptible d'être garantie et d'une sûreté constituée antérieurement à l'anéantissement du contrat garanti. Ces deux éléments sont nécessaires à la qualification de « report des sûretés sur l'obligation de restitution ». Toutefois, cette dernière implique un agencement qui ne se retrouve pas dans le cadre du contrat de prêt. Cette forme contractuelle conduit à une confusion entre l'obligation de restitution dite normale et celle qualifiée d'anormale. C'est cette unité qui permet de justifier la survie de la sûreté à l'anéantissement du contrat puisque cette dernière continue d'exister pour garantir l'obligation initialement rentrée dans son champ de couverture. Cette explication peut prévaloir dans le cadre de tous les contrats dits de restitution où l'assimilation des restitutions inhérentes à l'opération avec celles découlant de l'anéantissement du contrat est possible. Bien qu'une justification de ce courant jurisprudentiel soit facilement identifiable, il convient de noter que ces solutions ne peuvent revêtir la qualification de « report de la sûreté sur l'obligation de restitution ». Celle-ci impose que la sûreté survive à l'anéantissement du contrat garanti et qu'elle soit déplacée d'une obligation à une autre. Cette seconde condition ne se retrouve pas dans le cadre du contrat de prêt puisque c'est l'obligation de restitution initiale qui persiste. Dès lors, l'hypothèse étudiée correspond davantage à celle d'un « maintien de la sûreté sur l'obligation de restitution ».

CHAPITRE 2

LES FAUSSES HYPOTHESES DE « REPORT DE LA SÛRETE »

« Aucun châtement plus diabolique ne saurait être imaginé, s’il était physiquement possible, que d’être lâché dans la société et de demeurer totalement inaperçu de tous les membres qui la composent »²⁶⁸

87. Les propos du psychologue W. James attirent l’attention sur les dangers de l’uniformisation. Ce constat, vrai en matière de relations humaines, l’est encore plus en ce qui concerne le raisonnement scientifique. Quoi de plus réducteur que de vouloir regrouper sous une appellation unique des situations pourtant bien distinctes. Tel est le défaut majeur qui ressort des analyses doctrinales relatives à notre objet d’étude. Des situations de faits, pourtant différentes à bien des égards, ont été rassemblées sous la qualification unique de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Afin de cerner au mieux cette notion, il convient donc d’en apporter une définition en mettant en lumière ses principales conditions d’application.

88. Présentation de la démarche inductive et traitement de l’information. Il a été fait le choix de partir d’un raisonnement inductif afin de déterminer la pertinence du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. En ce sens, il s’agit de prendre appui sur les arrêts rendus en la matière, qualifiés comme tel par la doctrine et d’interroger la pertinence de cette qualification. Ces derniers fournissent notre base d’étude, l’information à l’origine du raisonnement. La première difficulté réside dans le traitement de cette masse informationnelle qui nous est fournie. Les arrêts étudiés présentent certains points communs : il est question d’une sûreté qui vient garantir une obligation à la suite d’un anéantissement contractuel. Cependant, ils interviennent dans des contextes extrêmement variés. En effet, la structure contractuelle à l’origine des arrêts diverge ; certains sont rendus dans le cadre du droit spécial de la distribution, tandis que d’autres relèvent du droit commun général. Dans le même ordre d’idées, la garantie de l’obligation consécutive à l’anéantissement contractuel peut relever soit d’une volonté des parties, soit de la sanction d’un comportement fautif ou encore d’une interprétation par les juges de l’opération contractuelle. Dès lors, la démarche doctrinale consistant à rassembler toutes ces situations sous une qualification unique apparaît excessivement réductrice. Elle procède d’un traitement imparfait des informations originelles. Comme l’explique Edgar Morin, l’information est une notion problématique pouvant revêtir

²⁶⁸ Laing (R.D.), *Soi et les autres*, Paris, Gallimard, 1971 : l’auteur cite le psychologue anglais W. James, qui est à l’origine de cette citation.

diverses significations. Elle peut prendre un aspect statistique, où elle ne constitue qu’une succession de messages²⁶⁹. Telle est la façon dont la doctrine a perçu les arrêts rendus en la matière. Elle a ainsi rassemblé sous une même appellation des situations, certes proches, mais dont les éléments constitutifs étaient fort différents. Il est possible d’envisager une nouvelle façon de traiter les situations étudiées. La notion d’information peut prendre un tout autre sens et être le vecteur d’une organisation de la matière²⁷⁰.

89. La mise en œuvre d’une démarche organisationnelle. L’organisation est une notion complexe qui semble indéniablement liée à la théorie des systèmes²⁷¹. Il n’est plus permis de douter de la pénétration de l’analyse systémique dans le domaine juridique²⁷². Le système peut être défini comme un ensemble organisé, ordonné, structuré ou encore intégré d’éléments²⁷³. Il repose essentiellement sur une catégorisation des faits. La catégorie juridique est, quant à elle, une notion en découverte. Elle forme l’interface entre deux éléments : d’un côté, une situation purement factuelle, et d’un autre, un ensemble de règles de droit venant former le régime juridique applicable à ladite situation²⁷⁴. Le point de départ de tout raisonnement qui se veut systémique consiste donc en un ensemble de faits²⁷⁵. L’application de ces principes méthodologiques à notre matière nous encourage à rechercher les faits à l’origine de la qualification de « report des sûretés sur l’obligation de restitution ». Le travail de détermination du champ d’application d’une règle conduit à une exclusion de situations inaptes à revêtir les éléments essentiels définissant un schéma classique. En ce sens, pour être face à une situation de report de sûreté sur l’obligation de restitution, et à toutes les problématiques engendrées par une telle qualification, deux éléments apparaissent essentiels. D’une part, un **élément temporel** s’impose : il est nécessaire que la sûreté, garantissant l’obligation initiale, soit affectée à l’obligation de restitution sans que cette nouvelle affectation n’ait été prévue à l’origine. D’autre part, la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » exige l’existence d’un **élément matériel**, à savoir une obligation de restitution susceptible d’être garantie. Ainsi, toutes les hypothèses où la sûreté est directement affectée à la garantie de l’obligation de restitution sans garantir précédemment

²⁶⁹ Morin (E.), *Introduction à la pensée complexe*, éd. du Seuil, 2015, p.38.

²⁷⁰ Morin (E.), *ouvr. préc.*, p.37.

²⁷¹ Morin (E.), *ouvr. préc.*, p.39 : « Cette notion (l’organisation) peut s’élaborer à partir d’une complexification et d’une concrétisation du systémisme et apparaître alors comme un développement, non encore atteint, de la théorie des systèmes ».

²⁷² Terré (F.) (ss. dir.), « Le système juridique », *Archives phil. dr.*, 1986, 31, 454 p. ; Chevallier (J.), « L’ordre juridique », *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p.7 : « Par ordre juridique, on entend tout d’abord les relations d’interdépendance qui existent entre les normes juridiques et les **constituent en totalité organique, en système** » ; Cumyn (M.) et Samson (M.), « La méthodologie juridique en quête d’identité », *R.I.E.J.*, vol.71, p.1.

²⁷³ Cumyn (M.), « Les catégories, la classification et la qualification juridique : réflexions sur la systématisme du droit », *Cah. dr. l’entr.*, vol.52, p.351.

²⁷⁴ Cumyn (M.), *art préc.*, *Cah. dr. l’entr. 2011*, vol.52, p.351 ; Cumyn (M.) et Samson (M.), *art. préc.*, *R.I.E.J.*, vol.71, p.1.

²⁷⁵ Lévi (E.H.), *An introduction to legal reasoning*, Chicago, University of Chicago, Press, 1948, p.3 ; Bergel (J.L.), *Théorie générale du droit*, 5ème éd., Paris, Dalloz, 2012, p.248, n°195 ; Cumyn (M.) et Samson (M.), *art. préc.*, *R.I.E.J.*, vol.71, p.1 : « Pour juger du caractère approprié d’une qualification, il (le juriste) s’interroge également sur les fondements ou les valeurs qui sous-tendent la catégorie et sur **leur résonance avec la situation factuelle** analysée ».

l’obligation initiale et sans que cela n’ait été prévu par les parties (**Section 1**) et celles où il n’existe pas d’obligation de restitution à garantir (**Section 2**) sont à exclure du champ d’application de la règle étudiée.

SECTION 1 : L’ANTÉRIORITÉ DE LA SÛRETÉ

90. La Cour de cassation ainsi que la doctrine ont régulièrement affirmé la validité d’une sûreté constituée pour garantir uniquement les restitutions. Deux schémas sont à ce stade envisageables. D’une part, la sûreté peut avoir été constituée pour garantir l’obligation initiale et toutes les suites liées à un anéantissement contractuel. L’efficacité de cette dernière ne fait pas de doute mais elle ne correspond pas à la situation de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » compte tenu du fait que la couverture des restitutions a été explicitement stipulée par les parties (§1). A l’inverse, la sûreté peut n’être constituée qu’*a posteriori* afin de garantir uniquement les restitutions. Cette seconde hypothèse échappe également à la règle étudiée dans la mesure où l’élément temporel y fait défaut. En effet, l’absence de garantie de l’obligation initiale est une entrave à la reconnaissance de la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution (§2).

§1. L’affectation initiale de la sûreté à la couverture de l’obligation de restitution

91. Les parties peuvent, dès la conclusion du contrat de sûreté, prévoir que cette dernière couvrira non seulement l’obligation initiale, mais également les restitutions découlant d’un anéantissement contractuel.

92. L’étendue de la garantie laissée à l’appréciation des parties au contrat. Se demander si la sûreté initiale peut être affectée par les parties à la garantie de l’obligation initiale et à la garantie de l’obligation de restitution, implique de s’interroger sur la couverture des sûretés. De manière plus précise, la question à l’origine de nos développements est la suivante : les parties peuvent choisir de garantir plusieurs obligations successives par la même sûreté ? La réponse à cette question nous conduit à envisager la place de la liberté contractuelle en droit des sûretés. Intéressons-nous d’abord au cautionnement, sûreté personnelle où la liberté contractuelle occupe le plus faible espace²⁷⁶. Si, *a priori*, les

²⁷⁶ Dupichot (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, th. 2005.

cautionnements généraux couvrant plusieurs dettes, demeurent valables²⁷⁷, la doctrine tend à restreindre les engagements des garants par le biais de deux exigences. La première a trait au montant du cautionnement : la caution va couvrir des dettes à « *concurrence d’un montant donné* »²⁷⁸. Autrement dit, l’identification des dettes, ayant vocation à être couverte par le cautionnement, doit être réalisée de manière précise. A titre d’exemple, la caution peut très bien stipulée qu’elle s’engage à couvrir tant la dette principale d’une valeur de 10 000 euros, que dommages et intérêts résultant d’une clause pénale inscrite dans le contrat garanti pour un montant de 1 000 euros. Son engagement sera alors plafonné par le montant cumulatif de ces deux dettes, soit 11 000 euros. Outre cette exigence, le droit des sûretés impose le respect d’un certain formalisme. Les auteurs estiment qu’il est nécessaire que l’acte comprenne « *une mention manuscrite suffisamment explicite* »²⁷⁹. La raison en est simple : l’article 2292 du Code civil dispose que « *le cautionnement ne se présume pas* ». En cas d’imprécision, l’acte de cautionnement sera soumis à interprétation et l’existence d’un doute profitera au garant²⁸⁰. De telles exigences ont ainsi conduit les juges à restreindre l’engagement de la caution en raison de formulation jugée trop approximatives²⁸¹. Le professeur Simler envisage toutefois l’hypothèse inverse : la recherche de la réelle intention des parties pourrait avoir pour conséquence d’augmenter la charge du garant²⁸². La jurisprudence a ainsi admis que des dettes, imprécisément désignées dans l’acte de cautionnement ou non expressément visées mais au sujet desquelles les parties semblaient s’être accordées, se retrouvaient couvertes par la sûreté²⁸³. Dans ce travail d’interprétation, qui peut rapidement devenir une véritable gageure, les auteurs s’accordent autour de l’idée que l’engagement du garant doit se maintenir dans « *les limites du raisonnable et du prévisible* »²⁸⁴.

93. En outre, est-il possible de contracter une « *sûreté réelle omnibus* » ? Une telle faculté permettrait à une personne de grever ses biens pour garantir un ensemble de dettes présentes ou à venir. Aussi surprenant que cela puisse paraître²⁸⁵, si le droit français admet l’existence

²⁷⁷ Aujourd’hui, les cautionnements généraux, dits « cautionnement omnibus » sont possibles lorsqu’ils sont souscrits par une personne morale ou par une personne physique en faveur d’un créancier non professionnel. En effet, la législation consumériste impose aux garants personnes physiques de limiter le montant et la durée de l’engagement donné à un créancier professionnel. De telles exigences sont énoncées aux articles L.331-1 et L.331-2 du Code de la consommation.

²⁷⁸ Simler (P.) et Delecque (P.), *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière* : Dalloz, 7^{ème} éd. 2016, p.124, n°126.

²⁷⁹ Simler (P.) et Delecque (P.), *ouvr. préc.*, p.124, n°126.

²⁸⁰ Il s’agit là d’une application spéciale et cumulée de deux textes issus du droit général. D’une part, l’ancien article 1163 du Code civil qui disposait que « *quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conclue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter* ». V. Simler (P.) et Delecque (P.), *ouvr. préc.*, p.125, n°126. D’autre part, l’ancien article 1162 du Code civil, repris par l’ordonnance du 10 février 2016 à l’article 1190 du Code civil qui énonce que « *dans le doute, le contrat de gré à gré s’interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d’adhésion contre celui l’a proposé* ».

²⁸¹ Cass., Com., 20 oct. 1992, n°90-15.026 ; Cass., Com., 9 déc. 2008, n°07-19.364 ; Cass., Com., 20 mars 2001, n°97-15.584.

²⁸² Simler (P.), « Cautionnement – Etendue », *J-Cl. Civil*, fasc. 30, 1^{er} déc. 2019, n°7.

²⁸³ Cass., Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1965, *Bull. civ. I*, n° 32 ; Cass., Com., 18 mars 2008, n°07-10.479.

²⁸⁴ Simler (P.) et Delecque (P.), *ouvr. préc.*, p.125, n°126.

²⁸⁵ Crocq (P.), « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d’un déclin annoncé », *Dr. et patr.* 2001, p.58.

de « *cautionnement omnibus* », il se montre en revanche réfractaire à la possibilité de contracter une sûreté réelle couvrant plusieurs dettes. En effet, le principe de spécialité de la sûreté réelle quant à la créance garantie semble faire obstacle à une telle faculté. En vertu de ce dernier, il était imposé au constituant d’une sûreté réelle de mentionner la créance couverte par celle-ci²⁸⁶. Toutefois, ce principe a considérablement été assoupli au cours de l’histoire. Il est dorénavant possible d’indiquer uniquement le montant garanti par la sûreté réelle. Un tel changement n’est pas neutre puisqu’il consacre implicitement la possibilité de garantir plusieurs créances. A titre d’illustration, MM. Delebecque et Simler, en s’interrogeant sur la portée de l’inscription de l’hypothèque quant à la créance garantie, signalent que « *si l’hypothèque doit garantir plusieurs créances, à l’initiative du créancier, celle-ci pourra être inscrite de manière distincte pour chacune des créances, ou de manière unique pour l’ensemble des créances* »²⁸⁷.

94. Application au cas des restitutions. Le droit français semble frileux à la possibilité qu’une même sûreté – tant réelle que personnelle – garantisse plusieurs obligations. Pour autant, notre corpus législatif autorise les parties, sous certaines conditions susmentionnées, à définir librement les contours de leur garantie. Il leur est ainsi possible de déterminer dans le contrat de sûreté que celle-ci couvrira tant l’obligation initiale que les conséquences d’un éventuel anéantissement du contrat. Suite à l’arrêt du 17 novembre 1982, un auteur avait même proposé que ces clauses deviennent de style²⁸⁸. Une telle précaution avait le mérite d’accroître la sécurité des créanciers, qui pouvaient redouter un revirement jurisprudentiel. Elle permettait également au garant de mesurer la véritable portée de son engagement de manière anticipée, avant tout anéantissement contractuel. Toutefois, une telle hypothèse échappe à notre objet d’étude. Bien que la sûreté se trouve à couvrir deux restitutions successives, la prévisibilité contractuelle fait perdre tout l’intérêt de la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Autrement dit, cette situation ne suscite guère de difficulté ; elle se résout par l’application des règles relatives à la liberté contractuelle dans le cadre de la détermination de l’étendue de la sûreté. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution pose un certain nombre de difficultés, qui ne se retrouvent pas dans ce cas précis. La garantie cumulée de l’obligation principale et des restitutions, prévue par les parties est donc à exclure de la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». C’est essentiellement la prévisibilité de la double garantie qui empêche de procéder à une telle qualification. En effet, la situation étudiée se rapproche du schéma du report de la sûreté sur l’obligation de restitution puisque dans les deux cas, la garantie a vocation à couvrir l’obligation principale et les restitutions. Toutefois, dans une hypothèse, cette affectation de la sûreté a été prévue dès l’origine par les parties, alors que dans le cas de notre objet d’étude, la double garantie est fortuite et tend à surprendre le garant.

²⁸⁶ Cf. *infra* n° 322.

²⁸⁷ Simler (P.) et Delecque (P.), *ouvr. préc.*, p.498, n°515.

²⁸⁸ Reygrobelle (A.), « L’anéantissement du contrat », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, *Bull. Joly sociétés* 2016, n°9, p.547. *Adde* : Bousiges (A.), *Les restitutions après annulation ou résolution d’un contrat*, th. Poitiers, 1982, p.185 : l’auteur propose la mise en place de clause résolutoire expresse où les parties pourraient régler les conséquences de la rupture et notamment prévoir que la sûreté constituée pour assurer l’exécution du contrat se trouve reportée sur la créance de restitution.

§2. La garantie exclusive des restitutions

95. La notion de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » a rapidement été utilisée de manière abusive. Les auteurs en ont fait une catégorie « fourre-tout », destinée à accueillir toutes les hypothèses où il est question de garantir l’obligation de restitution découlant d’une nullité ou d’une résolution contractuelle. Or, la qualification du report de la sûreté sur l’obligation de restitution est beaucoup plus restreinte ; elle implique une **idée d’antériorité de la garantie par rapport à l’anéantissement contractuel**. Autrement dit, la sûreté doit avoir été constituée pour garantir l’obligation initiale et survivre à l’effacement rétroactif de cette dernière. Négliger cette condition reviendrait à occulter une partie des difficultés inhérentes à cette qualification. De manière générale, les propositions doctrinales visant à qualifier de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » la garantie exclusive de cette obligation, à l’instar d’un exercice d’un droit de rétention en phase de restitution, doivent être rejetées (A). Dans le même ordre d’idées, la jurisprudence imposant l’obligation des restitutions en guise de sanction d’un tiers fautif au contrat anéanti doit être exclue du champ d’étude (B).

A. La constitution d’une sûreté garantissant exclusivement les restitutions

96. Après avoir étudié le cas général (1), nous nous arrêterons sur l’hypothèse de la garantie de la bonne exécution des restitutions dues par le vendeur en matière de crédit-bail (2).

1) Le cas général

97. **L’interprétation erronée de l’arrêt Cass., Req., 26 avril 1900.** Dans sa thèse de doctorat, M. Grignon-Derenne, qualifie la situation de l’arrêt du 26 avril 1900²⁸⁹ de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution »²⁹⁰. Cette prise de position peut paraître contestable au vu des faits de l’espèce. Dans cet arrêt, il est question de l’application d’un droit de rétention en phase restitutoire. Bien qu’une telle hypothèse se rapproche de notre objet d’étude, un élément essentiel permet toutefois de l’écarter de notre démonstration : seule l’obligation de restitution se trouve couverte par la sûreté, à l’exclusion de l’obligation initiale. L’auteur poursuit en justifiant le principe de report de la sûreté à partir de cet arrêt. Il estime ainsi que si la garantie persiste en dépit de l’anéantissement du contrat principal, c’est

²⁸⁹ Cass., Req., 26 avr. 1900, S.1901, I, p.193.

²⁹⁰ Grignon-Derenne (F.-X.), *Contribution à l’étude des accessoires de la créance*, th. Paris II, 1999, p.163, n°204.

parce que « *le pouvoir coercitif qui y était attaché n’a pas perdu sa raison économique* »²⁹¹. Si une telle explication apparaît satisfaisante dans le cadre de notre objet d’étude, elle ne peut aucunement justifier la solution de l’arrêt cité. Ledit pouvoir coercitif trouve à s’appliquer uniquement en phase restitutoire. La rétention exercée sur la chose n’a pu l’être qu’en raison de l’exécution du contrat anéanti, qui a permis sa délivrance au rétenteur. Pour mieux comprendre cette hypothèse, prenons l’exemple d’un contrat de vente. En phase initiale, le vendeur va transférer la propriété du bien et l’acheteur effectue le paiement du prix. Suite à l’anéantissement du contrat, l’acheteur initial peut exercer un droit de rétention sur la chose vendue pour obtenir la restitution du prix. Ledit pouvoir coercitif décrit par M. Grignon-Derenne s’exerce uniquement en phase restitutoire puisque lors de l’exécution du contrat celui-ci n’a pas d’intérêt. L’acheteur se voit livrer la chose qui lui permet d’exercer sa détention, cela implique que son cocontractant s’est correctement exécuté et qu’il ne peut donc faire jouer la sûreté contre celui-ci. C’est seulement à la suite de l’anéantissement du contrat que ce dernier peut refuser de s’exécuter et que l’exercice de la rétention prendra tout son sens.

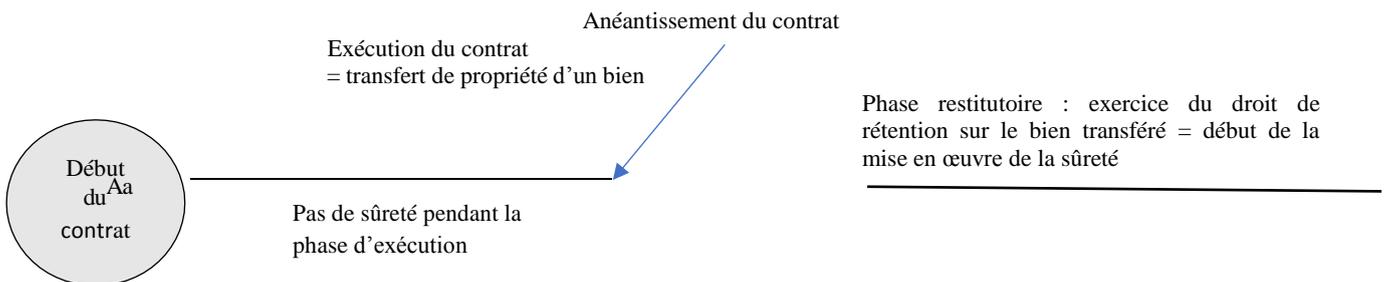


Figure 5 : Schéma de l’exercice du droit de rétention en phase restitutoire

98. Dès lors, c’est à tort qu’un tel schéma a pu être qualifié de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». L’antériorité de la sûreté, nécessaire à l’obtention d’une telle qualification fait défaut en l’espèce. Autrement dit, il s’agit d’un simple exercice d’un droit de rétention en phase restitutoire et non du transfert de cette sûreté de l’obligation initiale à l’obligation de restitution.

99. La généralisation de la solution proposée. La solution rendue a globalement été bien accueillie par la doctrine. Mme Bousiges considère ainsi que l’exercice du droit de rétention en phase restitutoire s’avère être une garantie efficace à l’égard du créancier de la restitutoire. Au-delà du droit de rétention, il est tout à fait possible d’envisager qu’une sûreté soit constituée uniquement dans l’intérêt de couvrir des restitutions découlant d’un anéantissement

²⁹¹ Grignon-Derenne (F.-X.), th. préc., p.163, n°204.

contractuel. En effet, la nature quasi-contractuelle de l’obligation de restitution ne constitue pas un obstacle à sa garantie puisque le champ de garantie des sûretés est des plus larges et intègre les obligations de nature quasi-contractuelle²⁹². Il convient toutefois de relativiser la portée de cette hypothèse : la situation ne se présentera que rarement en pratique. On perçoit difficilement l’intérêt de proposer une garantie pour couvrir uniquement la dette restitutoire et ce d’autant que celle-ci ne peut être imposée par le cocontractant en condition d’exécution de sa propre prestation. Hormis le cas du droit de rétention, cette situation ne se retrouvera guère en pratique. En tout état de cause, bien qu’étant tout à fait envisageable, un tel schéma doit cependant être exclu de notre objet d’étude faute du critère d’antériorité de la sûreté.

100. Outre ces cas très généraux, la jurisprudence a également consacré une hypothèse de garantie exclusive des restitutions en matière de crédit-bail. Cette dernière échappe aussi à notre analyse pour les mêmes raisons, à savoir une absence d’antériorité de la sûreté.

2) *La particularité de la garantie de la bonne exécution des restitutions par le vendeur en matière de crédit-bail*

101. Position du problème. La difficulté principale en matière de crédit-bail réside dans l’interdépendance contractuelle entre le contrat de vente initial et le contrat de crédit-bail²⁹³. En effet, dans cette technique de financement, le crédit-bailleur joue un rôle clé, puisqu’il va acquérir un bien à un vendeur dans le but ensuite de le louer au crédit-preneur²⁹⁴. Cette imbrication contractuelle a posé un certain nombre de problèmes lorsque le contrat de vente avait été annulé ou résolu pour quelque cause que ce soit. Il s’agissait alors de déterminer le sort du contrat de crédit-bail, qui en était la conséquence. Le Code de la consommation a posé une solution à l’article L.311-21. Celui-ci dispose que les contrats de location, assortis d’une option d’achat, soumis au Code de la consommation, devaient être considérés comme nuls ou résolus dès lors que la vente initiale est elle-même annulée ou résolue. Cette disposition reste spécifique et n’a jamais fait l’objet d’une généralisation aux contrats de crédit-bail extérieurs au Code de la consommation. Après une longue bataille jurisprudentielle²⁹⁵, la Haute

²⁹² A titre d’exemple, concernant le cautionnement : Piette (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Cautionnement », juin 2016, n°92.

²⁹³ Sur la difficulté de qualifier l’opération de crédit-bail en raison de l’interdépendance qu’elle génère, V. : Bey (E.-M.), *De la symbiotique dans le leasing et le crédit-bail mobilier*, Dalloz, 1970.

²⁹⁴ Schütz (R.-N.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° Crédit-bail, oct. 2015 (actualisation : fév. 2019), n°10.

²⁹⁵ Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation opta pour une analyse civiliste du contrat de crédit-bail, en considérant que suite à la résolution de la vente, le contrat de crédit-bail devait être annulé pour absence de cause. En ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 3 mars 1982, *R.T.D. Civ. 1983*, p.152, obs. P. Rémy : « *La résolution de la vente prive de cause le contrat de crédit-bail portant sur le bien vendu* ». Les juridictions du fond ont parfois opté pour une analyse similaire, en estimant que le crédit-bail était nul pour défaut d’objet : CA Dijon, 2 sept. 1986, *J.C.P. G. 1987*, II, n°20865, obs. E.-M. Bey : « *Si par la suite de la résolution du contrat de vente, le bailleur, acquéreur et propriétaire de la chose louée, ne peut plus exécuter son obligation en raison de la restitution judiciairement ordonnée, le contrat de crédit-bail est sans objet et ne peut produire effet* ». Enfin, la jurisprudence a parfois admis la résiliation judiciaire du contrat de crédit-bail en conséquence de la résolution du contrat de vente. En ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 11 déc. 1985, *J.C.P. E. 1986*, n°15203 ; Cass., Com., 3 janv. 1972, *Bull. civ. IV*, p.1 ; Cass., Com., 10 mai 1982, *R.T.D. com. 1983*, p.275, obs. M. Pédamon. A

juridiction a récemment considéré que l’anéantissement rétroactif de la vente entraînait la caducité du contrat de crédit-bail²⁹⁶. Cette solution a pour conséquence pratique de causer une série de restitutions en cascade. En effet, le crédit-preneur, utilisateur du bien, va le restituer au crédit-bailleur, qui devra lui-même le remettre au vendeur initial. A l’inverse, ce dernier devra restituer le prix initialement payé à la société de financement, personnage pivot de l’opération contractuelle. Telles sont les opérations à réaliser afin de remettre les parties dans la situation antérieure aux contrats anéantis. En ce sens, il fut tentant pour certains bailleurs d’insérer dans le contrat de crédit-bail des clauses, aux termes desquelles ils transfèrent les garanties attachées à la propriété de la chose au crédit-preneur²⁹⁷. En contrepartie, ce dernier s’engage à garantir les potentielles restitutions découlant d’un anéantissement contractuel du contrat de vente²⁹⁸. Imaginons une opération de crédit-bail où le contrat de crédit-bail prévoit que le crédit-preneur garantira les restitutions découlant de l’anéantissement du contrat de vente. Supposons maintenant que ce dernier soit annulé pour quelque cause que ce soit. La société de crédit-bail devra restituer le bien au vendeur initial et ce dernier procédera à la restitution des sommes payées. En vertu de la clause intégrée dans le contrat de bail, cette obligation sera couverte par le crédit-preneur. Ainsi, les restitutions inhérentes au processus de remise en l’état des parties se trouvent ici garanties par un tiers au contrat de vente initial, à savoir le crédit-preneur, utilisateur du bien acheté.

102. La justification de la solution. La validité de ces clauses a suscité de nombreuses interrogations. La première difficulté est liée à l’application de la rétroactivité : la clause litigieuse ayant été insérée dans le contrat de crédit-bail – objet de la résiliation - voit son existence juridique remise en question. Comment admettre l’application d’une clause contenue dans un contrat effacé par l’effet de la rétroactivité, liée au procédé de résiliation contractuelle ? La Cour de cassation est passée outre ces difficultés. Elle n’a pas hésité à

l’inverse, la chambre commerciale avait une conception plus économique de l’opération et considérait que l’anéantissement rétroactif de la vente n’avait aucune conséquence sur le contrat de crédit-bail, dès lors qu’une clause de non-recours du crédit-preneur contre le crédit-bailleur avait été insérée au contrat. En ce sens : Cass., Com., 22 mai 1991, n°89-19.943, *J.C.P. E. 1991*, n°758, p.257. La Cour de cassation a fini par trancher en faveur de la conception civiliste, consistant admettre la résiliation du contrat de crédit-bail à la suite de l’anéantissement de la vente. En ce sens : Cass., Mix., 23 nov. 1990, *J.C.P. E. 1991*, II, n°III, note D. Legeais ; *D.1991*, p.121, note C. Larroumet.

²⁹⁶ Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *R.T.D. Com. 2018*, p.420, obs. B. Bouloc ; *D.2018*, p.1185, note H. Barbier, *AJ. contrat 2018*, p.277, obs. C.-E. Bucher ; *R.T.D. com. 2018*, p.434, obs. D. Legeais ; *J.C.P. G. 2018*, obs. F. Buy ; *J.C.P. E. 2018*, note E. Valette et L. Cann ; *R.D.C. 2018*, p.1, obs. M. Latina ; *Gaz. Pal. 2018*, p.5, obs. M. Roussille.

²⁹⁷ Schütz (R.-N.), *ouvr. préc.*, n°239 ; Arbellot (F.), « L’exercice de l’action en garantie des vices cachés par le crédit-preneur », *L.P.A. 1998*, p.4 ; Bey (E.-M.), « Du transfert de la garantie du vendeur au locataire dans le contrat de crédit-bail ou réflexions sur l’arrêt de la Cour d’Agen du 15 janvier 1969 », *R.J. com. 1973*, p.28 ; Harichaux-Ramu (M.), « Le transfert des garanties dans le crédit-bail mobilier », *R.T.D. com. 1978*, p.219.

²⁹⁸ Cass., Mix., 3 mars 1989, n°86-11.941, *Bull. ch. mixte*, n°1, *D.1990*, p.301, note F. Dupuis-Toubol ; *R.T.D. civ. 1990*, p.302, obs. P. Rémy ; Cass., Mix. 23 nov. 1990, n°86-19.396, *D.1991*, p.121, obs. C. Larroumet ; *R.T.D. civ. 1991*, p. 325, obs. J. Mestre ; *J.C.P. G. 1991*, II.21642, note de D. Legeais ; Cass., Com., 4 janv. 1994, n°90-21.446, *Bull. civ. IV*, n°5, *R.T.D. Com 1994*, p.546, obs. B Bouloc ; Cass., Com., 12 oct. 1993, n°91-17.621, *Bull. civ. IV*, n°327 ; Cass., Com., 28 janv. 2003, n°01-00.330 ; Cass., Com., 14 déc. 2010, n°09-15.992.

donner pleine efficacité à ces clauses en se fondant sur une jurisprudence traditionnelle²⁹⁹. La première objection que nous pourrions formuler à l’encontre de cette solution se trouve dans le fait que la clause litigieuse réside dans le contrat de crédit-bail alors qu’elle organise les conséquences de la résolution du contrat de vente³⁰⁰. Toutefois une telle situation s’explique par l’interdépendance créée entre les deux contrats, dont le but économique est de cantonner la société de crédit-bail à un simple rôle de financeur³⁰¹. Le second écueil suscité par cette solution porte sur la négation du principe de rétroactivité. En effet, une application stricte de la résolution aurait dû conduire à l’effacement complet du contrat et *de facto*, à l’impossibilité d’appliquer les clauses contractuelles. Cet argument est facilement écarté en raison de la sanction choisie par la jurisprudence traditionnelle et applicable au contrat de crédit-bail. En se tournant vers la résiliation de cette convention, et non la résolution, la Cour de cassation a permis une application atténuée du principe de rétroactivité, de telle manière que la survie de certaines clauses contractuelles serait à l’abri de toute critique³⁰². Cependant, la pérennité de cette solution pose question : elle est actuellement remise en cause et laisse planer un doute sur l’efficacité de ces clauses contractuelles en cas d’anéantissement de la vente initiale. En tout état de cause, cette situation se rapproche de celle étudiée par le fait que les restitutions découlant d’un anéantissement contractuel se trouvent garanties.

103. Les raisons de l’exclusion de la solution de notre objet d’étude. Une première raison invocable en faveur de l’exclusion de la garantie du crédit-preneur de notre objet

²⁹⁹ En matière de clauses pénales : Cass., Civ. 3^{ème}, 22 fév. 1978, *Bull. civ. III*, n° 99, p. 77; Cass., Com., 10 juil. 1990, n°89-12.804, *Bull. civ. IV*, n°204; Cass., Civ. 3^{ème}, 6 janv. 1993, n°89-16.011; Cass., Civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, *Bull. civ. III*, n°5; Cass., Civ. 3^{ème}, 13 nov. 2003, n°01-12.646, *R.T.D. civ. 2004*, p.506, obs. J. Mestre et B. Fages; Cass., Civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, n°10-10.376 ; Cass., Com., 22 mars 2011, n°09-16.660. Sur cette question, *adde* : Mercoli (S.), th. préc., p.180, n°164 ; Hugon (C.), « Le sort de la clause pénale en cas d’extinction du contrat », *J.C.P. G. 1994*, I, 3790, n°1 ; en matière de clause de non-concurrence : Cass., Civ., 13 mai 1918, *D.P. 1922*. 1. 33 ; en matière de clause compromissoires : Cass., Com., 12 nov. 1968, *Bull. civ. IV*, n° 316, p. 285 ; *D.1969*, p.238; Cass., Civ. 2^{ème}, 25 nov. 1966, *Bull. civ. II*, n°927, *D.1967*, p.359, note J. Robert ; Cass., Com., 12 nov. 1968, *Bull. civ. IV*, n°316, *R.T.D. civ. 1969*, p.563, obs. Y. Loussouarn ; en matière de clause attributives de compétence : Cass., Civ. 2^{ème}, 25 nov. 1966, *D.1967*, p.359, note J. Robert ; Cass., Civ. 1^{ère}, 8 juil. 2010, n°07-17.788, *D. actu. 2010*, 1869, obs. X. Delpech, *R.T.D. Civ. 2010* obs. B. Fages ; Cass., Civ. 2^{ème}, 11 janv. 1978, *Bull. civ. II*, n°13 ; Cass., Com. 23 oct. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 233, p. 196 ; en matière de clause limitative de responsabilité : Cass., Com., 7 fév. 2018, n°16-20.352, *R.T.D. civ. 2018*, obs. H. Barbier ; *contra* en matière de clause de dédit : Cass., Civ. 1^{ère}, 27 juin 1978, *Bull. civ. I*, n°241 et en matière de clause limitative de réparation : Cass., Com., 5 oct. 2010, n°08-11.630.

³⁰⁰ Dupuis-Toubol (F.), « La garantie dans les contrats de crédit-bail : la Cour de cassation semble s’orienter vers une solution de compromis », obs. sous Cass., Com., 9 janv. 1990, n°87-13.397, *R.T.D. civ. 1990*, p.302.

³⁰¹ Arbellot (F.), art. préc., *L.P.A. 1998*, p.4 : « *La pratique, la doctrine et la jurisprudence s’efforcent de lier ces deux contrats et ces deux acteurs qui devraient pourtant juridiquement s’ignorer. La création de liens juridiques entre l’utilisateur et le fournisseur révèle la volonté de la société de crédit-bail de se cantonner dans un rôle d’agent de financement* » ; Larroumet (C.), « Résiliation du crédit-bail après résolution de la vente », obs. sous Cass., Mix.. 23 nov. 1990, n°86-19.396, *D.1991*, p.121, n°7. *Adde* : Carbonnier (D.), « Le crédit-bail : du bail au crédit », *Defrénois 1991*, art. 35102, p.1025.

³⁰² Barbier (H.), « L’applicabilité des clauses limitatives de réparation en cas de résolution du contrat », *R.T.D. civ. 2018*, p.401, obs. sous Cass., Com., 7 fév. 2018, n°16-20.352 : « *On se souviendra par exemple, en matière d’ensemble contractuel comportant un crédit-bail, que c’était pour assurer la survie des clauses aménageant la disparition du contrat de crédit-bail (à la suite de l’annulation ou de la résolution du contrat de vente) que la Cour de cassation avait finalement choisi la sanction de la résiliation et non de résolution* ».

d'étude est d'ordre juridique mais semble peu convaincante. La Cour de cassation a récemment aligné la solution du crédit-bail sur celle retenue en matière de location financière en considérant que l'anéantissement de la vente devait conduire à la caducité du crédit-bail³⁰³. Elle poursuit en affirmant que la banque ne peut pas « *se prévaloir des clauses contractuelles de garantie et de renonciation à recours* ». A la lecture de cette solution, nos développements ne présenteraient plus d'intérêt puisque la clause prévoyant la garantie des restitutions par le crédit-preneur ne serait plus efficace en raison du caractère rétroactif assigné à la caducité. Cependant il est possible de douter de la vigueur du caractère rétroactif prêté à cette institution. En effet, l'article 1187 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, envisage la possibilité d'une caducité qui laisserait subsister le passé contractuel³⁰⁴. Il ne s'agit là que d'une simple faculté et la doctrine majoritaire estime que dans le cadre de contrats à exécution successive tels que le crédit-bail, la caducité ne jouerait que pour l'avenir³⁰⁵. La jurisprudence n'a pour l'heure pas apporté de réponse satisfaisante sur ce point³⁰⁶. En revanche la doctrine n'exclut pas l'apparition, dans ces contrats, de clauses amenées à jouer même en cas de caducité³⁰⁷. Cette pratique semble d'autant plus admissible que le refus d'appliquer les clauses contractuelles en matière de caducité du contrat de

³⁰³ Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345. Pour les solutions similaires en matière de location financière, V. : Cass., Mix., 17 mai 2013, n° 11-22.768 et 11-22.927, *R.T.D. civ. 2013*, p.597, obs. H. Barbier ; *D.2013*, p.1658, obs. X. Delpech.

³⁰⁴ Cette disposition fait suite à une évolution doctrinale sur la notion de caducité. En effet, dans la conception traditionnelle issue du droit romain, les auteurs rejetaient l'idée de rétroactivité en matière de caducité. En ce sens, V. : Buffelan-Lanore (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, T.XVIII, 1963, L.G.D.J., p. 161 : « *Un acte juridique est caduc, de plein droit et sans rétroactivité lorsque, pleinement valable à sa formation et avant qu'il ait pu produire ses effets juridiques, il est privé d'un élément essentiel à sa formation et indépendant de la volonté de son auteur* » ; Pelletier (C.), th. préc., n°257. Mais, certains auteurs ont développé une conception plus moderne de la caducité où la rétroactivité y aurait sa place. En ce sens : Chaaban (R.), th. préc., p.333 : « *La thèse de la non-rétroactivité jouit à l'heure actuelle d'un malheur prestige* » « *toujours est-il qu'une timide voix s'élève en doctrine, relevant l'existence de certaines hypothèses où la caducité jouirait d'un effet rétroactif* » ; Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *D.2006*, p.2638, note S. Amrani-Mekki.

³⁰⁵ Chaaban (R.), th. préc. n°428, p. 375 ; Lagarde (X.), « Economie, indivisibilité et interdépendance des contrats », *J.C.P. G. 2013*, doct.1255, spéc. n°10 ; Roussille (M.), « Raz-de-marée sur le crédit-bail : résolution de la vente rime désormais avec caducité », note sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *Gaz. Pal. 2018*, n°36, p.50. La jurisprudence a tout de même retenu à plusieurs reprises l'effet rétroactif de la caducité : Cass., Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, *Bull. civ. IV*, n°156, *R.T.D. com. 2008*, p.404, obs. D. Legeais, *R.T.D. civ. 2007*, p.569, obs. B. Fages, *R.T.D. com. 2008*, p.173, obs. B. Boulloc, *J.C.P. G. 2007*, II, 10184, obs. Y.-M. Serinet, *R.L.D.C. 2008*, p.6, note N. Martial-Braz.

³⁰⁶ La jurisprudence semble favorable à une conception rigoriste de la caducité qui ne laisserait pas survivre les clauses contractuelles : Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *R.T.D. civ. 2007*, p.105, obs. J. Mestre et B. Fages, *D.2006*, p.2656, obs. R. Boffa, *D.2006*, p.2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; Cass., Com., 6 déc. 2017, n°16-21.180, *R.T.D. civ. 2018*, p.109 obs. H. Barbier ; *AJ. contrat*, p.277, obs. C-E. Bucher. *contra* : Cass., Civ. 3^{ème}, 9 juin 2010, n°09-15.361, *J.C.P. G. 2010*, p.968, S. Hocquet-Berg ; Cass., Civ. 3^{ème}, 11 janv. 2011, n°10-10.038, *L'essentiel droit des contrats*, mars 2011, n°3, p.3, obs. M. Latina ; Cass., Com., 22 mars 2011, n°09-16.660, *J.C.P. E. 2011*, p.1410, obs. R. Mortier ; *D. actu 30 mars 2011*, obs. X. Delpech, *D.2011*, p.2179, obs A. Hontebeyrie. En tout état de cause, il est unanimement reconnu en jurisprudence que la caducité est une sanction automatique qui prive le juge de tout pouvoir d'appréciation.

³⁰⁷ Buy (F.), « Sort du crédit-bail en cas de résolution de la vente : une chambre mixte, de nouveau ! », obs. sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345, *J.C.P. G. 2018*, p.543.

crédit-bail est davantage dicté par un argument politique, visant à protéger le crédit-preneur, que par un véritable raisonnement juridique. Dès lors, cette évolution jurisprudentielle aux contours incertains ne peut suffire à exclure la garantie des restitutions dues par le vendeur de notre objet d’étude. En revanche, le schéma mis en œuvre ne correspond pas à celui du report de sûreté sur l’obligation de restitution. Une telle qualification impose un élément temporel : la garantie doit avoir été constituée avant l’anéantissement contractuel dans le but de couvrir l’obligation initiale ; elle se retrouve par la suite affectée à une nouvelle obligation à savoir l’obligation de restitution. Dans l’hypothèse étudiée le crédit-preneur prend, dès l’origine, l’engagement de garantir uniquement les restitutions. Nous sommes donc ici en présence d’une garantie constituée antérieurement à l’anéantissement contractuel et ayant pour rôle exclusif de garantir les restitutions. On est ainsi proche de l’hypothèse théorique précédemment décrite, où le garant prend de manière consciente l’engagement de garantir les restitutions. Or, ces schémas ne peuvent présenter les difficultés liées à la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution et doivent par conséquent se voir dénier celle-ci.

104. La garantie constituée en vue de couvrir uniquement les restitutions ne soulève pas de difficulté apparente. Cependant, une telle situation ne peut être qualifiée de report de sûreté sur l’obligation de restitution au risque de dénaturer cette institution. Dans le même ordre d’idées, la garantie des restitutions imposée en guise de sanction du comportement d’une des parties à l’opération mérite d’être étudiée en vue de l’exclure de notre hypothèse d’étude.

B. La garantie des restitutions par un tiers fautif

105. Le principe : les restitutions ne sont pas un préjudice indemnisable susceptible d’être garanti par le tiers fautif. Certains auteurs ont rapproché de notre objet d’étude la question de la garantie des restitutions par un tiers ayant commis une faute à l’origine de l’annulation du contrat³⁰⁸. S’est en effet posée la question de savoir si un tiers ayant causé par sa faute l’anéantissement contractuel devait prendre en charge les restitutions par voie d’une action en garantie³⁰⁹. Le juge s’y est dans un premier temps montré favorable³¹⁰. Plusieurs décisions ont été rendues dans des cas similaires où un notaire était responsable de la résolution³¹¹ ou de la nullité³¹² d’un contrat de vente. Ce dernier se retrouvait tenu « *in solidum avec le vendeur, du montant de la restitution du prix de vente à l’acquéreur* ». La

³⁰⁸ Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), *La formation du contrat, L’objet et la cause, Les nullités*, T.II, L.G.D.J, 4^{ème} éd., p.1547, n°2892 : les auteurs recensent toutes les hypothèses de la garantie des restitutions par un tiers.

³⁰⁹ Serinet (Y.-M.), « Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation », in *Etudes G. Viney*, L.G.D.J, 2008, p.871, n°7 et s.

³¹⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 13 fév. 1996, *Bull. civ. I*, n°81.

³¹¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, *Bull. civ. I*, n°154.

³¹² Cass., Civ. 3^{ème}, 16 mai 1990, *Bull. civ. III*, n°119.

Cour de cassation allait au-delà en considérant que « *la mise en jeu de la responsabilité du notaire n’est pas subordonnée à une poursuite préalable contre d’autres débiteurs* »³¹³.

106. Les juges sont rapidement revenus sur cette solution par un arrêt de la première chambre civile du 25 novembre 1997³¹⁴, en imposant de démontrer l’existence d’un préjudice certain, pour engager la responsabilité du notaire³¹⁵. Les faits d’espèce étaient classiques : plusieurs personnes s’étaient portées acquéreuses d’un bien immobilier en situation d’enclave. Une telle information n’ayant pas été produite dans les documents fournis par les notaires et les plans des géomètres, les acquéreurs assignèrent ces professionnels ainsi que le vendeur en annulation de la vente, restitution du prix et paiement de dommages et intérêts. Les fautes commises par le notaire et les géomètres ne faisaient aucun doute³¹⁶. Pour autant, la Cour de cassation n’eut pas recours à sa formule traditionnelle visant à la condamnation *in solidum* des professionnels et du vendeur en restitution des sommes perçues. Au contraire, elle a approuvé la Cour d’appel d’avoir rappelé « *qu’il appartient à la personne qui sollicite la réparation d’un préjudice d’établir la réalité de celui-ci* », et d’en conclure que « *les demandes, bien que présentées à titre de dommages-intérêts, n’avaient pas un caractère indemnitaire dès lors qu’elles tendaient à la restitution d’un prix de vente* ». Cette solution fut sans cesse réaffirmée par la suite³¹⁷ jusqu’à encore très récemment³¹⁸. Les décisions rendues portent essentiellement sur des cas de nullité d’un contrat de vente³¹⁹ résultant de la faute d’un

³¹³ Cass., Civ. 3^{ème}, 16 mai 1990, *Bull. civ. III*, n°119.

³¹⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, n°96-10.207, *Bull. civ. I*, n°330, *Deffrénois 1998*, p.349, obs. J.-L. Aubert, *R.D.I. 1998*, p.109, obs. J.-C. Groslière ; Aubert (J.-L.), *La responsabilité civile des notaires*, Deffrénois, répertoire du notariat, 3^{ème} éd., 2008, p.55, n°49 ; Poulpique (J.), Brun (P.), Crone (R.), Pierre (P.), *Responsabilité des notaires 2009-2020*, Dalloz Référence, 3^{ème} éd., 2018, p.94, n°41.111 ; Biguenet-Maurel (C.), *Responsabilité civile du notaire*, Francis Lefebvre, 2017.

³¹⁵ Jourdain (P.), « Préjudice consécutif à l’annulation d’une vente : l’acquéreur peut-il demander au notaire réparation d’un préjudice correspondant à sa créance de restitution du prix ? » obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1 juin 1999, n°97-14.063, *R.T.D. civ. 2000*, p.121.

³¹⁶ Aubert (J.-L.), « Restitutions consécutives à une annulation et dommage », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, n°96-10.207, *Bull. civ. I*, n°330, *Deffrénois 1998*, p.349.

³¹⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1999, n°97-14.063, *Bull. civ. I*, n°184, *Deffrénois 1999*, 1340, obs. J.-L. Aubert, *R.T.D. civ. 2000*, p.121, obs. P. Jourdain ; Cass., Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2001, n°98-21.220 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, n°01-16.382, *R.T.D. civ. 2005*, p.401, obs. P. Jourdain, *J.C.P. G. 2005*, I, 114, obs. P. Grosser, *J.C.P. 2005*, I, 132, obs. G. Viney ; Cass., Civ. 3^{ème}, 23 juin 2004, n°01-16.382 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2012, n°10-26.790 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 19 mai 2016, n°15-11.441, *A.J.D.I. 2016*, p.860, obs. J.-P. Borel, *D. actu. 3 juin 2016*, obs. A. Cayol ; Cass., Civ. 3^{ème}, 29 sept. 2016, n°15-15.129.

³¹⁸ Pour des arrêts postérieurs à l’entrée en vigueur de l’ordonnance du 10 février 2016 : Cass., Civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n°14-27.253 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n°16-19.389, *R.D.C. 2018*, p.201, obs. S. Pellet ; Cass., Civ. 3^{ème}, 14 juin 2018, n°17-13.422, *A.J.D.I. 2019*, p. 201, obs. N. Damas,

³¹⁹ Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), ouvr. préc., T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., p.1548, n°2892 : les auteurs citent l’exemple d’une jurisprudence rendue en matière de garantie d’éviction. Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003, n°99-21.174, *Bull. civ. I*, n°189, *Deffrénois 2003*, p.1579, obs. J.-L. Aubert, Jourdain (P.), « Préjudice et responsabilité notariale : suite », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003, n°99-21.174 *R.T.D. civ. 2004*, p.99 : l’auteur justifie que cette solution est conforme à la jurisprudence rendue en matière de nullité car l’indemnité visée à l’article 1638 du Code civil doit s’interpréter en une restitution partielle du prix (« *Cette dernière (l’indemnité) s’analyse moins en une réparation qu’en une restitution de la partie du prix payé en trop. La prétendue « indemnité » visée par le texte correspond en réalité à la diminution de la valeur du terrain due à l’existence d’une servitude occulte* »).

notaire³²⁰. Pour autant, le principe posé est aisément transposable à des hypothèses de résolution contractuelle³²¹, et reste indifférent à la profession à l'origine de l'anéantissement du contrat³²². Le refus de garantir les restitutions par le professionnel fautif s'explique par la nature de ces dernières. L'anéantissement rétroactif du contrat donne lieu à des restitutions réciproques³²³, le créancier de la restitution dispose donc d'un recours contre celui qui a reçu la prestation en vertu du contrat annulé ou résolu. Tant que ce recours ne sera pas épuisé, aucun préjudice certain ne pourra être établi de sorte qu'il sera impossible d'engager la responsabilité du professionnel³²⁴. Le raisonnement formulé pour justifier cette solution

³²⁰ Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), ouvr. préc., T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., p.1548, n°2892 ; Ghestin (J.), Viney (G.), Joudain (P.) et Carval (S.), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd., 2013, p.159, n°287-1 ; Pellet (S.), « Restitutions et responsabilité : cent fois sur le métier... », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n°16-19.389, *R.D.C. 2018*, p.203, n°2.

³²¹ Pour des arrêts rendus en matière de résolution : Cass., Civ. 3^{ème}, 23 juin 2004, *Bull. civ. III*, n°126, n°99-19.996 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 2 juil. 2014, n°12-28.615, *R.T.D. civ. 2000*, p.121 obs. P. Jourdain. Pour un arrêt rendu en matière de diminution du prix : Cass., Civ. 3^{ème}, 28 janv. 2015, n°13-27.397, *D.2015*, p.657, obs. F. Rouvière.

³²² Pour un exemple du refus d'un professionnel de l'immobilier de garantir les restitutions : Cass., Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2005, n°04-14.737 : « *Ayant prononcé l'annulation de la vente pour dol du vendeur et retenu la faute de l'agence immobilière pour ne pas avoir effectué les vérifications élémentaires incombant à un professionnel de l'immobilier avant de proposer un bien à la vente, la Cour d'appel qui n'a pas constaté la perte du prix de vente, a pu retenir que la restitution de ce prix, incombant aux époux X..., ne devait pas être mise à la charge de l'agence immobilière* ». Même solution pour un commissaire-priseur : Cass., Civ.1^{ère}, 4 janv. 2005, n°02-19.448 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n°04-13.602. Voir également une solution similaire concernant un garagiste : Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n°00-21.114, *Bull. civ. I*, n°89. Même solution pour un expert-comptable : Cass., Com., 8 nov. 2005, n°03-12.759. *Adde* : Jourdain (P.), « Certitude du préjudice et responsabilité notariale (suite) : la confusion s'installe, une clarification s'impose », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, n°01-16.382, *Bull. civ. I*, n°259, *R.T.D. civ. 2005*, p.401. Pour l'auteur, les solutions étudiées s'expliquent par la notion de **préjudice certain**. Si ce dernier n'est pas établi, autrement dit si le créancier dispose d'autres moyens pour récupérer le montant de sa créance, le notaire ne peut être condamné *in solidum* à la restitution du prix. Or, M. Jourdain poursuit sa démonstration, en montrant que dans des espèces différentes, la Cour de cassation n'a retenu qu'un critère similaire pour engager la responsabilité d'un avocat. V. en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère} 18 janv. 2005, n°03.10-468 : l'avocat avait tardé dans la déclaration de la créance d'un client à une procédure collective. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, qui avait condamné l'avocat à réparer le préjudice subi par son client du fait de l'extinction de sa créance à l'égard du débiteur principal et des cautions, aux motifs qu'il n'était pas établi, avec certitude, l'impossibilité pour le créancier de recouvrer la créance. Ainsi, bien qu'étant rendu dans des contextes différents les solutions étudiées en matière de responsabilité notariale se rapprochent de cet arrêt dans le critère employé pour engager la responsabilité du professionnel. Un tel constat nous permet donc d'affirmer que les décisions rendues dans le cadre d'un anéantissement contractuel dû à la faute d'un notaire sont transposables à d'autres professions, et, notamment aux cas des avocats.

³²³ Sur le caractère réciproque des restitutions, Cf. *infra* n° 480 s.

³²⁴ Jourdain (P.), art. préc., obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1 juin 1999, n°97-14.063, *R.T.D. civ. 2000*, p.121 : « *Le créancier du prix (à payer ou à restituer, peu importe) ne subit pas de préjudice certain tant qu'il dispose encore d'actions ou de voies d'exécution lui permettant d'exercer ou de recouvrer sa créance* ». Voir également en ce sens : Pellet (S.), art. préc., obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n°16-19.389, *R.D.C.*, p.203, n°4 : « *Si à la suite de l'anéantissement du contrat, causé par la faute du notaire, l'un des contractants se trouve contraint de rendre ce qu'il a reçu en exécution du contrat (le bien dont la propriété a été transférée), il lui est restitué, en contrepartie, la prestation qu'il avait lui-même payée (le prix). Se réalise ainsi une commutation inverse de ce qui avait été voulu à l'origine par les parties. Dans cette perspective, le contractant reçoit au titre des restitutions une prestation qu'il jugeait lui-même équivalente à celle qu'il doit rendre, ce qui interdirait de considérer qu'il subit un préjudice* ».

apparaît comme juridiquement exacte et se trouve majoritairement approuvé par la doctrine³²⁵.

107. L’exception : le tiers fautif garantit les restitutions en cas d’insolvabilité avérée du contractant. Le principe énoncé comporte toutefois une limite : le professionnel fautif peut se voir imposer de garantir les restitutions en cas d’insolvabilité du débiteur. La limite à « l’immunité » du tiers fautif³²⁶ a d’abord été suggérée en jurisprudence³²⁷, avant d’être directement affirmée³²⁸ et parfois même appliquée³²⁹. La mise en œuvre de la garantie implique que l’exécution de l’obligation de restitution soit « définitivement compromise »³³⁰, autrement dit, l’insolvabilité du débiteur doit être « démontrée »³³¹. Une telle condition impose au créancier d’exercer prioritairement un recours contre son ancien cocontractant. La justification de cette limite est aisée : le raisonnement précédemment formulé permettait de conclure que le tiers fautif n’avait pas à garantir les restitutions puisque ces dernières ne constituaient pas un préjudice indemnisable en raison du recours existant contre le débiteur. Cette affirmation tombe en cas d’insolvabilité de ce dernier. En effet, la défaillance du restituant empêche le créancier de recouvrer les sommes originellement versées lors de

³²⁵ Aubert (J.-L.), « Les réparations mises à la charge du notaire à la suite de l’annulation d’un acte de vente », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1 juin 1999, n°97-14.063, *Deffrénois 1999*, p.1340 ; Jourdain (P.), art. préc., obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1 juin 1999, n°97-14.063, *R.T.D. civ. 2000*, p.121 ; Pellet (S.), art. préc., obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n°16-19.389, *R.D.C.*, p.203, n°4 ; Damas (N.), « Sort des restitutions consécutives à la nullité du bail », obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 juin 2018, n°17-13.422, *A.J.D.I. 2019*, p.201. Cependant, l’extension de cette solution aux cas d’un contrat de prêt fut critiquée. En effet, le prêteur va percevoir des intérêts en guise de rémunération de son service et du risque, qu’il encourt, de non-remboursement de la dette. Ces intérêts ne constituent, donc, pas la contrepartie d’une prestation qu’il recevrait de l’emprunteur. Suite à l’anéantissement contractuel, le prêteur doit restituer ces intérêts à l’emprunteur sans rien obtenir en échange, il subit donc un préjudice certain qui devrait être indemnisé par le tiers fautif. En ce sens V. : Boffa (R.), « Les restitutions consécutives à l’anéantissement d’un prêt », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, n°12-28.615 et n°13-17.280, *R.D.C. 2015*, p.61, n°4 : « *Le prêteur doit restituer les intérêts, sans qu’aucune restitution réciproque ne vienne compenser cette charge* ». Dans le même sens : Cayol (A.), « Préjudice réparable et restitution consécutive à l’annulation d’un prêt », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 19 mai 2016, n°15-11.441, *D. actu. 3 juin 2016*.

³²⁶ Cette expression fut, dans un premier temps utilisé par M. Grosser. V. Grosser (P.), « Contrats et obligations – Droit des obligations », *J.C.P. E. 2005*, I, 114, n°2. V. également pour une reprise de ce terme : Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), ouvr. préc., T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., p.1548, n°2892.

³²⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, n°96-10.207, *Bull. civ. I*, n°330, *Deffrénois 1998*, p.349, obs. J.-L. Aubert, *R.D.I. 1998*, p.109, obs. J.-C. Groslière.

³²⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1999, n°97-14.063, *Bull. civ. I*, n°184, *Deffrénois 1999*, 1340, obs. J.-L. Aubert.

³²⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n°97-10.105, *R.T.D. civ. 1999*, p.840, obs. P. Jourdain ; Cass., Civ. 1^{ère}, 18 juin 2002, n°99-17.122, *Deffrénois 2002*, p.1630, obs. J.-L. Aubert ; Cass., Civ. 3^{ème}, 18 fév. 2016, n°15-12.719 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2017, n°16-14.428, *Deffrénois 2017*, p. 33, obs. H. Lecuyer, *R.D.I. 2017*, p.402, obs. H. Heugas-Darraspen, *AJ. contrat 2017*, p.298, obs. T. de Ravel d’Esclapon.

³³⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, n°01-16.382, *R.T.D. civ. 2005*, p.401, obs. P. Jourdain, *J.C.P. 2005*, I, 114, obs. P. Grosser, *J.C.P. 2005*, I, 132, obs. G. Viney.

³³¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 18 juin 2002, n°99-17.122, *Deffrénois 2003*, p.185, obs. J.-L. Aubert.

l’exécution du contrat annulé ou résolu³³². Il subit donc un préjudice financier directement causé par la faute du professionnel, qui a conduit à l’anéantissement contractuel³³³.

108. Suite à cette présentation du contexte jurisprudentiel, il est enfin possible d’établir le lien entre ces solutions et l’objet de notre étude. Le notaire, ou plus généralement le professionnel fautif devient un *garant subsidiaire*³³⁴ envers le créancier pour les sommes qu’il ne peut récupérer auprès de son débiteur. Le point commun entre ce courant jurisprudentiel et notre hypothèse de travail réside dans la sécurité apportée à une personne à l’égard de restitutions post-contractuelles, dont elle est créancière par l’existence d’une garantie.

109. Raisons de l’exclusion. Si le point commun entre notre objet d’étude et ce courant jurisprudentiel semble évident, il convient pour autant de ne pas associer ces deux mouvements bien différents. Une telle différenciation s’explique par deux raisons majeures. Tout d’abord, comme dans le cadre du droit de rétention exercé en phase de restitution, la garantie est ici postérieure à l’anéantissement contractuel. En effet, le tiers fautif n’apporte aucune sécurité lors de l’exécution de la prestation initiale. L’élément temporel, nécessaire à la reconnaissance de la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution, implique que la garantie soit valable tant en phase d’exécution du contrat qu’en phase de restitution. Cependant, cette condition fait défaut dans le cadre de ce courant jurisprudentiel de sorte que celui-ci ne peut prétendre à une telle qualification. Il convient également de remarquer qu’un second élément distingue les solutions étudiées du schéma classique du report de la sûreté. Dans le premier cas, la garantie des restitutions résulte d’une faute ; c’est parce que le professionnel a manqué à ses obligations contractuelles lors de l’exécution de la convention qu’il se trouve contraint de couvrir les restitutions. Accessoirement, il ressort des garde-fous jurisprudentiels que cette garantie n’est pas automatique, encore faut-il que le créancier des restitutions démontre l’incapacité de son débiteur à y faire face. Autrement dit, la couverture des restitutions par le professionnel impose deux conditions cumulatives : une faute de ce dernier lors de l’exécution du contrat et une défaillance du débiteur lors de la phase principale. Ce n’est qu’à cette double condition que la garantie des restitutions est valable. Or, dans le cadre du report de la sûreté sur l’obligation de restitution, de telles conditions ne sont pas requises ; la couverture de la phase restitutoire se fait de plein droit, comme indiqué à l’article 1352-9 du Code civil. L’élément clé qui nous permet de différencier ces deux courants reste le défaut de postériorité de la sûreté. Toutefois, le constat qui vient

³³² Briere (C.), « La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit », *R.C.A. 2004*, n°9 et 10.

³³³ Cass., Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, n°01-16.382, *R.T.D. civ. 2005*, p.401, obs. P. Jourdain, *J.C.P. 2005*, I, 114, obs. P. Grosser, *J.C.P. 2005*, I, 132, obs. G. Viney.

³³⁴ Pour un emploi de ce terme en jurisprudence : Cass., Civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n°14-27.253 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2015, n°14-17.518. Pour un emploi de cette expression en doctrine : Jourdain (P.), art. préc., obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1 juin 1999, n°97-14.063, *R.T.D. civ. 2000*, p.121 ; Borel (J.-P.), « Responsabilité du notaire et préjudice indemnisable à la suite de l’annulation d’un prêt », note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 19 mai 2016, n°15-11.441, *A.J.D.I. 2016*, p.860. Certains auteurs, en se fondant sur l’arrêt Cass., Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2015, n°14-26.245 qui affirme que la responsabilité des professionnels du droit ne peut être subsidiaire, ont critiqué le caractère subsidiaire de la garantie des restitutions. V. : Barbier (H.), « La responsabilité en cascade des intermédiaires contractuels en cas d’échec contractuel », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016, n°14-26.474, *R.T.D. civ. 2016*, p.351.

d’être fait constitue un argument supplémentaire en faveur de l’exclusion de ce mouvement jurisprudentiel de la qualification du report de la sûreté sur l’obligation de restitution.

110. Synthèse. Que la garantie des restitutions soit exclusive ou non et qu’elle résulte de la volonté des parties ou d’un comportement fautif, ces solutions ne peuvent revêtir la qualification de « *report de la sûreté sur l’obligation de restitution* ». Si celle-ci n’a pas été pensée en phase d’exécution du contrat remis en cause, les difficultés générées par une telle qualification ne se retrouvent pas. Cette étude met en lumière la nécessité d’un **critère temporel** pour correspondre au schéma induit par le report de la sûreté sur l’obligation de restitution. La garantie doit tout d’abord avoir été constituée en phase d’exécution du contrat pour garantir uniquement l’obligation initiale puis être affectée aux restitutions provoquées par l’anéantissement contractuel sans que cela n’ait été expressément prévu par les parties³³⁵. Outre ces hypothèses marginales, il est un courant jurisprudentiel qui pose davantage de difficultés dans le cadre de la détermination du champ d’étude de notre sujet. Il s’agit de la survie de la sûreté à la suite de l’anéantissement des contrats issus du droit de la distribution. L’analyse des solutions rendues en la matière va permettre d’affiner les conditions nécessaires à la reconnaissance d’un cas de report de la sûreté sur l’obligation de restitution en démontrant, de manière évidente, qu’une telle qualification implique **l’existence d’une obligation de restitution susceptible d’être garantie**.

SECTION 2 : L’OBLIGATION DE RESTITUTION À GARANTIR

111. Le report des sûretés sur l’obligation de restitution dans le cas de l’anéantissement d’un contrat du droit de la distribution a longtemps été perçu comme un simple prolongement des solutions retenues en matière de prêt³³⁶. L’étude des circonstances dans lesquelles ces décisions ont été rendues (§1) ainsi que les diverses justifications qui en ont été fournies (§2), nous permettrons d’infirmar cette allégation émise par la doctrine. Les solutions retenues dans le domaine du droit de la distribution sont distinctes de la jurisprudence tendant à reporter la sûreté sur l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement d’un prêt et doivent être exclues de notre champ d’étude.

³³⁵ Cf. *infra* n° 170 s.

³³⁶ Pousson (A.), « Les effets produits par un contrat atteint d’une nullité totale », *R.R.J.* 1996, p.732 : « À la réflexion, cette solution n’est pas aussi surprenante qu’il y paraît. Elle n’est que le prolongement d’une jurisprudence qui précise le sort du contrat de cautionnement lorsque le contrat de prêt qu’il garantit est frappé de nullité. » ; *contra* : Behar-Touchais (M.), « Contrats commerciaux », note sous Cass., Com., 23 juin 1992, n°90-18.951, *J.C.P. G.* 1992.II.21974, n°7.

§1. Présentation de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution

112. Après avoir étudié le contexte dans lequel les décisions de la jurisprudence en matière de contrats du droit de la distribution ont été rendues (A), il conviendra de s’interroger sur la portée de ces solutions (B).

A. *Les faits à l’origine de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution*

113. La compréhension de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution implique de distinguer ce courant d’un second, très proche, tendant à maintenir la sûreté pour garantir l’obligation de restitution issue de l’anéantissement d’un contrat de prêt (1). Un second écueil s’élève également et tient à la complexité des relations contractuelles, élément caractéristique du droit de la distribution (2).

1) *La distinction entre la « jurisprudence des contrats du droit de la distribution » et la « jurisprudence des contrats de prêt »*

114. L’étude du courant jurisprudentiel que nous qualifierons par souci de simplification de « *jurisprudence des contrats du droit de la distribution* », implique une stricte délimitation de son objet. Il s’agit de les distinguer d’un second visant à reporter la sûreté initiale sur l’obligation de restitution découlant d’un contrat de prêt³³⁷. En effet, la doctrine a eu tendance à rapprocher ces deux conjonctures pourtant bien différentes. Cette confusion tient, à notre sens, à deux causes distinctes sur lesquelles il est nécessaire de revenir afin de tracer la frontière entre ces deux solutions jurisprudentielles.

115. **Première source de confusion : les éléments factuels des cas d’espèce.** Le rapprochement entre ces deux courants jurisprudentiels résulte des faits soumis à l’appréciation des juges. Il n’est pas rare de retrouver dans les cas d’espèces étudiés un ensemble contractuel complexe formé par un contrat du droit de la distribution et un prêt, lui-même garanti par une sûreté. Il en résulte qu’il n’est pas toujours aisé de déterminer l’obligation de restitution garantie par la sûreté. A titre d’exemple, le premier arrêt rendu par la Cour de cassation en 1982, instaurant un report de la sûreté sur l’obligation de restitution, concernait une hypothèse de relations contractuelles imbriquées³³⁸. Une société pétrolière avait octroyé deux prêts à une société exploitante d’un fonds de commerce de station-service, garantis par un cautionnement donné par son président. Par ailleurs, l’emprunteuse s’engageait également à se fournir exclusivement en produits pétroliers auprès de ladite société prêteuse. L’ensemble contractuel se composait donc d’un contrat de fourniture

³³⁷ Cf. *supra* n° 63 s.

³³⁸ Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n°357.

exclusive de produits pétroliers, d'un contrat de prêt et d'un cautionnement³³⁹. La nullité du premier contrat pour indétermination du prix³⁴⁰ entraîna les seconds dans sa chute. C'est à ce stade du raisonnement que la détermination de l'obligation de restitution garantie prend tout son sens. Pour mener à bien ce travail, il convient de se référer à la phase d'exécution initiale et de constater que la sûreté garantissait initialement le contrat de prêt et non celui de fourniture auquel il était juxtaposé³⁴¹. Ainsi, c'est la référence au contrat originellement garanti par la sûreté qui permet de tracer la frontière entre les deux courants jurisprudentiels en déterminant précisément l'obligation de restitution sur laquelle la sûreté se retrouve greffée.

116. Seconde source de confusion : processus de simplification de la pensée juridique³⁴². Le rapprochement contextuel des courants jurisprudentiels étudiés a entraîné une réaction doctrinale bien connue, qui consiste à transposer les explications juridiques formulées pour un problème à une question proche. Une justification unique devait s'appliquer à des faits semblables³⁴³. Dès lors, la confusion contextuelle pratique s'est doublée d'une confusion théorique par laquelle les auteurs ont appliqué les explications retenues en matière de prêt aux contrats du droit de la distribution. Suivant cette logique, une partie de la doctrine s'est attachée à démontrer le caractère artificiel du principe, selon lequel la nullité d'un contrat-cadre du droit de la distribution pourrait laisser subsister des livraisons impayées garanties par la sûreté initiale. Les auteurs poursuivaient en affirmant que le maintien de la sûreté serait purement fonctionnel et résulterait d'une transposition de l'analyse de « *la jurisprudence du contrat de prêt* », exécutée de manière maladroite par les juges. Un consensus doctrinal s'était formé autour de l'idée selon laquelle le report de la sûreté sur

³³⁹ Pour une espèce similaire où il est question d'un contrat de fourniture exclusive, d'un prêt et d'un cautionnement, V. : Cass., Com., 13 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n°183. En l'espèce, la sûreté se retrouve maintenue tant pour garantir l'obligation de restitution d'un contrat de prêt que pour garantir les livraisons effectuées en vertu des contrats d'application découlant d'un contrat-cadre nul pour indétermination du prix. Le professeur Aynes dans le commentaire de cet arrêt soulève bien toute la difficulté des faits en mettant en lumière l'existence de deux problèmes juridiques distincts qui constituent les deux courants jurisprudentiels fondamentaux sur la question du sort de la sûreté en cas d'annulation ou résolution du contrat garanti. V. : Aynès (L.), « Maintien du cautionnement malgré la nullité du contrat-cadre », obs. sous Cass., Com., 13 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n°183, *Defrénois* 90, art. 34761, n°23. Pour une présentation générale, Cf. *supra* n° 37 et 38, et pour un détail de la jurisprudence des contrats de prêt, Cf. *supra* n° 74.

³⁴⁰ Ferrier (D.), « Indétermination du prix et annulation du contrat d'approvisionnement exclusif », *Cah. dr. l'entr.* 1982, p.12 ; Barbieri (J.-J.), « La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusifs », *R.J. com.* 1983, p.329 ; Tallon (D.) (ss. dir.), *La détermination du prix dans les contrats*, Etude de droit comparé, Paris, 1989 ; Ghestin (J.) et Billiau (M.), *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990, p.85, n°54 ; Frison-Roche (M.-A.), « L'indétermination du prix », *R.T.D. civ.* 1992, p.269 ; Leduc (F.), « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle », *J.C.P.* 1992, I. 13601 ; Aynès (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.1993*, chr., p.25 ; Ghestin (J.), « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », *D.1993*, chr., p.251 ; Vogel (L.), « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.1995*, chr., p.155.

³⁴¹ Sur le reflet de l'imbrication contractuelle en phase de restitution, Cf. *infra* n° 502 s.

³⁴² Morin (E.), ouvr. préc., p.79 : « *Le principe de simplicité soit sépare ce qui est lié (disjonction), soit unifie ce qui est divers (réduction)* ».

³⁴³ Bergel (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *R.T.D. civ.* 1984, p.255.

l’obligation de restitution, découlant de l’anéantissement d’un contrat de prêt, se justifierait par la nature réelle qui était traditionnellement assigné à ce contrat³⁴⁴. L’explication était la suivante : la structure particulière du contrat de prêt qui implique nécessairement une obligation de restitution faisait que la sûreté trouvait une obligation sur laquelle se greffer à la suite de l’anéantissement contractuel. Elle ne perdait pas son efficacité puisqu’en vertu de l’article 2293 du Code civil³⁴⁵, une obligation valable continuait de lui servir de support. Un tel raisonnement, dont la pertinence mérite d’être mise à l’épreuve³⁴⁶, séduisit immédiatement la doctrine qui s’empressa d’en tirer les conséquences en matière de contrat du droit de la distribution. Ainsi la nullité d’un tel contrat laissait subsister, artificiellement, des obligations de payer les livraisons effectuées qui serviraient de support à la sûreté, lui permettant alors de conserver toute son efficacité³⁴⁷. Une telle vision n’emporte pas la conviction. Outre l’analyse juridique pour le moins douteuse qui sert de base à cette théorie³⁴⁸ ; c’est d’un point de vue méthodologique que la lecture doctrinale pêche. En effet, la démonstration se fonde sur un rapprochement discutable de deux situations de faits complètement différentes. Autrement dit, le schéma initialement soumis à l’analyse reste le même car il s’agit de s’interroger sur le sort de la sûreté qui garantit un contrat anéanti. En revanche, la logique juridique diffère en fonction de la nature du contrat de base. L’explication de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution ne peut résulter d’une transposition hasardeuse des solutions retenues en matière de prêt. Elle doit être recherchée dans la particularité des structures contractuelles du droit de la distribution, tout comme le maintien de la sûreté en matière de prêt s’explique par la nature de ce contrat. Une telle étude implique donc de situer la place de la sûreté au sein des groupes de contrats que l’on retrouve fréquemment dans les relations de distribution.

2) *Les difficultés inhérentes aux opérations de distribution*

117. La jurisprudence des contrats du droit de la distribution ne peut être comprise que par la mise en lumière du contrat garanti par la sûreté. En apparence simple, cette question est en réalité difficile à traiter en matière de distribution en raison du recours à des structures contractuelles complexes.

118. La distinction entre contrats-cadres et contrats d’application. La relation de distribution se forme autour d’un ensemble contractuel composé d’un contrat-cadre et de contrats d’application³⁴⁹. Les arrêts étudiés ont tous été rendus dans un contexte similaire où

³⁴⁴ Cf. *supra* n° 82.

³⁴⁵ Cet article est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Antérieurement, c’était l’ancien article 2012 CCiv. qui posait une règle similaire.

³⁴⁶ Cf. *supra* n° 63 s.

³⁴⁷ Behar-Touchais (M.), art. préc., note sous Cass., Com., 23 juin 1992, n°90-18.951, *J.C.P. G. 1992*, II, 21974, n°6.

³⁴⁸ Behar-Touchais (M.), art. préc. note sous Cass., Com., 23 juin 1992, n°90-18.951, *J.C.P. G. 1992*, II, 21974, n°7.

³⁴⁹ Le Calvez (J.), *Evolution et rôle des clauses d’exclusivité. Les aspects juridiques des conventions de concession exclusive*, th. Paris, 1979, p.197 : « Ces conventions peuvent, en effet, être scindées en deux composantes : les parties concluent, d’une part, une convention-cadre contenant, outre diverses stipulations

une compagnie pétrolière concluait avec une société distributrice **un contrat-cadre** de fourniture exclusive, lequel se concrétisait par la mise en place de **plusieurs contrats de vente** de carburants et de lubrifiants. La notion de contrat-cadre constitue un pilier de la théorie générale des contrats du droit de la distribution³⁵⁰. Elle traduit l’idée de collaboration entre les contractants en permettant « *une approche plus sécurisante et plus souple de leurs relations futures* »³⁵¹. Par le biais du contrat-cadre, les parties entrent dans une logique de coopération dans le but d’instaurer un courant d’affaires durable³⁵². Cette vision trouve sa traduction juridique dans sa fonction consistant à déterminer des règles générales qui régiront les ventes ultérieures³⁵³. Autrement dit, son but est essentiellement de définir un objectif commun qui sera réalisé au moyen de divers contrats d’application³⁵⁴. Toute l’originalité des relations en droit de la distribution repose sur cette dualité contractuelle.

119. Si en apparence la frontière tracée entre ces deux formes contractuelles semble relativement claire, les juges ont rapidement eu tendance à confondre ces notions au point de nier la spécificité de chaque contrat. Tel fut le cas d’une jurisprudence ancienne qui soumettait le contrat-cadre aux exigences posées par les anciens articles 1591 et 1592 du Code civil³⁵⁵. Ces derniers imposaient la détermination du prix de vente par les parties ou un tiers. Leur application au contrat-cadre conduit à confondre ce dernier avec les contrats

relatives aux engagements financiers assumés par chacune d’elles, un engagement de fourniture exclusive de la part du concédant et d’approvisionnement exclusif de la part du concessionnaire. En second lieu, en exécution de cette convention-cadre, interviennent des livraisons échelonnées faites par le concédant au concessionnaire ».

³⁵⁰ Dissaux (N.) et Loir (R.), *Droit de la distribution*, L.G.D.J., 2017, p.117, n°224 : « *Le contrat-cadre est une donnée importante du droit de la distribution. Certes, tous les contrats de distribution ne répondent pas à ce schéma (...). N’empêche : la figure du contrat-cadre est fréquemment liée au droit de la distribution qui en constitue le terrain d’élection.* ».

³⁵¹ Gatsi (J.), *Le contrat-cadre*, préf. M. Behar-Touchais, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCLXXIII, 1996, p.3, n°1.

³⁵² Sur la conception coopératiste du contrat-cadre : Mercadal (B.) et Janin (P.), *Les accords de coopération interentreprises*, Paris, 1974, n°45, p.32.

³⁵³ Il s’agit là de la conception normativiste du contrat-cadre développée par certains auteurs. V. Mousseron (J.-M.), Seube (A.), « A propos des contrats d’assistance et de fourniture », *D.1973*, chr. 197, spéc. p. 198 : « *Alors apparaissent des « contrats-cadre » visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis les accords à traiter, rapidement, dans le futur, « contrats d’application ou d’exécution » auxquels de simples bons de commande ou ordres de service fourniront leur support* » ; Frison-Roche (M.-A.), « Le choix de l’annulation comme sanction de l’indétermination du prix dans les contrats d’exclusivité et ses conséquences », *L.P.A.* 1993, p.15 : « *L’organisation de relations d’exclusivité suppose, d’une part, un contrat-cadre, sorte de matrice qui comprend les gènes principaux de l’accord, et, d’autre part, des contrats d’application qui sont autant d’enfants concrétisant la ferme relation entre les parties* » ; Dissaux (N.), « Les mystères du contrat-cadre », *AJ. contrat* 2017, p.104 reproduit in Dissaux (N.) et Loir (R.), *ouvr. préc.*, p.118, n°230 : « *Les parties goûteraient aux délices de la nomophilie. Elles s’érigeraient en petits démiurges, instaurant une réglementation purement privée* ». Le Tourneau (P.), « Quelques aspects de l’évolution des contrats », *Mélanges P. Raynaud*, p.349, notamment n°24.

³⁵⁴ CA Paris, 20 oct. 1981, *J.C.P. G.* 1982, suppl. n°2, p.210 : « *Le contrat-cadre de base définit le contenu des contrats individuels qui vont progressivement et concrètement remplir ce cadre* ».

³⁵⁵ Cass., Com., 27 avr. 1971, *J.C.P. G.* 1972, II. 16975, note J. Boré ; *D.1972*, p.353 note J. Ghestin. *Adde* : Legeais (D.), « La détermination du prix d’achat des marchandises dans les contrats de franchise : l’espoir déçu », *J.C.P. E.* 1992, chr.135.

d’application qu’il est censé préparer et, de manière maladroite, à le qualifier de vente³⁵⁶. Les juges sont, certes, revenus sur leur position en soumettant le contrat-cadre au respect de l’article 1129 du Code civil, qui porte sur les obligations en général et non plus seulement sur la vente³⁵⁷. Pour autant, l’analyse qu’ils ont initialement déduite du contrat-cadre démontre leur embarras face à la structure dualiste inhérente aux relations contractuelles en matière de distribution.

120. La doctrine³⁵⁸, suivie par la jurisprudence³⁵⁹, a fini par reconnaître la distinction du contrat-cadre et des contrats d’application qu’il prépare. C’est au professeur Jean Gatsi que nous devons l’étude la plus poussée de ces structures contractuelles duales. En effet, l’auteur les fait reposer sur un principe de double consentement qui implique de rejeter l’idée selon laquelle les contrats d’application ne seraient qu’une simple mesure d’exécution du contrat-cadre³⁶⁰ ; ces derniers ont donc une nature contractuelle indéniable, qui leur est propre. Dès lors, l’auteur poursuit son raisonnement en affirmant que seuls les contrats d’application peuvent donner naissance à des obligations générant un paiement. La conséquence en est simple : en matière de contrat-cadre de distribution, « *l’obligation de payer le prix ne naît qu’avec la conclusion du contrat de vente particulier* »³⁶¹. Prenons l’exemple classique d’un contrat portant sur la fourniture d’hydrocarbures. Le contrat-cadre peut-être relativement précis quant aux livraisons. Il est tout à fait possible de prévoir que celles-ci s’effectueront par exemple tous les lundis. De même, le contrat-cadre peut détailler les modalités de paiement en exposant les conditions de facturation et les délais de paiement octroyés. Bien que ces points soient développés dans le contrat-cadre, celui-ci ne peut suffire à donner force obligatoire au

³⁵⁶ Gatsi (J.), th. préc., p.154, n°243 ; Le Calvez (J.), th. préc., p.197 ; Bermond de Vaulx (V.), « Les problèmes juridiques posés par l’expiration de contrats de concession exclusive », *J.C.P. E. 1984*, 14246 ; Frison-Roche (M.-A.), art. préc., n°9 ; R. Rodière et C. Champaud, « A propos des pompistes de marque », *J.C.P. 1966*, 1.1988, n°5 ; Ghestin (J.), note sous Cass. Com., 27 avr. 1971 et 5 nov. 1971, *D.1972*, p.353. *contra* : Cass., Com., 9 juil. 1963, *Bull. civ. III*, n°368 : « que la convention s’analysait, non en un contrat de vente immédiate, mais en un contrat d’exclusivité prévoyant la fourniture à des prix qui devaient être et qui, pendant toute la période d’exécution antérieure à la résiliation, ont été librement débattus et acceptés par les parties ». *Adde* : la jurisprudence belge qui refuse d’appliquer l’article 1591 CCiv. à ce type de contrat qu’elle ne considère pas comme une vente : Cour de Bruxelles, 7 sept. 1982, *J.T. 83*, p.66. V. : P. Van Ommeslaghe, « Examen de la jurisprudence. – Les obligations », *R.C.J.B. 1986*, p.79.

³⁵⁷ Cass., Com., 11 oct. 1978, *J.C.P. 1979.II.19034*, note Y. Loussouarn ; *D.1979*, p.135, note R. Houin ; Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y.-M.), ouvr. préc., T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., p.105, n°124 ; Tallon (D.) (ss. dir.), ouvr. préc., p.17 ; Gatsi (J.), th. préc., p.155, n°243 ; Mercadal (B.), « La détermination du prix dans les contrats en droit français », *D.P.C.I. 1979*, p.443 ; Belot (J.), « La détermination judiciaire du prix dans les contrats », *R.R.J. 1982*, p.351.

³⁵⁸ Ferrier (D.) et Ferrier (N.), *Droit de la distribution*, 8^{ème} éd., LexisNexis, 2017, p.340, n°573 ; Dissaux (N.) et Loir (R.), ouvr. préc., p.117, n°226 ; Mousseron (J.-M.), Burst (J.-J.), Chollet (N.), Lavabre (C.), Leloup (J.-M.), Seube (A.), *Droit de la distribution*, Librairies techniques, 1974, n°195, p.162 ; Seube (A.), *Le contrat de fourniture*, th. Montpellier, 1970, p.230, n°270 : Le contrat-cadre et les contrats d’application posent « *l’énigme de la pluralité dans l’unité* » ; Schmidt (J.), *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1992, p.240, n°449s. ; Gatsi (J.), th. préc., p.158, n°250 ; Mousseron (J.-M.), « La durée dans la formation des contrats », in *Etude Jauffret*, p.509 ; Pollaud-Dulian (F.) et Ronzano (A.), « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *R.T.D. com. 1996*, p.179, n°1 ; Mousseron (J.-M.), Seube (A.), art. préc., *D.1973*, chr.197, spéc. p.198.

³⁵⁹ Cass., Com., 28 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n°183.

³⁶⁰ Gatsi (J.), th. préc., p.147, n°232.

³⁶¹ Gatsi (J.), th. préc., p.183, n°281.

paiement des livraisons. Ce n’est que les lundis, lors des livraisons prévues, que les contrats d’application se concrétisent et font accéder l’obligation de payer à la vie juridique.

121. L’incidence de cette distinction sur les sûretés. La distinction contrats-cadre et contrats d’application est cruciale lorsqu’il s’agit de déterminer le point d’appui de la sûreté. Si nous reprenons la proposition doctrinale formulée par le professeur Gatsi, nous sommes amenés à conclure que le contrat-cadre n’est qu’un contrat structurant³⁶². Sa fonction principale est la modification de l’ordonnancement juridique en vue de passer des contrats d’application qui auront vocation à faire naître des obligations à la charge des parties. Dès lors, la sûreté ne peut-être donnée qu’en garantie des obligations naissant des contrats d’application et non du contrat-cadre³⁶³.

122. L’étude des faits à l’origine des arrêts rendus en matière de droit de la distribution nous a permis de dresser le schéma classique des situations soumises à l’appréciation des juges³⁶⁴ : un contrat-cadre génère des contrats d’application garantis par la sûreté et c’est le sort de cette dernière lors de la nullité du contrat « matrice »³⁶⁵ qui nous intéresse. La dualité de la formation contractuelle constitue la principale difficulté puisque la sûreté garantit le contrat d’application pour autant, l’on s’interroge sur son sort dans le cas de l’anéantissement du contrat-cadre – et non des contrats successifs. Avant d’analyser les propositions doctrinales formulées pour justifier ce courant, une dernière donnée contextuelle mérite d’être étudiée. En effet, tous les arrêts portaient sur **la nullité d’un contrat-cadre pour indétermination du prix**. La jurisprudence a été relativement fluctuante sur cette question avant de reconnaître l’efficacité du contrat matrice même en l’absence de prix déterminé ou déterminable. Une telle solution ne remet-elle pas en cause « *la jurisprudence des contrats du droit de la distribution* », qui n’aurait été qu’une « erreur jurisprudentielle temporaire », insusceptible de se représenter dans notre droit positif ?

B. La portée de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution

123. Certains auteurs ont vu dans la jurisprudence des contrats du droit de la distribution un phénomène temporaire, lié aux incertitudes jurisprudentielles et doctrinales sur la notion de contrat-cadre. En effet, dans les arrêts étudiés, la nullité du contrat-cadre, qui est à l’origine de la question du sort de la sûreté, résulte d’une indétermination du prix. Or, depuis les arrêts d’Assemblée Plénière de la Cour de cassation datant du 1^{er} décembre 1995, une telle situation

³⁶² Chantepie (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° Le contrat, janv. 2018 (actualisation fév. 2020), n°51. Le contrat-cadre apparaît comme une forme de « contrat-règle ». En ce sens, V. : Revet (T.), « Le contrat-règle », in *Mélanges P. Le Tourneau*, 2008, Dalloz, p. 919.

³⁶³ Gatsi (J.), th. préc., p.183, n°281 : « *Les obligations justifiant un paiement et pouvant être garanties par un cautionnement ne naissent qu’avec la conclusion des contrats d’application.* ».

³⁶⁴ Sur le caractère identique des faits soumis à l’appréciation des juges, V. : Pousson (A.), art. préc., *R.R.J.* 1996, p.730.

³⁶⁵ Sur l’emploi de cette expression pour désigner le contrat-cadre, V. : Frison-Roche (M.-A.), art. préc., *L.P.A.* 1993, p.15. *Adde* : CA Paris, 26 janv. 1966, *D.1966*, p.294.

ne saurait mener au contentieux. En effet, l’efficacité du contrat-cadre a été reconnue en dépit de l’absence de détermination en son sein du prix applicable aux contrats de vente ultérieurs³⁶⁶. Ces arrêts ont eu le mérite de « *sortir le droit de la distribution d’une impasse dans laquelle les juges s’étaient engouffrés depuis plus de vingt ans* »³⁶⁷. Rompant avec une solution vigoureusement critiquée³⁶⁸, ils permettent de tarir la principale cause d’annulation des contrats-cadre. Certains auteurs y ont alors vu la fin de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution. L’efficacité du contrat-cadre étant solidement établie, il ne pourrait être remis en cause et la question du sort de la sûreté, dans ces circonstances particulières, ne serait plus amenée à se poser³⁶⁹. La lecture de ces auteurs nous amènerait à conclure que ce courant jurisprudentiel n’est qu’un épiphénomène, une conséquence dommageable des incertitudes sur la sanction adéquate en cas d’indétermination du prix dans le contrat-cadre. Autrement dit, les principes du droit des sûretés et de la nullité seraient saufs, car la question de la survie de la sûreté en cas d’annulation du contrat-cadre n’aurait jamais dû se poser.

124. Une telle vision est cependant réductrice et s’éloigne de la pratique du droit de la distribution. Certes, l’indétermination du prix constituait la principale cause du contentieux de l’annulation en droit de la distribution, mais elle n’est de loin pas l’unique. D’autres motifs d’annulation de ce contrat matrice subsistent³⁷⁰. Ces derniers sont susceptibles d’entraîner des

³⁶⁶ Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *D.1996*, p.13 obs. M. Jéol ; *R.T.D. Civ. 1996*, p.153 obs. J. Mestre ; *D.1996*, p.13, obs. L. Aynès ; *C.C.C. janv. 1996*, 1, obs. L. Leveneur ; *J.C.P. E. 1996*, p.12 obs. P. d’Harcourt ; *J.C.P. G. 1996*, chr. 3959, obs. C. Jamin ; *J.C.P. N. 1996*, p.493, obs. D. Boulanger ; *J.C.P. E. 1996, Cah. dr. ent. n°5*, p.38, obs. M. Bandrac ; *L.P.A. 1995*, p.21 obs. D. Bureau et N. Molfessis ; *Dr. et patr. janv. 1996*, p.48, obs. A. Couret. *Adde* : Mousseron (J.-M.), « Madame la Cour de cassation : merci », *La lettre de la distribution 1995*, p.1 ; Becque (P.) et Violla (F.), « Pour qui sonne le glas ? A propos de la nullité pour indétermination du prix », *Rev. huiss. 1996*, p.794 ; Jéol (M.), « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux, R.T.D. com. 1997*, p.1. Pour une reprise de cette solution en matière de contrats de franchise : Cass., Com., 26 mars 1996, n°93-16.849, *C.C.C. 1996*, n°136, obs. L. Leveneur ; Cass., Com., 23 fév. 1999, *C.C.C. 1999*, p.9, L. Leveneur. Pour une solution similaire en matière de location-gérance : Cass., Com., 10 fév. 1998, *Bull. civ. IV*, n°71, p.55, n°95-21.906, *R.T.D. civ. 1998*, p.365, obs. J. Mestre. Pour une solution similaire en matière de concession : Cass., Com., 11 juin 1996, *Bull. civ. IV*, n°165, p.142, *C.C.C. nov. 1996*, p.9, obs. L. Leveneur. Pour une reprise de la solution en matière de contrat d’approvisionnement exclusif : Cass., Com., 23 mars 1999, n°96-10.901. Pour une analyse comparatiste de cette solution V. : Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), *ouvr. préc.*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., p.101, n°120.

³⁶⁷ Aynès (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », *Obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15.578, D.1996*, p.13 : « *La Cour de cassation en Assemblée plénière anéantit fermement plus de vingt ans d’une jurisprudence critiquable qui avait conduit le droit de la distribution dans une véritable impasse* ».

³⁶⁸ Collart-Dutilleul (F.) et Delebecque (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11^{ème} éd., p.157, n°140 ; Gatsi (J.), *th. préc.*, p.154, n°243 ; Behar-Touchais (M.), « La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d’application », *J.C.P. 1994*, I, n°3800 ; Galimi (F.M.), « Franchise : l’indétermination du prix et la régularité du contrat (réflexions sur l’arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1992) », *J. not. 1992*, p.881. *contra* : Mestre (J.), « Nouvelle zone de turbulence pour l’article 1129 du Code civil », *R.T.D. civ. 1991*, p.322 ; Ghestin (J.), *art. préc.*, *D.1993*, chr., p.257, n°9.

³⁶⁹ Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), *ouvr. préc.*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., p.1282, n°2606.

³⁷⁰ Legeais (D.), *art. préc.*, *J.C.P. E. 1992*, chr.135, n°17 ; Pollaud-Dulian (F.) et Ronzano (A.), *art. préc.*, *R.T.D. com. 1996*, p.195, n°44. Les auteurs citent des exemples jurisprudentiels de nullité du contrat-cadre pour des motifs autre que l’indétermination du prix. Voir, par exemple, pour une hypothèse de nullité résultant de l’absence de cause : Cass., Com., 9 oct. 1990, n°98-13.384, *R.T.D. civ. 1991*, p.325, obs. J. Mestre. Pour un cas

interrogations similaires à celles qui s’étaient posées lorsque la jurisprudence n’était pas fixée sur la sanction de l’indétermination du prix. Ainsi, loin d’être un long fleuve tranquille, le sort de la sûreté en cas de nullité du contrat-cadre retrouve au contraire tout son intérêt. Un arrêt récent atteste du caractère actuel de cette interrogation. En effet, la Cour de cassation, au visa de l’article 2289 du Code civil, reprend la formule traditionnelle et considère « *qu’en se déterminant ainsi, sans rechercher si la nullité des contrats éteignait l’obligation de payer les livraisons effectuées et demeurées impayées et si l’obligation de cautionnement y afférent ne demeurerait pas valable, dès lors que les cautions s’étaient également engagées au titre de l’encours fournisseur, la Cour d’appel a privé sa décision de base légale* »³⁷¹. En l’espèce, la nullité du contrat-cadre résultait d’un dol et non d’une indétermination du prix. Il en résulte que les arrêts de 1995 ne sont pas de nature à priver d’intérêt la question du sort de la sûreté en cas de nullité du contrat-cadre.

125. Le contexte et la pertinence de l’étude de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution ayant été rappelés, il convient de s’interroger sur les justifications juridiques avancées à l’appui de la survie de la sûreté à l’annulation du contrat-cadre.

§2. L’exclusion de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution de notre champ d’étude

126. Dans un premier temps, les auteurs ont justifié la survie de la sûreté à l’anéantissement du contrat-cadre en se fondant sur le caractère successif de la convention de base, qui lui permettrait d’échapper à l’action de la rétroactivité (A). De manière plus convaincante, la doctrine s’est dans un second temps, tournée vers la particularité de la relation entre le contrat-cadre et les contrats d’application (B). Bien qu’ayant des fondements différents, ces deux justifications se rejoignent sur l’objet garanti par la sûreté suite à l’anéantissement du contrat-cadre : **il n’est pas question de garantir des restitutions, mais plutôt le paiement des livraisons d’ores et déjà effectuées**. Dès lors, ce courant jurisprudentiel ne rentre pas dans le cadre de notre étude, faute d’une condition essentielle tenant à l’existence d’une obligation de restitution.

A. L’explication fournie par le droit commun des contrats

127. La justification de la jurisprudence par le caractère successif de la convention de base. Pour justifier le maintien de la sûreté dans le cadre de l’anéantissement du

de nullité pour violence (non retenu dans le cas d’espèce) : Cass., Com., 21 fév. 1995, n°93-13.302, *R.T.D. civ.* 1996, p.391, obs. J. Mestre.

³⁷¹ Cass., Com., 12 nov. 2008, n°07-17.746.

contrat-cadre, les auteurs ont pris appui sur la nature successive de ce contrat³⁷². Une telle approche se retrouve dans la motivation de certains arrêts de la Cour de cassation aux termes desquels « *selon l’article 2012 du Code civil, si le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, en cas d’annulation d’un contrat successif, seule la disparition des obligations nées de ce contrat peut entraîner la disparition du cautionnement, lequel conserve son efficacité à l’égard des obligations subsistantes »³⁷³. De manière plus générale, l’analyse proposée par ces auteurs se base sur une lecture chronologique des faits. Ainsi, les arrêts étudiés considèrent que la sûreté est amenée à garantir non pas l’obligation de restitution découlant de la nullité, mais les actes ayant été exécutés avant l’anéantissement contractuel. Cette idée est mise en avant dans l’attendu d’un arrêt du 13 juin 1989, qui considère que « *dès lors que la société cliente a accepté la livraison des fournitures demeurées impayées, telles qu’elles ont été facturées par le fournisseur, le dirigeant social, en qualité de caution solidaire des dettes ainsi contractées et déterminées, est tenu d’en effectuer le règlement quelle que soit la validité de la convention d’approvisionnement* »³⁷⁴. Autrement dit, la sûreté n’aurait pas vocation à garantir une obligation de restitution mais bien l’obligation initiale, qui ne serait pas remise en question par l’anéantissement de la convention-cadre. Cette analyse se fonde sur l’une des exceptions de la théorie de la rétroactivité. Celle-ci consiste à maintenir le passé contractuel lorsque le contrat anéanti est à exécution successive et qu’il est impossible de revenir sur les faits d’exécution passée³⁷⁵. La nullité opérait donc à la façon d’une résiliation³⁷⁶ ; c’est-à-dire sans que la rétroactivité n’intervienne pour remettre en question les situations antérieures à l’anéantissement contractuel.*

128. La réfutation d’une telle justification. Cette proposition apparaît parfaitement logique au regard des règles sur la place de la rétroactivité dans les contrats à exécution successive. En revanche, elle contrevient à la structure complexe du contrat-cadre et en particulier aux liens que ce dernier entretient avec les contrats d’application qu’il génère. De

³⁷² Sur les conséquences de cette nature successive de la convention dans un contexte différent de celui des contrats du droit de la distribution, v. : Malaurie (P.), note sous Cass., Soc., 8 avril 1957, *D.1958*, p.221. Cf. *infra* n° 481.

³⁷³ Cass., Com., 4 fév. 1986, n°84-13.496, *Bull. civ. IV*, n°1, *D.1987*, somm., p.451, obs. L. Aynès ; Cass., Com., 12 fév. 1991, n°89-10.882, *Bull. civ. 1991, IV*, n°61, *L.P.A. 1992*, p.27, obs. D. Guevel ; *R.T.D. civ. 1991*, n°2, p.371, obs. M. Bandac ; *J.C.P. E. 1991*, p.197, obs. P. Delebecque ; Mestre (J.), Putman (E.) et Vidal (D.) (ss. dir.), *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995, n°32, obs. P. Storrer. *Adde* : Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°2112, *J.C.P. G. 1992*, p.3608, M. Fabre-Magnan.

³⁷⁴ Cass., Com., 18 avr. 1989, n°87-17.519 et Cass., Com., 13 juin 1989, *Bull. civ. IV*, n°183, *Deffrénois 1990*, p.444, obs. L. Aynès.

³⁷⁵ Cf. *infra* n° 480 s.

³⁷⁶ Ponsard (A.) et Blondel (P.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Nullité », n°176. *contra* : Bénabent (A.), *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, n°231, p.184 ; Mazeaud H., L. et Chabas (F.), *Leçon de droit civil, Obligations, théorie générale*, T.II, vol.1, p.325, n°332 ; Marty (G.), Raynaud (P.), Jestaz (P.), *Droit civil, les obligations*, T.I, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p.239, n°234 ; Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Droit civil – Les obligations*, Litec, 6^{ème} éd, p.376, n°1069 ; Leveneur (L.), « Contrats commerciaux », obs. sous Cass., Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n°249, *J.C.P. E. 1993*.II, p.407 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, *J.C.P. G. 1996*, I, 3914, obs. C. Jamin ; *J.C.P. G.1996*, II, 22581, obs. A. Francon : dans cet arrêt, la Haute juridiction écarte l’absence de caractère rétroactif de la résiliation pour lui appliquer les règles propres à la résolution.

manière plus précise, c’est le principe du double consentement qui distingue ces deux figures contractuelles. En effet, le contrat successif représente **une unité contractuelle** dont « *l’exécution est successive et ne peut se faire qu’à la condition de remplir un intervalle de temps* »³⁷⁷. Cette unité du contrat successif s’oppose au **caractère dual du contrat-cadre**. Ce dernier ne peut se comprendre isolément ; il est à analyser en fonction des contrats d’application qu’il est censé préparer et générer. Dans cette hypothèse, les parties sont donc amenées à formuler un consentement à la fois pour le contrat-cadre et pour les contrats d’application en découlant³⁷⁸. En ce sens, ces derniers ne sont pas une simple mesure d’exécution du contrat-cadre mais bien des contrats indépendants. Affirmer que le contrat-cadre serait un contrat successif reviendrait à nier ce principe du double consentement et surtout cette dualité de niveau entre les deux formes contractuelles. Pour autant, le postulat selon lequel la nullité du contrat-cadre n’a aucun impact sur les contrats d’application n’est pas à rejeter en bloc. La conclusion à laquelle la doctrine a abouti est digne d’intérêt : elle fournit une explication satisfaisante à la question posée. Néanmoins, la difficulté tient davantage à l’argumentation soulevée plus qu’à l’enseignement qui en a été tiré. Dès lors, l’explication du maintien de la sûreté sur les obligations non exécutées ne procède pas de la prétendue nature successive du contrat-cadre, mais plutôt des liens particuliers que ce dernier entretient avec les contrats d’application qu’il génère³⁷⁹.

B. L’explication fournie par le droit spécial de la distribution

129. La survie de la sûreté à la suite de l’anéantissement du contrat principal garanti résulte du principe d’indépendance des contrats-cadres à l’égard des contrats d’application. Ce principe a longtemps dominé le droit de la distribution avant d’être remis en cause par la jurisprudence. La survie de la sûreté n’avait alors plus de justification satisfaisante (1). Cependant, l’ordonnance du 10 février 2016 semble avoir renoué avec l’indépendance du contrat-cadre à l’égard des contrats d’application fournissant ainsi une réponse satisfaisante au problème de la survie de la sûreté (2).

1) À la recherche du principe d’indépendance perdu

130. Présentation du principe d’indépendance des contrats-cadres par rapport aux contrats d’application³⁸⁰. Il est admis de façon constante en doctrine que les contrats

³⁷⁷ Brière de l’Isle, « De la notion de contrat successif », *D.1957*, p.153.

³⁷⁸ Gatsi (J.), th. préc., p.181, n°277.

³⁷⁹ Gatsi (J.), th. préc., p.290, n°423 : « *L’indépendance du contrat-cadre par rapport aux contrats d’application s’était faite ici, à travers l’effet limité de la nullité du contrat-cadre. Elle s’explique par le fait qu’en réalité, deux séries de contrats sont conclus par les contractants. A chacun des contrats, un consentement est donné, et l’annulation de l’un ne peut s’étendre à l’autre, le contrat-cadre n’étant pas un contrat successif* ».

³⁸⁰ Pour l’affirmation d’un tel principe : Gatsi (J.), th. préc., p.289, n°422. *contra* : Barbieri (J.-J.), art. préc., *R.J. com.* 1983, p.329 ; Schmidt (J.), « Le prix du contrat de fourniture », *D.1985*, chr.176 ; Mercadal (B.), art. préc., *D.P.C.I.* 1979, p.443 ; Leveneur (L.), art. préc., obs. sous Cass., Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n°249, *J.C.P. E.* 1993.II, p.407.

d’application concrétisent les objectifs que les parties se sont fixées au sein du contrat-cadre, de sorte qu’en leur absence ce dernier ne présente plus aucun intérêt. Une telle affirmation ne doit pourtant pas faire douter de l’indépendance de ces deux types de contrats. La doctrine a très tôt reconnu une existence autonome aux contrats d’application³⁸¹, notamment dans le but de limiter les conséquences d’une mauvaise exécution de ces derniers sur le contrat matrice³⁸². Le corollaire est également vrai : la nullité du contrat-cadre ne devait pas avoir d’impact sur les contrats d’application d’ores et déjà conclus et exécutés. Le principe du double consentement est également en ce sens puisqu’il a pour conséquence de donner naissance à deux séries de contrats dont chacune nécessite une manifestation de volonté distincte des parties. La survie du cautionnement à l’anéantissement du contrat-cadre, garantissant les dettes nées des contrats d’application, ne peut s’expliquer que par cette indépendance entre les deux séries de contrats. Comme le relève le professeur Aynès, « *les échanges distincts manifestés par l’acceptation des livraisons ponctuelles* »³⁸³ devraient permettre de limiter les effets de l’anéantissement du contrat-cadre. La dette garantie par la caution trouverait sa source dans les contrats d’application qui ne seraient pas impactés par la nullité de la convention de base³⁸⁴.

131. L’arrêt du 23 juin 1992 et la remise en cause du principe d’indépendance. Cet équilibre, auquel étaient arrivées la jurisprudence et la doctrine, fut rapidement remis en cause par un arrêt de la Cour de cassation en date du 23 juin 1992. La Haute juridiction y affirme que « *la société Esso était fondée à obtenir paiement non du prix au tarif qu’elle demandait et qui aboutissait à l’exécution des contrats nuls, mais la valeur réelle des produits livrés, en excluant tout bénéfice pour elle* »³⁸⁵. La référence à la valeur réelle des produits plutôt qu’à leurs prix n’est pas anodine. Elle laisse en effet entendre que la nullité du contrat-cadre entraînerait dans sa chute les contrats d’application. Une telle solution conduit au rejet du principe d’indépendance du contrat-cadre à l’égard des contrats d’application³⁸⁶. Certains auteurs ont tenté de justifier cet arrêt par le fait que l’indétermination du prix du contrat-cadre vicierait les ventes ultérieures³⁸⁷. Celles-ci devraient par conséquent disparaître également. Cependant, la grande majorité de la doctrine³⁸⁸ a vigoureusement critiqué cette position en y voyant une dénaturation de l’engagement des contractants et une négation du principe du double consentement³⁸⁹. Une telle solution tend à remettre en question la nature contractuelle des contrats d’application pour n’y voir qu’une simple mesure d’exécution du contrat-cadre.

³⁸¹ Fontaine (M.), « Les contrats de contre-achat », *D.P.C.I.* 1982, p. 161.

³⁸² Prévisani (A.), « Coopération industrielle et compensation », *D.P.C.I.* 1982, p.222.

³⁸³ Aynès (L.), obs. sous Cass., Com., 13 juin 1989, *Defrénois* 1990, art. 34761, p.444.

³⁸⁴ Fabre-Magnan (M.), « La théorie générale des nullités – les effets de la nullité », *J.C.P. G.* 1992, 3608, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°90-21.031.

³⁸⁵ Cass., Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n°249, arrêt Bertron, *R.T.D. civ.* 1993, p.350, obs. J. Mestre; *J.C.P.* 1992.II.21974, obs. M. Behar-Touchais; *J.C.P. E.* 1993.II, p.407, obs. L. Leveneur.

³⁸⁶ Gatsi (J.), th. préc., p.292, n°425.

³⁸⁷ Leveneur (L.), « Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats cadre de distribution », *C.C.C. nov.* 1992, p.5.

³⁸⁸ Ferrier (D.), obs. sous Cass., Com., 23 juin 1992, *Bull. Civ. IV*, n°249, *J.C.P. E.* 1993.I, p.231.

³⁸⁹ Gatsi (J.), th. préc., p.292, n°425.

Ce dernier apparaît alors comme un contrat successif³⁹⁰, une forme de sur-contrat qui viendrait chapeauter toute la relation d’affaires établie entre les parties. Face aux excès d’une telle jurisprudence, la doctrine a tenté d’assouplir cette solution en distinguant en fonction de la nature du contrat-cadre ou de la cause de nullité invoquée. La première proposition fut présentée par Mme Behar-Touchais qui déduisit de l’arrêt Bertron, précédemment cité, l’existence de deux types de contrats-cadre³⁹¹. Les premiers seraient autonomes vis-à-vis des contrats d’application de sorte que le prix devrait être débattu pour chaque livraison. Dans cette hypothèse, le contrat-cadre ne saurait être remis en cause pour indétermination du prix et, s’il advenait qu’il puisse être annulé sur un autre fondement, les conséquences de son anéantissement ne se répercuteraient pas sur les contrats d’application. La seconde catégorie de contrat-cadre serait, en revanche, dépendante des contrats d’application et imposerait la détermination du prix des livraisons dans le contrat-cadre, faute de quoi la nullité de ce dernier pourrait être prononcée et entraînerait dans sa chute les contrats de vente ultérieurs. Dans le même ordre d’idées, MM. Pollaud-Dulian et Ronzano ont tenté de tempérer cette solution en considérant que certaines causes de nullité du contrat-cadre n’avaient pas d’impact sur la mise en œuvre des contrats d’application et ne méritaient pas de remettre en cause les exécutions passées³⁹². Selon ces auteurs, tel est le cas par exemple, lorsqu’est invoquée la nullité du contrat de distribution pour indétermination de l’exclusivité territoriale³⁹³. Un tel vice ne saurait rejaillir sur les ventes ultérieures et les remettre en cause. Ces propositions doctrinales démontrent une volonté de limiter au maximum le champ de l’arrêt du 23 juin 1992. Le malaise des auteurs vis-à-vis de cette solution, qui ne correspond pas à la logique des contrats du droit de la distribution, ne fait aucun doute. Par tous les moyens, ces derniers essaient de limiter l’atteinte aux principes du droit de la distribution. Cette gêne se retrouve également lorsqu’il s’agit d’envisager les conséquences de l’anéantissement contractuel sur le sort de la sûreté garantissant l’exécution des contrats d’application. Une stricte application des conséquences de l’arrêt Bertron devrait conduire à la nullité du cautionnement garantissant les obligations du distributeur. En effet, comme le relève le professeur Louis Vogel, « *le régime de la nullité du contrat cadre et de ses contrats d’application est fondé sur la théorie de l’indivisibilité. C’est parce que les contrats en cause sont indivisibles que la nullité du contrat cadre se répercute sur les contrats d’application. La logique du principe d’indivisibilité impliquerait que la nullité s’étende également aux contrats connexes du contrat cadre* »³⁹⁴. Or, ce n’est pas la voie suivie par la jurisprudence qui persiste à reconnaître la survie du

³⁹⁰ Gatsi (J.), th. préc., p.293, n°425 : « *Aussi, la solution jurisprudentielle visant à l’extension de la nullité du contrat-cadre aux contrats d’application ne pouvait se concevoir que par une assimilation injustifiée entre le contrat-cadre et les contrats d’application. Cette assimilation aboutissait d’ailleurs à traiter le contrat-cadre comme un contrat successif* ». Adde : Behar-Touchais (M.), art. préc., note sous Cass., Com., 23 juin 1992, n°90-18.951, *J.C.P. G. 1992.II.21974*, n°10 : « *Ce contrat-cadre ressemble fort à un contrat successif classique, car les parties ne débattront pas à chaque livraison successive des conditions essentielles du « contrat » d’application* ».

³⁹¹ Behar-Touchais (M.), art. préc., note sous Cass., Com., 23 juin 1992, n°90-18.951, *J.C.P. G. 1992, II, 21974*, n°10. Adde : Mestre (J.), « *Nouvelles précisions sur l’article 1129 du Code civil, et notamment sur les sanctions de sa violation* », obs. sous Cass., Com., 23 juin 1992, n°90-18.951, *R.T.D. civ. 1993*, p.350

³⁹² Pollaud-Dulian (F.) et Ronzano (A.), art. préc., *R.T.D. com. 1996*, p.194, n°44.

³⁹³ Pour un exemple cité par les auteurs : CA Paris, 26 sept. 1991, *R.J.D.A. 1991*, n°1014, p.857.

³⁹⁴ Vogel (L.), art. préc., *D.1995, chr.*, p.165, n°23.

cautionnement dans le but de garantir l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement contractuel³⁹⁵. Une telle position se justifiait aisément, avant la négation du principe d’indépendance du contrat-cadre vis-à-vis des contrats d’application, puisque le cautionnement se contentait de garantir l’obligation initialement rentrée dans sa couverture, faute d’anéantissement des ventes successives. Depuis l’arrêt Bertron, la survie du cautionnement est plus difficilement admissible ; il ne s’agit plus de garantir l’exécution des « livraisons demeurées impayées » mais bien « des restitutions », autrement dit, une dette de nature différente de celle initialement garantie. Le professeur Vogel démontre toute la difficulté soulevée par cette solution qui, selon lui, ne peut s’expliquer que par des considérations pratiques liées à « *la volonté de corriger la rigueur de la nullité* »³⁹⁶. Force est d’admettre que cette solution ne peut reposer sur une explication juridique fondée et qu’elle manifeste donc l’incohérence et l’incertitude semées par l’arrêt Bertron. En tout état de cause, si la réforme du droit des obligations de 2016 n’était pas revenue sur le lien existant entre le contrat-cadre et les contrats d’application, nous aurions dû conclure que le courant jurisprudentiel étudié n’était que temporaire, et la solution ne pouvait être réaffirmée.

2) *Le principe d’indépendance retrouvé*

132. La définition du contrat-cadre par l’article 1111 du Code civil. C’est dans une profonde obscurité que le droit de la distribution fut plongé pendant plus de vingt ans. Cet hermétisme résulte de l’affirmation prétorienne d’un principe – dépendance des contrats d’application vis-à-vis du contrat-cadre – qui semble intenable en pratique. L’ordonnance du 10 février 2016 apporte les premiers éclaircissements en matière de contrat-cadre et semble vouloir redonner à cette notion son éclat perdu. Le nouvel article 1111 du Code civil définit le contrat-cadre comme « *un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures* ». Le professeur Dissaux a montré que l’apport majeur de cet article réside dans la qualification contractuelle du contrat-cadre ; « **Le contrat cadre est bel et bien un contrat, mais il n’est qu’un contrat** »³⁹⁷. Une telle affirmation conduit à rejeter la vision du contrat-cadre comme un « sur-contrat », qui se traduit concrètement par la reconnaissance de sa supériorité hiérarchique à l’égard des contrats d’application³⁹⁸. A l’appui de cette lecture, nous pouvons nous référer à la définition de la hiérarchie des normes proposée par M. Charbonnel. L’auteur estime qu’il « *existe une hiérarchie lorsque s’instaure un rapport de validité entre deux normes par lequel une norme, dite supérieure, détermine les conditions de la validité d’une autre norme, dite alors*

³⁹⁵ Cass., Com., 2 mars 1993, n°90-19101.

³⁹⁶ Vogel (L.), art. préc., *D.1995*, chr., p.165, n°23.

³⁹⁷ Dissaux (N.), art. préc., *AJ. contrat 2017*, p.104

³⁹⁸ Perrouin (J.), *La hiérarchie des conventions en droit privé*, th. Toulouse, 2000, n°221, p.122 ; Seube (J.-B), th. préc., p.102, n°65 : « *La doctrine a su montrer comment le contrat-cadre et les contrats d’application s’agençaient les uns par rapport aux autres : les rapports qu’ils entretiennent sont caractérisés par **la complémentarité et la hiérarchie*** ». *Adde* : Seube (A.), th. préc., p.244, n°286 ; Pollaud-Dulian (F.) et Ronzano (A.), art. préc., p.179.

inférieure »³⁹⁹. Ces éléments définitionnels permettent à l’auteur d’exclure l’idée d’une supériorité du contrat-cadre sur les contrats d’application. Il estime ainsi que les manifestations classiques de ladite supériorité posent question. A titre d’exemple, les clauses contractuelles, telles que la clause pénale ou les clauses portant sur les modalités d’exécution, qui sont stipulées dans le contrat-cadre peuvent rejaillir sur l’exécution des contrats d’application. Un tel lien ne suffit pas à démontrer une quelconque supériorité du contrat-cadre puisque celui-ci n’édicte pas des conditions de validité des contrats d’application. Tout au plus, il prévoit des clauses utiles à leur exécution. Allons plus loin dans le raisonnement : le fait que la nullité du contrat-cadre puisse avoir un impact sur les contrats d’application ne constitue-t-il pas un indice d’une certaine supériorité de celui-ci ? Autrement dit, en admettant que la nullité du contrat se propage aux contrats d’application ne serait-il pas de nature à considérer que le premier soit une condition de validité du second ? Selon

M. Charbonnel, une telle conclusion serait trop hâtive. Pour l’auteur, un tel constat ne permet pas de reconnaître que le contrat-cadre édicte des conditions de validité pour les contrats d’application. Il affirme ainsi que « *si la validité du contrat-cadre est une condition de la validité des contrats d’application, cela ne signifie pas que le contrat-cadre définisse les conditions de validité des conventions successives* »⁴⁰⁰. Une telle analyse conduirait ainsi à admettre l’indépendance du contrat-cadre à l’égard des contrats d’application de sorte que la nullité du premier n’aurait pas d’incidence sur les seconds. La solution au regard du sort de la sûreté serait donc la même que celle qui prévalait antérieurement à l’arrêt Bertron. Autrement dit, le cautionnement ne serait pas affecté par l’anéantissement du contrat-cadre et conserverait son efficacité pour garantir les livraisons déjà exécutées mais demeurées impayées⁴⁰¹. Dès lors, une telle hypothèse ne saurait rentrer dans l’objet de notre étude, **faute d’obligation de restitution à garantir**. En effet, l’anéantissement du contrat-cadre ne prive pas la sûreté de son support, puisqu’elle continue de garantir l’obligation initiale. Toutes les difficultés liées au maintien des sûretés sur l’obligation de restitution ne se retrouvent donc pas dans ce cas précis.

133. Synthèse. Bien qu’ayant perdu une partie de son intérêt à la suite des arrêts d’Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995, l’analyse du sort de la sûreté en cas d’anéantissement des contrats de distribution s’avère nécessaire pour déterminer avec précision l’objet de notre étude. La jurisprudence traditionnelle a considéré que le cautionnement garantissant l’exécution des contrats d’application n’était pas affecté par la

³⁹⁹ Charbonnel (V.L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles*, coll. th., institut universitaire Varenne, 2012, n°535, p.270. *contra* : Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y-M), *ouvr. préc.*, p.91 s.

⁴⁰⁰ Charbonnel (V.L.), *th. préc.*, n°537, p.271.

⁴⁰¹ Pour une approche différente mais aux conséquences similaires sur la sûreté : Chantepie (G.) et Latina (M.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p.131 et s. Ces auteurs reconnaissent une certaine forme de hiérarchie dans les rapports du contrat cadre à l’égard des contrats d’application. Ils reprennent l’expression de MM Pollaud-Dolian et Ronzano selon laquelle ces deux formes contractuelles entretiendraient « *des rapports de dépendance et de complémentarité* ». Pour autant, en ce qui concerne les conséquences de la nullité du contrat cadre, ils adoptent une position relativement originale et qui se fonde sur la notion de groupe de contrats. Ils considèrent, ainsi, que la nullité du contrat cadre se traduit par la caducité sans rétroactivité des contrats d’application (article 1186 CCiv.). L’efficacité de ces derniers cesse pour l’avenir mais le passé contractuel reste en vigueur de sorte que la caution continue de garantir les exécutions passées et demeurées impayées.

nullité de la convention cadre et devait garantir les exécutions passées. Suite à une longue période d'hésitation, liée à une interprétation erronée de la structure contractuelle du droit de la distribution, la solution semble aujourd'hui demeurer la même. Ainsi, un tel courant jurisprudentiel ne peut rentrer dans le champ de notre étude car il manque un élément essentiel à la qualification de « report des sûretés sur l'obligation de restitution » : **une obligation de restitution à garantir.**

134. Conclusion. Certaines situations juridiques ont été qualifiées à tort de « report des sûretés sur l'obligation de restitution ». Tel est le cas de la sûreté constituée postérieurement à l'anéantissement du contrat dans le but de garantir les restitutions qui en découlent. Faute d'avoir d'ores et déjà garantie l'obligation initiale issue du contrat anéanti, cette sûreté ne peut être considérée comme « reportée sur l'obligation de restitution ». Un second exemple de qualification erronée se retrouve dans la jurisprudence statuant sur le sort de la sûreté garantissant des contrats de distribution. Ces derniers se caractérisent par une structure duale, composée d'un contrat-cadre et de contrats d'application. La nullité du contrat-cadre n'entraîne pas dans sa chute les ventes ultérieures. Ainsi, la sûreté survit certes à l'anéantissement du contrat-cadre mais dans le but de garantir l'exécution passée qui n'est pas remise en cause. Autrement dit, une telle hypothèse ne caractérise pas un cas de « report des sûretés sur l'obligation de restitution » faute d'une obligation de restitution valable à garantir.

CONCLUSION TITRE I

135. Constats d’un désordre. Au terme de ce premier titre, nous pouvons constater que la doctrine a fait preuve d’un défaut méthodologique dans le cadre de l’analyse du report de sûreté sur l’obligation de restitution. En effet, en s’offusquant de la contrariété qu’une telle règle pourrait avoir à l’égard des principes juridiques classiques, tels que l’accessoire ou la rétroactivité de l’anéantissement contractuel, les auteurs ont omis de définir cette qualification et de voir ce qu’elle implique. Pour autant, comme le rappelle à juste titre M. Bergel, le travail de catégorisation juridique constitue « *la matière élémentaire* », « *le rudiment de la science du droit* »⁴⁰². Dès lors, notre proposition consiste à inverser le point de départ de l’étude du report de la sûreté sur l’obligation de restitution ; il ne s’agit plus regarder les conséquences d’une telle règle mais davantage de s’interroger sur ce qu’elle implique. Ce cheminement a permis de découvrir une diversité des solutions jurisprudentielles jusqu’alors niée par la doctrine.

136. Tentative d’organisation. La classification des données soumises à notre étude s’est faite à partir du schéma classique de ce que l’on nomme « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Cette appellation implique qu’une sûreté ait été constituée pour garantir l’exécution du contrat. Par la suite, elle vient à être détachée du socle contractuel en raison de l’anéantissement de ce dernier pour couvrir une seconde obligation correspondant aux restitutions. A la lumière de cet enchaînement, nous avons pu démontrer l’existence de trois courants jurisprudentiels, qui sont certes proches de cette hypothèse mais qui ne peuvent revêtir une telle qualification faute d’une condition essentielle à celle-ci. D’une part, la couverture exclusive des restitutions par une sûreté constituée antérieurement à l’anéantissement du contrat ne rentre pas dans la catégorie du report de la sûreté sur l’obligation de restitution car la condition d’antériorité de la sûreté fait défaut. D’autre part, la jurisprudence rendue en matière de contrats du droit de la distribution est également à exclure de champ d’étude. La jurisprudence a en effet retenu la survie de la sûreté à la suite de l’anéantissement du cadre-contrat. Cependant, celle-ci a vocation à garantir l’exécution des livraisons déjà effectuées, découlant des contrats d’application passés, dont l’existence n’est pas remise en cause. La sûreté continue donc de garantir une exécution et non une restitution. Enfin, la jurisprudence rendue en matière de prêt constitue le dernier courant identifiable. La nature particulière de ce contrat permet d’expliquer la survie de la sûreté. Le fait qu’il s’agisse d’un contrat de restitution invite à considérer que le socle contractuel se maintient jusqu’au

⁴⁰² Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, p.226, n°169.

moment où la restitution de la chose prêtée a pu avoir lieu. Dès lors, il ne s’agit pas d’un report de la sûreté sur l’obligation de restitution mais davantage d’un maintien de celle-ci qui garantit dès l’origine des restitutions. Autrement dit, le hiatus existant entre la couverture de l’obligation initiale et celle de l’obligation de restitution ne se retrouve pas dans ce cas d’espèce.

137. Origines de l’article 1352-9 du Code civil. Cette étude nous permet donc d’affirmer qu’antérieurement à l’ordonnance du 10 février 2016, il n’existait pas de principe de report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Il n’y avait que des cas jurisprudentiels épars dont les solutions s’expliquaient par les structures particulières des contrats ou par l’enchaînement chronologique des faits. Dès lors, il semble difficile d’affirmer, comme l’a fait la grande majorité des auteurs, que le principe de report de la sûreté sur l’obligation de restitution énoncé à l’article 1352-9 du Code civil n’est qu’une continuité de la jurisprudence antérieure. Ce constat nous amène donc à nous interroger sur les origines de cette nouvelle disposition : résulte-t-elle d’un choix conscient des auteurs de la réforme ou d’une mauvaise interprétation des solutions jurisprudentielles présentées ?

TITRE II

LA CONSÉCRATION LÉGALE DU REPORT DE SÛRETÉ SUR L’OBLIGATION DE RESTITUTION

« *How can I describe my motions at this catastrophe, or how delineate the wretch whom with such infinite pains and care I had endeavoured to form ?* »⁴⁰³

138. La création d’un monstre juridique : l’article 1352-9 du Code civil. Tels sont les mots employés par le savant Victor Frankenstein, personnage éponyme du roman de Mary Shelley, à la vue du monstre qu’il a créé. Assemblé à partir de restes humains, cette créature hideuse, nourrie de rancœur finit par se rebeller contre celui qui lui a donné la vie et contre la société tout entière. L’article 1352-9 du Code civil, introduit par l’ordonnance du 10 février 2016 et posant un principe général de report de la sûreté constituée antérieurement à l’anéantissement du contrat sur l’obligation de restitution est à la science juridique ce que le monstre de Frankenstein est à la société : une anomalie, un tout incohérent venant bousculer les principes les plus solidement ancrés. Il suffit pour s’en convaincre de retracer la naissance légale, plus qu’obscure, de cette disposition. Pour la plupart des auteurs, l’article 1352-9 du Code civil tire ses origines des courants jurisprudentiels précédemment décrits⁴⁰⁴. En effet, MM. Deshayes, Génicon et Laithier y voient une « *consécration d’une solution jurisprudentielle que l’on peinait à justifier* »⁴⁰⁵. L’étude des avant-projets de réforme du droit des obligations atteste du lien qui semble être fait entre l’article 1352-9 du Code civil et la jurisprudence antérieure. Si l’avant-projet Catala s’était référé à une formulation généraliste aux termes de laquelle « *l’obligation de restitution bénéficie des garanties stipulées pour le paiement de l’obligation primitive* »⁴⁰⁶, l’avant-projet Terré relatif au régime de l’obligation vise un champ d’application beaucoup plus restrictif et explicitement lié aux solutions jurisprudentielles. L’article 3 alinéa 2 dispose ainsi que « *les sûretés du prêt d’argent sont*

⁴⁰³ Shelley (M.), *Frankenstein ou le Prométhée moderne*, 1931, chap.5, p.57 : « *Comment pourrais-je décrire mes émotions devant cette catastrophe, devant le malheureux que je m’étais employé à former au prix d’efforts et de soins infinis ?* »

⁴⁰⁴ Forti (V.), « Régime général des obligations – Restitutions », *J.-Cl. Notarial*, fasc. unique, 2018, n°57 : « *La règle de l’article 1352-9 du Code civil n’est pas nouvelle. Elle avait déjà été forgée par la jurisprudence* ».

⁴⁰⁵ Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y.-M.), *ouvr. préc.*, p.948.

⁴⁰⁶ Article 1162-1 al. 1^{er} avant-projet Catala. *Adde* : Serinet (Y.-M.), « Restitution après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7), in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr. 2006, p.56.

reportées de plein droit sur l’obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme ». Faisant clairement référence à la jurisprudence du contrat de prêt, la volonté des codificateurs de reprendre les solutions jurisprudentielles antérieures apparaît évidente. De ce fait, cette disposition imposant une généralisation du report de sûreté sur l’obligation de restitution, a été pensée à partir d’une jurisprudence, dont les contours étaient maîtrisés. Il a été démontré que celle-ci était qualifiée abusivement de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » alors qu’elle n’en présentait pas les caractéristiques fondamentales. L’étude rigoureuse des arrêts antérieurs à l’ordonnance du 10 février 2016 démontre qu’ils n’ont rien à voir avec ce concept de report de la sûreté sur l’obligation de restitution, instauré par cette réforme.

139. Les tentatives de domestication de l’article 1352-9 du Code civil. S’il semble si compliqué de rattacher l’article 1352-9 du Code civil aux origines qui lui sont classiquement attribuées, à savoir la jurisprudence antérieure, c’est que les explications de celui-ci doivent être recherchées ailleurs. C’est vers l’impact économique voulu par les codificateurs que nous nous proposons de trouver la justification de la généralisation du report de sûreté sur l’obligation de restitution, opérée par l’ordonnance du 10 février 2016. Dès 1929, le philosophe Dewey appelait à penser la transformation des concepts par leur usage⁴⁰⁷. Il estime que les questions importantes ne doivent pas être appréhendées par des théories, qu’il nomme invariants, mais par l’expérience. Analysons l’article 1352-9 du Code civil à partir de cette lecture pragmatique. L’approche sera ici **d’ordre politique** et consistera à confronter les intérêts en présence. L’application de cette méthode à notre objet d’étude fera éclore l’idée que celui-ci est guidé par une volonté de restaurer l’efficacité du droit des sûretés (**Chapitre 1**). Cette lecture politique du report de sûreté supplante **l’analyse technique** couramment menée. Celle-ci impose de comparer l’objet de notre étude avec les « *principes fondamentaux, incontournables, participant de l’essence même de ces sûretés et comme tels insusceptibles de dérogations* »⁴⁰⁸. Un tel travail nous conduira à un constat déroutant : si l’article 1352-9 du Code civil ne peut pas être rattaché à la jurisprudence antérieure à l’ordonnance, il ne peut pas plus l’être aux principes régissant le droit des sûretés et le droit des restitutions (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : L’ANALYSE DU REPORT DE SÛRETÉ AU REGARD DES PRINCIPES EXTRA-JURIDIQUES

CHAPITRE 2 : LE REPORT DE SÛRETÉ ET LES PRINCIPES JURIDIQUES GÉNÉRAUX

⁴⁰⁷ Dewey (J.), *Expérience et nature*, éd. Gallimard, 2012.

⁴⁰⁸ Legeais (D.), « Le droit des sûretés à la recherche de repères ? », *RD. banc. fin. mars-avr. 2012*, p.1.

CHAPITRE 1

L’ANALYSE DU REPORT DE SÛRETÉ AU REGARD DES PRINCIPES EXTRA-JURIDIQUES

*« Je relis ceci comme si c’était quelqu’un d’autre qui avait écrit ce texte,
quelqu’un qui voit très clairement ce que signifie la justice et la loi,
et même ce que sont ces valeurs,
et il faut que j’avoue que je l’envie un peu »⁴⁰⁹*

140. Définition de la politique juridique : le respect de certaines valeurs. Le propos développé par M. Vasquez nous invite à penser la matière juridique autrement que sous le seul prisme de sa technicité. En effet, l’accent est mis sur la notion de valeur qui semble être une voie d’analyse du droit jusqu’alors peu exploitée. Cette dualité de lecture – entre technique et politique – est amplement reprise en doctrine⁴¹⁰. Elle n’est que la stricte traduction, dans le domaine juridique, de la citation de Rabelais « *science sans conscience n’est que ruine de l’âme* »⁴¹¹. Le droit ne peut se limiter à n’être qu’un amas de textes techniques posant des grands principes et articulant les règles entre ces derniers ; il est aussi l’expression d’une ligne politique et, plus généralement, de certaines valeurs. Dès lors, analyser notre sujet sous l’angle de la politique juridique consiste à s’interroger sur la volonté du législateur. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution est-il un bienfait face aux carcans rigides dans lesquels est enfermé le droit des sûretés ou est-il facteur de désordre ? La réponse à cette problématique dépend d’un fin arbitrage entre les divers intérêts en présence.

141. Le conflit de valeurs au sein du droit des sûretés. Selon Mme Malaurie-Vignal, l’article 1352-9 du Code civil est inévitablement source de troubles, dans le sens où il tend clairement à privilégier les intérêts du créancier sur ceux du donneur de sûreté⁴¹². Cette proposition mérite que nous nous y attardions, en mettant à l’épreuve sa pertinence. La réflexion proposée par l’auteur se fonde sur une mise en opposition des intérêts en présence. Cette lecture comparatiste a longtemps prévalu en matière de sûretés⁴¹³. En effet, la doctrine

⁴⁰⁹ Vasquez (J.G.), *La vengeance comme prototype légal dans l’Illiade d’Homère*, th. de doctorat, Université du Rosaire, Colombie, publiée en 2011.

⁴¹⁰ Cf. *supra* n° 137 s.

⁴¹¹ Rabelais (F.), *Pantagruel*, coll. Points, 1996.

⁴¹² Malaurie-Vignal (M.), *Les restitutions en droit civil*, th. Cujas, 1991. *contra* : Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Petel (P.), *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2015, p.190, n°265.

⁴¹³ Vermeille (S.) et François (T.), « Le « feuilleton Technicolor » : et si rien n’était vraiment réglé ? », *J.C.P. E.* 2012, p. 1582 ; Vermeille (S.), Bourguenil (R.) et Bézert (A.), « L’affaire *Belvédère* ou les effets contre-productifs du droit français des entreprises en difficulté - Plaidoyer pour une réforme ambitieuse », *R.T.D.F.* 2013, n°3, p.17-41 ; Vermeille (S.), « Règle de droit et développement des modes de financement alternatifs au crédit

et la jurisprudence ont régulièrement polarisé leurs solutions et leurs observations en privilégiant l’une ou l’autre des parties au contrat de sûreté. Il a même été observé que la prise en compte de ces intérêts évoluait de manière cyclique⁴¹⁴. Ce fut d’abord sur le donneur de garantie que le législateur et le juge canalisèrent leur attention. Ce dernier bénéficiait d’une protection accrue⁴¹⁵, jugée parfois excessive par certains auteurs⁴¹⁶. Néanmoins, ce courant s’est rapidement trouvé concurrencé par une lecture plus économique du droit des sûretés⁴¹⁷. Il était question de promouvoir l’efficacité des garanties. Cela revient à centrer l’attention sur le créancier bénéficiaire de la sûreté. Dès lors, via cette lecture économique du droit, le centre de gravité du contrat de sûreté semble s’être déplacé de la place du débiteur à celle du créancier.

142. La synthèse : la nécessité d’une sûreté efficace et équilibrée. Si cette logique oppositionnelle persiste dans les écrits doctrinaux, la tendance législative actuelle est davantage à la conciliation des intérêts qu’à leur mise en concurrence. Telle est la marche suivie par la récente réforme du droit des sûretés, puisque l’article 60 de la loi d’habilitation du 22 mai 2019, autorisant le Gouvernement à réformer le droit des sûretés par ordonnance prévoyait qu’il s’agit de « simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux du débiteur et des garants à cette fin »⁴¹⁸. En droit des sûretés, cette vision n’a rien de

bancaire... Ou l’inadaptation du droit français à l’évolution de l’économie et de la finance », *R.T.D.F.* 2012, n°2, p.28-64.

⁴¹⁴ Dupichot (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, th., 2005, p.63, n°63.

⁴¹⁵ Habbassi-Mebarkia (S.), *La protection de la caution*, th. Valenciennes, 2016 ; Séjean (M.), *La bilatéralisation du cautionnement – Le caractère unilatéral du cautionnement à l’épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, Bibl. dr. privé, T.DXXVIII, L.G.D.J., 2011, préf. D. Houtcieff ; Mekki (M.), « La protection de la caution : propos conclusif », *RD. banc. fin.* 2012, p.89 ; Cerles (A.) et Séjean (M.), « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », *Etudes offertes au Doyen P. Simler*, Dalloz-Litec, 2007, p.273. Cette dernière trouve sa justification dans le courant de solidarisme contractuel. V. Mazeaud (D.), « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.*2005, p.1828, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n°01-00.475, *Bull. civ. I*, n°190 : le solidarisme contractuel invite à « remettre en question les principes de liberté, d’égalité et de stabilité contractuelles envisagés comme des dogmes incontestables et immuables, et intégrer dans la gamme contractuelle de nouvelles sonorités, ou en réactiver certaines, quelque peu délaissées jusqu’alors, telles la loyauté, l’équité, la proportionnalité, la cohérence, la tolérance, la solidarité, la dignité ». Adde : Jamin (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p.441 ; Jamin (C.), « Le solidarisme contractuel : une réalité », in *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?*, Colloque organisé par la Faculté de Droit de la Rochelle les 3 et 4 mai 2002 ; Mazeaud (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?*, Colloque organisé par la Faculté de Droit de la Rochelle les 3 et 4 mai 2002.

⁴¹⁶ Simler (P.), « Le juge et la caution. Excès de rigueur et excès d’indulgence », *J.C.P. N.* 1986, I, p.169.

⁴¹⁷ Ravel d’Esclapon (T.), *Le droit commun des sûretés : contribution à l’élaboration de principes directeurs en droit des sûretés*, th. Strasbourg, ss. dir. F. Jacob, 2015.

⁴¹⁸ Crocq (P.), « Droit des sûretés », *D.*2018, p.1884 ; Juillet (C.), « L’article 60 de la loi Pacte, coup d’envoi de la réforme du droit des sûretés », *J.C.P. N.* 2019, p.1208 ; Julienne (M.), « Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir », *R.P.C.* n°4, juil. 2018, dossier 16 ; Pellier (J.-D.), « La réforme du droit des sûretés est lancée », *D. actu.* 2 juil. 2019 ; « La réforme des sûretés est en marche ! », *D. actu.* 25 juin 2018. La formulation est d’ailleurs reprise dans le rapport remis au président de la République sur l’ordonnance du 15 septembre 2021 (consultable en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044044298>).

novateur. Dès 1999, Mme Ginestet définissait la sûreté à partir de deux caractéristiques majeures, à savoir son efficacité et son caractère équilibré⁴¹⁹. Dans cette perspective, l’article 1352-9 du Code civil est conforme à la politique juridique en vigueur en droit des sûretés, s’il permet d’accorder une protection effective des intérêts du créancier (**Section 1**), sans pour autant aggraver le sort du donneur de sûreté (**Section 2**).

SECTION 1 : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DU CRÉANCIER

143. Comme le relève Mme Bourassin, la fonction principale des garanties est d’augmenter les chances d’un dénouement satisfaisant de l’opération de crédit pour le créancier. En ce sens, elles ont vocation à renforcer la sécurité patrimoniale⁴²⁰. Dès lors, l’article 1352-9 du Code civil, en étendant la portée de la garantie au-delà des obligations contractuelles, s’inscrit dans cette logique. Il apparaît évident que cette règle profite au créancier qui se trouve couvert tant lors de l’exécution du contrat, qu’en cas d’anéantissement de celui-ci. C’est d’ailleurs la réflexion menée par l’auteur, qui voit dans la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution une solution faisant « *respecter tout à la fois le caractère accessoire renforcé du cautionnement et sa fonction de garantie* » et, par conséquent, qui « *protège les intérêts du créancier* »⁴²¹. **L’argument est ici d’ordre économique** : cette nouvelle disposition introduite par l’ordonnance du 10 février 2016 ne serait qu’une application du principe d’efficacité de la sûreté (§2), découlant d’une lecture plus économique du contrat de sûreté (§1).

§1. La lecture économique du contrat de sûreté

144. Le droit français connaît depuis plusieurs années un renouveau de l’analyse juridique. Le décloisonnement des disciplines a permis de faire émerger des nouveaux outils de lecture de la matière juridique. Telle est le cas de l’analyse économique du droit, qui tend à appliquer des concepts économiques afin d’apporter des réponses aux problématiques juridiques. Notre intuition à l’origine du raisonnement mené est la suivante : nous estimons que ce mouvement permet d’expliquer l’article 1352-9 du Code civil. Autrement dit, la règle du report de la

⁴¹⁹ Ginestet (C.), « La qualification de sûretés », *Defrénois* 1999, art.36927 (1^{ère} partie) et 36940 (2^{ème} partie). *Adde* : Oury-Brule (M.), *L’engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, *Bibl. dr. priv.*, T.CCCLXXII, L.G.D.J., 2002, p.6, n°6 : « *On enseigne qu’une bonne sûreté est une sûreté efficace, en ce sens qu’elle assure une bonne protection du créancier, mais que c’est aussi une sûreté qui ménage un certain équilibre entre les intérêts de ce dernier et ceux du débiteur et du garant* » ; Ancel (P.), « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Entretiens de Nanterre* 1989, *cah. dr. l’entr.* 1989, suppl. 5, p.7

⁴²⁰ Bourassin (M.), *L’efficacité des garanties personnelles*, *Bibl. dr. privé*, T.CDLVI, 2006.

⁴²¹ Bourassin (M.), *th. préc.*, p.263, n°489.

sûreté serait motivée par une étude économique du droit. Pour valider cette intuition, il convient de déterminer comment l’analyse économique du droit a-t-elle été prise en compte de manière générale par le droit français (A) et plus précisément par le droit des sûretés (B).

A. L’émergence d’une analyse économique du droit français

145. Le fonctionnement de l’analyse économique du droit. L’application des raisonnements économiques à la matière juridique et ses institutions. L’analyse économique du droit est avant tout une branche de la science économique dont l’objet est l’étude des problématiques juridiques⁴²² dans une « *perspective de créer de la richesse ou de la valeur au bénéfice des personnes* »⁴²³. L’étude des fondements de l’analyse économique du droit permet d’opérer un premier rapprochement avec l’objet de notre étude. En effet, il est couramment reconnu que cette dernière se base sur **le concept d’utilité**⁴²⁴. Emprunté à la philosophie de Jeremy Bentham⁴²⁵, il serait question de procéder, de manière constante à un calcul des intérêts en présence⁴²⁶. Cette démarche n’est pas sans rappeler celle que nous avons indiquée précédemment en mettant en opposition les intérêts du donneur de garantie à ceux du créancier. Sur ce point, il apparaît que l’article 1352-9 du Code civil favorise une protection du créancier, dont la sécurité se trouve renforcée en phase restitutoire, qui semble se faire au détriment du garant. Toutefois, Comme l’a montré Richard Posner, ce n’est pas tant l’antagonisme des intérêts qui rapproche l’utilitarisme de l’analyse économique du droit que leur **lecture conséquentialiste** des institutions⁴²⁷. Celle-ci implique que les actions effectuées par les individus sont choisies à partir de leurs conséquences prévisibles. Seules les conséquences d’une action importent ; les qualités de l’actant ou le type d’actions sont indifférents. Selon M. Strowel, c’est sur ce point que l’analyse économique du droit et l’utilitarisme se rapprochent⁴²⁸ puisque les deux tendent à porter un regard *a posteriori* sur les institutions ; concrètement, il s’agit d’admettre que le choix de la règle de droit s’effectue à partir d’une étude rigoureuse de ces conséquences. Là encore, le lien avec l’objet de notre étude est particulièrement saillant. En faisant le choix de nous détacher des origines attribuées à l’article 1352-9 du Code civil, à savoir la jurisprudence antérieure à la réforme, nous nous

⁴²² Dagan (H.) et Kreitner (R.), « Economic analysis in law », *Yale Journal on Regulation*, p.566 : « *Studied externally, law serves as the source of data that is the object of study by scholars who employ their own extra-legal theory or methodology* ».

⁴²³ Rousseau (S.), « L’analyse économique du droit », *D.2009*, p.352.

⁴²⁴ Hart (H.L.A.), « American Jurisprudence through English Eyes : the nightmare and the noble Dream », *Georgia Law Review*, p.987 ; Dworkin (R.), *Talking rights seriously*, VII et IX, 1977 ; Jacquemin (A.) et Schrans (G.), *Le droit économique*, PUF, Paris, 1970, p.17 ; Veljanovski (C.G.), « The economic approach to law : a critical introduction », *British journal of law and society*, 1980, p.160.

⁴²⁵ Bentham (J.), *Introduction aux principes de la morale et de la législation, Analyse et philosophie*, Vrin.

⁴²⁶ Ghestin (J.), « L’utile et le juste dans le contrat », *D.1982*, chr., p.1.

⁴²⁷ Cette question reste débattue, V. : Coleman (J.), « Efficiency, utility and wealth maximization », *Hofstra Law Review*, p.511 : « *These objections fall into two categories : those which do not question the consequentialist character of utilitarianism and those which do* ».

⁴²⁸ Strowel (A.), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner », *Archives phil. dr. 1992*, T.XXXVII, p.142.

proposons de porter un regard nouveau sur les justifications de cette nouvelle disposition. En ce sens, nous estimons que celles-ci se trouvent dans l’impact économique voulu par le législateur. En raisonnant de cette manière, nous adoptons bien un regard conséquentialiste puisque nous attachons de l’importance aux résultats fournis par la règle de droit.

146. Indéniablement liée à la notion d’utilité, celle **d’efficacité** apparaît comme le second pilier de l’analyse économique du droit. Si l’utilité est l’effet, l’efficacité en est le mode d’action. Cette remarque appelle à une définition de l’efficacité économique. M. Posner a proposé une vision très large de ce concept en considérant que l’analyse économique du droit avait pour fonction de « *clarifier les conflits de valeurs et de montrer comment atteindre certains objectifs sociaux donnés à l’aide des moyens les plus efficaces* »⁴²⁹. Économiquement, une institution est considérée comme efficace dès lors que, compte tenu des ressources données, elle permet parvenir à l’utilité maximale. Il s’agit de garantir une augmentation maximale des richesses sans pénaliser les individus⁴³⁰. L’analyse économique du droit fonctionne donc sur un principe d’opposition des intérêts dans le but de garantir une maximisation des utilités individuelles et sociales. En ce sens, l’article 1352-9 du Code civil semble répondre à cet impératif : en permettant de tirer le profit maximal de la sûreté, il répond à une logique d’efficacité⁴³¹.

147. L’angle d’approche choisi pour rechercher les justifications de notre objet d’étude, nous conduit à un rapprochement avec les principes de l’analyse économique du droit. Tous deux empruntent à une logique conséquentialiste, consistant à mettre en balance les intérêts des parties à l’opération dans le but de favoriser une utilisation maximale de la ressource. Notre intuition initiale, selon laquelle l’article 1352-9 du Code civil procéderait d’une utilisation des outils de l’analyse économique du droit, semble donc se renforcer. Cela est d’autant plus vrai que cette disposition a été mis en place par une réforme largement guidée par les méthodes de l’analyse économique du droit.

148. L’analyse économique du droit comme toile de fond de l’ordonnance du 10 février 2016. La confirmation de notre hypothèse de départ, aux termes de laquelle l’analyse économique droit permettrait d’expliquer le report de la sûreté sur l’obligation de restitution, se trouve accrédité par un argument de forme. En effet, si nous avons pu relever certaines similitudes entre la méthode économique et l’artice 1352-9 du Code civil, un élément nous apparaît décisif dans le cadre de notre démonstration : l’ordonnance du 10 février 2016, de laquelle procède l’article 1352-9 du Code civil, est largement d’inspiration économique. Le rapport de présentation de cette réforme met en avant cette dimension économique en insistant sur le fait que « *les rapports Doing Business, publiés par la Banque mondiale mettant*

⁴²⁹ Posner (R.), *Economic analysis of law*, Wolters Kluwer, 1973, p.20.

⁴³⁰ Ott (C.) et Schäfer (H.-B.), *The economic analysis of Civil Law*, Cheltenham, UK, 2004, p.6. V. : Fabre-Magnan (M.), *De l’obligation d’information dans les contrats, essai d’une théorie*, Anthologie du droit, L.G.D.J., 2015, p.56, n°65 : « *Pour rechercher si la société a atteint un niveau de bien-être optimal, les économistes se servent du critère dit de Pareto. Selon ce critère, un état de l’économie Q’ est jugé préférable à un autre état Q s’il permet l’amélioration de la situation de certains individus sans nuire à celle des autres. Dès lors, une répartition est dite optimale au sens de Pareto si elle est telle que toute amélioration de la situation de certains n’entraîne pas une détérioration de la situation d’autres personnes* ».

⁴³¹ Cf. *infra* n° 153 s.

régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l’image d’un droit français complexe, imprévisible et peu attractif »⁴³². Dès lors, l’analyse économique du droit se situe bien en toile de fond de la réforme comme en attestent les professeurs Chantepie et Latina ; ces derniers affirment que « *aussi contestables soient-ils, les classements internationaux ont eu le mérite, d’une part, de faire prendre conscience aux pouvoirs publics de l’existence de la compétition normative qui fait rage dans les contrats internationaux et, d’autre part, d’attirer leur attention sur la nécessité de prendre en compte, au moment d’une réforme, l’impact économique des règles de droit* »⁴³³.

149. Notre hypothèse de départ consistant à rattacher le report de la sûreté sur l’obligation de restitution des outils d’analyse économique du droit semble donc se confirmer. Afin d’affiner notre raisonnement, il convient de se demander si cette logique économique n’a pas développé des outils précis dans le domaine du droit des sûretés qui pourraient confirmer notre intuition initiale.

B. La prise en compte de l’analyse économique du droit en matière de sûreté

150. Si l’analyse économique du droit a pénétré divers pans du droit civil français, son intrusion en droit des sûretés reste plus timide. Comme le relève le professeur Dupichot, « *peu de travaux ont en France été spécifiquement consacrés à l’examen de l’efficacité économique des sûretés personnelles ou même réelles* »⁴³⁴. Pour autant, il serait illusoire de nier toute implication économique en matière de droit des sûretés. En effet, cette discipline connaît des problématiques économiques qui lui sont inhérentes, non seulement, par l’influence du droit des contrats, dont elle est dépendante, mais également, par l’émergence d’une doctrine s’intéressant à ces questions. Cette dernière a conduit à forger une analyse économique du droit propre au domaine des sûretés, basée sur un constat d’échec de cette matière sur deux points. D’une part, le droit des sûretés fait montre de lacunes lorsqu’il est question d’assurer un équilibre entre les intérêts antagonistes qui lui sont inhérents. D’autre part, il éprouve des difficultés à imposer sa finalité de protection du créancier, notamment dans un contexte de procédure collective.

151. L’analyse économique fondée sur la formation de la sûreté. Les droits spéciaux, dont celui des sûretés, ont eu tendance à développer un corpus de règles protectrices à l’égard de « la partie faible au contrat ». Le donneur de sûreté particulier, se retrouvant en face de

⁴³² Rapport au président de la République relatif à l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Sur cette question, Adde : Association H. Capitant, *Les droits de tradition civilistes en question. A propos des rapports Doing Business de la banque mondiale*, T.I et II, S.L.C. 2006. Adde : Canivet (G.), Frison-Roche (M.-A.) et Klein (M.) (ss. dir.), *Mesurer l’efficacité économique du droit*, L.G.D.J., 2005, p.19 ; Haravon (M.), « Le rapport Doing Business de la Banque mondiale : mythes et réalités d’un rapport sans nuance », *J.C.P. E.*, n°41, p.1478 ; Rocher (A.) et He (L.), « A propos du rapport Doing Business 2012 : comparaison n’est pas raison », *J.C.P. E.*, n°17, p.1262.

⁴³³ Chantepie (G.) et Latina (M.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p.20, n°28.

⁴³⁴ Dupichot (P.), art. préc., p.2, n°2.

puissantes sociétés de crédit, a rapidement endossé cette qualification. Cela lui a permis de bénéficier d’un certain nombre de garanties. Il a été notamment imposé de fournir une information suffisante⁴³⁵ à ce dernier tout en prohibant certains comportements jugés déloyaux à son égard⁴³⁶. Le contrat de sûreté, par essence unilatéral, a pu être perçu comme en mutation vers un modèle bilatéral⁴³⁷. Lister les diverses obligations imposées au créancier ne serait d’aucun intérêt dans le cadre de nos développements. Notre démarche s’intéresse davantage aux forces motrices entraînant ce changement de paradigme. L’analyse économique du droit y occupe évidemment une place prépondérante. L’information des parties à une opération économique et la loyauté des comportements sont des concepts-clé des théories économiques⁴³⁸. Ces idées sont particulièrement bien retranscrites par Mme Bourassin qui rappelle que le comportement du créancier n’est pas neutre dans l’exécution de la convention. Si le créancier respecte scrupuleusement le droit en vigueur lors de la formation du contrat de sûreté et qu’il fait preuve de bienveillance à l’égard de son cocontractant, les risques d’échec du contrat de sûreté seront considérablement diminués. D’autres auteurs ont eu une lecture plus pessimiste de ces nouvelles règles entourant la formation du contrat de sûreté. Ce phénomène a notamment été dénoncé par M. Simler qui a critiqué « *l’excès d’indulgence* » à l’égard du donneur de garantie⁴³⁹. Economiquement, de telles obligations nuiraient à l’efficacité de la sûreté. Ces exemples démontrent que le droit des sûretés tend à mobiliser les concepts d’analyse économique du droit dans le cadre du développement de nouveaux outils. Ils tendent aussi à fournir des critères d’analyse de notre objet d’étude. En effet, le premier élément mis en lumière par ces développements réside dans le fait que la réglementation se fait par une lecture antagoniste des intérêts en présence. Ce point a d’ores et déjà été souligné et se trouve particulièrement marqué dans le cadre de notre objet d’étude puisqu’il semble que le report de sûreté se fait au profit du créancier. Le second élément qui est ressorti de ces discussions porte sur une grille d’analyse nouvelle du droit des sûretés. Il apparaît que la matière est saisie par les notions d’information et de loyauté. Or, l’article 1352-9 du Code civil est relativement laconique quant à l’application concrète du report de sûreté sur l’obligation de restitution. Une étude approfondie de cette problématique fera émerger un ensemble de questions, qui pourront trouver réponse par ces notions tirées de

⁴³⁵ Houtcieff (D.), « L’incompressible casuistique de la protection du consentement de la caution », *AJ. contrat* 2017, p.122 ; Martial-Braz (N.), « Obligation d’information annuelle de la caution : l’arme fatale de la caution ! », *Rev. Sociétés* 2015, p.435, obs. sous Cass., Com., 9 fév. 2016, n°14-22.179.

⁴³⁶ Jobard-Bachelier (M.-N.) et Brémond (V.), « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires », *R.T.D. com.* 1999, p.327. *contra* : Heugas-Darraspen (H.), « La caution ne peut reprocher au créancier de ne pas avoir rendu effective une simple promesse d’hypothèque », *R.D.I.* 2010, p.144, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n°08-19.173.

⁴³⁷ Séjean (M.), *La bilatéralisation du cautionnement – Le caractère unilatéral du cautionnement à l’épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, Bibl. dr. privé, T.DXXVIII, L.G.D.J., 2011, préf. D. Houtcieff. *contra* : Crocq (P.), « Réaffirmation du caractère unilatéral du cautionnement : l’obligation d’information annuelle de la caution n’est pas une obligation civile stricto sensu », *R.T.D. civ.* 2015, p.432, obs. sous Cass., Com., 8 avr. 2015, n°13-14.447.

⁴³⁸ Fabre-Magnan (M.), th. préc., 2015, p.100, n°131.

⁴³⁹ Simler (P.), art. préc., *J.C.P. N.* 1986, I, p.169 ; Deffains (B.), « Le défi de l’analyse économique du droit : le point de vue de l’économiste », *L.P.A.* 2005, p.6.

l’analyse économique du droit⁴⁴⁰. Dès lors, les outils développés par ce mouvement en droit des sûretés sont applicables dans le cadre de notre objet, ce qui laisse penser que le lien entre celui-ci et l’analyse économique du droit est très ténu.

152. L’analyse économique fondée sur l’exécution de la sûreté. Les classements des droits ont régulièrement démontré la carence du droit français en ce qui concerne l’exécution de la sûreté. Ainsi, le classement Standards & Poor’s, relatif à la protection des droits des créanciers en cas de défaillance de l’emprunteur, a classé la France en vingtième position⁴⁴¹. Sur ce même critère, elle figure à la vingt-huitième place au sein du classement Fitch⁴⁴². Comme l’a démontré M. Bibalou Moussodji, ces lacunes sont particulièrement visibles lorsque le droit des sûretés rentre en conflit avec les impératifs de sauvegarde des entreprises en difficulté⁴⁴³. La littérature abondante sur le sort des sûretés octroyées par l’entreprise soumise à une procédure collective fait montre de toute l’impossibilité d’assurer une exécution optimale de ces dernières dans ce contexte si particulier. M. Bibalou Moussodji n’hésite pas à qualifier de « *chimérique et erronée* » l’idée selon laquelle les sûretés réelles doivent toujours permettre le paiement du créancier⁴⁴⁴. L’auteur poursuit en indiquant que c’est sur ce point de tension, opposant les impératifs de réhabilitation des entreprises à la nécessaire protection des créanciers⁴⁴⁵, que l’analyse économique du droit a trouvé un appui solide. La finalité économique qui innerve cette nouvelle méthodologie du droit est simple : le droit doit se retrouver au service de la croissance économique⁴⁴⁶. En ce sens, l’exécution de la sûreté s’inscrit dans ce processus de valorisation économique : « *la croissance économique suppose le crédit, et le crédit n’est raisonnablement possible qu’avec une prise de garantie* »⁴⁴⁷. Lien entre ces éléments et l’objet de notre étude apparaît de manière évidente : en fournissant davantage de sécurité au créancier, le report de la sûreté tend à favoriser l’octroi de crédit. Or, comme il a été démontré précédemment, le besoin de sécurité est inhérent à l’opération de crédit, de sorte que le fait d’augmenter celle-ci conduit inévitablement à contribuer à l’octroi de crédit. Dès lors, les discussions économiques développées sur le terrain de l’exécution de la sûreté trouvent un écho dans l’étude de l’article 1352-9 du Code civil, qui semble en reprendre les principales caractéristiques.

⁴⁴⁰ Sur la question de l’information du report de la sûreté au garant, Cf. *infra* n° 180 s. Sur la question de la privation du report de sûreté pour le créancier qui n’aurait pas agi de manière loyale en phase d’exécution, Cf. *infra* n° 441 s.

⁴⁴¹ Vermeille (S.) et Bézert (A.), « Sortir de l’impasse grâce à l’analyse économique du droit : comment rendre à la fois le droit des sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté efficaces ? », *Droit et croissance*, p.3, n°2.

⁴⁴² Vermille (S.) et Bézert (A.), art. préc., p.3, n°2.

⁴⁴³ Bibalou Moussodji (M.-A.), *Recherche théorique sur l’efficacité des sûretés réelles*, th. Nancy 2019, p.16, n°10.

⁴⁴⁴ Bibalou Moussodji (M.-A.), th. préc., p.18, n°13.

⁴⁴⁵ La littérature juridique est particulièrement démonstrative du conflit opposant le droit des sûretés et le droit des procédures collectives.

⁴⁴⁶ Bibalou Moussodji (M.-A.), th. préc., p.639, n°1078.

⁴⁴⁷ Stoffel-Munck (P.), « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et patr.* 2012, n°213.

153. L’analyse économique du droit, bien que contestée par le juriste français, fait partie intégrante de notre législation. L’ordonnance du 10 février 2016 se revendique clairement d’inspiration économique. La lecture économique trouve également sa place en droit des sûretés. L’étude des différents impacts de ce mouvement nous a permis de mettre en lumière un lien existant entre celui-ci et notre objet d’étude. En effet, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution semble reprendre les codes imposés par l’analyse économique du droit. Pour que notre hypothèse de départ puisse être complètement confirmée, il convient de tenter de qualifier ledit lien. Nous avons répondu à la première série de questions, qui consistaient à savoir si le report de la sûreté pouvait être rapproché des instruments d’analyse économique du droit. Nous entrons maintenant dans une seconde phase d’étude en se demandant comment ce rapprochement peut se faire.

§2. Le principe d’efficacité de la sûreté et son application par le report de la sûreté

154. Très concrètement, les lacunes du droit des sûretés, précédemment mises en lumière, ont permis à l’analyse économique du droit de pénétrer la matière en prônant la mise en valeur de l’efficacité de la sûreté. Cet impératif s’est traduit par l’énoncé d’un principe directeur (A), dont l’article 1352-9 du Code civil ne serait qu’une application (B).

A. L’énoncé d’un principe d’efficacité de la sûreté

155. Après avoir donné une définition de la notion de sûreté efficace (1), il s’agira de démontrer que cette exigence a été érigée en véritable principe (2).

1) La notion de « sûreté efficace »

156. Définir la notion de « sûreté efficace » s’avère être une véritable gageure. Plusieurs auteurs s’y sont essayés et ont proposé diverses définitions, dont il est possible d’extraire des points communs.

157. Les approches doctrinales de la notion. La notion d’efficacité, très en vogue au sein des analyses juridiques, a longtemps posé un problème de définition. En effet, ce terme est traditionnellement exclu du vocabulaire du juriste, qui préfère s’interroger sur la légitimité⁴⁴⁸ des normes. La pénétration de la matière juridique par des concepts économiques a modifié cette perception et a inévitablement conduit à un travail de définition. C’est Mme Bourassin qui fut pionnière dans cet exercice définitionnel. L’auteure identifie trois éléments constitutifs

⁴⁴⁸ Bourassin (M.), th. préc., p.7, n°4. Cette vision du droit centré sur la question de la légitimité de la norme découle des écrits de Kelsen. Comme l’indique Mme Bourassin, « depuis Kelsen, une partie importante de la doctrine apprécie le droit sous l’angle de sa validité et de légitimité, et elle se désintéresse, pour l’essentiel, des effets concrets de normes ».

inhérents à la notion d’efficacité. Celle-ci correspond à la mise en **adéquation** entre une **réalité attendue** et un **effet réalisé**⁴⁴⁹. Mme Bourassin poursuit en distinguant deux formes d’efficacité. La première, de nature objective, réside dans « *le paiement du créancier, grâce à la réalisation ou à la seule constitution de la garantie* »⁴⁵⁰. C’est la fonction de la sûreté qui capte l’attention de l’auteure. La seconde, plus subjective, se focalise sur les attentes particulières formulées par les parties au contrat. Se détachant d’une définition purement théorique, le professeur Dupichot a repris ces éléments. Il identifie trois critères majeurs à l’efficacité de la sûreté : elle doit être **simple tout en garantissant une certaine sécurité**, l’exécution doit être **rapide et atteindre les objectifs assignés** et elle doit **préserver le crédit du donneur de sûreté** sans entraîner un gaspillage inutile de richesses⁴⁵¹. Une thèse récente, portant sur l’efficacité des sûretés réelles, s’est également penchée sur la définition d’une telle notion. Tout comme Mme Bourassin, l’auteur concède que l’efficacité implique une « *évaluation de la réalisation des finalités de la règle de droit* »⁴⁵². Il poursuit en précisant que « *l’efficacité est un résultat et une méthode* »⁴⁵³. Cette remarque n’est pas neutre de sens ; elle démontre qu’une vision purement conséquentialiste s’avère trop réductrice. M. Bibalou Moussodji encourage une lecture plus globale prenant en compte la finalité de la sûreté mais aussi d’autres critères, tels que les définitions et les techniques inhérentes aux sûretés réelles⁴⁵⁴.

158. Détermination des dénominateurs communs. Ces différentes analyses doctrinales convergent vers l’idée selon laquelle **l’efficacité de la sûreté est un résultat qui s’obtient au prix d’un travail méthodologique**. Trop souvent l’efficacité est perçue comme un but à atteindre. En réalité, cette notion est polysémique ; si les conséquences de la sûreté sont importantes, elles ne doivent pas être l’unique grille de lecture du phénomène. Ainsi, une sûreté jugée efficace serait celle qui atteint le but qui lui est affecté, à savoir la protection des intérêts du créancier, d’une manière telle qu’elle tend à préserver les ressources. Dès lors, jauger l’efficacité implique de prêter attention au but recherché tout en veillant à la manière dont celui-ci est atteint. Selon cette lecture renouvelée, il ne s’agit plus uniquement de se questionner sur la fonction assignée à la garantie mais de prêter attention sur tous les éléments susceptibles d’impacter la réalisation de ce but. L’application concrète de ces définitions doit nous conduire à conclure que le simple fait d’affirmer que notre objet d’étude renforce les intérêts du créancier n’est pas suffisant pour considérer qu’il participe à l’impératif d’efficacité. Il est nécessaire de démontrer cumulativement que celui-ci s’intègre dans une méthodologie visant à réduire les obstacles qui viennent entraver la protection du créancier. Cette dualité de la notion d’efficacité est particulièrement saillante dans les écrits de M. Bibalou Moussodji. L’auteur perçoit l’efficacité comme un résultat doublé d’une méthode permettant d’atteindre ce dernier. Cette lecture se retrouve aussi dans la thèse de

⁴⁴⁹ Bourassin (M.), th. préc., p.8, n°7.

⁴⁵⁰ Bourassin (M.), th. préc., p.13, n°22.

⁴⁵¹ Dupichot (P.), art. préc., p. 4, n°3.

⁴⁵² Bibalou Moussodji (M.-A.), th. préc., p.8, n°5.

⁴⁵³ Bibalou Moussodji (M.-A.), th. préc., p.18, n°13.

⁴⁵⁴ Bibalou Moussodji (M.-A.), th. préc., p.18, n°14.

Mme Bourassin, pour qui l’efficacité « *n’est pas une qualité innée* »⁴⁵⁵ de la sûreté ; elle s’obtient au prix de « *moyens divers pour éviter les obstacles susceptibles d’entraver cette adéquation entre la raison d’être de la garantie et les buts particuliers qui lui sont assignés* »⁴⁵⁶.

159. La confirmation de cette définition par la recherche des fondements de l’efficacité. L’efficacité de la sûreté prendrait donc un double aspect. Elle serait synonyme tantôt de renforcement des intérêts du créancier et tantôt de réduction des coûts. Cette définition n’a pas de quoi surprendre puisqu’elle se rapproche des outils de l’analyse économique du droit qui proposent une maximisation des profits tout en réduisant les coûts. Toutefois, la notion d’efficacité de la sûreté peut trouver son fondement ailleurs que dans l’analyse économique du droit. En effet, les concepts d’outil et de cause du contrat sont mobilisables pour appuyer la théorie de l’efficacité de la sûreté⁴⁵⁷. Précisons cette idée : la notion d’objet du contrat de sûreté a été définie par M. Ledain Santiago dans les termes suivants : « *avantage conféré au créancier soit sur un patrimoine, soit sur un bien ou un ensemble de biens, et consistant à prémunir ce dernier contre la défaillance éventuelle de son débiteur* »⁴⁵⁸. Cette définition permet de faire le lien entre la notion d’objet et l’impératif d’efficacité : l’objectif de protection des intérêts du créancier se trouve retranscrit juridiquement par l’objet du contrat de sûreté. Celui-ci constitue donc le premier fondement juridique de l’efficacité de la sûreté. Une première lecture rapide de notre objet d’étude à la lumière de cette définition de l’objet du contrat de sûreté permet de renforcer notre intuition selon laquelle le report de sûreté sur l’obligation de restitution est lié à la notion d’efficacité. En prolongeant l’efficacité de la sûreté au-delà de ce qui était conventionnellement prévu, l’article 1352-9 du Code civil contribue à l’objectif de prémunir le créancier contre la défaillance du débiteur. La notion de cause permet quant à elle d’expliquer la réalisation du

⁴⁵⁵ Bourassin (M.), th. préc., p.29, n°54.

⁴⁵⁶ Bourassin (M.), th. préc., p.30, n°55.

⁴⁵⁷ Bien que l’article 1128 CCiv., issu de l’ordonnance du 10 février 2016, ne fasse plus de ces deux notions deux conditions de validité du contrat, nous nous proposons de continuer à employer ce vocable pour au moins deux raisons. V. Pellet (S.), « Le contenu licite et certain du contrat », *Dr. et patr.*, n°258, mai 2016, p.61 ; Ferrier (N.), « La détermination par le juge du contenu du contrat », *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1^{ère} journée Cambacérès*, 3 juillet 2015, Université de Montpellier, 2015, p.109. D’une part, en supprimant le terme de cause de notre corpus juridique, l’ordonnance du 10 février 2016 n’en a pas moins conservé ses effets. En ce sens, V. : Chénéde (F.), « La cause est morte... vive la cause ? », *C.C.C. 2016*, dossier 4 : « *Pourquoi ne pas rétablir la cause dans sa plus simple et plus utile expression ? Loin d’aller à l’encontre de la volonté du Gouvernement, ce rétablissement permettrait d’atteindre l’un de ses principaux objectifs : assurer l’attractivité et le rayonnement du droit français, en le maintenant à la tête des systèmes juridiques causalistes, dont il pourrait demeurer le modèle* ». D’autre part, il fut reproché aux notions de cause et d’objet leur inintelligibilité pour les juristes étrangers. En ce sens, V. : Rapport remis au président de la République sur la réforme : « *La cause ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification, reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s’est attachée à théoriser* ». Or, comme l’a démontré Mme Rochfeld une telle crainte est en grande partie fantasmée puisque ces notions sont parfaitement transposables dans des cultures juridiques non causalistes. En ce sens, V. : Rochfeld (J.), *Cause et type de contrat*, Bibl. dr. privé, T.CCCXI, 1999.

⁴⁵⁸ Ledain Santiago (R.), th. préc., p.164, n°246.

but de protection des créanciers à moindre coût. Pour le comprendre, il convient de revenir aux travaux de Boyer, qui définit la cause selon une dimension catégorique. Elle serait « *un mobile abstrait et objectif qui va varier d’une catégorie de contrats à l’autre mais en restant la même pour tous les contrats faisant partie de la même catégorie* »⁴⁵⁹. Cette idée de mobile a conduit un auteur à poursuivre le raisonnement en proposant une lecture fonctionnelle de la cause⁴⁶⁰. Cette dernière, d’ores et déjà reprise par plusieurs juristes⁴⁶¹, vise à assigner une fonction particulière à chaque entité contractuelle⁴⁶². La notion de cause fonction se base sur une compréhension du contrat par les différents contractants ; elle intègre donc des considérations diverses, dont les questionnements liés au coût de formation du contrat. Là encore un lien se fait aisément avec notre objet d’étude : l’article 1352-9 du Code Civil en permettant en quelque sorte une « réutilisation » de la sûreté initiale favorise la réduction des coûts. Celle-ci constitue donc une traduction juridique de l’objectif de réduction des coûts, inhérent à l’efficacité de la sûreté.

160. L’efficacité de la sûreté constitue donc une grille de lecture renouvelée du droit des sûretés. Issue des préceptes de l’analyse économique du droit, elle trouve une traduction juridique au travers des notions de cause et d’objet. Il convient dorénavant la portée de cet impératif d’efficacité pour savoir si celui-ci peut justifier le report de la sûreté sur l’obligation de restitution.

2) *La qualification de principe*

161. La doctrine est restée relativement silencieuse sur la portée de cette notion. Présentant un solide ancrage au sein des écrits doctrinaux récents, l’efficacité de la sûreté fait figure de soubassement de cette matière. Ainsi, notre premier réflexe consiste à se tourner vers la qualification de principe.

162. Les conditions de reconnaissance d’un principe juridique. Les théoriciens du droit pointent unanimement la difficulté de distinguer le principe de la règle de droit. Certains auteurs se sont risqués à proposer des critères permettant de tracer une frontière entre ces deux notions. Le principe présente d’abord des **degrés de généralité et d’abstraction** supérieurs à ceux de la règle. Boulanger a parfaitement traduit cette idée en considérant que le principe est « *général en ce qu’il concerne une série indéfinie d’applications* »⁴⁶³. Ce dernier aurait

⁴⁵⁹ Boyer (L.), *La notion de transaction. Contribution à l’étude des concepts de cause et d’acte déclaratif*, th. Toulouse, 1947, p.104.

⁴⁶⁰ Pouillet (Y.), *L’abstraction de la garantie bancaire automatique : étude de droit civil comparé*, th. Louvain, 1982.

⁴⁶¹ Grimaud (D.), *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001, p.496, n°467 ; Rochfeld (J.), th. préc., p.467, n°516 : « *La permanence de ses éléments constitutifs conduit ainsi à regarder chaque contrat comme investi d’une fonction catégorique, cristallisation à son égard d’une attente toujours identique* ».

⁴⁶² Schwintowski (H.-P.), « *Interdépendance fonctionnelle entre l’économie et le droit : conceptions et limites* », *R.R.J.* 1993, p.758.

⁴⁶³ Pontier (J.-M.), (ss. dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p.18.

également vocation à intégrer des préoccupations extra-juridiques⁴⁶⁴. Autrement dit, il serait un pont entre certaines valeurs et des conséquences juridiques concrètes. En ce sens, comme le souligne, M. Pontier le principe ne donne pas de solution concrète à la résolution d’un litige⁴⁶⁵, il n’est qu’un outil de lecture de la matière. C’est cet élément qui permet de le distinguer de la règle dans le sens où celle-ci a vocation à déterminer les conséquences pratiques des questionnements formulés. L’ordonnancement juridique se fait de manière hiérarchisée : le principe traduction juridique par le biais de plusieurs règles. Cette notion renvoie également à **l’idée d’enracinement et d’importance**. En effet, plusieurs auteurs ont souligné le rôle fondamental des principes. Ces derniers endosseraient une fonction normative indéniable dans le sens où ils auraient vocation à pallier les lacunes du droit⁴⁶⁶. Ils attesteraient du pouvoir créateur de la jurisprudence qui, dans le silence des textes, fait appel à des considérations extra-juridiques pour faire émerger de nouvelles valeurs. Enfin, d’un point de vue purement formaliste, il est souvent mis en avant la **brièveté de l’énoncé** du principe.

163. L’application à l’efficacité de la sûreté. Ces trois critères ayant été mis en lumière, il convient de vérifier leur applicabilité dans le cadre de la notion d’efficacité de la sûreté. Sur le critère de forme, à savoir le caractère bref de l’énoncé, cela ne fait aucun doute. La question est plus complexe lorsqu’il s’agit d’envisager les deux autres conditions. Le caractère général du principe pourrait poser certaines difficultés puisque plusieurs auteurs ont souligné l’état d’éclatement du droit des sûretés qui serait en quête d’une cohérence générale⁴⁶⁷. L’efficacité de la sûreté serait ainsi une voie de structuration de l’ensemble de la matière. Pour s’en convaincre, il suffit de regarder le champ d’application des écrits doctrinaux traitant de ce thème. Alors que Mme Bourassin analyse la question de l’efficacité uniquement au regard des garanties personnelles, M. Bibalou Moussodji consacre sa thèse de doctorat à cette même problématique mais en matière de sûretés réelles. Dans le même ordre d’idées, M. Ravel d’Esclapon tente de construire un droit commun des sûretés autour de principes directeurs dont l’efficacité ferait partie⁴⁶⁸. Enfin, la réforme du droit des sûretés qui a vocation à embrasser toute la matière impose également un objectif d’efficacité qu’elle considère applicable à l’ensemble des sûretés. Dès lors, la notion d’efficacité de la sûreté semble couvrir un champ suffisamment large pour lui reconnaître la qualification de principe et la considérer comme un vecteur d’unification de la matière. Il reste encore à s’interroger sur l’enracinement et l’importance de cette notion. Cette question devient progressivement un sujet d’attention de

⁴⁶⁴ Kitaeff (R.), « Prendre les principes au sérieux : introduction à la théorie du droit de Ronald Dworkin », in *Les principes et le droit*, ss. dir. J.-M. Pontier, PUAM, 2007, p.311.

⁴⁶⁵ Kitaeff (R.), art. préc., p.312.

⁴⁶⁶ Zenati-Castaing (F.), « Les principes généraux en droit privé », in *Les principes en Droit*, ss. dir. S. Caudal, Economica, 2008, p.266 : « *Le juge ne pouvant trouver toutes les solutions dans le code, il a été invité par le code, en cas de lacune, à les déduire non seulement des principes qui s’y trouvent formulés mais aussi de principes qu’il reste à formuler* ».

⁴⁶⁷ Gout (O.), « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *R.T.D. civ.* 2013, p.255 ; Vermeille (S.) et Bézert (A.), « L’analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », *D.2014*, p.289 ; Legeais (D.), « Le droit français, modèle ou anti-modèle », in *L’attractivité du droit français des sûretés réelles*, L.G.D.J., p.31. *Adde* : Borga (N.), *L’ordre public et les sûretés conventionnelles*, nouv. bibl. des thèses, vol.82, 2009, p.283, n°288.

⁴⁶⁸ Ravel d’Esclapon (T.), th. préc., p.26, n°8.

la doctrine, qui y consacre une place croissante dans ses écrits⁴⁶⁹. Son assise résulte également du fait qu’elle englobe des considérations dépassant la sphère juridique.

164. Notre intuition de départ nous a conduit à estimer que le report de la sûreté sur l’obligation procédait d’un principe d’efficacité régissant le droit des sûretés. Nous avons effectué la première étape du raisonnement consistant définir et à jauger sa portée. Pour confirmer notre intuition, il nous faut maintenant établir le lien entre ce principe et notre objet d’étude. Il s’agit notamment de démontrer que le second procède du premier.

B. Le report de la sûreté : application du principe d’efficacité de la sûreté

165. La notion d’efficacité de la sûreté se manifeste au travers du report de la sûreté. Face à l’impossibilité de justifier le report de la sûreté sur l’obligation de restitution par les techniques du droit des garanties et du droit des obligations, plusieurs auteurs se sont tournés vers une lecture plus téléologique des solutions jurisprudentielles⁴⁷⁰. C’est ainsi que Mme Bros estime qu’il est logique que les sûretés survivent à la nullité du contrat garanti car leur rôle est de pallier à la défaillance du débiteur. Dès lors, admettre que ces dernières ne devraient pas jouer en phase restitutoire reviendrait à occulter une partie de leur utilité. Cette vision n’est pas nouvelle : dès 1906, dans sa thèse de doctorat, Grégoire Dimitresco affirmait que « *la résolution des hypothèques, conséquence de la résolution du droit de propriété, amène l’insécurité des créanciers qui ne prêtent plus qu’à des conditions onéreuses* »⁴⁷¹. *A contrario*, nous devons donc comprendre que la survie des hypothèques favorise la sécurité du créancier et une réduction des coûts. Dès son époque, M. Dimestrico aurait donc perçu les intérêts de la règle posée à l’article 1352-9 du Code civil. Ainsi, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution serait une solution aux vertus économiques indéniables, qui ne traduirait que l’attente que l’on peut avoir d’une sûreté⁴⁷². De même, M. Houtcieff considère que le report de la sûreté n’est qu’une illustration du pragmatisme juridique. Sa justification résulte de la volonté de renforcer la sécurité du créancier et de relancer le crédit⁴⁷³. En effet, cette solution a vocation à accroître la sécurité du bénéficiaire de la sûreté qui se sait couvert

⁴⁶⁹ Borga (N.), *L’ordre public et les sûretés conventionnelles*, nouv. bibl. des thèses, vol.82, 2009 ; Bourassin (M.), *L’efficacité des garanties personnelles*, Bibl. dr. privé, T.CDLVI, 2006 ; Dupichot (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, th., 2005 ; Michel (C.-A.), *La concurrence entre les sûretés*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.DLXXX, 2018 ; Bibalou Moussodji (M.-A.), *Recherche théorique sur l’efficacité des sûretés réelles*, th. Nancy 2019.

⁴⁷⁰ Bros (S.), *L’interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001 ; Houtcieff (D.), Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ. I*, n°167, *R.D.C. 2009*, 205 ; Delebecque (P.), Cass., Com., 12 fév. 1991, *Bull. civ. 1991*, IV, n°61, *JCP G 1991*, II, 21754.

⁴⁷¹ Dimitresco (G.), *De la condition résolutoire dans les contrats*, th. Université de Paris, 1906, p.62.

⁴⁷² Bros (S.), th. préc., p.421 s., n°6768 s.

⁴⁷³ Houtcieff (D.), Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ. I*, n°167, *R.D.C. 2009*, 205 : « *Il s’agit de renforcer la sécurité du créancier. Ainsi, la Cour de cassation contribue-t-elle à la relance du crédit : de fait, le créancier prêtera d’autant plus aisément en sachant que la garantie survivra même à l’annulation de la créance principale* ».

en dépit d’un anéantissement de son contrat. La volonté de protéger les intérêts du créancier est donc prégnante.

166. Le principe d’efficacité de la sûreté se décompose en un but mais également en une méthode pour l’atteindre. Il convient de se demander si ce second élément se retrouve dans le cadre de l’application de l’article 1352-9 du Code civil. Celui-ci consiste en un objectif réduction du coût de la sûreté. Or, cet aspect est bien présent dans le cadre de la garantie des restitutions. Il a été démontré qu’il était possible pour le créancier de constituer une nouvelle sûreté qui viendrait garantir exclusivement les suites de l’anéantissement contractuel. Un tel schéma a cependant été exclu de l’objet de notre étude en raison de l’absence des critères essentiels à la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution⁴⁷⁴. Cette structure présente le même avantage que le report de la sûreté sur l’obligation de restitution, à savoir la double garantie de l’obligation initiale et des conséquences de l’anéantissement contractuel. En revanche, elle fait montre d’un défaut majeur : il est nécessaire de constituer deux sûretés bien distinctes – une première pour garantir l’obligation initiale et une seconde pour les restitutions –. Un tel schéma semble peu en adéquation avec les exigences de célérité et de simplicité imposées par le monde des affaires. La constitution d’une nouvelle garantie implique des négociations et se trouve source de coûts supplémentaires. Par conséquent, la couverture des restitutions permet d’échapper à un tel schéma chronophage, source d’insécurité.

167. Le report de la sûreté : règle découlant du principe d’efficacité de la sûreté. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution tend donc à préserver les intérêts des créanciers tout en garantissant une réduction du coût de la sûreté. Cette solution serait alors une traduction du principe d’efficacité de la sûreté. En ce sens, il a été démontré que les principes juridiques avaient une vocation à la généralité et se concrétisaient par des règles⁴⁷⁵. Ces dernières n’auraient de portée qu’en faisant référence à des principes dans lesquelles elles trouveraient leurs assises. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution est une question particulière et technique. Il apparaît compliqué de déduire d’autres énoncés à partir de celle-ci de sorte qu’elle pourrait recouvrir la qualification de règle juridique découlant du principe d’efficacité de la sûreté.

168. Synthèse. Si l’analyse économique du droit est source de débat en droit français, elle tend progressivement à s’imposer. Tant l’ordonnance du 10 février 2016 que la réforme récente du droit des sûretés subissent l’influence des préceptes économiques. Très concrètement, celles-ci mettent en lumière la nécessité de restaurer l’efficacité des sûretés. Cela passe par une préservation des intérêts du créancier tout en réduisant les coûts de transaction. L’article 1352-9 du Code civil en permettant la garantie des restitutions sans avoir à constituer une nouvelle sûreté semble répondre à ces objectifs. Celui-ci ne serait donc qu’une application concrète du principe d’efficacité de la sûreté. Cette démonstration nous

⁴⁷⁴ Cf. *supra* n° 94 s.

⁴⁷⁵ Pontier (J.-M.), (ss. dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p.17-18 : « Le principe peut être transcrit par plusieurs règles et plusieurs types de règles, et parce que le principe d’égalité est trop vaste pour qu’on puisse le considérer comme pouvant être une règle, le principe comporte un degré de généralité que n’a pas la règle ».

permet de tendre vers l’idée selon laquelle la généralisation du report de sûreté trouverait une explication dans l’analyse économique du droit. Il s’agit certes d’une justification peu conventionnelle mais elle présente le mérite d’orienter nos recherches vers une lecture plus politique que juridique de notre objet d’étude. Dans cette perspective, une difficulté reste à réssoudre : les détracteurs de l’analyse économique du droit verraient dans la lecture proposée une prévalence des intérêts du créancier sur ceux du donneur de garantie. Mais cette critique mérite d’être relativisée : l’analyse économique du droit est compatible avec d’autres valeurs défendues par le législateur et le juge. Dès lors, mettons l’article 1352-9 du Code civil à l’épreuve des concepts moraux pour s’assurer que la position du garant n’est pas mise en péril par l’attention portée au créancier.

SECTION 2 : L’ABSENCE D’AGGRAVATION DU SORT DU DONNEUR DE SÛRETÉ

169. L’influence de la morale dans l’étude du report de la sûreté. Il a été démontré que le droit des sûretés n’a cessé d’osciller entre protection excessive du donneur de garantie et volonté de préserver les intérêts du créancier. Au vu de l’analyse précédemment menée, il apparaît que l’article 1352-9 du Code civil s’inscrit clairement en faveur de ce second objectif. Pour autant, la volonté affirmée de restaurer un certain équilibre entre les parties au contrat de sûreté invite à déplacer l’attention sur le donneur de garantie. Il s’agit alors de s’interroger sur les effets de cette règle au regard de sa situation. En ce sens, notre intuition, nous pousse cette fois vers la règle morale, qui peut être un outil intéressant à mobiliser. Selon M. Jestaz, celle-ci se « *propose de diriger les conduites humaines selon un système de valeurs. Et – ce point est fondamental – elle se le propose dans l’idéal, sans le souci ou du moins sans le souci immédiat de savoir si l’intendance pourra suivre* »⁴⁷⁶. De manière plus concrète, elle impose à chaque participant à un contrat de se mettre à la place de son cocontractant pour évaluer l’échange selon son point de vue. Dès lors, le raisonnement mis en œuvre à ce stade est **d’ordre moral** en ce qu’il impose de prêter une attention toute particulière au donneur de sûreté.

170. La méthode d’analyse morale du report de la sûreté. L’étude du report de la sûreté sous l’angle moral se fait à deux niveaux de lecture. Mme Fabre-Magnan a en effet démontré que la morale avait été introduite dans la sphère juridique sous deux aspects bien distincts. D’abord, ce phénomène s’est traduit par une exigence de loyauté entre les parties. Il s’agissait notamment de préserver un certain équilibre entre les intérêts en présence. Par la suite, la morale a muté en une véritable obligation positive d’aider autrui et de protéger la partie considérée comme faible⁴⁷⁷. Transposés à l’analyse de l’article 1352-9 du Code civil, ces

⁴⁷⁶ Jestaz (P.), *Le droit*, Dalloz, coll. « connaissance du droit », 10^{ème} éd., 2018, p.42

⁴⁷⁷ Fabre-Magnan (M.), th. préc., p.41, n°50 : « *Si moralement, il a toujours paru évident qu’il ne fallait pas essayer de tromper autrui, il est plus nouveau d’imposer une obligation positive d’aider autrui. Pourtant, le*

deux points impliquent de se demander si cette disposition, en favorisant les intérêts du créancier, ne va pas à l’encontre de ceux du donneur de sûreté (§1). Il est également question de vérifier que les protections, traditionnellement accordées au donneur de garantie en situation de faiblesse face à un cocontractant puissant, ne sont pas remises en cause par cette nouvelle disposition (§2).

§1. La garantie de l’obligation de restitution, prolongement de la garantie de l’obligation initiale

171. Comme il a été vu précédemment, le recours à la règle morale implique de se placer dans la position du donneur de garantie. A partir de ce point de vue, il convient de se demander si la garantie de l’obligation de restitution était prévisible lorsque ce dernier s’est engagé. Le phénomène « d’intensification du contenu obligationnel » nous invite à répondre par la positive (A). Ainsi, le sort du donneur de garantie ne semble pas aggravé par l’article 1352-9 du Code civil (B.).

A. Le phénomène d’intensification du contenu obligationnel

172. Les limites du contrat, acte de prévision des parties. Le contrat est traditionnellement perçu comme un outil permettant aux parties d’organiser le futur. Par un phénomène de « *présentation* »⁴⁷⁸, les parties seraient conduites à anticiper l’évolution de leur relation. De ce fait, le contrat serait un guide juridique donnant corps aux préoccupations à venir des parties. Il s’agit là de la théorie présentée par Hervé Lécuyer qui voit dans le contrat un « *acte de prévision* »⁴⁷⁹. Cette conception connaît tout de même certaines limites⁴⁸⁰. Il

droit semble aujourd’hui prendre en considération ces deux idées : comme la morale, il est passé d’une exigence de loyauté entre les parties à une volonté d’aider et de protéger la partie la plus faible ». Cette idée selon laquelle il convient d’apporter une aide à la partie la plus faible de la relation provient du fait que la règle morale est sensible à l’inégalité entre les cocontractants et tant à empêcher que celui en état d’infériorité se voit imposer la volonté de son cocontractant. En ce sens, V. : Bastide (G.), *Traité de l’action morale, T.I : Analytique de l’action morale*, PUF, 1961, p.256 ; Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949, n°48, p.89 : « *Quand le contrat suppose une confiance réciproque entre les parties, l’obligation de renseigner exactement le cocontractant devient une obligation juridique et la réticence une cause légale de nullité du contrat* ». Plus généralement sur la question de la protection de la partie faible au contrat, V. : Ghestin (J.) et Marchessaux-Van Melle (I.) (ss. dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., T.CCLXI, fév. 1996.

⁴⁷⁸ Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., PUF, 2013, p.422, n°7-6.

⁴⁷⁹ Lécuyer (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. Terré 1999*, Dalloz-PUF-Litec, p.643. Adde Josserand valide également ce phénomène qu’il nomme la « conception volontariste et libérale du contrat ». En ce sens, V. : Chazal (J.-P.), « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, ss. dir. W. Dross Mare et Martin 2014, p.227, notamment p.229.

⁴⁸⁰ Josserand (L.), « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », *D.H. 1940*, chr.1, p.5.

serait illusoire de penser que les parties ont, à un instant donné, pu anticiper toutes les situations susceptibles de se présenter à elles⁴⁸¹. Cette lecture plus pessimiste de la relation contractuelle, le caractère anticipatoire des parties se trouve réduit à une peau de chagrin. Celles-ci, jugées inaptes à prévoir tous les litiges envisageables, ne se mettraient d’accord que sur un socle restreint de règle⁴⁸². Par conséquent, pour pallier au silence des parties, le juge a été autorisé à compléter la convention par le biais de l’article 1194 du Code civil. Ce dernier – qui remplace l’article 1135 – prévoit que les contrats obligent les parties à leurs prévisions et à toutes les suites possibles fondées sur l’équité, l’usage ou la loi⁴⁸³. Cette pratique a pu être qualifiée tantôt « *d’enrichissement du contrat* »⁴⁸⁴, « *d’enrichissement du contenu du contrat* »⁴⁸⁵, « *d’amplification du contenu du contrat* »⁴⁸⁶ tantôt de manière plus péjorative, de « *forçage du contrat* »⁴⁸⁷. Cette idée selon laquelle le juge peut compléter le contrat apparaît intéressante dans le cadre de notre objet d’étude. Le contrat de sûreté serait ainsi incomplet puisqu’il n’envisagerait pas les suites de l’anéantissement du contrat principal garanti. Pour affirmer cette position, il convient de s’intéresser plus en détail au fonctionnement de cette pratique.

173. La technique d’intensification du contenu obligationnel. Les éléments de présentation du problème ayant été exposés, il convient de s’interroger sur le mode de fonctionnement de l’intensification du contenu du contrat. L’article 1194 du Code civil constitue un guide relativement précis lorsqu’il s’agit de procéder à l’enrichissement du contrat. Cette disposition fait référence « aux suites » de ce qui a été exprimé par les parties. L’emploi de ce terme conduit à de nombreuses interrogations qui ont été en partie levées par M. Jacques. L’auteur attribue une double signification au terme « suite » : « *au singulier il suggère l’existence d’un ordre : la suite est ce qui vient après, derrière, en considération d’un mouvement donné, et elle présuppose une situation inachevée, un état non terminé. Au pluriel, il évoque la conséquence, le résultat d’une action ; les suites désignent l’aboutissement et traduisent le résultat de l’action de prolonger, de développer* »⁴⁸⁸. Cette dualité exposée par l’auteur semble correspondre à l’intention du législateur telle que formulée à l’article 1194 du Code civil. En effet, « les suites » doivent s’entendre des obligations⁴⁸⁹ qui sont la

⁴⁸¹ Au contraire, selon Rémy Libchaber, le contrat est un socle sur lequel les parties entendent s’appuyer dès maintenant et pour l’avenir. V. Libchaber (R.), « Réflexion sur les effets du contrat, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes du droit civil », *Mélanges offerts à J-L. Aubert*, p.211.

⁴⁸² Dès lors, les litiges non anticipés ne trouveraient pas de réponse à travers l’accord de volonté des parties. En ce sens, V. : Grimaldi (C.), « Paradoxes autour de l’interprétation des contrats », *R.D.C. 2008*, p.207, n°9.

⁴⁸³ Cette règle tire son origine de l’œuvre de Domat. V. : Domat (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T.I, 1689-1694, p.24.

⁴⁸⁴ Bejermy (A.), *L’équité dans la tradition juridique musulmane, la tradition juridique civiliste et la tradition juridique de common law : étude comparée*, Mémoire Master II Recherche Droit Européen Comparé, Université Paris II, année universitaire 2015/2016, ss. dir. Monsieur le professeur L. Vogel.

⁴⁸⁵ Richet (A.-C.), *L’après-contrat*, th. Toulouse, 2021, p.213.

⁴⁸⁶ Maire (G.), *Les effets du contrat*, Fiche de révision n°3352, LexisNexis.

⁴⁸⁷ Leveneur (L.), « Le forçage du contrat », *Dr. et patr. 1998*, p.69.

⁴⁸⁸ Jacques (P.), *Regards sur l’article 1135 du Code civil*, th. Dalloz, nouv. bibl. des Thèses, v.46, 2005, p.48, n°27.

⁴⁸⁹ Jacques (P.), th. préc., p.49, n°27. *contra* : Mouly-Guillemaud (C.), *Retour sur l’article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, Bibl. dr. privé, L.G.D.J., T.CDLX, p.182, n°182.

conséquence de l’équité, l’usage ou la loi. Autrement dit, elles sont le résultat attendu du contrat analysé au regard de ces trois sources du droit. L’application de cette méthode à notre objet d’étude doit donc nous conduire à nous demander si la loi, l’usage ou l’équité voudrait favoriser l’extension de garantie. C’est davantage vers la notion d’équité que nous sommes conduits à nous tourner. Qualifiée de floue par certains auteurs⁴⁹⁰, cette notion permet une prise en compte des faits de l’espèce dans le rendu de la solution⁴⁹¹. Autrement dit, l’équité vient combler un silence et incarne donc un rôle créateur afin de compléter un droit lacunaire⁴⁹². L’équité visée à l’article 1194 du Code civil a donc pour fonction de « *tirer toutes les conséquences de l’état présent du droit positif, par interférences de ce que l’esprit de ce droit commande* »⁴⁹³. Ce but assigné à l’équité semble parfaitement correspondre à l’article 1352-9 du Code civil puisque l’esprit du droit voudrait que l’extension de garantie puisse s’effectuer. Plusieurs auteurs, dans l’analyse qu’ils ont fait de la règle de report de la sûreté sur l’obligation de restitution, ont d’ailleurs relevé ce point. L’exemple le plus probant est assurément celui de la professeure Cottet qui voit dans la couverture des restitutions un simple enchaînement logique avec la garantie de l’obligation initiale⁴⁹⁴. Ce raisonnement correspond parfaitement à la fonction de l’équité précédemment présentée puisqu’il est question de tirer des faits de l’espèce, les conséquences qui auraient été voulues par le droit mais non exprimées.

174. Ces quelques éléments de définition ayant été présentés, il convient de poursuivre en analysant le lien entre l’article 1352-9 du Code civil et le processus d’intensification du contenu obligationnel afin de démontrer que le premier découle bien du second.

B. L’application de « l’intensification du contenu obligationnel » à la sûreté reportée sur les restitutions

175. Après avoir mis en lumière le problème posé par la garantie de l’obligation de restitution et les différentes théories doctrinales tentant d’en apporter une réponse (1), il sera question de décrire les éléments de solution à partir de la notion d’intensification du contenu obligationnel (2).

1) Position du problème

176. Protection accrue de la partie faible versus primauté du contrat. L’analyse morale du report de la sûreté sur l’obligation de restitution a fait couler beaucoup d’encre.

⁴⁹⁰ Albige (C.), *De l’équité en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2000.

⁴⁹¹ Mouly-Guillemaud (C.), th. préc., p.193, n°198.

⁴⁹² Jacques (P.), th. préc., p.50, n°28-1 et p.61, n°28-5 : « *Il faut parfois recourir à l’équité, afin de corriger le juste légal s’il s’éloigne trop du juste absolu, dans le but de l’en rapprocher autant que faire ce peut* » ; Mouly-Guillemaud (C.), th. préc., p.194, n°198.

⁴⁹³ Jacques (P.), th. préc., p.662, n°319.

⁴⁹⁴ Cottet (M.), *Essai critique sur la théorie de l’accessoire en droit privé*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, n°544, 2013, p.413, n°474. Dans le même sens, V. : Michel (C.-A.), *La concurrence entre les sûretés*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.DLXXX, 2018, p.127, n°119.

Plusieurs auteurs se sont opposés à cette règle aux motifs qu’elle mettrait en péril les intérêts du donneur de garantie, partie faible de la relation contractuelle. Telle est la position de la professeure Malaurie-Vignal pour qui, en plus d’être injustifiable par des arguments techniques, le report de la sûreté apparaît comme une solution moralement inacceptable. Elle tend à accroître l’engagement du débiteur au-delà de ce qui avait été expressément stipulé⁴⁹⁵. Un constat similaire se retrouve au sein des écrits de M. Houtcieff. Après avoir rappelé le caractère pragmatique de la solution, il déplore que la protection accrue du créancier se fasse au mépris de l’esprit même de la sûreté. A l’inverse, plusieurs auteurs se sont élevés contre l’analyse proposée par Mme Malaurie-Vignal. Ils ont d’abord questionné la pertinence du propos de l’auteure : est-il logique de critiquer une règle juridique uniquement parce qu’elle serait en contradiction avec les intérêts du débiteur ? De manière plus pratique, ils ont estimé que le point de départ du raisonnement de l’auteure était faussé. Mme Vignal part du présupposé que la partie faible au contrat de sûreté est automatiquement le donneur de garantie. Or, une telle analyse est largement remise en cause au sein des écrits doctrinaux. De même, il peut lui être reproché de ne pas avoir suffisamment justifié ses idées. En effet, si Mme Malaurie-Vignal relève que l’article 1352-9 du Code civil va à l’encontre des intérêts du garant, elle n’explique pas véritablement en quoi la situation de celui-ci est mise en péril. Très concrètement, l’auteure semble raisonner en termes d’opposition entre le créancier et le garant : parce qu’une règle est favorable à l’une, elle devient systématiquement défavorable à l’autre. Elle sous-entend que cette règle, en privilégiant les intérêts du créancier, est automatiquement dangereuse pour le donneur de sûreté. Ce raisonnement par confrontation des antagonismes est contestable dans la mesure où il ne met pas clairement en lumière les lacunes de la règle. Il convient donc de modifier le point de départ de l’étude de cette disposition. Plutôt que de placer le garant dans une situation de concurrence avec le créancier, il convient de s’interroger sur ce qui est nuisible à ses intérêts. Selon les opposants à Mme Vignal, le critère essentiel pour déterminer une situation défavorable au donneur de sûreté est celui de la parole donnée. Tant qu’une règle respecte la volonté des parties, il paraît difficile de la remettre en cause comme portant atteinte à l’un ou l’autre des cocontractants. Dès lors, pour conclure à un éventuel mépris des intérêts du garant face à ceux du créancier, il convient de s’interroger sur la compatibilité de l’article 1352-9 du Code civil avec les prévisions des parties. De manière plus concrète, une telle question implique de déterminer si la couverture des restitutions pouvait raisonnablement entrer dans les atteintes légitimes du créancier. Du côté du garant, cela conduit à se demander si celui-ci devrait se considérer comme engagé au-delà de la garantie de l’obligation principale.

2) *Éléments de solution*

177. Le principe : l’étendue de la garantie dictée par la volonté réelle du garant. Lorsque le créancier veut se prévaloir des avantages de la sûreté, il doit d’abord démontrer que l’obligation dont le paiement est recherché est entrée dans la couverture de celle-ci. De manière générale, tant le législateur que la jurisprudence ont une interprétation stricte de

⁴⁹⁵ Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.65 : « elle est contraire à la tendance contemporaine, qui s’affirme en jurisprudence, à protéger les cautions ».

l’étendue des garanties⁴⁹⁶. L’article 2294 du Code civil⁴⁹⁷ fournit un excellent exemple de cette rigueur en matière de cautionnement. Ce dernier dispose que « *Le cautionnement doit être exprès. Il ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ». L’application de cette disposition a conduit à reconnaître qu’en cas de doute, il convient d’interpréter le contrat en faveur du garant⁴⁹⁸. En vertu de cette règle, il semble donc difficile d’admettre une extension de la garantie en cas de silence des parties⁴⁹⁹. A titre d’exemple, imaginons un marché impliquant plusieurs ouvertures de crédit, si la caution n’en mentionne qu’une dans son engagement, elle ne peut être tenue à garantir les autres. Par conséquent, le garant ne pourrait être considéré comme tenu à couvrir l’obligation de restitution puisque celle-ci ne serait pas entrée dans la délimitation de l’étendue de la sûreté telle qu’il l’aurait défini. Les critiques formulées par la professeure Malaurie-Vignal seraient alors justifiées : en rentrant en contradiction avec ce que le garant a exprimé, l’article 1352-9 du Code civil lui porterait atteinte.

178. Les exceptions : l’étendue de la garantie complétée par la volonté hypothétique du garant. La doctrine et la jurisprudence ont toutefois entendu rompre avec une telle rigueur. Bien que la notion de sûreté soit indissociable des notions d’anticipation et de prévision des risques⁵⁰⁰, il est apparu que les parties ne pouvaient raisonnablement tout prévoir en avance. De ce constat, il a fallu admettre la possibilité pour le juge de pallier au silence des contractants en complétant leur accord. Ce procédé, qui correspond bien à celui d’intensification du contenu contractuel, a trouvé sa place en matière de garantie. Telle est d’ailleurs l’analyse portée par M. Westendorf. L’auteur, qui se questionne sur les hypothèses de transfert de sûretés, invite à se référer à la convention conclue entre les parties. Il poursuit en indiquant que lorsque le transfert n’a pas été organisé par les parties, le critère à retenir est celui de l’attente légitime du créancier⁵⁰¹. Autrement dit, il appelle à rechercher la « volonté

⁴⁹⁶ Piette (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Cautionnement », juin 2016, n°131.

⁴⁹⁷ La numérotation a été modifiée par l’ordonnance du 15 septembre 2021. L’article 2294 CCiv. reprend la règle qui était énoncée à l’article 2292 CCiv..

⁴⁹⁸ Il s’agit d’une application de l’article 1190 CCiv., issu de l’ordonnance du 10 février 2016 et qui dispose que « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s’interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d’adhésion contre celui qui l’a proposé* »

⁴⁹⁹ Cass., Civ.1^{ère}, 9 mai 1962, *Bull. civ. I*, n°238 ; *J.C.P. G* 1962, IV, 85 ; *Banque* 1962, p.549 ; Cass., Com., 19 nov. 1962, *Bull. civ. III*, n°462 ; *D.1963*, somm., p.63 ; Cass., Com., 29 janv. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 48 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 15 déc. 1993, *Bull. civ. I*, n°366 ; *J.C.P. G.1994*, IV, p.465 ; Cass., Com., 3 nov. 2010, n°09-72.539 ; CA Amiens, 31 oct. 1974, *D.1975*, somm., p.17 ; *Gaz. Pal.* 1975, 1, p.321 ; CA Metz, 8 nov. 1978, IV, p.278 ; *R.T.D. com.* 1979, p. 300, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ; CA Besançon, 1^{er} juil. 1981, *J.C.P. G* 1982, IV, 362 ; *J.C.P. E* 1984, II, 14152 ; CA Aix-en-Provence, 16 mai 2012, n°2012/235.

⁵⁰⁰ Lecuyer (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. Terré* 1999, Dalloz-PUF-Litec, p.643. L’idée selon laquelle le contrat serait un instrument social ayant vocation à s’inscrire dans la durée est régulièrement reprise en doctrine. V. Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., PUF, 2013, p.437, n°14 : « *Il se trouve des contrats qui servent davantage la construction d’une structure collective et sociale durable* ».

⁵⁰¹ Jean-Baptiste (W.), *L’espérance légitime*, Institut universitaire de Varenne, th., 2011, p.13, n°12 : « *L’espace juridique est de plus en plus ou de moins en moins rétif à accueillir des concepts et autres termes que l’on pouvait croire à rester confiner au monde du ressenti. Croyance, confiance, espérance, expectative, attentes, pour ne retenir que des termes de la langue française, ont envahi la sphère juridique* ». L’auteur démontre que la notion d’espérance légitime ou expectative légitime trouve son origine dans le droit public. Pour autant, cette notion tend à gagner d’autres branches du droit. *Adde* : Bondon (M.-S.), Dagory (A.) et Pauls (A.), « La notion

hypothétique » des parties, c'est-à-dire, celle qui aurait été la leur si elles avaient connaissance de la difficulté survenue postérieurement⁵⁰². Bien qu'elle ne soit jamais nommée comme telle, cette proposition se rapproche incontestablement du phénomène d'intensification du contenu du contrat. En effet, il est question de rechercher, notamment par le biais de l'équité, ce que les parties auraient voulu si au moment de leur accord elles avaient eu conscience de la difficulté qui se présente postérieurement. La volonté hypothétique des parties constitue donc un critère satisfaisant pour pallier les silences de l'accord contractuel. Comme l'a très bien démontré M. Westendorf, celle-ci a été mobilisée dans le cadre de la question du transfert de la sûreté. En est-il de même quand il s'agit de déterminer l'étendue de la garantie ? Sur ce point, la Cour de cassation a renouvelé ces méthodes d'interprétation des conventions et y a intégré la prise en compte des intentions réelles des parties. Elle a ainsi admis d'étendre le champ des garanties à ce qui n'a pas été prévu par les parties ou l'a été de manière approximative⁵⁰³. C'est notamment le cas dans le domaine de l'anéantissement contractuel : les juges ont également opéré une percée des garanties en considérant que celles-ci couvrent non seulement le contrat initial mais aussi les dommages et intérêts dus en raison de l'inexécution de celui-ci⁵⁰⁴. Par analogie, il apparaît logique d'affirmer que la couverture des restitutions participe de ce même mouvement. Les éléments qui se trouvent dans le spectre du contrat garanti peuvent être considérés comme entrant dans la couverture de la sûreté car il apparaît logique que si les parties les avaient identifiés lors de la conclusion du contrat, elles les auraient intégrés dans la garantie. La garantie des restitutions semble pouvoir être considérée comme implicitement voulue par les parties lors de la conclusion de leur convention. Cela est d'autant plus vrai qu'*in fine*, il n'est pas question d'augmenter la charge supportée par le garant. Comme l'exprime avec justesse la professeure Cottet, dans le cadre de l'article 1352-9 du Code civil, « *la caution serait certes tenue d'une obligation différente de celle pour laquelle elle s'est engagée, mais pas d'une obligation supplémentaire* »⁵⁰⁵. Cette précision supplémentaire afflue dans le sens de notre argumentation. Elle confirme ainsi que les prévisibilités faites par le garant ne sont que peu perturbées par la règle du report de sûreté.

179. L'analyse précédemment menée nous permet de conclure à l'absence d'aggravation du sort du donneur de sûreté du fait de la garantie des restitutions. Il apparaît logique d'estimer que lors de la conclusion du contrat de sûreté, les parties pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les suites de l'anéantissement du contrat, dont les restitutions, soient couvertes dès l'origine. Par ailleurs, outre le fait que la garantie des restitutions était prévisible, le donneur de sûreté ne se trouve pas dans une situation démunie puisqu'un certain nombre de protections lui sont reconnues.

d'attente légitime des parties », *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1^{ère} Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier*, Université de Montpellier, 2015, p. 265.

⁵⁰² Westendorf (H.), th. préc., p.385 s., n°528 s.

⁵⁰³ Simler (P.), « Cautionnement – Etendue », *J.-Cl. Civil*, fasc. 30, 1^{er} déc. 2019, n°7.

⁵⁰⁴ Cass., Req., 8 mai 1881, *S.1892*. 1. 150. Torck (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », *L.P.A.*, 2004, p.25.

⁵⁰⁵ Cottet (M.), th. préc., p.414, n°475.

§2. Les protections accordées au donneur de garantie en phase de restitution

180. Il s’agit de lister les protections traditionnellement reconnues aux garants et de vérifier leurs applicabilités en phase de restitution. Nous arriverons à la conclusion que la proposition formulée par un auteur, consistant en la création d’une nouvelle obligation d’information, dont le but serait d’attirer l’attention du garant sur la couverture des éventuelles restitutions doit être rejetée (A). Toutefois, cette exclusion se justifie par des raisons indépendantes du contexte restitutoire. A l’inverse, d’autres mécanismes de protection se maintiennent et sont amenés à jouer un rôle important dans le cadre de l’application de l’article 1352-9 du Code civil (B).

A. *La mise en place d’une nouvelle obligation d’information : la protection exclue*

181. Position du problème. Lors de la conclusion du contrat de sûreté, le garant s’est vraisemblablement engagé sans avoir à l’esprit l’hypothèse d’un échec contractuel. Bien que la situation post-contractuelle commence à susciter l’intérêt des praticiens, beaucoup n’anticipent pas suffisamment cette étape. Ainsi, la possibilité de garantir les restitutions n’est souvent pas considérée lors de la mise en place de la garantie. Dès lors, nous pouvons raisonnablement nous interroger sur la pertinence d’attirer l’attention du donneur de garantie sur les risques d’échec contractuel et sur les conséquences de celui-ci sur son engagement. Cette question apparaît d’autant plus pertinente que la Cour de cassation n’a pas hésité à engager la responsabilité contractuelle d’un assureur, au motif qu’il n’avait pas suffisamment attiré l’attention de son client sur les risques d’annulation du projet assuré⁵⁰⁶. Cette décision nous renseigne donc sur le fait que les juges sont particulièrement sensibles aux hypothèses d’échec contractuel et semblent encourager les professionnels à les anticiper davantage. Concernant plus particulièrement notre objet d’étude, cette question n’est pas restée inaperçue. L’un des commentateurs du premier arrêt rendu à la matière avait soulevé le problème de la compatibilité de cette solution avec le devoir d’information du créancier à l’égard de la caution. De manière plus concrète, la réflexion portait sur l’articulation entre les obligations d’information et le devoir de conseil mis à la charge du créancier et la couverture des restitutions, difficilement anticipable lors de la conclusion du contrat de sûreté. Bien

⁵⁰⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *L.P.A. 2014*, obs. M. Mignot ; *D.2015*, p.246, obs. D. Mainguy ; *D.2015*, p.242, note A.-S. Epstein ; *J.A.C. 2014*, n°19, p.12, obs. P. Noual ; *D.2015*, p.529, note S. Amrani-Mekki ; *R.T.D. civ. 2015*, p.121, obs. H. Barbier ; *R.T.D. civ. 2015*, p.102, note J. Hauser ; *RD. banc. fin. 2015*, obs. J. Djoudi ; *C.C.C. 2015*, obs. L. Leveneur ; *J.C.P. G. 2014*, p.1170, note G. Loiseau.

qu'ayant relevé cette difficulté, il n'en apporte pour autant aucune réponse⁵⁰⁷. Par ailleurs, les autres auteurs sont restés muets sur ces questionnements. Tentons donc d'apporter quelques éclaircissements en nous demandant s'il apparaît nécessaire d'imposer une obligation d'information au titre de laquelle le créancier serait conduit à avertir le donneur de garantie de la couverture potentielle d'obligation de restitution ?

182. Les raisons de l'exclusion. Si l'introduction d'une nouvelle obligation d'information semble satisfaisante au regard du but recherché – assurer la protection du donneur de sûreté – elle doit toutefois être rejetée pour au moins trois raisons. Le premier argument tient à la **cohérence du discours juridique**⁵⁰⁸. En effet, affirmer que la couverture de l'obligation de restitution entre dans les prévisions des parties, et reconnaître la nécessité de mettre en place une obligation d'information à destination du débiteur fait montre d'un certain esprit de contradiction. Soit l'extension de la garantie s'avère implicitement évidente pour les parties, et dans ce cas aucune obligation d'information n'est nécessaire. Soit à l'inverse le garant n'était pas en mesure d'anticiper une telle garantie. Dans cette hypothèse, une obligation d'information mise à la charge du créancier pour l'informer de l'étendu de son engagement prendrait tout son sens. Cependant, les développements précédemment menés aux termes, desquels nous avons conclu que la couverture des restitutions n'était qu'une conséquence logique de la garantie initiale, ne tiendraient plus. Autrement dit, nous ne pouvons pas affirmer, d'une part, que le report de la sûreté s'impose avec évidence et, d'autre part, mettre à la charge du créancier une obligation d'information pour que le garant prenne la mesure de l'étendue de son engagement quant à la phase post-contractuelle. Les deux termes de cette proposition semblent nécessairement contradictoires. Nous avons estimé que la couverture des restitutions procédait de la logique juridique et devait se déduire naturellement de l'engagement initial. De ce fait, imposer une obligation de restitution au créancier nous apparaît inutile.

183. Un second argument ayant trait à **l'impératif de simplification du droit** mérite d'être relevé. Le droit des sûretés est d'ores et déjà parasité par plusieurs obligations d'information mises à la charge du créancier, dont les champs d'application tendent à se recouper⁵⁰⁹. De manière générale, ce sont les protections accordées aux donneurs de garantie qui tendent à se regrouper. Pour comprendre ce phénomène prenons un exemple concret. L'hypothèse qui présente le plus de danger pour le garant serait celle où sa dette restitutive se trouve alourdie par des frais accessoires. Imaginons une cession de droits sociaux, garantie par un cautionnement, qui viendrait à être annulée. Suite à l'anéantissement de cette opération, il apparaît que l'acquéreur des titres était de mauvaise foi. En vertu de l'article 1352-7 du Code civil, ce dernier devrait restituer tant le bien acquis que les fruits qu'il a perçus à compter du paiement⁵¹⁰. Dans cette hypothèse, la dette restitutive peut considérablement augmenter, aggravant ainsi le sort du garant. Or, cet accroissement de la garantie, souvent imperceptible

⁵⁰⁷ Contamine-Raynaud (M.), Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n°357, *D.*1983, p.527.

⁵⁰⁸ Houtcieff (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th. Paris XI, 2001.

⁵⁰⁹ Bourassin (M.), th. préc., 2006, p.295, n°548 ; Séjean (M.), *La bilatéralisation du cautionnement – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, *Bibl. dr. privé*, T.DXXVIII, L.G.D.J., 2011, préf. D. Houtcieff, p.135, n°129.

⁵¹⁰ Pour un cas en jurisprudence assez proche de cet exemple, V. : Cass., Com., 14 mai 2013, n°12-17.637.

pour le donneur de garantie lors de la prise de son engagement, constitue un risque majeur de surendettement. Toutefois, dans ce cas, le plafonnement du donneur de garantie, sur lequel nous reviendrons, permet une protection suffisante. L’obligation d’information apparaîtrait alors superficielle. Si nous résumons les hypothèses qui peuvent se présenter, nous aboutissons à deux situations bien distinctes : soit, l’opération ne présente pas de risque en tant que telle – car la dette restitutoire ne se trouve pas alourdie – alors l’obligation d’information ne semble inutile au vu des développements précédents. L’affirmation d’une telle obligation entraine en contradiction avec le caractère prévisible de la garantie des restitutions, précédemment mis en lumière. Soit, l’opération présente un risque car un certain nombre d’accessoires pourraient venir augmenter son montant. Dans ce cas, l’obligation d’information apparaît redondante car l’exigence de plafonnement de la garantie en matière de sûreté personnelle et le principe de spécialité en matière de sûreté réelle suffisent à dépasser cette difficulté.

184. Enfin, dans un **souci d’efficacité**, mis en avant par les réformes actuelles, il semble inopportun de consacrer une nouvelle obligation d’information. En effet, ces contraintes pesant sur le créancier sont de nature à dissuader l’octroi de crédit, et sur le plan international, à choisir le droit français comme cadre juridique aux opérations prévues.

B. Les protections du donneur de garanties admises

185. Deux protections reconnues au garant peuvent s’appliquer dans le cadre de la règle du report de sûreté. La première est inscrite au sein même de l’article 1352-9 du Code civil. Il s’agit du maintien du terme de l’obligation principale en faveur de la caution (1). La seconde impose de limiter l’engagement du donneur de garantie. Cette dernière trouve tout son sens dans le contexte restitutoire qui peut entraîner une augmentation drastique des engagements du garant (2).

1) Le maintien du terme de l’obligation principale en faveur de la caution

186. Le sens de l’article 1352-9 du Code civil. La règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution, telle qu’issue de l’ordonnance du 10 février 2016, prévoit que la caution ne peut être privée du bénéfice du terme. Pour comprendre la portée de cette précision, il convient de revenir sur la jurisprudence antérieure rendue en matière de garantie des restitutions par la sûreté initiale. Les faits d’espèce étaient les suivants : un contrat de prêt, dont l’exécution était échelonnée sous la forme de mensualité, permettant au débiteur principal de retarder l’exigibilité totale de sa dette. Or, en vertu du principe de l’accessoire, la date d’exigibilité du cautionnement est « *calquée sur celle de la dette principale* »⁵¹¹, de sorte que cette modalité de l’obligation profite également à la caution⁵¹². Cependant, du fait de la

⁵¹¹ Piedelièvre (S.), *Droit des sûretés*, 2^{ème} éd., 2015, Ellipses, n°123. Il est admis que les parties peuvent déroger à cette synchronisation de la dette du débiteur principal et de celle de la caution. Cependant, de telle stipulation restent rares en pratique et présentent un intérêt mineur pour les créanciers. V. : Piette (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° Cautionnement, n°159.

⁵¹² Cass., Com., 19 fév. 1979, n°77-13.340, *Bull. civ. IV*, n°65.

rétroactivité attachée à l’anéantissement du contrat, cette modalité conventionnellement stipulée n’était pas reportée sur l’obligation de restitution. Cette dernière se trouvait donc exigible immédiatement tant par le débiteur principal que par la caution. Cette difficulté n’avait pas échappé à certains auteurs, à l’instar de Mouly et du professeur Delebecque, qui dénonçaient le fait qu’en phase restitutoire, la caution devrait les sommes immédiatement et non de manière échelonnée⁵¹³. Cette exigibilité immédiate des sommes à l’égard du garant avait d’autant plus émue la doctrine qu’elle paraissait injustifiée au regard de la jurisprudence rendue en matière de déchéance du terme⁵¹⁴. Les juges reconnaissent traditionnellement que la déchéance du terme prononcé à l’encontre du débiteur principal n’est pas opposable à la caution. Celle-ci peut donc se prévaloir du terme initialement stipulé entre les parties⁵¹⁵ sauf dans l’hypothèse où une clause contraire aurait été prévue dans le contrat de sûreté⁵¹⁶. Cette solution se justifie par le principe de prévisibilité contractuelle, aux termes duquel la déchéance du terme étant difficilement concevable pour la caution, elle ne peut donc lui être opposée⁵¹⁷. D’autres auteurs ont fondé ce courant jurisprudentiel sur la fonction de la déchéance du terme : bien souvent, celle-ci intervient à titre de sanction du débiteur principal négligent, de sorte qu’il ne serait pas juste de l’opposer à la caution irréprochable⁵¹⁸. Quelle que soit l’explication retenue, ces dernières sont difficilement convaincantes quand il s’agit de valider l’inopposabilité de la déchéance du terme résultant de l’anéantissement contractuel à l’égard de la caution. En effet, la déchéance du terme en matière de restitution n’est pas forcément imputable à la défaillance du débiteur principal. A titre d’illustration, prenons un contrat de vente portant sur un bien et l’exigibilité du paiement est échelonné. Si ce dernier vient à être annulé pour vice du consentement du vendeur, les sommes deviennent immédiatement exigibles sans que cela ne résulte d’une défaillance du débiteur principal. Cette conséquence n’est que la stricte application de la rétroactivité de l’anéantissement contractuel qui efface toutes les modalités qui avaient été stipulées. De même, l’argument de prévisibilité semble être tombé en désuétude. En effet, la clause permettant au créancier de rendre opposable à la caution la déchéance du terme de l’obligation principale, est devenue de

⁵¹³ Delebecque (P.) et Mouly (C.), Cass., Com, 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n°357, p.301, *JCP G* 1984. II. 20216.

⁵¹⁴ Crocq (P.), « L’hypothèque survit à l’annulation du contrat de prêt qu’elle garantit », *R.T.D. civ.* 2009, p.148, obs. Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ.* I, n°167 ; Chantepie (G.) et Latina (M.), *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n°1079, p.972, Crocq (P.), « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *R.L.D.C.* 2005, p.27.

⁵¹⁵ Cass., 1^{ère} Civ., 20 déc. 1976, n°75-12.439, *Bull. civ. I*, n°415 ; *D.*1977. IR 148 ; *J.C.P.* 1977. II. 18611, concl. Gulphe ; *Deffrénois* 1977. 921, obs. J.-L. Aubert ; Cass., Com., 5 oct. 1983 : *Bull. civ.* IV, n°254, p.220, n°82-10.351 ; CA Paris 26 nov. 1981, *R.J. com.* 1982, p.105, note C. M. ; Com. 26 oct. 1999, n°96-14.123, *Bull. civ. IV*, n°183 ; Cass., Com. 8 mars 1994, n°92-11.854, *Bull. civ. IV*, n°96 ; *D.*1994, p.557, note E. Bazin ; *J.C.P. G.* 1994. I. 3781, n°7 s., obs. M. Billiau ; *J.C.P. G.* 1994. I. 3799, n°8, obs. M. Cabrillac ; *R.T.D. com.* 1995, p.204, obs. A. Martin-Serf.

⁵¹⁶ La validité d’une telle clause a été affirmée en jurisprudence : Cass., 1^{ère} Civ., 8 fév. 1977, *J.C.P. G.* 1979. II. 19095, note A. Jacquemont.

⁵¹⁷ Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Pétel (P.), *ouvr. préc.*, p.178, n°247.

⁵¹⁸ Piette (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Cautionnement », n°159.

style au sein des contrats de sûretés⁵¹⁹. Ainsi, l’engagement de la caution intègre la possibilité d’être directement poursuivie à la suite de la déchéance du terme de l’obligation principale⁵²⁰. La portée de l’argument de prévisibilité est donc réduite à une peau de chagrin. Au vu de ces éléments, force est d’admettre que le maintien du terme en phase restitutoire ne se justifie que par une politique de faveur à l’égard des garants. De par la pression de la doctrine et dans le but d’éviter des solutions hasardeuses⁵²¹, le législateur opte clairement pour une règle de clémence envers les garants.

187. La portée de l’article 1352-9 du Code civil quant à la sûreté. Il a été établi que le maintien du terme initial en phase restitutoire avait une vocation exclusivement protectrice du garant. Pour autant, celle-ci se trouve limitée par la rédaction restrictive de l’article 1352-9 du Code civil. Alors que les dispositions sur les restitutions se veulent générales, la conservation du bénéfice du terme n’est prévue qu’à l’égard de la caution. Si de telles préoccupations n’ont pas lieu d’être en matière de sûreté réelle, elles retrouvent tout leur sens dans les hypothèses d’affectation d’un bien en garantie de la dette d’autrui, plus communément appelées cautionnement réel⁵²². L’inopposabilité de la déchéance du terme en phase de restitution trouve-t-elle également à s’appliquer à ce type d’engagement ? La réponse à cette question dépend de l’analyse qui est faite de la sûreté réelle pour autrui⁵²³. Qu’est ce qui prévaut dans cette hypothèse, est-ce l’engagement personnel du débiteur ou l’affectation réelle qu’il réalise ? Il est admis depuis un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 2 décembre 2005 que la sûreté réelle pour autrui n’est pas un cautionnement⁵²⁴. C’est d’ailleurs la position qui a été reprise par l’ordonnance du 15 septembre 2021 puisque le cautionnement réel se trouve traité à l’article 2325, au titre des sûretés réelles⁵²⁵. Au-delà de leur nature

⁵¹⁹ Martin-Serf (A.), « Cautionnement. Liquidation judiciaire, déchéance du terme, opposabilité à la caution (non). Possibilité de clause contraire (oui) », *R.T.D. com.* 1995, p.204, obs. sous Cass., Com. 8 mars 1994, n°92-11.854, *Bull. civ. IV*, n°96.

⁵²⁰ Une limite persiste toutefois et tient à la bonne foi du créancier. V. : Bouteiller (P.), « La faute du banquier et les moyens de défense de la caution poursuivie », *J.C.P. E.* 2008, p.1495, n°4. L’auteur évoque le cas où la caution pourrait demander la nullité de son engagement pour dol lorsque le créancier sait que la situation du débiteur est déjà largement comprise et, qu’après la conclusion du contrat de cautionnement, il prononce la déchéance du terme pour rendre la dette de la caution immédiatement exigible. Pour un exemple jurisprudentiel en ce sens, V. : CA Aix-en-Provence, 28 mai 2004 : *JurisData* n°2004-243996.

⁵²¹ En ce sens la proposition consistant à réduire le prêt nul en une reconnaissance de dette, ce qui aurait permis d’appliquer les stipulations organisant les modalités de remboursement. V. : Gavalda (C.) et Stoufflet (J.), *Trib. inst. Laval*, 28 mars 1977, *J.C.P. 1979*, I, 2965, n°63.

⁵²² Ansault (J.-J.), *Le cautionnement réel*, Doctorat et Notariat, 2009. L’auteur définit le cautionnement réel de la façon suivante : « *Son premier terme cautionnement renvoie à une opération de garantie de la dette d’autrui, et l’attribut réel, second terme qui lui est accolé, associe à cette garantie la présence d’un droit réel* » (p.2).

⁵²³ Aynès (A.), « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Économica, 2009, p.1.

⁵²⁴ Cass., Mix., 2 déc. 2005, n°03-18.210, *D.2006*, p.729, concl. J. Sainte-Rose ; *D.2006*, p.61, obs. V. Avena-Robardet ; *D.2006*, p.1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *R.T.D. civ.* 2006, 357, obs. B. Vareille ; *R.T.D. civ.* 2006, p.594, obs. P. Crocq ; *R.T.D. com.* 2006, p.465, obs. D. Legeais ; *J.C.P. G.* 2005, II, 10183, note P. Simler ; *J.C.P. E.* 2006, 1056, note S. Piedelièvre ; *L.P.A.* 2006, n°86, p.8, obs. N. Mouligner ; *D.2006*, p.733, obs. L. Aynès.

⁵²⁵ Rapport remis au président de la République sur l’ordonnance du 15 septembre 2021 : « *La nature de sûreté réelle de cette figure est ainsi réaffirmée conformément à la jurisprudence actuelle et dans un souci de sécurité*

différente, ces deux formes de garantie ont un régime distinct dont la jurisprudence en a dépeint toutes les subtilités⁵²⁶. Cette discordance de régime se retrouve notamment en matière de déchéance du terme. Alors que la caution peut s’en prévaloir, la jurisprudence dénie, au constituant d’une sûreté réelle pour autrui, une telle faculté⁵²⁷. De par ces éléments, il serait donc tentant de conclure à l’inapplicabilité à la sûreté réelle pour autrui de l’avantage énoncé à l’article 1352-9 du Code civil. Une telle conclusion semble hâtive au vu des nouvelles dispositions issues de l’ordonnance du 15 septembre 2021. En effet, cette dernière rapproche le cautionnement de la sûreté réelle pour autrui pour ce qui est relatif aux règles en soumettant cette dernière aux règles protectrices de la sûreté personnelle. Le rapport remis au président de la République énonce ainsi que « *en rupture avec le droit antérieur, cette sûreté se voit appliquer un certain nombre de règles protectrices de la caution* »⁵²⁸. Bien que l’article 1352-9 du Code civil ne soit pas expressément visé, l’ordonnance s’inscrit en contradiction avec la logique de la jurisprudence antérieure, qui traçait une ligne de démarcation ferme entre les deux institutions⁵²⁹. Dès lors, ce changement de paradigme nous invite à revoir la conclusion qui a été faite. L’ordonnance s’inscrit dans la volonté d’assurer une certaine proximité entre ces deux garanties en ce qui concerne le régime de protection, dont l’article 1352-9 du Code civil fait partie. Cela doit naturellement nous amener à considérer que l’inopposabilité de la déchéance du terme issue de l’anéantissement du contrat doit s’appliquer au constituant d’une sûreté réelle pour autrui.

188. La portée de l’article 1352-9 du Code civil quant à la modalité de l’obligation. La rédaction de l’article 1352-9 du Code civil n’est pas seulement restrictive à l’égard de la sûreté mise en jeu ; elle l’est également en ce qui concerne la modalité de l’obligation. Cette disposition ne vise que la possibilité de se prévaloir du terme initial. Cette limite a été relevée par Mme Pellet qui souligne son étonnement face au fait que la caution ne soit autorisée à se prévaloir que du terme de l’obligation initiale et non des autres modalités⁵³⁰. Si cette proposition apparaît séduisante, sa mise en œuvre pratique fait preuve de plus de difficultés. L’ordonnance du 10 février 2016 a consacré trois types de modalités de l’obligation : le

juridique ». Adde : Pellet (J.-D.), « La réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 1) : le cautionnement (dispositions générales) », *D. actu. 20 septembre 2021*.

⁵²⁶ Cass., Com., 25 nov. 2020, n°19-11.525, *D.2021*, p.555, note D. Robine ; *D.2021*, p.532, obs. R. Dammann et Keyvan Malavielle ; *R.T.D. civ. 2021*, p.183, obs. C. Gijbers ; *R.T.D. com. 2021*, p.194, obs. A. Martin-Serf ; Cass., Com. 17 juin 2020, n°19-13.153, *D.2020*, p.1857, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnoli ; *D.2020*, p.1917, obs. J.-J. Ansault et C. Gijbers ; *R.T.D. civ. 2020*, p.671, obs. C. Gijbers ; *R.T.D. com. 2020*, p.951, obs. A. Martin-Serf.

⁵²⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n°97-15.378, *Bull. civ. I*, n°144, *D.2000*, p.302 s., note V. Bonnet ; *R.T.D. civ. 1999*, p.880 s., obs. P. Crocq ; *Banque et droit*, n°66, juil.-août 1999, 37 s., obs. F. Jacob ; *Defrénois*, 2000, art. 37202, p.831 s., obs. S. Piedelièvre ; *J.C.P. G 1999*, I. 156, n°5, obs. P. Simler ; *R.D.I. 1999*, p.450 s., obs. P. Théry.

⁵²⁸ Rapport remis au président de la République relatif à l’ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Consultable en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044044298>

⁵²⁹ Cass., Civ. 3^{ème}, 12 avr. 2018, n°17-17.542, *D.2018*, p.1540, note A. Gouezel ; *D.2018*, p.1884, obs. P. Crocq ; *R.D.I. 2018*, p.385, obs. H. Heugas-Derraspen ; *AJ. contrat 2018*, p.241, obs. D. Houtcieff ; *R.T.D. civ. 2018*, p.461, obs. P. Crocq ; *R.T.D. com. 2018*, p.773, obs. A. Martin-Serf.

⁵³⁰ Pellet (S.), « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *J.C.P. G 2016*, n°24, p.676.

terme, la condition et l’obligation plurale. La question du terme étant soldée, attachons-nous à rechercher la possibilité et l’intérêt pour le garant de pouvoir se prévaloir des deux autres modalités prévues. En matière de condition, il convient de distinguer en fonction du moment où l’anéantissement du contrat se réalise. Les analyses seront différentes selon que le contrat est remis en cause lorsque la condition est pendante ou réalisée. Dans le premier cas, le lien contractuel existe mais il est inefficace⁵³¹. Cela se traduit concrètement par l’impossibilité de réaliser des actes d’exécution, de sorte que l’anéantissement du contrat n’entraîne pas de restitution⁵³². Dans le second cas, la réalisation de la condition aboutit à une situation irrévocable⁵³³. La remise en cause du contrat postérieurement à la survenance de l’événement conditionnel ne revient pas sur le renversement des circonstances opérées. Dès lors, le maintien de la condition en phase de restitution s’avère illusoire et inutile. Un constat similaire s’impose en matière d’obligation plurale. Que l’obligation garantie soit alternative, cumulative ou facultative, le garant sera toujours soumis à une obligation monétaire et il ne pourra se libérer que par le paiement d’une somme d’argent. Ces modalités de l’obligation sont donc sans influence sur l’engagement du garant. Cette analyse nous conduit à la conclusion que l’article 1352-9 du Code civil ne s’est limité qu’au maintien du terme en phase restitutoire puisque les autres modalités de l’obligation ne sont pas transposables à l’hypothèse de restitution ou ne présente aucune utilité pour le garant.

189. Dès lors, comme cela est prévu à l’article 1352-9 du Code civil, la caution peut opposer au créancier le bénéfice du terme de l’obligation initiale en phase de restitution. Cette garantie, expressément visée par la nouvelle disposition du Code civil, se double d’une protection traditionnellement reconnue en droit des sûretés consistant à assurer une certaine limite de l’engagement du donneur de sûreté.

2) *La limitation de l’engagement du donneur de garantie*

190. L’importance de la question au regard du contexte restitutoire. La question de la portée de l’engagement du donneur de sûreté présente tout son intérêt en phase de restitution. En effet, lors de l’engagement de ce dernier, la dette initiale peut être calculée de façon plus ou moins certaine. Cela permet d’avoir une rapide estimation de ce qui pourrait être supporté par le garant⁵³⁴. En revanche, en phase de restitution, une telle prévisibilité est difficilement envisageable en raison de la restitution des accessoires qui peut venir gonfler le montant des sommes dues. Ainsi, comme l’a souligné un auteur le montant des restitutions peut venir à dépasser considérablement celui de la dette initiale⁵³⁵. Les nouvelles dispositions sur les restitutions n’ont pas apporté de réponse satisfaisante à ces préoccupations. La jurisprudence

⁵³¹ Latina (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, Bibl. dr. privé, T. DV, 2009, p.319, n°417.

⁵³² Puisqu’il n’y a pas eu de flux initial, il ne peut y avoir de reflux.

⁵³³ Latina (M.), th. préc., p.415 s., n°544 s.

⁵³⁴ Ce que doit supporter le garant peut être temporaire ou définitive en cas d’insolvabilité du débiteur principal qui rendrait le recours subrogatoire illusoire.

⁵³⁵ Mercoli (S.), « Les accessoires de la restitution ou la recherche d’un improbable retour à l’équilibre », *L.P.A.* 2016, n°175-176, p.7.

antérieure avait fait preuve d’une volonté de limiter les restitutions qui auraient un coût excessif⁵³⁶. Dans la célèbre « affaires des cuves »⁵³⁷, les juges avaient pris le parti de faire primer les règles du droit de la concurrence sur les stipulations contractuelles. Il s’agissait en l’occurrence d’un contrat de fourniture de pétrole, où des cuves avaient été mises à disposition du distributeur et la convention prévoyait une restitution en nature de celles-ci. Suite à l’anéantissement du contrat, le Conseil de la concurrence a considéré qu’une telle clause était nulle au motif qu’elle portait atteinte au jeu de la libre concurrence. La conséquence de cette décision en a été simple : la restitution en valeur du matériel a été substituée à sa restitution en nature dont le coût aurait été manifestement disproportionné pour le restituant. Cette volonté de limiter la restitution en nature en raison de son coût excessif n’a manifestement pas été reprise par l’ordonnance du 10 février 2016. La pérennité de cette solution est donc source d’interrogation⁵³⁸. Dans ce contexte peu favorable à la prise en compte du coût des restitutions pour le restituant, la question du montant de celle-ci se pose avec acuité. Si elle concerne principalement la partie au contrat anéanti, elle rebondit automatiquement sur le sort du donneur de garantie.

191. La réponse du droit des sûretés. Si les nouvelles dispositions sur les restitutions peinent à apporter une certaine protection au donneur de garantie – et accessoirement au débiteur principal – le droit des sûretés présentent les outils nécessaires pour répondre à ces préoccupations. En matière de sûretés personnelles, il est tout d’abord acté que le cautionnement doit être limité quant à son montant dans un certain nombre de situations⁵³⁹. L’article L.331-1 du Code de la consommation impose ainsi au garant la rédaction d’une mention manuscrite précisant le montant maximal de l’engagement. Dès lors, comme le relève la pratique, les cautionnements omnibus sont devenus l’exception⁵⁴⁰. De même, il est prévu que la garantie autonome ait un montant qui lui soit propre, détachée de celui de l’obligation principale couverte de sorte qu’il peut lui être supérieur mais également inférieur. En matière de sûretés réelles, des gardes fous similaires existent par le biais du principe de spécialité⁵⁴¹. En vertu de ce dernier, l’acte de sûreté doit faire figurer une somme déterminée matérialisant l’engagement du constituant. Ces éléments sont des garanties classiques du droit des sûretés qui permettent au garant de voir son engagement circonscrit à un certain montant. Bien qu’il s’agisse de protections connues, celles-ci méritent leur place dans notre étude car elles prennent tout leur relief, compte tenu du risque accru d’augmentation de la dette garantie en phase restitutoire.

192. Synthèse. Il a été démontré que la couverture des restitutions par le garant initial ne constituait pas une aggravation de son sort et cela pour deux raisons majeures. D’une part, une telle garantie était prévisible lors de l’engagement du donneur de sûreté. D’autre part, une

⁵³⁶ Mousseron (J.-M.) (ss. dir.), *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 2010, p.581, n°1455.

⁵³⁷ CA Paris, 5 mai 1988, BOCC 11 mai 1988 ; Cass., Com., 18 fév 1992, *Bull. civ. IV*, n°78, *D.1992*, somm. p.396, obs. D. Ferrier ; Cass., Com., 18 mai 1992, *D.1993*, p.57, obs. C. Hannoun.

⁵³⁸ Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y-M), *ouvr. préc.*, p.923.

⁵³⁹ Com (V.D.), *L’étendue du cautionnement*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre.

⁵⁴⁰ Bourassin (M.), *th. préc.*, p.172, n°339 ; Mouly (C.), « abus de caution », *Rev. Jurisp. spéciale février 1982*.

⁵⁴¹ *Cf. infra* n° 320 s.

telle extension de la garantie n’est pas incompatible avec les règles de protection traditionnellement reconnues au donneur de sûreté.

193. Conclusion du chapitre. La généralisation du report de la sûreté sur l’obligation de restitution trouve son fondement dans une politique juridique souhaitant rendre le droit des sûretés équilibré au regard des deux parties au contrat. D’un côté, il convient d’assurer une certaine efficacité aux garanties en renforçant la position du bénéficiaire de celle-ci. Tel est exactement l’objectif de l’article 1352-9 du Code civil qui permet de couvrir le créancier au-delà de ce qui a pu être stipulé. Une telle possibilité tend à restaurer la confiance des bénéficiaires de la sûreté. D’un autre côté, le droit des sûretés ne peut faire fi de la situation du garant. L’équilibre souhaité impose une protection de ce dernier. Cela se retrouve dans l’article 1352-9 du Code civil, puisque la garantie des restitutions est non seulement prévisible pour le garant, mais ce dernier bénéficie également de plusieurs moyens de défense adaptés au contexte restitutoire. Si l’analyse politique du report des sûretés constitue une grille de lecture satisfaisante de notre objet d’étude. Pour autant, elle ne peut se faire au mépris du respect des techniques juridiques.

CHAPITRE 2

LE REPORT DE SÛRETÉ ET LES PRINCIPES JURIDIQUES GÉNÉRAUX

« Loi zéro : un robot ne peut pas porter atteinte à l’humanité, ni, par son inaction, permettre que l’humanité soit exposée au danger ;
première Loi : un robot ne peut porter atteinte à un être humain, ni, restant passif, permettre qu’un être humain soit exposé au danger sauf contradiction avec la Loi Zéro ;
deuxième Loi : Un robot doit obéir aux ordres que lui donne un être humain, sauf si de tels ordres entrent en conflit avec la Première Loi ou la Loi Zéro ;
troisième Loi : Un robot doit protéger son existence tant que cette protection n’entre pas en conflit avec la Première ou la Deuxième Loi ou la Loi Zéro »⁵⁴²

194. Définition de la technique juridique : le respect des principes fondamentaux.

Nous aurons ici, reconnu les fameuses lois de la robotique édictées par Isaac Asimov dans son cycle sur les robots. D’abord simple œuvre de science-fiction, ces lois semblent progressivement avoir muté en un véritable guide juridique dans le domaine de la réglementation de la robotique. En effet, dès le 17 février 2017, le Parlement Européen faisait expressément référence à ces lois dans son rapport portant sur l’établissement d’un cadre législatif au niveau européen, régissant le domaine de la robotique et de l’intelligence artificielle⁵⁴³. Une démarche similaire a été adoptée en droit interne où le Conseil d’Etat, dans un rapport en date du 15 mars 2017, évoquait la possible création d’un « bouton Asimov », permettant de geler l’action des robots⁵⁴⁴. Enfin, le Parlement européen a renouvelé son approche au sein d’une Résolution en date du 12 février 2019 portant sur la politique

⁵⁴² Asimov (I.), Cercle vicieux -Runaround, 1942. Par la suite, en 1986, Asimov ajoute une quatrième règle intitulée Loi Zéro : « Un robot ne peut nuire à l’humanité ni laisser sans assistance l’humanité en danger ». V. : Asimov (I.), Fondation -Foundation and Earth, 1986.

⁵⁴³ Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique. Consultable en ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_FR.html : « Principes généraux : considérant qu’il y a lieu de considérer les lois d’Asimov comme s’appliquant aux concepteurs, aux fabricants et aux opérateurs de robots, y compris de robots dotés d’autonomie et de capacités d’auto-apprentissage, étant donné que lesdites lois ne peuvent traduits en langage de programmation ». V. : Bensamoun (A.) et Loiseau (G.), « L’intelligence artificielle : faut-il légiférer ? », D.2017, p.581 ; Delpech (X.), « Vers un droit des robots », AJ. contrat 2017, p.148.

⁵⁴⁴ De Ganay (C.) et Gillot (D.), *Pour une intelligence artificielle maîtrisée, utile et démystifiée, Rapport au nom de l’Office parlementaire d’évaluation des choix scientifiques et technologiques*, 15 mars 2017.

industrielle européenne globale, l’intelligence artificielle et la robotique, où les lois d’Asimov ont été qualifiées de principe directeur en la matière⁵⁴⁵. Cet exemple contemporain de la robotique démontre la démarche juridique mise en œuvre dans l’élaboration d’un corpus réglementaire nouveau : la construction d’une matière se fait à partir de quelques principes généraux qui ont vocation à régir les situations particulières⁵⁴⁶. Les lois d’Asimov n’ont pas été choisies par les institutions européennes par hasard, elles présentent un caractère structurant et sont porteuses d’une vérité générale applicable à toutes les ramifications de la robotique. Ainsi, elles sont au droit de la robotique ce que le caractère accessoire est au droit des sûretés : un cadre général, voué à conférer une certaine unité aux règles réunies dans cette matière. Ce sont exactement ces principes fondamentaux que Roger Perrot visait dans sa thèse de doctorat sous l’appellation « *structure technique essentielle* » ou encore « *ossature technique essentielle* » qu’il définissait comme « *une sorte noyau, (...) un élément technique vital sans lequel l’institution ne se conçoit plus* »⁵⁴⁷. Dès lors, une approche technique d’un sujet juridique suppose **une comparaison de ce dernier avec ces principes généraux qui font l’essence de la matière.**

195. Esquisse de l’approche technique du report de sûreté. L’analyse de l’article 1352-9 du Code civil sous le prisme de la technique juridique implique de redéfinir la notion de « report de la sûreté ». Il a été démontré que celle-ci prenait racine sur un élément temporel, impliquant que la sûreté ait été constituée antérieurement à l’anéantissement contractuel et, qu’elle se maintienne en dépit de cet événement. La notion repose également sur un élément matériel, selon lequel il est nécessaire de prouver l’existence d’une obligation de restitution, qui puisse être garantie. Autrement dit, **le point de rupture** dans le schéma présenté réside dans **l’existence d’un processus d’anéantissement contractuel**, qui vient mettre fin à une situation juridique particulière aux modalités définies pour donner lieu à une nouvelle ayant des règles qui lui sont propres. L’examen de cette situation au regard des grands principes du droit des sûretés et du droit des restitutions interroge sur deux points. D’une part, la sûreté initialement constituée ne va pas s’éteindre par le biais de l’anéantissement du contrat garanti comme cela aurait dû être le cas en vertu du principe de l’accessoire. La survie fictive de la sûreté constitue donc la première anomalie technique de l’article 1352-9 du Code civil (**Section 1**). D’autre part, la sûreté ne va pas uniquement se maintenir, elle va être transportée d’une obligation à l’autre : à la garantie de l’obligation initiale va se substituer la garantie de l’obligation de restitution. Ce transport fictif de la sûreté d’une obligation à l’autre constitue la seconde contradiction de l’article 1352-9 du Code civil aux principes fondamentaux (**Section 2**).

⁵⁴⁵ Résolution du Parlement européen du 12 février 2019 européen sur une politique européenne globale sur l’intelligence artificielle et la robotique. Consultable en ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_FR.html.

⁵⁴⁶ De manière plus générale, c’est le principe même qui a été assigné à la loi. En ce sens : Portalis (J.-E.-M.), *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Extrait de ce discours, présenté le 1^{er} pluviôse an IX : « *L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application* ».

⁵⁴⁷ Perrot (R.), *De l’influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. Le Balle, Sirey, 1953, p.124, n°75-76.

SECTION 1 : LA SURVIE FICTIVE DE LA SÛRETÉ

196. Le processus de report de la sûreté sur l’obligation de restitution va se baser sur la survie de la garantie en dépit de l’anéantissement du contrat qu’elle garantit. Pour démontrer le caractère fictif de cette règle, il convient d’abord de vérifier que celle-ci va à l’encontre du principe de l’accessoire (§1). La majorité des auteurs qui se sont penchés sur le sujet vont en ce sens. Toutefois, un courant minoritaire voit au contraire dans le report de la sûreté un renforcement du caractère accessoire de la sûreté. Toute étonnante qu’elle soit, cette proposition mérite d’être étudiée avant d’être réfutée. Dans un second temps, il s’agira de vérifier que cette règle ne s’inscrit pas dans l’une des dérogations classiquement reconnues au principe de l’accessoire (§2). Si tel est le cas, nous serons conduits à conclure que le report de la sûreté sur l’obligation de restitution constitue une nouvelle exception à l’accessorité de la sûreté qui n’a pas forcément de justification technique évidente.

§1. La définition du principe de l’accessoire des sûretés

197. Alors qu’un consensus doctrinal se fait autour de l’idée que l’article 1352-9 du Code civil contredit le principe de l’accessoire, certains auteurs adoptent une position plus marginale sur cette question. En effet, ces derniers estiment que le report de la sûreté sur l’obligation de restitution loin de contredire l’accessorité de la sûreté, a tendance à le renforcer. Avant d’apprécier la valeur de cet argument (B), il convient de proposer des éléments de définition de la notion d’accessoire (A).

A. *Les éléments de définition de l’accessoire*

198. Après avoir rappelé la définition classique de l’accessoire, que l’on pourrait qualifier de conceptuelle⁵⁴⁸ (1), nous nous arrêterons sur une lecture plus récente qui tend à définir l’accessoire au regard de sa fonction (2).

⁵⁴⁸ Le concept de « notion conceptuelle » est régulièrement employé dans la pensée juridique. Il tire son origine d’un article doctrinal de M. Vedel, intitulé « *la juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative* ». L’auteur définit le terme « notion conceptuelle » comme celle pouvant « recevoir

1) *La définition conceptuelle de l’accessoire*

199. L’approche originelle du principe de l’accessoire. L’approche conceptuelle de l’accessoire consiste donc à revenir à sa source. En ce sens, cette notion puise son fondement dans le droit romain, où le cautionnement était initialement confondu avec la solidarité passive⁵⁴⁹. Cette confusion donnait lieu à la naissance d’une dette unique et impliquait la possibilité pour le créancier de poursuivre le garant en premier lieu et pour le tout⁵⁵⁰. Cette unité se retrouve dans l’ancien droit et chez les auteurs classiques. La doctrine, centrée autour de Pothier, affirmait le caractère accessoire du cautionnement⁵⁵¹. Cependant, cette expression prenait un sens différent sous la plume de ces auteurs. Par accessoire, il fallait entendre une adhésion du garant à la dette du débiteur principal de sorte que le cautionnement ne donnait pas lieu à une obligation nouvelle et indépendante⁵⁵².

200. L’interprétation actuelle du caractère accessoire, bien éloignée de l’unité romaine, résulte d’un déplacement sémantique réalisé à partir des écrits de Pothier. Alors que le juriste orléanais fonde sa théorie de l’accessoire sur un principe d’unicité de la dette, la doctrine contemporaine considère que la caution souscrit une obligation nouvelle distincte de la principale⁵⁵³.

une définition complète selon les critères logiques habituels et (dont) leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes ». V. : Vedel (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P. 1950*, I, 851.

⁵⁴⁹ Pour des interrogations récentes sur cette distinction cautionnement/solidarité passive, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 22 mai 1991, n°89-20.107, *Bull. civ. I*, n°162 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16.335, *Bull. civ. I*, n°309, *D.2000*, p.407, obs. P. Ancel ; *J.C.P. G. 2000*, II, 10403, note Y. Picod ; *J.C.P. G 2000*, I, 209, n°9, obs. P. Simler ; *Deffrénois 2000*, n°37188-40, p.718, obs. P. Delebecque ; CA Pau, 25 avr. 2013, n°12-01162 ; Cass., Com., 8 juin 2017, n°15-28.438, *D.2017*, p.1689, obs. J. Francois ; *R.T.D. com. 2017*, p.929, obs. J. Moury ; *R.T.D. civ. 2017*, p.660, obs. H. Barbier ; *R.T.D. civ. 2017*, p.679, obs. P.-Y. Gautier ; *RD. banc. fin. 2017*, obs. D. Legeais ; *R.D.C. 2017*, p.51, obs. D. Houtcieff ; *Deffrénois 2017*, p.25, obs. J.-B. Seube. *Adde* : Danos (F.), « La notion d’exception inhérente à la dette », *D.2017*, p.1319.

⁵⁵⁰ Pour un exemple récent de cette confusion en jurisprudence, V. : Cass., Com., 2 nov. 2016, n°15-12.231, *R.T.D. civ. 2017*, p.133, obs. H. Barbier ;

⁵⁵¹ Legeais (D.), « La règle de l’accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr. avr. 2001*, p.68.

⁵⁵² L’unité attachée au cautionnement dans le droit romain était donc conservée puisqu’un engagement secondaire venait se greffer sur l’obligation initiale sans qu’il n’y ait de distinction entre les deux. En ce sens, V. : Andreu (L.), « La caution et le dol subi par le débiteur », *D.2008*, p.204, obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n° 03-15.602. Pothier définissait ainsi le cautionnement comme « *un contrat par lequel quelqu’un s’oblige pour un débiteur envers le créancier, à lui payer tout ou en partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à son obligation* », le terme « accéder » signifiant ici « *entrer dans des engagements déjà contractés par d’autres* ». V. : Pelletier (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*, Bibl. dr. privé, T.DXXXIX, L.G.D.J., 2012, n°27, p.54. Une approche similaire se retrouvait pour les autres sûretés accessoires. Comme l’affirmait Guillouard, « *à ce point de vue, il n’y a pas deux obligations, celle du débiteur principal et celle de la caution, il y a une obligation cautionnée, de même que dans l’obligation garantie par un gage ou une hypothèque il n’y a qu’une obligation, dont le gage ou l’hypothèque sont l’accessoire* ». V. : Guillouard (L.V.), *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^{ème} éd., 1895, p.17, n°12.

⁵⁵³ Un tel écart d’interprétation résulte d’une mauvaise compréhension du terme « accéder », utilisé par Pothier, qui a été perçu comme l’ajout d’une obligation supplémentaire dont le garant serait débiteur.

201. L’approche renouvelée du principe de l’accessoire. Face à une conception dénaturée de l’accessoire, jugée trop rigide, certains auteurs ont voulu repenser cette notion en revenant à sa source. La première tentative en ce sens revient à M. Goubeaux qui, en prenant appui sur les origines de la théorie de l’accessoire, rappelle que « *accedere signifie « s’ajouter à » et « s’approcher ».* Il y a là des indications intéressantes. *L’accessoire est une chose qui s’ajoute à une autre, et, comme, on ne peut ignorer la formule qui relie les deux mots, il est clair que c’est au principal que l’accessoire se joint ainsi. L’expression ne fait pas naître l’idée d’infériorité, mais celle de complémentarité, ou du moins, car il faut être prudent, celle de superposition ou d’addition* »⁵⁵⁴. M. Goubeaux poursuit sa démonstration en identifiant deux origines à l’accessoire. Ce dernier peut être affecté au principal, il vient le compléter pour former un ensemble cohérent tout en ayant un point de départ distinct. A l’inverse, l’accessoire peut se retrouver produit par le principal ; il doit son existence au principal et se retrouve placé dans un rapport de subordination à l’égard de ce dernier⁵⁵⁵. Les sûretés appartiennent clairement à la première catégorie puisqu’elles ont certes une origine distincte de la créance garantie mais un lien très fort, qui les y relie. Il apparaît difficile de pouvoir concevoir une sûreté non rattachée à un support⁵⁵⁶. Toutefois, la doctrine a progressivement pris ses distances face à cette conception exclusivement centrée sur le principal. C’est ainsi que M. Goubeaux admet l’existence d’exceptions et affirme que la disparition du principal n’entraîne pas nécessairement l’extinction de la sûreté mais tend à la rendre simplement inutile⁵⁵⁷. L’auteur poursuit en envisageant même la possibilité pour la garantie de changer de support⁵⁵⁸. Des idées similaires sont développées dans la thèse de doctorat de M. Pellier où l’auteur concède à la théorie classique l’existence d’un lien très fort unissant la sûreté et l’obligation principale⁵⁵⁹ mais reconnaît conjointement une part d’autonomie à la garantie⁵⁶⁰.

202. Ces remarques ne sont pas anodines ; elles démontrent que, bien qu’étant dans une relation forte de subordination avec le principal⁵⁶¹, le lien n’en est pas pour autant exclusif. Dès lors, l’erreur faite dans la définition de l’accessoire a été d’employer le terme de « dépendance » pour décrire le lien entre la sûreté et l’obligation principale. En effet, ce

⁵⁵⁴ Goubeaux (G.), th. préc., p.33, n°18.

⁵⁵⁵ Goubeaux (G.), th. préc., p.38, n°21 s.

⁵⁵⁶ Bonnet (V.), « Sûretés personnelles et réelles », *J-CI Droit international*, fasc.555, n°1 : « *Un certain accord se fait sur quelques critères distinctifs. Ainsi, les sûretés présentent toutes un caractère accessoire : elles constituent des mécanismes accessoires aux créances garanties en ce sens, au moins, qu’en l’absence de ces dernières leur existence n’aurait aucune justification* ». *Adde* : Crocq (P.), th. préc., p.225 n°272.

⁵⁵⁷ Goubeaux (G.), th. préc., p.72 s.

⁵⁵⁸ Westendorf (H.), *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J., p.342, n°463.

⁵⁵⁹ Pellier (J.-D.), th. préc., p.62, n°31.

⁵⁶⁰ Pellier (J.-D.), th. préc., p.89, n°57. *Adde* : Simler (P.), *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2008, p.739, n°734 : « *sans être, au sens fort, autonome par rapport à l’obligation du débiteur principal (...) l’obligation de la caution est cependant distincte et peut avoir des contours et connaître un sort à certains égard différent* ».

⁵⁶¹ En ce sens : Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016, v° Accessoire, sens 1, a). *Adde* : Rouvière (F.), « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *R.T.D. com.* 2011, p.689.

dernier suggère une absence totale d’autonomie que nous ne retrouvons pas à l’étude du droit des sûretés. La pratique nous invite donc à conclure davantage à l’emploi d’un terme plus neutre tel que celui de soumission. Il est ici question de reconnaître une forme de hiérarchie entre les deux obligations sans pour autant admettre un lien vital entre elles. L’idée de soumission de l’accessoire au principal lie le premier au second tout en lui conférant une certaine forme d’indépendance. **La définition conceptuelle de l’accessoire se centre donc autour de la notion de soumission à un principal.** Cette approche schématique a été, depuis peu, complétée par une lecture davantage centrée sur la fonction de l’accessoire.

2) *La définition fonctionnelle de l’accessoire*

203. La recherche du but économique de la sûreté. À la lecture conceptuelle d’un sujet, s’oppose une approche plus fonctionnelle⁵⁶². La vision fonctionnelle de l’accessoire a été développée par M. Cabrillac⁵⁶³. L’auteur propose une nouvelle grille de lecture de la notion. Pour ce faire, il convient de se consacrer exclusivement à l’accessoire en recherchant sa fonction. Le postulat d’étude se trouve ainsi inversé : il n’est plus question d’étudier le lien unissant le principal à l’accessoire mais davantage de se demander ce que l’accessoire peut apporter au principal. L’auteur identifie deux intérêts majeurs à la notion d’accessoire. D’abord, elle permettrait de développer la transmission des créances⁵⁶⁴ dans le sens où, par le biais de l’adage « *accessorium sequitur principale* », le cessionnaire obtiendrait des prérogatives similaires à son cédant. Ensuite, l’accessoire permettrait d’accroître la valeur de la créance, en octroyant au créancier des prérogatives complémentaires à la créance elle-même⁵⁶⁵. Par voie de conséquence, l’auteur conclut en considérant que l’accessoire joue un rôle actif : il doit être au **service exclusif de la créance**. Cette fonction prend deux formes : l’accessoire peut d’une part avoir une valeur économique qui lui est propre et qui complète celle du principal. D’autre part, l’accessoire peut également incarner un pouvoir de coercition dans le sens où il constitue une forme de moyen de pression poussant à l’exécution du principal⁵⁶⁶. Dans cette perspective, l’accessoire devient synonyme de sécurité. Selon l’auteur, toutes les prérogatives qui tendent à prémunir le créancier contre l’insolvabilité du débiteur répondent cumulativement à ces deux fonctions. Concrètement, l’application d’une telle définition au droit des sûretés entraîne deux conséquences majeures. D’une part, en se mettant au service de l’obligation principale, la sûreté va être façonnée par cette dernière et en emprunter toutes les caractéristiques. D’autre part, cette vision fonctionnelle de la notion conduit à renforcer l’application de la règle de l’accessoire aux termes de laquelle l’accessoire se doit de suivre le sort du principal sur lequel il est greffé. Quel serait l’intérêt de maintenir un accessoire visant à renforcer la valeur d’une créance principale alors que cette dernière n’existe plus ? Le sort de l’accessoire est donc inéluctablement rattaché à celui du principal.

⁵⁶² La notion fonctionnelle est définie par Vedel : elle consiste à créer une unité à partir d’une fonction qui lui est assignée. Vedel (G.), art. préc., p.851.

⁵⁶³ Cabrillac (M.), « Les accessoires de la créance », *Etudes dédiées à A. Weill 1983*, p.107.

⁵⁶⁴ Huc (T.), *Traité théorique et pratique de la cession et transmission des créances*, F. Pichon, 1891.

⁵⁶⁵ Houin-Bressand (C.), *Les contre-garanties*, nouv. bibl. des thèses, 2006, n°186, p.150-151.

⁵⁶⁶ C’est par exemple le cas des clauses pénales.

B. La négation du rattachement de l’article 1352-9 du Code civil et de l’accessoire

204. Tant la définition conceptuelle que la définition fonctionnelle de l’accessoire ont été mobilisées par la doctrine afin de justifier l’article 1352-9 du Code civil. En effet, plusieurs auteurs, en marge du courant doctrinal majoritaire, ont soutenu l’idée que le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne serait pas contraire au principe de l’accessoire. Certains vont même encore plus loin en estimant que cette règle conduirait à restaurer l’efficacité de ce principe. Après avoir exposé les arguments proposés par ces auteurs (1), nous démontrerons en quoi ceux-ci ne semblent pas convaincants (2).

1) Le rattachement de l’article 1352-9 du Code civil à l’accessoire

205. Reprenons les deux définitions du principe de l’accessoire, précédemment mises en lumière, et voyons comment celles-ci ont pu être utilisées par une partie de la doctrine pour justifier le report de sûreté sur l’obligation de restitution.

206. Le rattachement de l’article 1352-9 du Code civil à la définition conceptuelle de l’accessoire. À contrecourant de la doctrine majoritaire, Mme Chaaban affirme que « *loin d’être une violation de la règle de l’accessoire, la survie du cautionnement constitue, à leur sens, une stricte application de celle-ci, à condition toutefois de définir le « principal » comme l’obligation, non le contrat garanti* »⁵⁶⁷. Pour comprendre cette remarque, il convient de s’interroger sur la base de l’accessorité de la sûreté. Cette notion renvoie à la question suivante : la sûreté est-elle un accessoire à un contrat ou à une obligation ? Mme Chaaban opte pour la seconde branche de l’option. En se fondant sur l’article 2293 du Code civil, qui dispose que le cautionnement a pour support une obligation valable⁵⁶⁸, l’auteure estime que la sûreté est accessoire de l’obligation. C’est ce constat qui lui permet de conclure à l’absence de contrariété de la règle avec le principe de l’accessoire. En effet, en greffant la sûreté sur l’obligation et non sur le contrat, l’anéantissement de ce dernier est sans conséquence. La sûreté se trouve d’abord rattachée à l’obligation initiale du contrat, puis à la suite de sa remise en cause, elle trouve un nouvel appui sur l’obligation de restitution. La règle de l’accessoire serait alors sauve puisqu’à tout moment la sûreté est reliée à un principal, auquel elle est accessoire. Cette position a rapidement séduit plusieurs auteurs qui n’ont pas hésité à la reprendre et à la préciser. Tel est le cas de Mme Claire-Anne Michel pour qui « *maintenir l’obligation de la caution malgré la nullité du contrat garanti est de nature à revaloriser le régime du cautionnement, sans porter atteinte, en dépit des apparences, à son caractère accessoire* »⁵⁶⁹. Selon l’auteure, l’anéantissement du contrat conduit à une modification de

⁵⁶⁷ Chaaban (V.R.), *La caducité des actes juridiques. Etudes de droit civil*, th. Paris II, préf. Lequette (Y.), L.G.D.J., Bibl. dr. priv. T.CDXLV, 2006, n°170, p.165.

⁵⁶⁸ La numérotation a été modifiée par l’ordonnance du 15 septembre 2021. L’article 2293 du Code civil reprend la règle qui était énoncée à l’article 2289 du Code civil.

⁵⁶⁹ Michel (C.-A.), th. préc., p.127, n°119.

l’obligation principale, dont la source change. Ainsi, la sûreté est d’abord accessoire d’une obligation contractuelle avant d’être rattachée à une obligation dont la source est cette fois légale. Toutefois, ce changement quant à la nature du principal est indifférent pour Mme Michel, qui n’attache d’importance qu’au rattachement de la sûreté à une obligation principale⁵⁷⁰.

207. Le rattachement de l’article 1352-9 du Code civil à la définition fonctionnelle de l’accessoire. D’autres auteurs ont tenté de justifier l’article 1352-9 du Code civil au regard de l’accessoire en adoptant une définition fonctionnelle de celui-ci. Dès 1991, M. Delebecque justifie la survie d’un cautionnement en estimant que le garant s’est engagé à garantir le créancier de toutes les vicissitudes affectant l’opération principale. Dans la mesure où le créancier reste étranger à l’anéantissement dudit contrat, il serait alors contraire à cette définition de le priver du cautionnement. C’est surtout à la professeure Cottet que l’on doit l’explication de l’article 1352-9 du Code civil par le biais d’une lecture fonctionnelle de l’accessoire. L’auteure part du principe que la conception classique de l’accessoire est conservatoire et rigide. Elle insiste surtout sur le fait que celle-ci semble inapte à expliquer certaines difficultés, comme par exemple le report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Ainsi, l’auteure estime que la « *notion de fonction apparaît comme une réponse possible aux difficultés qui se posent au regard de la théorie de l’accessoire* »⁵⁷¹. Elle poursuit en appliquant cette définition à l’objet de notre étude. Mme Cottet considère ainsi que « *la substitution d’une obligation de restitution quasi-contractuelle à l’obligation contractuelle justifie la survie de la sûreté, dont la fonction persiste pour couvrir le risque de défaillance lié à l’obligation substituée* ». Cette citation nous informe sur deux éléments : d’une part, contrairement à la théorie de Mme Michel, l’auteure estime que la seule substitution d’obligations de nature différente ne suffit pas à valider la conformité de l’article 1352-9 du Code civil avec la règle de l’accessoire. D’autre part, nous apprenons que pour l’auteure, cette validation passe par un autre critère qui est celui de la couverture de la défaillance du débiteur principal. Selon cette analyse, la sûreté conserverait son caractère accessoire tant qu’elle ne perdrait pas sa valeur économique et sa fonction de sécurité à l’égard du créancier. Cette approche n’est pas sans rappeler la conception de l’accessoire de M. Cabrillac présentée antérieurement. Pour rappel, dans sa dimension fonctionnelle, l’accessoire se caractérise par un rôle actif tendant à accroître la sécurité du créancier et par une valeur économique qui lui est propre. Tant que ces deux éléments seraient caractérisables, il n’y aurait pas de contradiction avec le principe de l’accessoire et tel serait le cas dans le cadre de notre objet d’étude.

208. Ces deux théories, qui ont pour but de justifier l’article 1352-9 du Code civil au regard du principe de l’accessoire, ayant été présentées, il convient d’analyser leur pertinence.

⁵⁷⁰ Michel (C.-A.), th. préc., p.127, n°119. *Adde* : Delebecque (P.), obs. sous Cass., Com., 12 fév. 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n°61, *J.C.P. E. 1991*, p.197 ; Aynès (L.), obs. sous Cass., Com., 4 fév. 1986, n°84-13.496, *Bull. civ.* IV, n°1, *D.1987*, somm.45.

⁵⁷¹ Cottet (M.), th. préc., p.309, n°349.

2) *La contestation du rattachement de l’article 1352-9 du Code civil avec l’accessoire*

209. La contestation du rattachement de l’article 1352-9 du Code civil à la définition conceptuelle de l’accessoire. Les justifications proposées par Mmes Chaaban et Michel nous apparaissent contestables à plusieurs égards. D’une part, Mme Chaaban affirme qu’il « *suffit qu’une obligation qui a pour origine le contrat principal existe pour que la caution soit tenue en dépit de la nullité ou de la résolution du contrat principal* »⁵⁷². En se référant à « une obligation qui a pour origine le contrat principal », n’est-ce pas indirectement considérer que la sûreté est davantage l’accessoire de celui-ci que des obligations ? Autrement dit, les propos de Mme Chaaban nous semblent contradictoires. Elle estime que la théorie de l’accessoire serait sauve du moment que la sûreté reste attachée à une obligation. Toutefois, elle poursuit en précisant que cette obligation, support de la sûreté, doit restée lien avec le contrat initial. De deux choses l’une : soit le contrat est anéanti, en générant une obligation de nature quasi-contractuelle, qui ne peut manifestement lui être totalement reliée. Dans ce cas, l’explication de Mme Chaaban ne fonctionne plus. Soit, elle considère que l’anéantissement du contrat donne lieu à une obligation de restitution de nature contractuelle et dans cette perspective son explication prend tout son sens. Toutefois, comme nous aurons l’occasion de le montrer l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement contractuelle ne peut revêtir une telle nature, celle-ci est obligatoirement de nature quasi-contractuelle⁵⁷³. Cette contradiction n’est qu’apparente et s’explique par la date à laquelle Mme Chaaban a proposé cette théorie. Sa thèse a été publiée en 2006, c’est-à-dire à une période où le report de la sûreté sur l’obligation de restitution n’était possible qu’en matière de prêt. La généralisation issue de l’ordonnance du 10 février 2016 n’était pas encore intervenue et la doctrine n’avait à l’esprit que la couverture d’une restitution issue de l’anéantissement d’un contrat de prêt. Or, nous avons vu que ce cas précis fait figure d’exception dans la mesure où la remise en cause du contrat laisse subsister l’obligation initiale. L’obligation de restitution inhérente à l’opération de prêt et l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement de celui-ci se confondent du fait de la qualification de contrat de restitution reconnu à cette forme contractuelle. Dès lors, la contradiction relevée n’est qu’apparente puisqu’ici l’obligation de restitution peut facilement être rattachée au socle contractuel. C’est d’ailleurs la raison pour laquelle nous estimons que cette hypothèse devrait davantage être qualifiée de « maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution », plutôt que de report⁵⁷⁴. Les propos de Mme Chaaban sont donc parfaitement logiques, mais ils ne peuvent concerner que le cas du contrat de prêt et ne permettent pas de justifier la généralisation induite par l’article 1352-9 du Code civil.

210. Venons-en aux arguments de Mme Michel. Cette dernière a publié sa thèse en 2018, soit antérieurement à la réforme et à la généralisation dont elle est porteuse. L’auteure reprend globalement la même théorie que celle développée par Mme Chaaban. Elle indique qu’une obligation légale se substitue à l’obligation contractuelle de sorte que l’accessoriété ne cesse pas. Toutefois, elle n’attache pas plus d’importance à cette différence de nature entre les deux obligations. C’est pourtant là toute la difficulté : entre celles-ci, il existe un hiatus qui

⁵⁷² Chaaban (V.R.), th. préc., n°170, p.165.

⁵⁷³ Cf. *infra* n° 233 s.

⁵⁷⁴ Sur cette différence de vocabulaire, Cf. *supra* n° 4.

empêche de valider l’approche de Mme Michel. Tant que la sûreté est attachée à une obligation, le caractère accessoire est conservé. Toutefois, la reconnaissance de la nature quasi-contractuelle de l’obligation de restitution fait que la sûreté se trouve temporairement sans support remettant ainsi en cause son caractère accessoire. Comme l’indique Mme Cottet « *parce que l’accessoire est affecté au principal, parce qu’il n’a de sens qu’au regard du principal qu’il complète, il ne peut y avoir d’accessoire sans principal* »⁵⁷⁵. Dès lors, dès que le lien d’accessoire cesse en raison de l’anéantissement du contrat principal, la sûreté devrait être éteinte avant même d’être reportée sur l’obligation de restitution. Admettre l’inverse consiste à nier l’enchaînement de l’anéantissement du contrat et de la phase restitutoire.

211. La contestation du rattachement de l’article 1352-9 du Code civil à la définition fonctionnelle de l’accessoire. La proposition formulée par Mme Cottet, consistant à justifier la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution par la fonction de cette dernière, semble tout à fait pertinente. Toutefois, il apparaît contestable d’en déduire que l’article 1352-9 du Code civil ne porte pas atteinte au caractère accessoire de la sûreté. En effet, comme nous l’avons vu, l’explication tenant à la fonction est davantage d’ordre politique que théorique. Lorsque nous avons menée l’étude politique du report des sûretés, consistant en une lecture des intérêts protégés par la règle, nous avons justement mobilisé le concept de fonction. En ce sens, toute convaincante que soit la définition de M. Cabrillac, elle ne correspond pas à l’approche technique que nous nous sommes proposée de mener mais se rattache plutôt à une lecture politique du sujet.

212. Contrairement à ce que certains auteurs ont affirmé, l’article 1352-9 du Code civil entre en contradiction avec le principe de l’accessoire. Avant de pouvoir affirmer que cette disposition opère une survie fictive de la sûreté, il convient de se demander s’il ne s’agit pas d’une exception classique au principe de l’accessoire traditionnellement admise.

§2. Les entorses classiques au principe de l’accessoire

213. Explication de la démarche. L’article 1352-9 du Code civil entre manifestement en contradiction avec le principe de l’accessoire. Toutefois, ce dernier, jugé parfois trop rigide, a connu plusieurs exceptions qui sont maintenant solidement ancrées dans notre corpus juridique. Il convient de comparer notre objet d’étude avec ces dernières. Si le report de la sûreté se rapproche d’une des exceptions, par la voie de l’analogie, nous serons conduite à considérer que l’article 1352-9 du Code civil constitue une « exception justifiée » à l’accessoire. Dans le cas contraire, nous serons forcée d’admettre que cette nouvelle disposition pose une survie injustifiée de la sûreté. La qualification de fiction juridique pourra alors s’appliquer à ce cas.

⁵⁷⁵ Cottet (M.), th. préc., p.189, n°207.

214. La survie de la sûreté motivée par la survie de l’obligation initiale garantie. C’est le mécanisme de la subrogation personnelle qui constitue la première remise en cause apparente du principe de l’accessoire. Lorsqu’un tiers *solvens* paie la créance d’un débiteur sans intention libérale, il bénéficie des sûretés qui garantissaient cette obligation⁵⁷⁶. La nature juridique du paiement subrogatoire constitue la difficulté principale du sujet. En effet, une première analyse consiste à reconnaître un effet extinctif au paiement effectué par le tiers *solvens*. Par cette action il acquiert une nouvelle créance sur laquelle les sûretés initiales viennent fictivement⁵⁷⁷ se greffer⁵⁷⁸. Conscient des insuffisances d’une telle explication, la doctrine s’est tournée vers une nouvelle lecture du paiement subrogatoire. Ce dernier n’aurait pas un effet extinctif mais simplement translatif⁵⁷⁹. Dès lors, le paiement subrogatoire acquiert une certaine autonomie au côté du paiement extinctif traditionnel⁵⁸⁰. Il en résulte que la subrogation a pour conséquences « *d’investir le subrogé, non seulement de la créance primitive, mais aussi de tous les avantages et accessoires de celle-ci* »⁵⁸¹. Une telle analyse a été confirmée par l’ordonnance du 10 février 2016, qui a introduit le principe selon lequel « **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** » à l’article 1346-4 du Code civil⁵⁸². Loin d’innover, cette nouvelle disposition reprend les explications présentées. Par conséquent, **le bénéfice des sûretés initiales reconnu au tiers solvens s’explique par la survie de la créance.**

⁵⁷⁶ Cass., Req., 23 déc. 1879, *D.P.1880.1.453, S.1881.1.149* ; Cass., Req., 14 nov. 1893, *D.P. 1894.1.370* ; Cass., Civ., 23 mars 1915, *D.P. 1917.1.63* ; Cass., Com., 3 juin 1982, *Bull. civ. IV*, n°217 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 7 déc. 1983, *Bull. civ. I*, n°291, *R.T.D. civ.1984*, p.717 obs. J. Mestre ; Cass. Com., 17 déc. 1985, *Bull. civ. IV*, n°296, *R.T.D. civ. 1987*, p.319, obs. J. Mestre ; Cass., Com., 15 mars 1988, *D.1988*, p.330 obs. F. Pérochon ; *R.T.D. civ. 1988*, p.791, obs. M. Bandrac ; *J.C.P. 1989. II. 21348*, obs M.-L. Demeester-Morancais ; Cass., Civ. 2^{ème}, 21 oct. 2004, *Bull. civ. II*, n°464, *R.T.D. civ. 2005*, p.398, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois 2005*, art. 38206 A.-S. Barthez. On retrouvait cette règle à l’ancien article 1250 al. 1 du Code civil qui disposait que « *Cette subrogation est conventionnelle : lorsque le créancier recevant son paiement d’une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur : cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement* ».

⁵⁷⁷ Marty (G.), Raynaud (P.), Jestaz (P.), *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 2^{ème} éd., n°158, p.113 ; Planiol (M.), Ripert (G.), ouvr. préc., T.VII, n°1235, p.568.

⁵⁷⁸ Marcadé (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T.IV, n°704, p.568.

⁵⁷⁹ Demolombe (C.), *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations en général*, T.XXVII, A. Durant, L. Hachette et Cie, 1878, n°320 ; Laurent (F.), *Principe de droit civil français*, T.XVIII, n°3, p.8 ; Aubry (C.), Rau (C.), ouvr. préc., T.III, §321, p.117.

⁵⁸⁰ Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.), *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, p.1569, n°1493 ; Mestre (J.), *La subrogation personnelle*, th. Aix-Marseille, 1976, n°6, p.11 et n°639, p.698 : « *La subrogation personnelle n’a-t-elle pas cessé d’être une exception au principe de l’effet extinctif du paiement pour conquérir à son tour l’autonomie et devenir une institution, sinon rivale, du moins parallèle ?* » ; Mouly (C.), *Les causes d’extinction du cautionnement*, th. Montpellier, préf. M. Cabrillac, bibl. dr. entr., vol 10, Litec, 1979, p.60, n°25.

⁵⁸¹ Savaux (E.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° Subrogation personnelle, n°142 : « *Selon une formule classique, c’est la créance même dont l’accipiens était titulaire contre le débiteur qui est transmise avec ses qualités et ses vices au subrogé* ».

⁵⁸² Gouzel (A.), « Les opérations translatives », *A.J.C.A. 2016*, p.135.

215. Cette justification n’est pas transposable à l’objet de notre étude. En effet, la nullité ou la résolution mettent fin au cadre contractuel pour le futur⁵⁸³. Ces deux institutions font figure de mesures d’assainissement d’un contrat ayant perdu toute utilité⁵⁸⁴. Il apparaît dès lors que l’obligation de restitution n’a rien en commun avec l’obligation initiale éteinte. Elle n’est tout au plus qu’un « *substitut satisfaisant pour le créancier déçu* »⁵⁸⁵. De même, elle ne découle qu’indirectement du contrat anéanti. En vertu du principe de distinction de l’obligation initiale et de l’obligation de restitution⁵⁸⁶, qui est amené à jouer dans les situations les plus ambiguës⁵⁸⁷, il est impossible d’affirmer que l’esprit du contrat initial se maintienne en phase restitutionnelle. Contrairement à l’hypothèse de la subrogation, la survie des sûretés en phase de restitution ne trouve pas son origine dans la continuité de la relation contractuelle initialement garantie.

216. La survie de la sûreté motivée par le consentement du donneur de sûreté. C’est au travers des règles portant sur le sort de la sûreté en cas de novation de l’obligation principale que nous pourrions trouver une explication à l’entorse au principe de l’accessoire⁵⁸⁸. Aux termes 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* »⁵⁸⁹. La novation est une opération créatrice. Elle a vocation à remplacer une obligation ancienne, éteinte par un nouveau rapport de droit⁵⁹⁰. La sûreté garantissant le rapport initial devrait normalement s’éteindre en raison de la disparition de son support par l’effet de la novation. Telle est d’ailleurs la règle affirmée au nouvel article 1334 du Code civil aux termes duquel « *l’extinction de l’obligation ancienne s’étend à tous ses accessoires* »⁵⁹¹. Cependant, la doctrine⁵⁹² et la jurisprudence⁵⁹³ ont invité à relativiser l’effet extinctif de la novation en

⁵⁸³ En doctrine, s’est posée la question de savoir si ces institutions mettaient fin au contrat ou à l’obligation.

⁵⁸⁴ Génicon (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 2007, p.14, n°19 ; Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.229, n°385.

⁵⁸⁵ Rouvière (F.), art. préc., *R.T.D. com.* 2011, p. 689, n°17.

⁵⁸⁶ De manière plus générale, il convient de distinguer la notion de restitution de celle d’exécution. En ce sens : Mauraie-Vignal (M.), th. préc., 1991, p.36-37.

⁵⁸⁷ Tel est le cas en matière de prêt où l’obligation initiale et l’obligation de restitution sont similaires dans leurs structures. Cf. *supra* n° 65 s.

⁵⁸⁸ Maubru (B.), *La transmissibilité de l’hypothèque*, th. Toulouse, 1979, p.20 : pour l’auteur, le maintien de la sûreté en cas de novation manifeste l’idée plus générale que le lien entre sûreté et créance n’est pas si intime que cela puisqu’il peut être rompu pour être immédiatement remplacé par un autre rapport d’affectation. *Adde* : Goubeaux (G.), th. préc., p.111, n°53.

⁵⁸⁹ Mignot (M.), « Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *L.P.A.* 2016, p.6.

⁵⁹⁰ Aubert (J.-L.) et Goldie-Génicon (C.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Novation », n°70 : « *En même temps qu’elle crée un nouveau rapport d’obligation, la novation emporte l’extinction de l’obligation ancienne* ».

⁵⁹¹ En ce sens : Mouly (C.), th. préc., p.141, n°126 ; Cholet (D.), art. préc., n°34.

⁵⁹² Aubert (J.-L.) et Goldie-Génicon (C.), préc., n°74. De manière plus générale, on retrouve cette idée lorsqu’il est mentionné que la novation suppose une certaine continuité entre les deux obligations. Autrement dit, l’institution implique l’existence d’un lien entre les deux rapports de droit de tel sorte qu’il n’y ait pas une rupture complète. V. : Cholet (D.), art. préc., n°17 : « *Celle-ci (la novation) suppose une certaine continuité entre l’obligation éteinte et celle qui est créée puisqu’elles se servent mutuellement de cause* ».

⁵⁹³ Cass., Com., 3 juil. 2001, n°98-16.691, *Bull. civ. IV*, n°131, *J.C.P.* 2002.I.134, n°10 obs. G. Virassamy ; *D.2001*, p.3245 obs. P. Delebecque ; *D.2001*, p.2826, obs. E. Chevrier.

admettant la survie de certains éléments liés à l’obligation initiale. Le législateur a également suivi cette voie en considérant que « *les sûretés d’origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants* »⁵⁹⁴. Cet article s’applique indistinctement aux sûretés réelles et personnelles. Par l’emploi du terme « réserve », il faut comprendre qu’il s’agit des sûretés initiales qui vont survivre à la disparition de la relation primitive garantie pour venir couvrir le nouveau rapport de droit issu de la novation⁵⁹⁵. Alors que la sûreté devrait s’éteindre en raison de l’opération de novation, elle lui survit pour garantir l’obligation nouvelle issue de l’opération. Cette solution, « *inexplicable en théorie* »⁵⁹⁶, apparaît comme une faveur faite au créancier. Pour autant, le caractère dérogoire au principe de l’accessoire doit être relativisé. En effet, la finalité première de la règle de l’accessoire en matière de sûreté est d’assurer la protection du donneur de sûreté en calquant l’étendue de son engagement sur le principal⁵⁹⁷. Or, dans le cadre de la novation, une telle fonction est assurée par la **nécessité de recueillir le consentement du garant**. Celui-ci permet de suppléer à la règle de l’accessoire⁵⁹⁸.

217. Cette explication fondée sur l’accord du garant a notamment permis d’expliquer le maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution en droit allemand. Le droit des obligations allemand rattache les restitutions à la théorie de l’enrichissement sans cause⁵⁹⁹. La doctrine admet que l’extension de la sûreté à la dette de restitution ne peut être automatique ; elle repose sur une série de critères. Parmi ceux-ci, il est admis que la survie de la sûreté ne peut se faire qu’à la condition de ne pas nuire à la protection du donneur de sûreté. Cela implique le recueil automatique de son consentement⁶⁰⁰. Cependant, cette explication n’est d’aucun secours dans le cadre de l’étude de l’article 1352-9 du Code civil. S’il est tout à fait possible d’envisager que le donneur de garantie consente à couvrir l’obligation de restitution⁶⁰¹, la jurisprudence n’en fait pas une condition nécessaire à la survie de la sûreté. La disposition légale fait également fi d’une telle exigence.

⁵⁹⁴ Nouvel article 1334 CCiv. V. : Aubert (J.-L.) et Goldie-Génicon (C.), préc., n°76.

⁵⁹⁵ Sur les conséquences du report de la sûreté initiale : Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y-M), ouvr. préc., p.948.

⁵⁹⁶ Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y-M), ouvr. préc., p.679.

⁵⁹⁷ Grimaud (D.), th. préc., p.105 s., n°92 s. ; Legeais (D.), « La règle de l’accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr. avril 2001*, p.68 ; Crocq (P.), « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges P. Malaurie, éd. Defrénois 2005*, p.173, n°4.

⁵⁹⁸ Mouly (C.), th. préc., p.141, n°127 : « *Seul cet accord (celui du donneur de garantie) peut expliquer que l’accessoire se détache du principal pour lui survivre* » ; Simler (P.), « Synthèse – Opérations sur obligations (novation et délégation) », *J.-Cl. Civil*, n°60 : « *La liberté contractuelle ne pouvait constituer le fondement suffisant du maintien ou du report des sûretés anciennes en garantie de l’obligation nouvelle ou du nouveau débiteur. Il fallait donc que la loi autorisât spécialement ce maintien* » ; Crocq (P.), art. préc., *Mélanges P. Malaurie, éd. Defrénois 2005*, p.173, n°15.

⁵⁹⁹ Cf. *infra* n° 233 s.

⁶⁰⁰ Jafferli (R.), *La rétroactivité dans le contrat*, 2014, Bruylant, p.764, n°329.

⁶⁰¹ Gout (O.), « Maintien de l’hypothèque jusqu’à l’extinction de l’obligation de restituer inhérente au contrat de prêt », *R.T.D.I. 2013*, n°1, p.27, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2012, n°11-22.815 : l’auteur envisage l’hypothèse où la jurisprudence aurait refusé la garantie de l’obligation de restitution par la sûreté initiale et considère que les créanciers auraient alors inséré des clauses de style allant dans le sens d’une couverture des restitutions.

218. La survie de la garantie motivée par sa nature. La dernière entorse référencée à l’encontre du principe de l’accessoire réside dans le régime juridique de l’aval. Cette institution se définit comme « *l’engagement que prend une personne de payer tout ou partie du montant d’un effet de commerce à l’échéance, à la place du débiteur principal garanti qui a précédemment apposé sa signature sur le titre* »⁶⁰². Transposition du cautionnement dans le domaine des effets de commerce, l’aval n’en suit pas pour autant toute la réglementation. Cette divergence se rencontre notamment dans les rapports entre le donneur d’aval et le porteur. Alors que la caution peut opposer les exceptions inhérentes à la dette au créancier poursuivant pour se soustraire au paiement⁶⁰³, le principe en matière d’effets de commerce est celui de **l’inopposabilité des exceptions**⁶⁰⁴. En vertu de celui-ci, il est admis que le donneur d’aval soit tenu aussi rigoureusement que le débiteur qu’il garantit voire même de manière plus contraignante. Tel est le cas de la règle posée à l’article L.511-21 al. 8 du Code de commerce qui considère que l’obligation de l’avaliste est valable alors même que l’engagement garanti serait nul pour toute autre cause qu’un vice de forme⁶⁰⁵.

219. Cette particularité se justifie par la nature juridique de l’aval. Cette institution ne peut se réduire à n’être qu’un cautionnement solidaire. Les règles du droit cambiaire lui forgent un certain régime divergeant des principes classiques reconnus en droit des sûretés. Il en est ainsi du principe d’indépendance des signatures visé à l’article L.511-5 al. 2 du Code commerce qui confère à l’engagement de l’avaliste une indépendance renforcée à l’égard de la relation garantie. Or, les spécificités du droit cambiaire ne sauraient donner une justification pertinente à la méconnaissance du caractère accessoire de la sûreté opérée par l’article 1352-9 du Code civil. En effet, un tel raisonnement porterait atteinte à la logique juridique qui pose un strict cloisonnement de la matière générale et de la matière spéciale. Comme l’affirme M. Balat, le régime du droit spécial se singularise par la directive d’interprétation suivante : le droit spécial est d’application stricte, il ne saurait être étendu aux cas qu’il ne prévoit pas⁶⁰⁶. En ce

⁶⁰² Gibirila (D.), « L’aval », *Répertoire de droit commercial*, juil. 2018, n°1.

⁶⁰³ Article 2313 CCiv. : « *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur* ». Sur la réduction des exceptions inhérentes à la dette, voir les jurisprudences suivantes : Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *J.C.P. 2007. II. 10138* note P. Simler ; *D.2007*, p.2201, note D. Houtcieff ; *D.2008*, p.514, obs. L. Andreu ; *D.2008*, p.2104, obs. P. Crocq ; *Dr. et patr. janv. 2008*, p.514, obs. L. Aynès et P. Dupichot ; *R.D.C. 2007*, p.1226, obs. D. Houtcieff ; Cass., Com., 12 juil. 2011, n°09-71.113, *J.C.P. 2011*, p.1259, n°7, obs. P. Simler. De manière générale, V. : Simler (P.), « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », in *Mélanges Goubeaux*, 2009, Dalloz-L.G.D.J., p.497.

⁶⁰⁴ Geisenberger (B.), *L’aval des effets de commerce*, L.G.D.J. 1955, p.178 s. ; Gibirila (D.), préc., n°181.

⁶⁰⁵ Cass., Com., 21 déc. 1959, *D. 1960*, p.262, obs. X. Marin.

⁶⁰⁶ Balat (N.), *Essai sur le droit commun*, th. Paris, 2014, n°165, p.102 : « *le droit spécial doit être appliqué dans toute la mesure de son domaine d’application, mais dans cette seule mesure – appliquer le droit spécial à toutes les hypothèses qu’il vise, mais aux seules hypothèses qu’il vise* ». *Adde* : Lebeau (M.), *De l’interprétation stricte des lois – Essai de méthodologie*, th. Paris II, 2007, n°116 s., p.57 s. ; Carbonnier (J.), *Droit civil, T.I, Introduction – Les personnes – La famille*, PUF, « Quadrige », 2004, n°107, p.196 ; Goldie-Génicon (C.), « Droit commun et droit spécial », *R.D.A. n°7, fév. 2013*, p.29s ; Pollaud-Dulian (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p.925. Pour un exemple jurisprudentiel : Cass., Civ. 2^{ème}, 20 nov. 1974, n°73-12.640 : « *une disposition dérogatoire au droit commun (...) ne saurait être étendue au cas qu’elle ne prévoit pas* ».

sens, l’article 1352-9 du Code civil, énonçant une règle de portée générale, ne peut se justifier par des dispositions issues du droit spécial.

220. Synthèse. Le travail de redéfinition du caractère accessoire de la sûreté a permis de démontrer que l’article 1352-9 du Code civil en constituait une profonde remise en cause. Cependant, il ne s’agit pas là d’un cas isolé puisque plusieurs exceptions à l’accessoriété de la sûreté existent déjà tant dans la jurisprudence que dans la loi. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution se singularise toutefois par son absence de justification tangible. Cette règle ne répond à aucun des arguments traditionnellement avancés pour expliquer les dérogations au caractère accessoire de la sûreté. En revanche, elle présente toutes les caractéristiques rattachées à la notion de fiction juridique⁶⁰⁷ de sorte que l’on peut affirmer que la règle de **l’article 1352-9 du Code civil repose sur une survie fictive de la sûreté.** Après s’être maintenue, en dépit de l’anéantissement du contrat garanti, la sûreté va être transférée, toujours par le biais d’une fiction juridique, sur une nouvelle obligation découlant indirectement du contrat initial.

SECTION 2 : LE TRANSFERT FICTIF DE LA SÛRETÉ

221. L’article 1352-9 du Code civil entraîne une survie fictive de la sûreté. Cependant, cette disposition procède également à une nouvelle affectation de cette dernière : alors qu’elle garantissait l’obligation contractuelle, elle va être rattachée à l’obligation découlant de l’anéantissement contractuel. En vertu du principe de rétroactivité attaché à l’anéantissement contractuel, il semble difficilement concevable de lier l’obligation de restitution au contrat initial. Dès lors, comment expliquer ce « saut » de la sûreté d’une obligation à l’autre sans que ces dernières ne soient unies. La réponse à cette interrogation implique de rappeler que l’obligation de restitution est détachée du contrat initial (§1). Puis, il s’agit de démontrer que la sûreté est transférée d’une obligation à l’autre sans explication apparente (§2).

⁶⁰⁷ La fiction juridique se définit à partir de deux éléments : elle repose sur un artifice juridique et permet une mise à distance de la vérité juridique. L’article 1352-9 CCiv. en faisant primer des considérations économiques et sociales sur les textes juridiques correspond bien à cette définition. Par ailleurs, cette règle tend à nier la vérité juridique qui impose que la sûreté suive le sort du contrat qu’elle garantit. Sur la définition de fiction, V. : Leroyer (A-M.), *Les fictions juridiques*, th. Paris I, 1995, p.7 ; Woodland (P.), *Le procédé de fiction dans la pensée juridique*, th. Paris II, 1981, p.41 ; Caire (A.-B.), « Les fictions en droit », in *Les artifices du droit : les fictions*, p.136 ; Bassano (M.), « Sur la fiction. En guise d’accroche », in *Les artifices du droit : les fictions*, p.17 ; Goltzberg (S.), « De quoi la fiction est-elle l’absence ? », in *Les artifices du droit : les fictions*, p.103-108.

§1. Le détachement de l’obligation de restitution du contrat initial

222. Pour déterminer le lien entre l’obligation de restitution et le contrat anéanti, il convient de rechercher le fondement juridique de celle-ci (A). Une fois cette étape passée, il s’agira d’en tirer les conséquences, ce qui permettra de conclure à un détachement de l’obligation de restitution par rapport au socle contractuel initial (B).

A. *Le fondement des restitutions*

223. La détermination du fondement juridique des restitutions est importante dans le cadre de notre objet étude. En effet, selon que les restitutions sont rattachées au socle contractuel ou non, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution sera plus ou moins justifiable. Si certaines propositions doctrinales ont imaginé des solutions extrêmes en voyant dans les restitutions un lien direct avec le contrat ou avec les règles de responsabilité délictuelle (1), la majorité de la doctrine suggère une lecture plus nuancée du phénomène restitutionnel. Leur nature juridique serait assimilée à la matière quasi-contractuelle (2).

1) *Les fondements écartés*

224. Certains auteurs, sous l’influence du droit anglais et allemand, ont considéré que les restitutions avaient un fondement contractuel (a). D’autres ont fait le choix d’une analyse strictement opposée en voyant dans les restitutions une forme d’application du régime de la responsabilité délictuelle (b).

a) *Le rejet du fondement contractuel des restitutions*

225. **L’émergence d’un fondement contractuel aux restitutions.** Sous l’impulsion des droits étrangers⁶⁰⁸, certains auteurs ont tenté de démontrer que les restitutions pourraient avoir

⁶⁰⁸ La doctrine allemande s’est longtemps interrogée sur la portée de la rétroactivité attachée à la résolution et à la nullité contractuelle. Les différentes réflexions menées ont abouti à l’émergence de **la théorie du rapport de liquidation**, aux termes de laquelle les restitutions auraient vocation à venir supprimer un déséquilibre engendré par l’exécution défectueuse du contrat et seraient donc directement liées à ce dernier. C’est Ernest Wolf, dans un article intitulé « Rücktritt Vertretenmüssen und Verschulden », qui fut le premier à développer cette théorie en étudiant l’impact de la résolution sur le contrat anéanti ; cette institution entraîne la fin de l’obligation initiale tout en maintenant le socle contractuel pour épouser les opérations de restitutions et d’indemnisation. V. Wolf (E.), « Vertretenmüssen und Verschulden », *Archiv für die civilistische Praxis*, T.CLI (1953), p.97. Pour une analyse similaire, V. : Larenz (K.), *Schuldrecht*, AT 14^{ème} éd., 1987. *Adde* : RG, 25 janv. 1911, RGZ75, 201 : « la résolution (Rücktritt) était une cause d’extinction, non seulement des obligations non encore exécutées, mais du contrat dans son ensemble. La résolution était même censée produire un effet rétroactif, c’est-à-dire que le contrat devait être considéré comme n’ayant jamais été conclu (...). Cette théorie est aujourd’hui abandonnée par presque tous les auteurs ». V. Wintgen (R.), art. préc., *R.D.C.* 2006, n°2, p.543. L’approche allemande a été

un fondement contractuel. Une telle analyse puise son origine dans les écrits de Mme Malaurie qui voit dans les restitutions, un reflux de la prestation initiale⁶⁰⁹. Une telle affirmation sous-entend que celles-ci resteraient sous la dépendance du rapport initial. Reconnaître un fondement contractuel aux restitutions implique en corollaire une réduction de la rétroactivité liée à l'anéantissement contractuel. En effet, la contractualisation du phénomène restitutoire implique que la rétroactivité n'ait pas remis en question le socle contractuel initial. Ce constat implique donc de s'interroger sur la place de la rétroactivité en matière de restitution : faut-il appliquer aveuglément cette notion en détruisant tout le passé contractuel ou une approche plus souple, consistant à maintenir certains éléments ?

226. C'est Mme Rigalle-Dumetz qui a formulé une première proposition en matière d'abord en matière de résolution. Elle a considéré que la place de la rétroactivité devait être

reprise en droit coréen. En ce sens, le professeur Myoung considère que la théorie du rapport de liquidation et la survie du socle contractuel permettent d'expliquer le maintien de la sûreté sur l'obligation de restitution. V. : Myoung (S.-K.), *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, préf. Ghestin (J.), Paris, L.G.D.J, 1996. L'auteur précise toutefois que lorsque la rétroactivité conserve une place importante en droit coréen et lorsque la jurisprudence applique la théorie du rapport de liquidation, elle le fait de manière parcimonieuse et moins tranchée que dans le droit allemand. Le droit suisse a également fait application de la théorie du rapport de liquidation. Selon les juristes helvétiques, le contrat constitue le fondement des restitutions de sorte que la résolution ne remet pas en cause le socle contractuel qui va devenir le titre juridique sur lequel repose les restitutions. V. : Cherpillod (Y.), « Les causes d'extinction des contrats en droit suisse », in *Les clauses de résiliation dans les contrats internationaux, R.D.I.A./IBL 1997*, n°7, p.918. *Adde* : T.F., 5 sept. 1984, *R.T.D. civ. 1985*, p.824, obs. Grossen et Guillod. La doctrine anglaise a développé une approche similaire au travers de la notion « **d'implied contract** ». Cette dernière se définit comme « *un contrat déduit, par la loi, à partir d'actes, de circonstances ou de relations...* ». Sur cette définition, V. : Jowitt's Dictionary of English Law, 5th ed. (consultable en ligne : <https://uk-westlaw-com>). *Adde* : Hedley (S.), « Implied contract and restitution », *C.L.J. 2004*, 63 (2), p.435 : « *Implied contract is here the what, not the why – if a legal remedy is given, it consists in treating the parties as if they had contracted* ». L'application de ce concept aux restitutions conduit à traiter ces dernières comme une forme d'obligation contractuelle. Le professeur Hedley, dans un article datant de 2004, intitulé « *Implied contract and restitution* » a relancé cette notion qui s'était perdue dans les écrits doctrinaux traditionnels. Selon l'auteur, l'enrichissement sans cause ne peut suffire à fonder les restitutions. *L'implied contract* serait un moyen de suppléer les faiblesses de l'analyse quasi-contractuelle des restitutions. « *L'implied contract* » résulte ainsi d'un regard neuf sur la définition du contrat et sur la limitation de la matière contractuelle ; lui reconnaître un caractère fictif comme l'ont fait certains auteurs procède d'une volonté de maintenir les limites contractuelles traditionnelles qui ne semblent plus adaptées au contexte économique-social actuel. Sur ces questions, V. : Birks (P.), *An introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Paperbacks 1985 ; Birks (P.), *Unjust Enrichment*, 2nd ed., 2005 ; Virgo (G.), *The principles of the Law of Restitution*, New York, Oxford University Press, 2006 ; Garner (B.-A.), *Black's Law Dictionary*, 8^{ème} éd., St. Paul, Thomson West, 2004, p.1339 : « *A body of substantive law in which liability is based not on tort or contract but on the defendant's unjust enrichment* » ; Goff (R.) et Jones (G.), *The Law of Unjust Enrichment*, Sweet and Maxwell, 1966, note 24, p.729 : « *Briefly, it is that the law of Restitution is the law relating to all claims, quasi-contractual or otherwise, which are founded upon that principle (principle of unjust enrichment).* » ; Burrows (A.), « *In defence of unjust enrichment* », *C.L.J. 2019*, p.521. Pour une remise en cause de la théorie de l'enrichissement sans cause comme fondement des restitutions, V. : Hedley (S.), « *Unjust enrichment as the Basis of Restitution – an Overworked Concept* », *1985 5LS 56* ; « *Farewell to Unjustified Enrichment : a common law Response* », *2016, 20 Edin L.R. 326* ; Stevens (R.), « *The Unjust Enrichment Disaster* », *2018, 134 LQR 574* ; Smith (L.), « *Restitution : a new start ?* » in *Devonshire and Havelock, The Impact of Equity and Restitution in Commerce, 2018*, ch.5.

⁶⁰⁹ Malaurie (M.), th. préc., p.101-102.

atténuée⁶¹⁰. Elle démontre que les droits personnels de la relation initiale entre les parties se maintiennent en phase de restitution⁶¹¹. De même, en matière de droit réel, la mise en œuvre de la résolution ne conduit pas forcément à leur anéantissement complet, tout dépend du régime prévu par le droit des biens⁶¹². L’analyse suggérée par l’auteur invite donc à conclure à une réduction du phénomène rétroactif au profit d’un maintien du socle contractuel pendant la phase de restitution⁶¹³.

227. La nullité contractuelle s’est quant à elle montrée plus réticente à l’idée de suppression de son caractère rétroactif. Cette institution a vocation à sanctionner le vice de formation d’un contrat, ce dernier étant alors censé n’avoir jamais existé. Cependant, la thèse de doctorat soutenu par René Japiot en 1909 est venue apporter un regard neuf sur ces questions⁶¹⁴. L’auteur rejette la conception traditionnelle de l’acte-organisme aux termes de laquelle le contrat nul serait en quelque sorte mort-né⁶¹⁵. Il voit dans la nullité un droit de critique de l’acte juridique qui aurait tout de même accédé à la vie juridique⁶¹⁶, et qui pourrait donc techniquement se maintenir pour épouser les restitutions. Cette idée d’une survie du socle contractuel en phase restitutoire est corroborée par des règles pratiques, notamment en matière d’application de la loi dans l’espace et le temps⁶¹⁷ et détermination des juridictions compétentes⁶¹⁸. En vertu de celles-ci, l’obligation de restitution tend à être traitée comme une

⁶¹⁰ Rigalle-Dumetz (C.), th. préc., 2003, p.368, n°600 : « *Les études consacrées aux restitutions consécutives à la résolution ne semblent pas pouvoir se passer de la rétroactivité (...) ces deux conceptions reposent sur un postulat qui s’avère inexact : l’analyse des restitutions ferait intervenir la rétroactivité* ».

⁶¹¹ Rigalle-Dumetz (C.), th. préc., p.376 s., n°614 s.

⁶¹² Rigalle-Dumetz (C.), th. préc., p.391 s., n°639 s.

⁶¹³ Cette vision est d’ailleurs reprise en jurisprudence puisque les juges n’hésitent pas à maintenir certaines clauses contractuelles en phase de restitution. Cf. *infra* n° 358. *Adde* : l’article 1230 CCiv. qui rompt expressément avec le caractère rétroactif traditionnellement assigné à cette institution.

⁶¹⁴ Japiot (R.), *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, th. Dijon, Rousseau (A.), Paris, 1909.

⁶¹⁵ Japiot (R.), th. préc., p.137 s.

⁶¹⁶ Cette idée a par la suite été reprise dans plusieurs analyses doctrinales. *Ex* : Etienney (A.), *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l’obligation*, Bibl. dr. privé, T.CDLXXV, L.G.D.J., p.81, n°120.

⁶¹⁷ Sur les questions d’application de la loi dans l’espace, V. : article 12 du règlement Rome I du 17 juin 2008. Cet article dispose que le domaine de la loi contractuelle intègre en son sein « *les conséquences de la nullité du contrat* » (art. 10-e). La Pradelle (G.), *Les conflits de lois en matière de nullités*, th. Paris, 1965, L.G.D.J. 1967, T.VIII, n°192. *Adde* : Battifol (H.) et Lagarde (P.), *Droit international privé*, 5^{ème} éd., T.II, 1971 ; Gaudemet-Tallon (H.), « Le nouveau droit international privé des contrats », *R.T.D.E. 1981*, p. 215. Sur le règlement Rome I, V. : Marmisse-d’Abbadie d’Arrast (A.), « Règlement CE n°596/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *R.T.D. com. 2008*, p.892 ; Dargent (L.), « Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *D.2008*, p.1815. Bousiges (A.), th. préc., p.20 s. ; Ancel (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, L.G.D.J., Economica, 2002, n°83, p.58 ; Ponsard (A.) et Blondel (H.), *Rép. int.*, Dalloz, v° « nullité » ; Monod (M.), *La résolution des contrats synallagmatiques parfaits, Etude comparative de droit suisse et de droit français*, th. Lausanne, 1987. Sur l’application de la loi dans le temps, et notamment l’application des nouvelles dispositions issues de l’ordonnance du 10 février 2016, V. : Bénabent (A.), « La « digestion » de la réforme (entrée en vigueur) », *R.D.C. 2016*, p.608.

⁶¹⁸ Sur les juridictions compétentes en droit interne, V. : Cass., Soc., 8 avr. 1957, *J.C.P. 1958*, 10400 ; CA Toulouse, 9 août 1860, *D.P. 1861*, 5, 96 : la compétence du juge d’exception disparaissait par le prononcé de la nullité et les conséquences de cette sanction devaient être traitées devant les juridictions de droit commun. Ce partage de compétence a, par la suite, été remis en cause par la majorité de la doctrine. V. : Gout (O.), *Le juge et*

obligation contractuelle, ce qui a fait dire à certains auteurs que la phase restitutoire devait naturellement être rattachée au contrat initial⁶¹⁹ et se voir reconnaître un fondement contractuel.

228. Les insuffisances du fondement contractuel. L’admission d’un fondement contractuel a un impact important quant à notre objet d’étude. En effet, cette analyse permettrait de valider le report de la sûreté sur l’obligation de restitution sans trop de difficulté. Pour être plus précise, d’un point de vue terminologique, il ne serait plus question d’un report de la sûreté sur l’obligation de restitution mais plutôt d’un maintien de celle-ci. Autrement dit, la sûreté poursuivrait son existence et garantirait une nouvelle obligation affectée au contrat. La contrariété à la rétroactivité, si souvent invoquée en doctrine, n’aurait alors plus lieu d’être. Toutefois, cette analyse semble tout de même difficilement justifiable pour au moins deux raisons. D’une part, nous estimons que les auteurs qui ont soutenu le fondement contractuel des restitutions ont confondu fondement des restitutions et lois applicables aux restitutions. Ainsi, placer les restitutions sous l’égide de la loi du contrat ne suffit pas à considérer que ces dernières ont un fondement contractuel. Il s’agit là de deux choses indépendantes : le fondement tient à la nature des restitutions tandis que la loi applicable se réfère à son régime. D’autre part, les libertés prises avec la notion de rétroactivité nous semble parfois excessive. Certes, en matière de résolution, il est possible d’admettre que le contrat n’est pas remis en cause puisque cette sanction résulte d’un défaut dans son exécution et non d’un vice lors de sa formation. En revanche, ce raisonnement n’est pas transposable au cas de nullité, où le contrat n’a pas pu être formé complètement et de manière satisfaisante. Ainsi, reconnaître un fondement contractuel aux restitutions conduirait à faire fi de la notion de rétroactivité attachée à la nullité, ce qui semble difficilement concevable. L’accueil réservé à la thèse de Japiot démontre l’impossibilité de se passer d’une nullité rétroactive. En effet, l’auteur avait conçu une définition de la nullité qui n’impliquait pas une mise en œuvre de la rétroactivité aveugle⁶²⁰ ; si la majorité doctrinale a salué les travaux de recherche effectués sur ce point, ses théories n’ont jamais trouvé d’application concrète en jurisprudence⁶²¹. Nous en voulons pour preuve un arrêt en date du 21 mars 1978, où la Haute juridiction considère que « *la nullité prononcée a pour effet de remettre les*

l’annulation du contrat, préf. Ancel (P.), Aix-en-Provence, PUAM, 1999, n°219, p.154 ; Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.416 s., n°722 s. *contra* : B.P. note sous Cass., Soc., 8 avr. 1957, *J.C.P. G.1958*, 10400. Sur les juridictions compétentes en droit international, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, *Rev. crit. DIP 1983*, p.516, obs. H. Gaudemet Tallon : la compétence juridictionnelle des Etats membres de l’Union Européenne est traitée par le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000. L’article 5.1 de ce règlement prévoit une compétence spéciale et dispose que le défendeur peut être attrait « *en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l’obligation qui sert de base la demande a été ou doit être exécutée* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que cette option de compétence était applicable à une action en nullité du contrat.

⁶¹⁹ Gout (O.), th. préc., p.154, n°219 : « *statuer sur la nullité du contrat, c’est bien statuer en matière contractuelle* ».

⁶²⁰ Wintgen (R.), art. préc., *R.D.C. 2008*, n°1, p.73 : « *une décision qui se borne à constater qu’un acte est affecté dès l’origine d’un vice qui l’empêche de produire ses effets n’entraîne aucune modification rétrospective de l’ordonnement juridique. Elle ne produit donc pas d’effet rétroactif* ».

⁶²¹ Cf. *supra* n° 10.

choses dans l'état où elles se trouvaient avant la formation du contrat et ne laisse pas subsister les clauses destinées à sanctionner l'inexécution dudit contrat »⁶²².

229. On objectera au maintien de la rétroactivité en matière de nullité, la tendance actuelle consistant à éviter de revenir sur les exécutions contractuelles passées⁶²³. Cependant, cette trajectoire prise par la jurisprudence ne procède en aucun cas d'un abandon de la rétroactivité mais davantage d'une redéfinition de cette notion complexe. Longtemps perçu comme un effacement du passé, impossible d'un point de vue matériel⁶²⁴, la rétroactivité a muté vers une définition plus neutre sous l'influence de M. Stolfi. Elle apparaît dès lors comme « *la comparaison juridique et économique, mais non effective et matérielle de deux états de droits différents* »⁶²⁵. Les auteurs français, à l'instar de M. Merle, ont suivi cette vision en distinguant la rétroactivité technique, procédé purement descriptif consistant à faire produire des effets à un acte ou un fait juridique sur une situation antérieure et la rétroactivité fiction, qui constitue un mécanisme d'antidate⁶²⁶. Or, même si l'on considère que c'est la rétroactivité technique qui est mise en œuvre en matière de nullité, cela implique un détachement des restitutions du socle contractuel initial⁶²⁷. Cette définition renouvelée de la rétroactivité peut aisément être transposée au cas de la résolution. En effet, cette dernière ne supprime plus les effets passés mais établit une comparaison entre deux états, ce qui s'accorde parfaitement avec l'idée selon laquelle en matière de résolution le contrat initial a été valablement formé et ne doit donc pas être complètement remis en question.

⁶²² Cass., Soc., 21 mars 1978, *Bull. civ.* V, n°218. En ce sens, il a été admis que la clause pénale ne jouait pas en matière de nullité : Cass., Com., 20 juil. 1983, *Bull. civ.* IV, n°230, *D.1984*, p.422, obs. J.-L. Aubert.

⁶²³ Cette volonté de limiter l'effet rétroactif de la nullité se retrouve à plusieurs niveaux : la nullité est parfois remplacée par des sanctions non rétroactives, l'effet rétroactif de la nullité est parfois mis de côté notamment en matière de droit des sociétés ou pour les contrats à exécution successive et la théorie de la putativité, initialement conçu en matière de mariage a pu être transposée dans d'autres domaines. Sur ces questions V. : Malaurie (P.), obs. sous Cass., Soc., 8 avr. 1957, *D.1958*.J.221. *Adde* : Carbonnier (J.), *Droit civil*, vol.2, n°1022, p.2101 ; Larroumet (C.) et Bros (S.), *Droit civil, les obligations, le contrat*, Economica, T.III, 8^{ème} éd., 2016, p.578, n°574 ; *Cf. infra* n° 481 s.

⁶²⁴ Ormesson (J.), *Presque rien sur presque tout*, Gallimard, 1996, p.61 : « *Il n'est pas possible de changer le sens du passé ; c'est un exercice assez cher aux grandes âmes. Le regret, le remords, le repentir, la grâce, l'ambition, l'amour, la volonté, le pardon sont tout à fait capables de transformer le passé. Mais il leur faut faire avec ce qu'ils ont : il ne leur est pas permis d'effacer l'événement, il leur est seulement permis de le transfigurer* ».

⁶²⁵ Stolfi (G.), « *Natura giuridica del negozio d'accertamento* », *Rivista di diritto processuale*, 1933, I, p.172.

⁶²⁶ Merle (R.), *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, th. Toulouse, Rousseau & Cie, 1948, p.328, n°141.

⁶²⁷ Merle (R.), th. préc., n°241, p.328 : « (l'effet rétroactif) *est la réaction immédiate d'un acte ou d'un fait juridique sur la situation antérieure qui est mise en harmonie avec la situation nouvelle par des destructions ou des consolidations d'actes juridiques antérieurement valables ou inefficaces. Aussi l'effet rétroactif, contrairement à ce que suggère la terminologie qui l'exprime, se produit-il au jour même de la réalisation de l'acte ou du fait auquel il est attaché* ». Pour une lecture similaire, V. : Demogue (R.), « *Valeur et base de la notion de rétroactivité* », *Mélanges Del Vecchio*, Modène, 1930, T.I, p.163 : l'effet rétroactif « *produit dans l'avenir des conséquences telles qu'un acte qui, pendant un certain temps, était considéré comme régulier, ayant des conséquences juridiques, est traité désormais comme un fait illicite et non venu* » ; Mercoli (S.), *La rétroactivité dans le droit des contrats*, th. Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p.29, n°13 : l'auteur considère que l'effet rétroactif serait un « *effet immédiat déguisé* », et, que rétroagir signifie « *avant tout de modifier le présent ou, plus exactement, c'est agir sur le présent du passé...* ».

230. Si l'approche contractualiste des restitutions peut sembler séduisante au premier abord, surtout en ce qu'elle justifierait aisément le transfert de la sûreté de l'obligation initiale à l'obligation de restitution, elle présente certaines limites. Il en est de même concernant l'analyse délictuelle des restitutions.

b) Le rejet du fondement délictuel des restitutions

231. Les origines du fondement délictuel des restitutions. Ces deux institutions sont régulièrement assimilées en ce qu'elles ont pour fonction une remise en l'état des patrimoines⁶²⁸. La responsabilité délictuelle a un champ d'application plus large que la nullité ou la résolution contractuelle, puisqu'elle a vocation à être mise en œuvre dès qu'un préjudice est constatable. En revanche, les restitutions sont détachées de toute condition de préjudice : elles sont mises en œuvre dès lors que le jeu de la rétroactivité démontre un déséquilibre, entre l'état patrimonial antérieur et l'état actuel, sur lequel il convient de revenir. Si en théorie les domaines respectifs de ces deux institutions semblent bien délimités, tel n'est pas le cas en pratique en raison d'une évolution dans la conception des restitutions. Ces dernières ont dans un premier temps été perçues de manière objective⁶²⁹. Autrement dit, il était nécessaire de procéder à des restitutions et ce sans tenir compte du comportement des parties. Il s'agissait là d'une véritable application du principe de flux-reflux, analysé par Mme Malaurie-Vignal⁶³⁰. Cependant, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas confirmé cette vision objectiviste des restitutions. L'article 1352-2 du Code civil atteste du changement de perception opéré en disposant que la restitution en valeur d'une chose vendue se fait au prix de vente lorsque le restituant est de bonne foi ou à la valeur de la chose au jour de la restitution, si cette dernière est supérieure au prix de vente, dans le cas inverse. De manière analogue, l'article 1352-7 du Code civil tient compte de la bonne foi des parties lorsqu'il est question de la restitution des intérêts, des fruits et de la jouissance⁶³¹. Cette prise en compte du comportement des parties

⁶²⁸ Cf. *infra* n° 379 s.

⁶²⁹ Génicon (T.), th. préc., p.654, n°906 ; Malaurie (M.), th. préc., p.147 ; Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.390, n°671.

⁶³⁰ Cf. *supra* n° 65. *Adde* : Stoffel-Munck (P.), note sous Cass., Civ. 1ère, 11 mars 2003 et Cass., Civ. 3ème, 12 mars 2003, *R.D.C. 2004*, p.265 : « les restitutions, à la différence de la résolution opèrent aveuglément et n'est qu'une sorte de phénomène mécanique, un système de vases communicants qui fonctionne machinalement et donc de façon purement objective ».

⁶³¹ Le restituant de bonne foi ne les doit qu'au jour de la demande tandis qu'en cas de mauvaise foi, la restitution des accessoires s'étend à partir du paiement. V. : Pellet (S.), « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *J.C.P. G 2016*, n°24, p.676.

dans l'établissement du compte de restitution⁶³², qui tend à obscurcir la frontière entre restitution et responsabilité⁶³³.

232. Le détachement des restitutions de la matière délictuelle. Même si l'argumentaire semble en apparence irréprochable, les restitutions ne peuvent être rattachées au fondement délictuel pour des raisons tant techniques que téléologiques. La subjectivisation des restitutions ne modifie pas sa fonction, qui est bien distincte de la responsabilité. En effet, elles ont vocation à revenir sur un déplacement patrimonial et non à réparer un préjudice. Cette différence de finalité a des répercussions sur la mise en œuvre des deux institutions : les restitutions forment une sorte de pont entre le contrat anéanti et la mise en œuvre de la responsabilité. Autrement dit, il s'agit d'abord d'opérer un retour au *statu quo ante* en procédant aux restitutions avant d'envisager la réparation d'un éventuel préjudice⁶³⁴. La responsabilité civile présenterait donc un degré supplémentaire d'éloignement à l'égard du contrat par rapport aux restitutions qui auraient la primauté dans les opérations de liquidation. Ainsi, assimiler les restitutions à la responsabilité civile apparaît excessivement réducteur en ce que ces deux institutions présentent une logique et un régime différents. Certes les deux ont vocation à revenir sur un échange patrimonial mais elles le font dans des proportions différentes et à des moments distincts.

233. Les restitutions ne peuvent être rattachées au socle contractuel, ni reliées à la responsabilité délictuelle. La nature juridique de celles-ci se trouvent donc dans une position plus nuancée.

2) *Le fondement quasi-contractuel des restitutions*

234. Les fondements contractuels et délictuels des restitutions ne semblant pas adaptés, il convient de s'interroger sur la possibilité de lier les restitutions aux quasi-contrats, comme

⁶³² La mise en œuvre de la responsabilité nécessite un comportement irréprochable de la part du demandeur. En ce sens : Cass., Mix., 9 juil. 2004, n°02-16.302, *D.2004*, p.2175, obs. C. Tuillon ; *A.J.D.I. 2005*, p.331, obs. F. Cohet-Cordey ; *R.T.D. civ. 2005*, p.125, obs. J. Mestre et B. Fages ; *R.D.C. 2005*, p.280, obs. P. Stoffel-Munck. La reconnaissance d'un caractère subjectif tend à imposer cette même condition à l'égard du demandeur à l'action en restitution.

⁶³³ Cass., Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1979, *Bull. civ. I*, n°279, *D.1980*, IR, p.264, obs. J. Ghestin. *contra* : Jhering (R.), *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Oeuvres choisies, trad. O. De Meulanaere, T.II, 1893.

⁶³⁴ Terré (F.), Simler (P.) et Lequette (Y.), *Droit civil, les obligations*, 12^{ème} éd., Précis Dalloz, 2018, n°585, p.660 : « l'annulation d'un contrat peut assurément laisser subsister, abstraction faite de toute considération de restitutions, un préjudice à la charge de l'une ou de l'autre partie : des frais ont pu être engagés inutilement ; du temps a été perdu ; la conclusion d'un contrat nul a pu conduire à écarter d'autres offres ou possibilités ; des bénéfices escomptés ont été perdus ». Adde : Picod (Y.), préc., n°173 : « « la réparation étant par principe intégrale, elle peut concerner l'ensemble des préjudices, sous réserve de l'hypothèse où la réparation est déjà compensée par le biais des restitutions ». Pour une mise en œuvre pratique : Cass., Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2017, n°16-24.170, *D.2018*, p.371, obs. M. Mekki ; *A.J.D.I. 2018*, p.378, obs. F. Cohet ; *AJ. contrat 2018*, p.193, obs. C.-E. Bucher ; *R.T.D. civ. 2018*, p.421, obs. P. Jourdain ; *R.T.D. civ. 2018*, p.661, obs. H. Barbier ; *J.C.P. N. 2018*, obs. J.-M. Delperier.

cela prévalait antérieurement à la réforme du droit des obligations. S’il apparaît que les restitutions sont de nature quasi-contractuelle, la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution deviendra difficilement justifiable au regard du principe de rétroactivité. En effet, la réaffectation de la sûreté sur l’obligation de restitution, qui se trouve détachée du socle contractuel initial, pose inévitablement question. Pour confirmer cette intuition, il convient de vérifier que l’obligation de restitution, telle que pensée par la réforme, a bien un fondement quasi-contractuel, et d’en tirer toutes les conséquences.

235. Le fondement des restitutions : les règles quasi-contractuelles. Ce fondement autonome reconnu aux restitutions n’empêche pas de rattacher celles-ci aux règles quasi-contractuelles. Les nouveaux articles 1352 et suivants du Code civil sont en ce sens. Ce lien entre ces deux institutions était d’ailleurs déjà bien marqué avant la réforme du droit des obligations. En effet, les tribunaux avaient fréquemment recours aux règles de la répétition de l’indu pour traiter des restitutions⁶³⁵. Ce choix n’a pas de quoi surprendre : une fois le contrat anéanti par le biais de la résolution ou de la nullité, les paiements effectués deviennent indus et doivent faire l’objet d’une répétition. Selon la même logique, la doctrine et la jurisprudence ont parfois considéré que les restitutions se rattachaient aux règles relatives à l’enrichissement sans cause⁶³⁶. Là encore le lien fait entre ces deux institutions apparaît des plus logiques : comme le relèvent Colin, Capitant et Julio de la Morandière, les restitutions reposeraient sur l’inequité résultant de l’enrichissement conservé par une partie⁶³⁷. Autrement dit, l’anéantissement rétroactif engendre un déséquilibre patrimonial où une partie a pu s’enrichir au détriment de l’autre. Contrairement à toute attente, l’ordonnance du 10 février 2016 se situe dans la droite ligne de ces solutions antérieures. En effet, bien qu’ayant inséré la question des restitutions dans un titre portant sur le « régime général des obligations », cette dernière continue de lier les restitutions aux régimes des quasi-contrats. La doctrine reconnaît ainsi qu’il est illusoire de penser que les restitutions ont été détachées de toute institution pour former un régime autonome ; elles restent modeler par les règles des quasi-contrats et empruntent notamment beaucoup au paiement de l’indu⁶³⁸.

⁶³⁵ Cass, Req, 5 déc. 1888, *D.P.1902*, I, 360 ; Cass, Req., 2 mai 1882, *D.P. 1903*, I, 168. *contra* : Cass., Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n°00-21.278, *Bull. civ. I*, n°218, *D.2003*, p.369, obs. J-L. Aubert ; *R.T.D. civ. 2003*, p.284, obs. J. Mestre : “*Les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l’indu mais seulement des règles de la nullité*” ; Cass., Com., 18 déc. 1961, *Bull. civ. III*, p.424, n°485 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 20 fév. 1973, *Bull. civ. III*, p.106, n°147 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 22 juil. 1992, *Bull. civ. III*, p.161, n°263 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, *R.T.D. civ. 2003*, p.284, obs. J. Mestre et B. Fages. Pour une analyse doctrinale similaire : Bousiges (A.), *Les restitutions après annulation ou résolution d’un contrat*, th. Poitiers, 1982, p.40 s. ; Rigalle-Dumetz (C.), *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.30, 2003, n°594.

⁶³⁶ CA Bordeaux, 27 mai 1874, *S.1872.2.101* ; Cass, Com, 16 déc. 1975, *Bull. civ. IV*, n°308. C’est également le choix fait par certains système étranger, V. : Birks (P.), *An introduction to the Law of Restitution*, Claredon Paperbacks 1985.

⁶³⁷ Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, T.II, Dalloz, 11^{ème} éd. par L. Julliot de la Morandière, 1959, n°1314.

⁶³⁸ Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y-M), *ouvr. préc.*, p.918 : « *Il restera à voir si des textes rédigés essentiellement dans la perspective de l’indu ne conduiront pas à des difficultés pratiques lorsqu’il s’agira de les appliquer dans des terres éloignées* ».

236. L’ordonnance du 10 février 2016 s’est détachée de l’analyse contractualiste et délictuelle des restitutions. Elle a fait le choix de rapprocher les restitutions du régime quasi-contractuel, entraînant ainsi plusieurs conséquences qui ne sont pas neutres au regard de la question du report de la sûreté sur l’obligation de restitution.

B. Les conséquences du régime quasi-contractualiste des restitutions

237. L’isolationnisme temporel de l’obligation de restitution⁶³⁹. Les restitutions forment un point dans le temps. **Elles ne sont tout d’abord pas tournées vers le passé.** Le contrat prend fin par la mise en œuvre de la nullité ou de la résolution. Comme il a été précédemment démontré, un consensus doctrinal se fait autour de l’idée selon laquelle l’anéantissement du contrat implique la mise en œuvre de la rétroactivité⁶⁴⁰. La question qui se pose inévitablement est de savoir si cette institution est rattachée aux restitutions ou à la sanction

⁶³⁹ Sur la notion de temps en général, V. : Klein (E.), *Le temps*, coll. Dominos, Flammarion, 1995 ; Barreau (H.), *Le temps*, PUF, 1996 ; Elias (N.), *Du temps*, coll. Agora, Pocket, éd. Fayard, 1996, p.125. Plus précisément en droit : Putman (E.), « Le temps et le droit », *Dr. et patr.* 2000, p.43.

⁶⁴⁰ Wintgen (R.), art. préc., *R.D.C. 2008*, p.73 : L’auteur explique que la notion de rétroactivité a connu un grand succès tant en droit français qu’en droit comparé. Pour les auteurs français en faveur de la rétroactivité de la nullité et de la résolution, V. : Flour (J.), Aubert (J.), Savaux (E.), *Droit civil, les obligations – le rapport d’obligation*, vol.3, Sirey Université, 8^{ème} éd., 2013, p.241, n°246 ; Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y.-M.), *ouvr. préc.*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., p.1403, n°2716 ; Larroumet (C.) et Bros (S.), *ouvr. préc.*, *Economica*, T.III, 9^{ème} éd., 2018, p.529, n°552 ; Marty (G.), Raynaud (P.), Jestaz (P.), *Droit civil, les obligations*, T.I, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p.239, n°234 ; Mazeaud H., L. et Chabas (F.), *ouvr. préc.*, T.II, vol.1, 9^{ème} éd., 1998, p.324, n°331 ; Weill (A.) et Terré (F.), *Droit civil, les obligations*, 3^{ème} éd., p.566, n°489 ; Veaux (D.), « Nullité ou rescision des conventions, les effets de la nullité », *J.-Cl. Civil*, art. 1304 à 1314 du Code civil, fasc.4, fasc.131 et 132 ; Guerriero (M.-A.), *th. préc.*, p.386 ; Deprez (J.), *th. préc.*, n°155 ; Perrin (M.), *Le dol dans la formation des actes juridiques*, th. Paris, 1931, p.148 ; Malaurie (M.), *th. préc.*, p.74 ; Picod (Y.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Nullité », mars 2013 (actualisation : fév. 2019), n°82 ; Serinet (Y.-M.), « L’effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », in Fontaine (M.), Viney (G.) (ss. dir.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruyant-L.G.D.J., 2001, p.589. En droit belge, V. : Delvaux (P.-H.), « Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution », in *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles, étude de droit comparé*, ss. dir. M. Fontaine et G. Viney, Bruylant et L.G.D.J., 2001, p.674. En droit coréen, V. : Myoung (S.-K.), *th. préc.*, p.214, n°244 où l’auteur liste l’ensemble des auteurs qui soutiennent la rétroactivité de la résolution. En droit chinois, v. : Chang (M.P.-H.), *La résolution du contrat pour inexécution. Etude comparative du droit français et du droit chinois*, préf. Légier (G.), Aix-en-Provence, PUAM, 2005. En droit québécois et canadien, V. : Fréchette (P.), *th. préc.*, p.69 ; Mignault (P.-B.), *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil »* de F. Mourlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux, Montréal, C. Théoret, 1901 ; Lluelles (D.), Moore (B.), *Droit des obligations*, Thémis 2^{ème} éd., 2012 (droit québécois). Le droit espagnol fait référence au concept de « Retroactividad », V. : Alvarez Vigaray (R.), *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 2003 ; Lopez Beltran De Heredia (C.), *La nulidad de los contratos*, 2009 ; San Miguel Pradera (L.-P.), *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, 2004. En droit italien, V. : Zappuli, « Retroattività », *Nuovo Digesto Italiano*, T.XII. En droit allemand, il est question de « Rückwirkung », V. : Pédamon (M.), *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 1993. Enfin, le droit anglais traite du concept de « Retrospectivity », V. : Stone (R.), *Principles of Contract Law*, 4^{ème} éd., 2000, p.298. *contra* : Rigalle-Dumetz (C.), *th. préc.*, p.374 et s., n°610 et s. ; Bousiges (A.), *Les restitutions après annulation ou résolution d’un contrat*, th. Poitiers, 1982.

provoquant l'anéantissement contractuel. Cette interrogation n'est pas neutre : si nous admettons la première proposition, force est de conclure que les restitutions ne sont pas détachées du contrat puisqu'elles vont revenir immédiatement dessus⁶⁴¹. Mais telle n'est pas la position des auteurs classiques, pour qui le procédé de rétroactivité est associé aux notions de nullité⁶⁴² et de résolution⁶⁴³. Deux conséquences peuvent être déduites de ce constat : d'une part, le contrat disparaît en laissant subsister une situation de fait, d'autre part, cette dernière va se trouver automatiquement réglée par le procédé de restitution. **L'existence d'une telle situation crée un hiatus entre le contrat anéanti et les restitutions**, empêchant, ainsi, de reconnaître à ces dernières une consistance temporelle. Contrairement à ce qui est traditionnellement affirmé, elles ne reviennent pas directement sur l'exécution passée du contrat mais plutôt sur la situation intermédiaire provoquée par la rétroactivité de la nullité ou de la résolution⁶⁴⁴. La définition donnée par Deprez de la rétroactivité est en ce sens : l'auteur affirme que cette notion a pour principale conséquence d'entraîner une double rupture juridique et chronologique. Elle opère une substitution de deux situations juridiques successives, dont la première est censée n'avoir jamais existé alors qu'elle a produit des effets pendant un certain temps tandis que la seconde, présente dans le passé, ne va produire effets que postérieurement⁶⁴⁵. La définition de la rétroactivité en une superposition d'une rupture juridique et d'une rupture chronologique permet d'éclairer la fonction des restitutions. En effet, l'exécution contractuelle passée représente la première situation juridique qui va être effacée par la nullité et la résolution, auxquelles est liée l'idée de rétroactivité. Subsistent les conséquences matérielles de cette première phase qui vont être anéanties par les restitutions. Ces dernières, par le règlement de la situation de faits subsistante, ont pour fonction de faire naître la seconde situation juridique, qui vient succéder au contrat anéanti, et qui correspond à la position dans laquelle se trouvaient les parties avant la conclusion de cet acte litigieux⁶⁴⁶. Ainsi, toutes traces du contrat passé ont déjà été effacées lors de l'intervention des restitutions. Ces derniers n'ont donc pas de consistance temporelle.

238. Les restitutions ne sont pas plus tournées vers le futur. La brillante distinction proposée par Mme Malaurie entre les restitutions normales et anormales⁶⁴⁷ a conduit à démontrer le caractère antiéconomique des restitutions découlant d'un anéantissement contractuel. Ces dernières n'ont pas vocation à produire de la richesse mais plutôt à « débarrasser l'ordre juridique d'un contrat qui a perdu son intérêt »⁶⁴⁸.

⁶⁴¹ En faveur de cette idée, V. : Jafferli (R.), th. préc., p.656, n°290.

⁶⁴² Pour certains auteurs, la nullité conduit au néant, V. : Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.207, n°350. D'autres estiment qu'il est dans la nature de la nullité d'être rétroactive, V. : La Pradelle (G.), th. préc., n°27. *Adde* : Poisson-Drocourt (E.), « Les restitutions entre les parties après l'annulation d'un contrat », *D.1983*, chr.85, p.15 : « La nullité aboutit donc en principe à un anéantissement rétroactif des effets du contrat ».

⁶⁴³ Bousiges (A.), th. préc., p.39, Cassin (R.), « La résolution judiciaire pour inexécution », *Journée de droit civil de Mons de l'Association Henri Capitant*, p.82 ; Grosser (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris, 2000, p.407, n°312 ; Rigalle-Dumetz (C.), th. préc., p.366, n°594.

⁶⁴⁴ Deprez (J.), th. préc., p.42, n°38.

⁶⁴⁵ Deprez (J.), th. préc., p.38 s., n°35 s.

⁶⁴⁶ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.391, n°672.

⁶⁴⁷ *Cf. supra* n° 65 s.

⁶⁴⁸ Génicon (T.), th. préc., p.623, n°871. L'auteur emploie cette expression en matière de résolution mais une telle vision est transposable à la nullité. *Adde* : Mme Bousiges pour qui l'annulation et la résolution ont une

239. L'isolationnisme spatial des restitutions⁶⁴⁹. Il a été vu que les restitutions constituaient un point dans le temps, non rattachées au contrat anéanti. La rétroactivité, liée à la nullité ou la résolution d'un contrat faisant partie d'une opération globale, entraîne une série d'anéantissement rétroactif⁶⁵⁰. Alors qu'en phase d'exécution, on observe un ensemble formé de plusieurs contrats liés entre eux, les restitutions se caractérisent par plusieurs points isolés dans l'espace. M. Teyssié fut le premier à modéliser la notion de groupe de contrats en distinguant les chaînes contractuelles et les ensembles contractuels⁶⁵¹. La rétroactivité, en supprimant l'élément commun aux différents contrats, va venir bousculer les structures contractuelles initiales ; Au schéma linéaire ou circulaire va se substituer un ensemble de points non reliés entre eux. La schématisation de l'analyse spatiale des restitutions nous permet de conclure que les liens constitués lors de l'exécution des divers contrats ne se retrouvent pas en phase de restitution. Ce constat se traduit par un principe simple qui est celui de **l'identité des parties en phase de restitution**⁶⁵².

240. Synthèse. L'étude du fondement des restitutions est importante dans le cadre de notre objet étude. Nous sommes partis d'une intuition : l'article 1352-9 du Code civil opère un transfert fictif de la sûreté d'une obligation à l'autre. Cette affirmation ne peut être validée qu'en démontrant que l'obligation de restitution se trouve détachée du contrat et de l'obligation initialement garantie. Pour cela, il convient de se pencher sur le fondement des restitutions. Si on admet que celui-ci est de nature contractuel, les difficultés disparaissent : l'obligation de restitution s'intègre au socle contractuel couvert par la sûreté, aucun transfert ne peut donc se manifester⁶⁵³. Toutefois, cette opinion n'est pas tenable : force est de reconnaître que les restitutions ont un fondement légal et se basent sur les règles quasi-contractuelles. Ce choix emporte des conséquences majeures : l'obligation de restitution

fonction purificatrice de l'ordonnancement juridique : Bousiges (A.), th. préc., p.5. Ce caractère antiéconomique des restitutions permet d'expliquer la déchéance du terme initial. Il permet aussi de justifier que la résolution de l'obligation de restitution n'est pas possible. Sur ce point, V. : Boyer, th. préc., p.172 ; Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.482, n°843.

⁶⁴⁹ Pour une étude complète des rapports entre le temps et l'espace, V. : Rigalle-Dumetz (C.), th. préc., p.271, n°448. L'auteur y présente les liens entre l'espace et le temps dans les sciences, dans les arts et en philosophie. Dans le domaine juridique, ce lien entre le temps et l'espace commence à être pris en compte par les auteurs. *Adde* : Picod (Y.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Nullité », mars 2013 (actualisation : fév. 2019) ; Mechri (F.), « Voyage dans l'espace du temps juridique », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p.427 ; Hébraud (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *Etudes offertes à P. Kayser*, p.2 : « le temps apparaît comme support, comme substance de tout le droit. La notion d'espace, avec laquelle on pourrait songer à faire une comparaison, ne joue qu'un rôle bien moindre et purement partiel ».

⁶⁵⁰ Thaller (E.), Cass., Req., 17 janv. 1905, *D.P. 1906*, 1, 169. L'auteur décrit le phénomène de l'anéantissement en cascade des contrats de la façon suivante : « la nullité s'exerçant de proche en proche, par une sorte de ricochet ». Il s'insurge contre un tel principe qu'il juge dangereux et pernicieux.

⁶⁵¹ Cf. *supra* n° 47.

⁶⁵² Pour des développements sur la question de l'identité des parties en phase restitutoire, V. : Chang (M.P.-H), *La résolution du contrat pour inexécution. Etude comparative du droit français et du droit chinois*, préf. Légier (G.), Aix-en-Provence, PUAM, 2005. *Adde* : Cass., Com. 6 déc. 2011, n°10-17.051. Cf. *infra* n° 371 s.

⁶⁵³ Cette remarque pose de nouveau la question de la base de l'accessoriété : la sûreté est-elle accessoire au contrat ou à l'obligation ?

n’est pas liée par le passé contractuel, ni rattachée à un projet économique futur. Elle représente également un point isolé dans l’espace. Les relations contractuelles passées ne se retrouvent pas en phase de restitution. Ces constats interrogent : comment la sûreté garantissant l’obligation initiale et appartenant au passé peut-elle être transposée sur une obligation nouvelle détachée du cadre contractuel⁶⁵⁴.

§2. Le transfert fictif de la sûreté initiale sur une obligation détachée du contrat

241. Nous avons vu que l’obligation de restitution se trouve être détachée du contrat initial. Cette remarque n’est pas sans impact sur la règle posée à l’article 1352-9 du Code civil. En effet, cette disposition tend à « déplacer » la sûreté d’une obligation contractuelle à une obligation d’une autre nature, à savoir quasi-contractuelle. Après avoir rappelé les règles générales sur le transfert de sûreté (A), nous expliquerons en quoi le report de la sûreté constitue un transfert injustifié et injustifiable de celle-ci (B).

A. La notion de transfert de la sûreté

242. Après avoir rappelé la règle de principe, à savoir que la sûreté ne se transmet qu’avec la créance qu’elle garantit (1), nous envisagerons les exceptions où le transfert se fait de manière autonome (2).

1) Le principe de transfert de la sûreté avec la créance garantie

243. L’inséparabilité de la sûreté et de la créance garantie. Comme il a été démontré précédemment le lien entre la sûreté et la créance garantie se fonde sur le principe de l’accessoire⁶⁵⁵. Tel est le cas notamment en matière de cautionnement, qui ne peut être conçu sans une créance principale sur laquelle il se greffe⁶⁵⁶. Cette vision est également exprimée avec clarté au sujet de l’hypothèque par M. Maubru⁶⁵⁷. L’auteur analyse les conséquences du caractère accessoire attaché à l’hypothèque. Négativement, cela implique une distinction entre la sûreté et la créance ; l’union des deux n’est pas véritable et tend à maintenir une part

⁶⁵⁴ Ces remarques ne valent pas pour le contrat de prêt, où l’obligation de restitution normale et anormale sont confondues de sorte que l’obligation de restitution anormale est reliée au socle contractuel. Ces développements sont conçus pour le cas général de l’article 1352-9 CCiv., à l’exclusion du contrat de prêt, qui ne revêt pas la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » mais celle de « maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Cf. *supra* n° 74 s.

⁶⁵⁵ Cf. *supra* n° 197 s.

⁶⁵⁶ Westendorf (H.), *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J., n°211, p.157 et n°220, p.162 : « La sûreté accessoire ne peut exister que s’il existe une obligation à garantir ».

⁶⁵⁷ Maubru (B.), *La transmissibilité de l’hypothèque*, th. Toulouse, 1979.

d’autonomie de ces entités⁶⁵⁸. Positivement, le caractère accessoire conduit à rendre l’hypothèque inséparable de la créance qu’elle a vocation à garantir. Selon l’auteur, « *cette liaison créance-hypothèque et la place fondamentale qu’elle occupe est certainement un trait original de notre système hypothécaire* »⁶⁵⁹. Cette remarque qui avait tout son sens en 1979 connaît toutefois des atténuations. En dépit de celles-ci, le principe général reste l’attachement de l’hypothèque à la créance garantie. Ce prisme de lecture, impliquant une relation étroite entre la créance et l’hypothèque, invite à étudier la question du transfert de la manière la plus générale possible. Cette problématique comprend bien évidemment les interrogations liées au transfert de la sûreté au sens puriste du terme, à savoir à « *l’opération translative se caractérisant par le transfert d’un droit du patrimoine d’une personne dans le patrimoine d’une autre personne* »⁶⁶⁰. Elle englobe aussi toutes les situations où, sans qu’il n’y ait véritablement changement de partie à l’acte, la sûreté va être détachée de sa créance initiale pour se mettre au service d’une seconde. Tel est le cas lorsqu’il y a nouvelle affectation de la sûreté, qui est transférée d’une obligation à une autre sans que cela n’ait été initialement prévu. C’est exactement l’hypothèse visée à l’article 1352-9 du Code civil, où la sûreté est d’abord affectée à l’obligation du contrat, puis déplacée sur une seconde obligation, issue de l’anéantissement de celui-ci. Il faut donc entendre le terme transfert dans un sens large, impliquant tant une opération translative d’un patrimoine à l’autre qu’une réaffectation de la garantie.

244. Les conséquences quant au transfert. Il est traditionnellement reconnu qu’en sa qualité d’accessoire, la sûreté a vocation à circuler avec la créance principale qu’elle garantit⁶⁶¹. Autrement dit, il paraît inconcevable de laisser la sûreté se déplacer de créances en créances sans qu’elle ne soit rattachée à son support initial, Le transfert de la sûreté implique avant tout le transfert de la créance. Lorsque celui-ci se réalise, il emporte automatiquement la circulation de la sûreté⁶⁶². Une seule limite existait toutefois à cette automaticité : il s’agissait de la nécessité de réaliser une inscription en marge de l’inscription principale au fichier

⁶⁵⁸ *Adde* : Cass., Req., 31 janv. 1883, *D.1883*, I, p.316.

⁶⁵⁹ Maubru (B.), th. préc., p.17.

⁶⁶⁰ Westendorf (H.), th. préc., p.405, n°549.

⁶⁶¹ Pour un exemple en matière d’hypothèque, V. : Juillet (C.), *Rép. civ.*, Dalloz, V° « Hypothèque », fév. 2021, n°181.

⁶⁶² Le mode de transmission de la créance est indifférent sur la circulation de la sûreté, V. : Mathey (N.), « Hypothèques conventionnelles – Transmission et cession », *J.-Cl. civ.*, fasc. unique, 29 oct. 2015. Juillet (C.), préc., n°182 ; Maubru (B.), th. préc., p.9 ; Guillouard (V. L.), *Traité des privilèges et hypothèques*, A. Pédone 1899, vol.4, n°1694 ; Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, T.XIII, par E. Becque : L.G.D.J., 2^{ème} éd. 1953, p.639 n°1300 ; Mazeaud H., L. et J., Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière*, Montchrestien, 7^{ème} éd. 1999, par Y. Picod, p.520, n° 606 ; Marty (G.), Raynaud (P.) et Jestaz (P.), *Droit civil. Les sûretés et la publicité foncière*, Sirey, 2^{ème} éd., 1987, n° 365 ; Mestre (J.), Putman (E.) et Biliau (M.), *Droit spécial des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996, p.501, n°1076 ; Simler (P.) et Delebecque (P.), *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2016, p.527, n°554 ; Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Pétel (P.), *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2015, p.190, p.743, n°1004 ; Bourassin (M.), Brémond (V.), *Droit des sûretés*, Sirey, 6^{ème} éd., 2018, p.773, n°1197 ; Picod (Y.), *Droit des sûretés*, coll. Thémis, PUF, 3^{ème} éd. 2016, p.435, n°329 ; Tafforeau (P.), *Droit des sûretés*, coll. Paradigme, 2020, p.434, n°989.

immobilier⁶⁶³. Le défaut d’une telle inscription entraînait initialement l’inopposabilité de la transmission de la sûreté⁶⁶⁴. La jurisprudence est revenue sur sa position et a admis que le défaut d’inscription du changement du titulaire du droit hypothécaire n’emporte aucune sanction particulière⁶⁶⁵. Le dernier barrage à l’automaticité du transfert de la sûreté avec la créance a donc cédé. Cependant, cette hypothèse n’est pas compatible avec l’objet de notre étude. En effet, dans le cadre de l’article 1352-9 du Code civil, le transfert de la sûreté se fait sans la créance initiale qui se trouve anéantie. Outre cette hypothèse de transfert accessoire de la sûreté, qui reste le principe, la pratique a vu naître des cas de transfert autonome de cette dernière, c’est-à-dire sans la créance garantie. Analysons ces derniers pour voir s’ils pourraient constituer des explications satisfaisantes au report de sûreté sur l’obligation de restitution.

2) *Les hypothèses de transmission de la sûreté sans la créance garantie*

245. L’émergence d’une forme d’indépendance de la sûreté. Le critère de transmission de la sûreté réside dans la cession de la créance initiale, de sorte qu’il est impossible de lui reconnaître une quelconque autonomie. Pour autant, la pratique a tenté d’introduire une forme de sûreté indépendante, par la loi du 9 Messidor an III, nommée la cédula hypothécaire. Il s’agit d’un engagement complexe, où le propriétaire d’un immeuble pouvait grever ce bien d’une affectation hypothécaire en vue d’une opération future⁶⁶⁶. Les auteurs, attachés à l’accessoriété de la sûreté, ont justifié cette institution par le biais d’une fiction juridique consistant à créer une hypothèque sur une créance fictive ; ainsi, lors du premier transfert de la cédula, une créance réelle viendrait se substituer à cette dernière avec un effet rétroactif remontant au jour de l’inscription⁶⁶⁷. Cette explication démontre toute la difficulté pour la doctrine d’admettre un détachement de l’hypothèque à l’égard de la créance garantie. Ce constat est d’autant plus vrai que la cédula hypothécaire s’avéra être un échec puisqu’elle fut abrogée par la loi 11 brumaire an VII en raison de son caractère trop radical à l’égard des concepts fondamentaux du droit des sûretés.

246. Cette expérience a eu le mérite d’envisager les sûretés sous un prisme différent où la notion d’autonomie pourrait occuper une certaine place. Cette nouvelle lecture est renforcée tant par la doctrine que par les systèmes étrangers, qui ont fait le choix de détacher les sûretés du sacrosaint principe de soumission de la sûreté à la créance initiale. Tel est notamment le

⁶⁶³ Briatte (A.-X.), « Circulation des créances et pratique notariale de la mention en marge », *RD. banc. fin.*, 2014, Etude 22.

⁶⁶⁴ Cette question a donné lieu à une opposition en jurisprudence : la troisième chambre civile sanctionnait le défaut d’inscription d’une inopposabilité de la transmission de la sûreté. V. : Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mars 1974, *Bull. civ. III*, n°126 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 2 fév. 1982, p.306, obs. E. Franck. À l’inverse, la chambre commerciale rejetait cette sanction. V. : Cass., Com., 7 déc. 1981, *Bull. Civ. IV*, n°427.

⁶⁶⁵ Cass., Civ. 3^{ème}, 16 juil. 1987, *Bull. civ. III*, n°145 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 20 déc. 1989, *Bull. civ. III*, n°246 ; *D.1990*, p.389, obs. L. Aynès ; Cass., Civ. 3^{ème}, 19 déc. 1990, n°89-14.338, *Bull. civ. III*, n°269 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 17 nov. 2010, n°09-70.452, *Bull. civ. III*, n°204 ; *D.2010*, p.2835, obs. A. Lienhard ; *R.T.D. com. 2011*, p.132, obs. B. Dondero et P. Le Cannu.

⁶⁶⁶ Maubru (B.), th. préc., p.113.

⁶⁶⁷ Maubru (B.), th. préc., p.113.

cas du droit allemand ou du droit suisse, qui ont consacré, au côté de l’hypothèque traditionnelle accessoire, la cédula hypothécaire ou la dette foncière. Ces deux dernières institutions ne supposent pas l’existence d’une créance pour leur constitution. Elles incarnent un modèle de sûreté autonome, dont la formation serait détachée d’une créance originelle, de sorte qu’elles font échec à la règle selon laquelle la sûreté doit être amenée à disparaître lorsqu’il y a extinction de l’obligation garantie. Par ailleurs, outre l’absence d’anéantissement de la sûreté par voie d’accessoire, ces deux formes de garantie facilitent également la circulation de ladite sûreté et surtout le passage d’une créance à l’autre⁶⁶⁸. Ces exemples tirés des législations étrangères sont complétés par des analyses doctrinales plaidant en faveur d’un détachement de la sûreté de la créance initiale, ce qui permettrait un transfert plus aisé de la garantie. Dans cette perspective, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne poserait plus de problème, la sûreté aurait acquis une forme d’autonomie lui permettant d’être affectée à la garantie d’une nouvelle obligation. Tel est le cas de l’analyse fournie par M. Goubeaux, qui affirme l’individualité de l’accessoire par rapport au principal. De ce fait, il convient de soumettre l’accessoire à un régime qui lui est propre et indépendant du principal⁶⁶⁹. Une lecture similaire est proposée par M. Maubru pour qui l’hypothèque peut se transmettre indépendamment de la créance garantie de sorte qu’elle serait véritablement intégrée dans le commerce juridique.

247. Les applications pratiques de l’indépendance de la sûreté. Ces influences ont trouvé quelques traductions dans la pratique où la sûreté a parfois, pu être détachée de la créance initiale qu’elle garantissait. La première hypothèse d’indépendance de la sûreté résulte tout naturellement de la volonté des parties. En effet, l’opération de novation emporte extinction de la créance novée et, par voie de conséquence, des garanties qui y sont attachées. Pour autant, les articles 1278 et 1346 du Code civil permettent au créancier de réserver les privilèges et hypothèques qui garantissaient la créance initiale. Ainsi, non seulement ces garanties survivent à l’extinction de l’obligation sur laquelle elles étaient greffées⁶⁷⁰ mais, elles sont également affectées à la garantie du paiement d’une nouvelle obligation. Cette transmission, déjà admise par le Code civil de 1804, entraîne une réaffectation de la sûreté qui est amenée à se détacher de son principal. Une conclusion similaire s’impose en matière de délégation imparfaite où, il est opportun de stipuler un maintien de la sûreté à l’issue de cette opération⁶⁷¹. De manière plus générale, tant la doctrine⁶⁷² que la jurisprudence⁶⁷³, ont admis qu’un titulaire d’une sûreté puisse céder les prérogatives qu’il tient de cette dernière par le biais d’une convention.

⁶⁶⁸ Sur ces notions, v. : Dauchez (C.), th. préc., p.275, n°279 ; Union internationale du notariat Latin, *La cédula hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me. H.G. Wehrens.

⁶⁶⁹ Sur l’accessoire qui acquiert une certaine autonomie et indépendance, V. : Goubeaux (G.), *Règle de l’accessoire en droit privé*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.XCIII, 1969, préf. D. Tallon, p.88 s., n°43 s.

⁶⁷⁰ Cf. *supra* n° 195 s.

⁶⁷¹ Mathey (N.), op. cit., n°41.

⁶⁷² Dupichot (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, th., 2005, n°690-692, p.524 s. et n°705-713, p.531 ; Maubru (B.), th. préc., p.152, n°142 ; Viatte (V.J.), « La transmission de l’hypothèque sans la créance garantie », *Gaz. Pal.* 1975, 2, doct. p.513 ; Thibierge (C.-A.), « La convention d’antériorité dans les prêts d’acquisition immobilière », *Deffrénois* 1967, art.28947.

⁶⁷³ Cass., Req., 31 janv. 1883, *S.1884*, 1, p.321.

248. Outre ces exemples de maintien de la sûreté et de réaffectation de cette dernière à la garantie d’une nouvelle obligation, la pratique a créé deux institutions ayant pour conséquence, du moins en apparence, de procéder à un détachement de la sûreté de son principal. Tel est, d’abord le cas, de la subrogation dans l’hypothèque où « *le titulaire de la sûreté concède les droits qui en découlent à une autre personne pour garantir une créance qu’a cette dernière sur le propriétaire de l’immeuble grevé* »⁶⁷⁴. Cette définition apparaît toutefois comme étant incomplète puisqu’il est admis en doctrine qu’un créancier puisse subroger un de ses créanciers dans l’hypothèque⁶⁷⁵. Autrement dit, il n’est pas nécessaire que le subrogeant soit un créancier du propriétaire du bien hypothéqué. Cette pratique incarne, à ne pas en douter, l’exemple d’un détachement de la garantie de ce qui constituait son principal pour l’affecter à une nouvelle créance⁶⁷⁶. Toutefois, cette position ne fait pas l’unanimité en doctrine⁶⁷⁷, il serait ainsi possible de soutenir que seul l’émolument de la sûreté est transférée mais l’hypothèque en tant que telle reste attachée à son principal. Une analyse similaire s’impose en matière de cession d’antériorité, où un créancier va céder son rang d’hypothèque à un autre créancier disposant d’une sûreté moins avantageuse sur le même bien⁶⁷⁸. Analysée tantôt comme une modification conventionnelle des rangs de l’hypothèque⁶⁷⁹, la doctrine a pu également y voir la pratique d’une double subrogation⁶⁸⁰, où chaque créancier subrogerait l’autre dans son rang de la sûreté. Dans cette perspective, la réserve précédemment émise et reposant sur une distinction entre l’émolument de la sûreté et la sûreté elle-même pourrait aussi être avancée dans cette hypothèse. Cette lecture accrédite l’argument aux termes duquel la sûreté pourrait se transmettre à titre principal. A notre sens, seule l’hypothèque rechargeable constitue une véritable exception au lien unissant l’obligation principale et la sûreté. Cette institution permet de réutiliser une hypothèque, constituée pour garantir un crédit originaire, afin de couvrir de nouvelles obligations. L’hypothèque rechargeable présente un point de vue intéressant, dont la schématique se rapproche de notre objet d’étude. En effet, M. Juillet a parfaitement décrit le mécanisme de l’hypothèque rechargeable dans les termes suivants : « *pour pouvoir être réutilisée dans le futur, l’hypothèque rechargeable échappe à l’extinction accessoire prévue à l’article 2488 du Code civil, et survit donc à la disparition de la créance garantie. De cette façon, sa réutilisation lui permet de garantir d’autres créances que celles qui ont été désignées dans l’acte originaire* »⁶⁸¹. Nous retrouvons ici les deux éléments caractérisant le report de la sûreté sur

⁶⁷⁴ Cabrillac (V.M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Pétel (P.), ouvr. préc., p.747, n°1010.

⁶⁷⁵ Mathey (N.), op. cit., n°44 ; Dupichot (P.), th. préc., n°691.

⁶⁷⁶ Mathey (N.), op. cit., n°45 ; Guillouard (V.L.), *Traité des privilèges et hypothèques*, A. Pedone 1899, n°1697.

⁶⁷⁷ Par exemple, certains auteurs ont justifié cette transmission isolée de l’hypothèque en y voyant une sûreté *sui generis*, une forme d’hypothèque sur hypothèque. V. : Planiol (M.) et Ripert (G.), op. cit., T.XIII, n°1303. Cependant, cette analyse n’emporte pas l’adhésion de la doctrine majoritaire : Simler (P.) et Delebecque (P.), op. cit., n°1697 ; Mathey (N.), op. cit., n°45.

⁶⁷⁸ Pour un exemple de validité de cette opération : Cass., Com., 13 nov. 2002, n°99-15.819.

⁶⁷⁹ Thibierge (CA.), art. préc. ; Mazeaud H., L., J. et Chabas (F.), ouvr. préc., p.525, n°617 ; Simler (P.) et Delebecque (P.), op. cit., n°546 ; Théry (P.), *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^{ème} éd., 1998, n°214.

⁶⁸⁰ Mazeaud H., L., J. et Chabas (F.), ouvr. préc., p.525, n°617 ; Planiol (M.) et Ripert (G.), op. cit., T.XIII, n°1303

⁶⁸¹ Juillet (C.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° Hypothèque conventionnelle, février 2021, n°32.

l’obligation de restitution, à savoir une survie et un transfert de la sûreté qui s’opèrent en contrariété avec le caractère accessoire de celle-ci.

249. Bien que la pratique semble admettre l’indépendance de la sûreté à l’égard de la créance initiale garantie et la réaffectation de celle-ci à la garantie de nouvelle créance, il ne s’agit là que d’un épiphénomène ne permettant pas d’expliquer comment une sûreté affectée à la garantie d’une créance contractuelle puisse lui survivre pour couvrir l’obligation de restitution, détachée du contrat initial.

B. Le transfert fictif de la sûreté opéré par l’article 1352-9 du Code civil

250. Le transfert de la sûreté peut donc, soit résulter du caractère accessoire de cette dernière, soit s’inscrire dans le cadre d’une des exceptions conduisant à une autonomisation de la sûreté. Il convient de se demander si l’hypothèse visée à l’article 1352-9 du Code civil s’inscrit dans une de ces deux explications. L’idée d’un transfert justifié par le caractère accessoire de la sûreté est à rejeter en raison de la contradiction au principe de rétroactivité (1). De manière plus générale, les hypothèses de transmission de la sûreté sans la créance garantie ne sont que des cas particuliers et ne font pas de la sûreté un objet principal du commerce juridique, permettant de justifier l’article 1352-9 du Code civil (2).

1) L’absence de justification par le caractère accessoire de la sûreté

251. La thèse valorisatrice de l’accessoriété de la sûreté. Pour plusieurs auteurs, l’article 1352-9 du Code civil et le report de la sûreté qu’il induit, ne constituerait pas une remise en cause du caractère accessoire de la sûreté. Au contraire, il en serait l’expression la plus pure. Nous avons déjà vu que cette idée était avancée dans le cadre de la validation de la survie de la sûreté à l’anéantissement du contrat. Elle l’est également lorsqu’il s’agit d’envisager la réaffectation de celle-ci à une obligation. Autrement dit, toujours en ce fondant sur l’ancien article 2012 du Code civil⁶⁸², qui impose que la caution soit constituée pour garantir une obligation valable, les auteurs en déduisent que le transfert opéré ne rentre pas en contradiction avec le principe de l’accessoire⁶⁸³. Du moment que la sûreté puisse être rattachée une quelconque obligation, le principe de l’accessoire serait sauf.

252. La réfutation de cette thèse. Si ces analyses apparaissent au premier abord séduisantes, elles souffrent d’imperfections. D’une part, cette analyse part du présupposé que

⁶⁸² A la suite de l’ordonnance du 15 septembre 2021, la règle est reprise à l’article 2293 du Code civil.

⁶⁸³ Arbellot (F.), *Les relations entre les sûretés personnelles et le rapport de base en droit français*, th. Poitiers, 1997, p.44, n°36 : « L’article 2012 alinéa 1 du Code civil impose à la caution de garantir au créancier l’exécution par le débiteur de l’obligation de restitution liée à l’annulation du contrat principal (...). Cette jurisprudence (celle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution) est conforme à la lettre de l’article 2012 alinéa 1, lequel n’impose qu’une obligation valable et non un contrat valable pour que subsiste la dette de la caution ».

la sûreté est accessoire à l’obligation et non au contrat. Bien qu’il s’agisse là de l’analyse majoritaire en doctrine, certains auteurs se sont détachés de cette lecture. Tel est le cas de Mme Contamine-Raynaud, qui dans l’hypothèse du report de sûreté, estime que la notion d’accessoire est complexe et surtout à géométrie variable. Selon l’auteure, la sûreté serait accessoire à l’obligation principale lorsqu’il est question de déterminer son étendue et au contrat dans le cadre de la détermination de son existence⁶⁸⁴. Il ne s’agit pas ici d’évaluer la pertinence de ces propos mais plutôt de démontrer que le point de départ choisi par les auteurs voulant valider l’article 1352-9 du Code civil au regard de l’accessoire, est contesté.

253. D’autre part, comme il a été démontré, l’accessoriété est un concept plus complexe que le simple rattachement de la sûreté à une obligation⁶⁸⁵. En effet, cette lecture de notre objet d’étude au travers du prisme de l’ancien article 2012 du Code civil montre certaines limites notamment, elle n’explique pas tellement le « saut » de la sûreté d’une obligation à l’autre. Les auteurs qui ont soutenu cette position se sont contentés de d’affirmer que la sûreté trouvait toujours un support dans une obligation mais ils n’ont pas plus développé le lien entre cette affirmation et la question de la réaffectation de la sûreté. Ainsi, cette explication ne permet en aucun cas de justifier le passage de la sûreté d’une obligation à l’autre sans que celles-ci ne soient rattachées à une même opération et sans que les parties n’aient manifesté un quelconque consentement allant dans le sens de ce transfert. L’argument aurait pu tenir si les deux obligations consécutivement garanties avaient eu une nature contractuelle⁶⁸⁶. C’est d’ailleurs sur ce terrain que se sont engagés plusieurs auteurs, dont les professeurs Mouly et Delebecque⁶⁸⁷. Les auteurs ont tenté de rattacher les restitutions au socle contractuel, ce qui permet de valider leur garantie par la sûreté initiale sans contrariété avec le principe de l’accessoire. Cette analyse est tout à fait soutenable en matière de prêt, où l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement du contrat se confond avec l’obligation initiale et se trouve donc reliée au contrat. Cette dernière ne peut toutefois pas être généralisée aux autres formes de contrats, car la reconnaissance d’un régime quasi-contractuelle aux restitutions implique un détachement de ces dernières du socle contractuel. Il a été démontré que les restitutions ne forment qu’un point dans le temps et dans l’espace, insusceptible d’être lié au contrat initial. Dès lors, comment admettre « le saut » de la sûreté d’une obligation contractuelle à une obligation quasi-contractuelle non rattachée à la première ? Dans ces circonstances, l’argumentation soutenue par Mme Michel n’est admissible que dans l’hypothèse de l’anéantissement du contrat de prêt où la sûreté va garantir les restitutions⁶⁸⁸ car, ici, ces dernières sont associées à l’opération initiale. Cependant, elle ne peut en aucun cas être généralisée. Admettre le contraire conduirait à une contradiction au principe de rétroactivité et de ses conséquences.

⁶⁸⁴ Contamine-Raynaud (M.), Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n°357, *D.*1983, p.527.

⁶⁸⁵ Cf. *supra* n° 196 s.

⁶⁸⁶ Voir en ce sens Simler (P.), *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015, p.251, n°242. Pour l’auteur, la généralisation du report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne peut se justifier qu’en admettant que la nullité contractuelle n’empêche pas la survie d’obligations contractuelles ou « para-contractuelles ».

⁶⁸⁷ Leveneur (L.), « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* 1998, p.69.

⁶⁸⁸ Cf. *supra* n° 74 s.

254. Si le transfert de la sûreté de l'obligation initiale à l'obligation de restitution ne peut s'expliquer par le principe de l'accessoire, il n'est pas plus justifiable par l'idée développée par M. Maubru selon laquelle les sûretés seraient objet principal de commerce juridique.

2) *L'absence de justification par la théorie de la sûreté comme objet principal du commerce juridique*

255. Présentation de la théorie de M. Maubru. Les quelques hypothèses de transfert de la sûreté indépendamment de la créance initiale ont conduit certains auteurs à envisager les sûretés comme étant objet principal du commerce juridique. Autrement dit, la sûreté jouirait d'une autonomie totale à l'égard de la créance initiale, qui lui permettrait de garantir successivement plusieurs obligations et d'être réaffectée à des créances nouvelles. Cette lecture novatrice du droit des sûretés est fermement défendue par M. Maubru, qui n'y voit qu'une limite résidant dans la considération de la personne du débiteur. En effet, la transmission de l'hypothèque ne peut se concevoir sans l'assentiment du propriétaire du bien grevé. Admettre l'inverse reviendrait à considérer qu'un débiteur, constituant d'hypothèque, puisse être tenu personnellement envers le créancier et hypothécairement envers le créancier de son créancier⁶⁸⁹. Or, toutes ces précautions apparaissent superflues dans le cadre de l'objet de notre étude puisqu'il s'agit davantage d'une réaffectation de la sûreté à la garantie d'une nouvelle obligation que d'un véritable transfert, qui impliquerait une modification des parties. Dans ce contexte si particulier, ce transfert de sûreté ne devrait pas poser de problème majeur est pourrait s'expliquer par l'autonomie, affirmée de manière croissante, de la sûreté à l'égard de l'obligation garantie.

256. Réfutation de cette théorie. Pour autant, cette théorie peine à emporter la conviction. Les hypothèses de transfert ou de réaffectation de la sûreté restent strictement déterminées, de sorte qu'elles font davantage figure d'exceptions que de véritable principe. Autrement dit, l'inversion doctrinale entre le principe et l'exception, soutenue par M. Maubru et aux termes de laquelle serait admis un véritable principe d'autonomie de la sûreté, semble excessive. Comme toute exception, l'autonomisation de la sûreté reste liée à un contexte précis et notamment, l'auteur affirme lui-même l'importance de la volonté du constituant dans cette hypothèse. En ce sens, le transfert opéré par l'article 1352-9 du Code civil se fait de manière automatique, sans que ne soit recueilli un quelconque consentement du donneur de garantie. L'absence de consentement ne résulte pas du fait que les parties à l'opération soient inchangées. En effet, l'opération de novation, précédemment décrite, qui donne lieu à une réaffectation de la sûreté à la garantie d'une nouvelle obligation entre les mêmes parties, implique tout de même la manifestation d'un consentement de la part du donneur de sûreté. L'article 1334 du Code civil traite d'une « réserve » des accessoires qui n'est effective que par l'expression du consentement des tiers garants⁶⁹⁰. Dès lors, tant la survie de la sûreté que son déplacement d'une obligation éteinte vers une obligation à garantie ne trouvent justification que dans l'énoncé de ce consentement. Or, cette condition nécessaire fait défaut

⁶⁸⁹ Maubru (B.), th. préc., p.132, n°119.

⁶⁹⁰ Chantepie (G.) et Latina (M.), ouvr. préc., p.769, n°902.

dans la règle énoncée par l’article 1352-9 du Code civil ; la sûreté est transportée d’une obligation à l’autre sans que la nouvelle obligation garantie n’ait un lien direct avec l’opération entreprise et sans que le donneur de sûreté n’ait manifesté un quelconque consentement.

257. Synthèse. La transmission de la sûreté se fait traditionnellement en vertu du principe de l’accessoire, ce qui implique qu’elle circule attachée à la créance garantie. La pratique a admis, à plusieurs reprises, un transfert autonome de la garantie où seule cette dernière aurait vocation à passer de parties en parties, indépendamment de l’obligation initiale. Cependant, la réaffectation de la sûreté prévue à l’article 1352-9 du Code civil ne trouve son fondement dans aucune de ces deux propositions. En effet, la reconnaissance d’un régime quasi-contractuelle aux restitutions induit une séparation de ces dernières du contrat initial. Ce hiatus constitue un obstacle au passage de la sûreté d’une obligation du contrat à une obligation, qui en est complètement détachée. Justifier ce « saut » de la sûreté par la théorie de l’accessoire irait à l’encontre du principe de rétroactivité qui conduit à un isolement de l’obligation de restitution par rapport à l’opération contractuelle initiale. De même, l’idée d’un transfert autonome de la sûreté n’est d’aucun secours ici car les exemples existants en la matière restent conditionnés à une manifestation de consentement qui fait défaut dans le cadre de l’article 1352-9 du Code civil.

258. Conclusion du chapitre. Sur le plan de la technique juridique, l’article 1352-9 du Code civil s’oppose à deux principes solidement établis : **le caractère accessoire de la sûreté** et **l’effet rétroactif de l’anéantissement contractuel**. En admettant que la sûreté puisse survivre au contrat anéanti, cette disposition va à l’encontre de la règle de l’accessoire selon laquelle le sort de la sûreté est dépendant du principal, à savoir le contrat garanti. Dès lors, force est de conclure que l’article 1352-9 du Code civil donne lieu à une **survie fictive de la sûreté**. Au-delà de cette dernière, il est également question de la réaffecter à une nouvelle obligation ; après avoir garanti l’obligation initiale de nature contractuelle, elle se retrouve à couvrir l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement contractuel. Or, l’étude du processus de nullité et résolution contractuelle invite au scepticisme quant au transfert de la sûreté d’une obligation à l’autre. En effet, la rétroactivité assignée à ces institutions conduit à un détachement de l’obligation de restitution à l’égard du contrat initial. Cette dernière se voit appliquer un régime quasi-contractuel qui entraîne son isolationnisme tant temporel que spatial. Cette schématisation nous permet de conclure à l’existence d’un hiatus entre le contrat et l’obligation de restitution, de sorte que la réaffectation de la sûreté ne peut s’expliquer par son accessoriété. Elle ne peut davantage se justifier par la tendance à l’autonomisation de la sûreté puisque les quelques exemples de déplacement de la garantie d’une obligation à l’autre restent soumis à l’exigence d’un consentement, non attendu dans le cadre de l’article 1352-9 du Code civil. Dès lors, outre la survie fictive de la sûreté, cette disposition implique également un **transfert fictif de la sûreté**.

CONCLUSION TITRE II

259. Approche pluridisciplinaire de l’article 1352-9 du Code civil. Ignatio Ramonet, dans son ouvrage intitulé *Géopolitique du chaos*, avait attiré l’attention des lecteurs sur la complexification des sociétés. Il indiquait ainsi que « *nous sommes en train de passer de formes de pouvoir autoritaires, hiérarchiques, verticales à des formes négociées, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes* »⁶⁹¹. Transposé au domaine scientifique ce constat est un appel au décloisonnement des disciplines. Il est en adéquation avec les théories proposées par M. Kuhn dans le cadre de sa réflexion sur les révolutions scientifiques. Cet auteur indique qu’en période qualifiée de « science normal », les recherches s’enferment dans un mode de raisonnement prédéterminé. Ce dernier « *pour un temps au moins, leur fournit des problèmes-types et des solutions* »⁶⁹². Des anomalies viennent par la suite bousculer les méthodes scientifiques élaborées invitant à un changement de paradigme. Dans le domaine juridique, nous sommes à ce point de rupture. La complexification sociale, économique et politique impose aux juristes de quitter sa zone de confort pour s’ouvrir à d’autres disciplines et méthodes d’analyse. Aujourd’hui, il serait illusoire de traiter un sujet de droit des affaires sans y apporter une lecture économique et morale. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution constitue une véritable exception aux principes de rétroactivité et d’accessoire. Or, comme l’indique, M. De Moy, l’exception est tout aussi importante que le principe puisqu’elle révèle une lacune du droit. L’auteur estime ainsi que « *si une exception est instituée, c’est qu’il est estimé que l’encadrement juridique d’une situation factuelle n’est pas effectué de manière pertinente par le principe, et qu’il est alors ressentie la nécessité d’instaurer à ses côtés une exception* »⁶⁹³. Cette démarche a d’ailleurs révélé son intérêt dans le cadre de notre objet d’étude : alors que l’article 1352-9 du Code civil peine à trouver une justification au regard des concepts juridiques, il se conçoit aisément lorsqu’il est abordé sous l’angle de disciplines extra-juridiques. De manière concrète, ce report de la sûreté sur l’obligation de restitution permettrait d’accroître la sécurité du créancier, tout en préservant les intérêts du débiteur. Kuhn avait toutefois mis en garde ses lectures des résistances pouvant apparaître lors d’une proposition de changement de paradigme. Il avait soulevé les tentatives visant à « *refouler l’intrus et à restaurer la prééminence du modèle inquiet* »⁶⁹⁴.

⁶⁹¹ Ramonet (I.), *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard (Folio), 2001, p.7-8.

⁶⁹² Kuhn (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

⁶⁹³ De Moy (J.-M.), th. préc., p.25, n°19.

⁶⁹⁴ Ost (F.) et Van De Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Saint Louis, Faculté Universitaire, p.13.

260. Innovation versus traditionalisme. Cette opposition entre modernisation ou conservatisme juridique est régulièrement mise en avant dans les écrits doctrinaux⁶⁹⁵. Elle est particulièrement prégnante lorsque l’objet d’étude est issu d’un contexte politico-économique différent de celui en place lors de la rédaction des principaux structurant de la matière⁶⁹⁶. Tel est exactement la situation du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Cette notion découle de divers facteurs – renforcement des intérêts du créancier et protection du débiteur – et s’insère dans un contexte politico-économique particulier – intensification des échanges, compétition des systèmes juridiques ou encore imbrication des relations contractuelles⁶⁹⁷ ... – Ces préoccupations étaient méconnues des rédacteurs du Code civil napoléoniens. Ce décalage explique que l’article 1352-9 du Code civil ne peut s’expliquer par les concepts traditionnellement définis. En revanche, cette nouvelle disposition du Code civil retrouve tout son sens lorsqu’elle est étudiée sous un angle pragmatique, impliquant la prise en compte de considérations politico-économiques actuelles. Quelle vision doit primer ? Peut-on accepter un mécanisme qui trouve son assise dans une lecture politique même si cela conduit à négliger les concepts juridiques traditionnels ? La réponse à cette question est imminemment subjective et idéologique. Il ne nous appartient de trancher ce débat. A défaut, il convient de conclure que si le report de la sûreté sur l’obligation de restitution semble énigmatique au regard des principes traditionnels, il prend tout sens dans une lecture plus pragmatique.

⁶⁹⁵ Ex : Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010, p.29, n°11.

⁶⁹⁶ Cette difficulté à appréhender des notions nouvelles, insaisissables au regard des principes et des concepts traditionnels se retrouve dans toutes les branches du droit. Ex : l’Union Européenne est une notion qui ne peut être définie à partir des outils traditionnels, à savoir les concepts d’Etat et d’organisation internationale. V. : Dubout (E.), « La primauté du droit de l’Union européenne et le passage au pluralisme constitutionnel », *R.T.D.E.* 2018, n°3, p.563. Certains auteurs ont donc proposé de s’affranchir de ce carcan technique pour proposer une lecture pragmatique de l’Union Européenne, consistant à reconnaître une approche constitutionnelle de sa gouvernance. En ce sens : Jouanjan (O.), « Ce que « donner une constitution à l’Europe veut dire », *Cités*, 2003/1, n°13, p.21-35. Ces analyses répondent certes à un besoin pratique mais elles sont contestables d’un point de vue théorique au regard des règles européennes et constitutionnelles. Un second exemple est issu du droit civil : phase aux problèmes liés au droit de l’environnement, il a été envisagé de reconnaître la personnalité juridique à des éléments issus du milieu naturel. En droit français, depuis la loi 16 février 2015, les animaux ne sont plus considérés comme des meubles mais comme « *des êtres vivants dotés de sensibilité* ». Certains droits étrangers sont allés plus loin en reconnaissant la qualité de « *sujet de droit non humain* » à des animaux et à des fleuves. Le droit français n’a pas encore franchi le Rubicon mais de plus en plus d’auteurs plaident pour une extension de la notion de personne à ces éléments naturels. V. : De Toledo (C.), *Le fleuve qui voulait écrire : les auditions du Parlement de Loire*, éd. Liens Libertrent, 2021, 304 p. A l’inverse, il a été considéré par le comité d’éthique française que l’embryon humain devait être qualifié de « *personne humaine en devenir* ». Ces différents questionnements issus du droit des personnes et de l’environnement appellent à une redéfinition de la notion de personnalité juridique, qui ne semble adaptée aux enjeux contemporains. Sur ces questions : Turpin (D.), « La notion juridique de personne : début et fin », *D.*2017, p.2042. Enfin, les principes traditionnels du droit pénal semblent inaptes à répondre aux problématiques émergentes liées au numérique. Il est communément admis que « le droit a un pas de retard sur la technologie ». De nouvelles infractions apparaissent et le principe de la légalité et des délits et des peines constitue un frein à leur soumission aux textes existant.

⁶⁹⁷ Cf. *supra* n° 20.

CONCLUSION PARTIE I

261. Le travail de définition. En 1982, la Haute juridiction a jugé que la sûreté constituée pour garantir l’obligation initiale d’un contrat de prêt devait, à la suite de l’anéantissement de celui-ci, couvrir les restitutions qui en découlent. Elle réitérera cette solution à diverses reprises mais dans des contextes forts différents. L’ordonnance du 10 février 2016 marque le point d’aboutissement de ce courant jurisprudentiel en donnant une assise légale à cette solution et en lui conférant un champ d’application plus large – du moins en apparence⁶⁹⁸ –. La doctrine s’est empressée de critiquer la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution, sans au préalable, avoir pris le temps de définir cette notion. Véritable « objet juridique non identifié », les auteurs y ont intégré toutes sortes d’hypothèses du moment qu’il était possible de constater l’existence d’une obligation de restitution qui était garantie. La compréhension de l’objet de notre étude passe donc par un travail de définition. Qu’entend-t-on par l’expression « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » ? Nous avons mis en lumière qu’une telle qualification impliquait deux conditions cumulatives. D’une part, un élément matériel doit être constaté et prend la forme de l’existence d’une obligation de restitution susceptible d’être garantie. D’autre part, il est nécessaire de caractériser un élément temporel, qui implique qu’une sûreté, constituée antérieurement à l’anéantissement du contrat principal, soit reportée sur l’obligation de restitution. Ces deux éléments caractérisent la notion de report de la sûreté sur l’obligation de restitution et permettent d’exclure un certain nombre d’hypothèses qui avaient été qualifiées à tort comme tel. Une analyse de la jurisprudence rendue en matière de contrat de prêt, nous a permis d’exclure également ces solutions de la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution. La structure particulière de ce contrat implique un rattachement des restitutions au socle contractuel initial de sorte que la sûreté n’est pas « reportée » sur l’obligation de restitution mais plutôt « maintenue ». Le travail mené a donc permis de définir la notion et d’opérer une classification entre les hypothèses soumises. Il s’agit d’une étape nécessaire avant de s’interroger sur les justifications de cette règle.

262. Le travail de justification. Il était communément admis en doctrine que la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution était non seulement insatisfaisante mais surtout inexplicable. Réaffirmer ce constat sans plus de précision n’apporte rien au travail de théorisation si ce n’est de répéter un soliloque commode. Il est davantage pertinent de s’interroger sur l’origine de la méfiance des auteurs à l’égard de l’article 1352-9 du Code civil. Pourquoi cette disposition est-elle reléguée au rang des « objets juridiques encombrants » ? La réponse est simple : cette règle contraste avec les principes généraux

⁶⁹⁸ Cf. *infra* n° 171 s.

régissant le droit des sûretés et le droit des obligations. D’une part, elle impose une survie de la sûreté qui se fait au mépris de la règle de l’accessoire. D’autre part, elle induit un transfert de cette sûreté d’une obligation à une autre sans que celles ne soient liées. Ce « saut » de la sûreté contredit la nature quasi-contractuelle de l’obligation de restitution. Ce mépris des principes juridiques établis suffit-il à qualifier le report de la sûreté « d’injustifié » ? Une réponse négative s’impose car l’explication de cette règle se trouve dans des considérations extra-juridiques. L’article 1352-9 du Code civil puise son fondement dans la volonté du législateur de renforcer l’efficacité de la sûreté en la conciliant avec l’impératif de protection du garant.

263. De la compréhension à l’acceptation. Cette percée du pragmatisme permet d’apporter des solutions face aux enjeux économiques. Cela se fait parfois en dépit des conceptions solidement établies. Doit-on blâmer la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution pour cette raison ? Comme indiqué précédemment la réponse à cette question ne nous appartient pas. Notre but était d’apporter des éclaircissements sur cette notion et d’en proposer des explications pertinentes. Le travail de compréhension de l’objet d’étude semble ainsi être réalisé. S’il ne nous appartient pas de nous prononcer sur l’acceptation du report de la sûreté à partir d’éléments politiques, nous sommes en revanche autorisée à nous prononcer sur l’intérêt pratique de cette règle. Maintenant que nous avons déterminé les hypothèses correspondantes à l’article 1352-9 du Code civil, regardons leur traitement par cette disposition. La validation de la règle du report de la sûreté dépendra donc de cette analyse pratique. De manière plus précise, il s’agira de vérifier si cette nouvelle disposition peut s’appliquer dans tous les cas envisagés et si elle présente une véritable utilité.

DEUXIÈME PARTIE

MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DU REPORT DE SÛRETÉ

Méphistophélès :
« Mon bon ami, toute théorie est sèche,
Et l’arbre précieux de la vie est fleuri »⁶⁹⁹

264. La nécessité d’une étude pratique du report de sûreté. Notre travail précédemment mené a permis de délimiter les contours de la notion nouvelle de « report de sûreté sur l’obligation de restitution ». Il est à présent temps de soumettre celle-ci à l’épreuve de la pratique. Comme l’indique Méphistophèles dans Faust, le raisonnement abstrait serait incomplet s’il ne se doublait pas d’une mise en œuvre pratique. Perelman a d’ailleurs mis en lumière toute l’importance de cette étape : « *c’est que pendant des siècles le droit s’est inspiré des sciences. On n’a pas tenu compte du fait qu’il est une activité pratique, et non pas une réflexion purement théorique* »⁷⁰⁰. Du fait de son caractère éminemment social, le droit se doit d’être au service de la pratique de sorte que **l’abstraction serait inutile** si elle ne conduisait pas à des résultats concrets. Un second argument nous pousse hors des terrains purement descriptifs du droit. La matière juridique n’est pas porteuse de vérités absolues et inébranlables. Au contraire, la tâche du juriste est plus modeste : il n’est tenu que de formuler des propositions satisfaisantes, dont il est important de vérifier la pertinence. Dès lors, la mise en œuvre pratique des règles est gage de sécurité dans le sens où elle a vocation à sélectionner les propositions les plus appropriées et les plus justes⁷⁰¹. M. Chazal résume parfaitement cette

⁶⁹⁹ Goethe, *Faust*, trad. G. De Nerval, Scène du cabinet d’étude.

⁷⁰⁰ Perelman (C.), *Éthique du droit*, éd. Univ. Bruxelles, 1990, p.633.

⁷⁰¹ Chazal (J.-P.), « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l’illusion scientifique », *R.I.E.J.* 2001, vol.46, p.39 : « *Il y a bien évidemment plusieurs solutions possibles à un problème de droit, aussi simple soit-il (...). Mais cette pluralité, tout comme la diversité des opinions doctrinales, ne constitue pas un obstacle à la recherche de la solution juste. En effet, toutes les solutions proposées ne se valent pas ; certaines sont meilleures que d’autres. Le tri s’opère grâce à la discussion, à la controverse* ». Sur ces questions, V. : M. Dworkin a développé la « *one right answer thesis* » au terme de laquelle les juges devaient rechercher la solution la plus juste dans le cadre du litige. V. : Dworkin (R.), *Justice and Rights. Taking rights seriously*, Duchworth, 1977. A

tâche en considérant que « *le droit est de l’ordre de l’action et non celui de la spéculation* »⁷⁰². C’est ainsi au nom de **la méthode de la prudence**, si chère à Aristote et à Thomas d’Aquin⁷⁰³, qu’il convient de livrer la proposition doctrinale au rigoureux spectre de la pratique.

265. « Du droit au fait »⁷⁰⁴, cheminement de l’analyse pratique. Si la nécessité d’une analyse pratique du report de sûreté ne fait plus de doute, deux questions restent latentes. Pourquoi la doctrine dans le cadre de l’analyse de l’article 1352-9 du Code civil, ne s’est-elle jamais aventurée sur ces terrains ? En effet, hormis quelques exceptions notables⁷⁰⁵, les auteurs sont restés peu loquaces sur la question de la mise en œuvre pratique du report de sûreté. A notre sens, la laborieuse tâche de qualification juridique de la règle a conduit à occulter les difficultés pratiques. Pour autant, un regard rapide sur la généralisation du report de sûreté fait émerger une idée centrale quant à la mise en œuvre pratique de cette règle : l’article 1352-9 du Code civil aurait été pensé à partir de la jurisprudence antérieure et la généralisation souhaitée serait illusoire. Ainsi, seule la garantie des restitutions en matière de prêt serait possible mais elle pourrait largement être remplacée par d’autres mécanismes permettant un résultat similaire. Nous nous proposons de mettre à l’épreuve ce raisonnement et de tester sa pertinence. Cette résolution nous amène à notre second questionnement : par quels outils pouvons-nous proposer une étude de la réalisation du report de sûreté ? C’est M. Pellé qui suggéra un guide méthodologique de l’analyse juridique sous la forme d’un cheminement en aller-retour. Si le travail de théorisation implique de s’élever des faits pour en prendre la mesure juridique, l’activité pratique consiste au strict raisonnement inverse. Il s’agit de partir du droit vers les faits pour retourner au point de départ initial. Dans cette perspective, il est intéressant d’abord de s’interroger sur le champ d’action dans lequel la règle du report de la sûreté va produire ses effets (**Titre I**). Cette dernière étant imminemment dérogoratoire à un certain nombre de principes, il semble illusoire de lui prêter un champ d’application aussi large que le fait l’article 1352-9 du Code civil. Une fois cette première étape franchie, il s’agira de juger ses effets en proposant des critères d’appréciation de la règle étudiée (**Titre II**).

l’inverse, Kelsen alertait contre l’illusion de la solution unique. V. Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., p.342.

⁷⁰² Chazal (J.-P.), art. préc., p.39.

⁷⁰³ Thomas d’Aquin, en tant qu’interprète de Aristote, a repris les principaux éléments de sa philosophie concernant la notion de prudence. Selon le philosophe antique, il s’agit d’une vertu intellectuelle dont l’application la plus noble se fait dans la sphère politique. Ainsi, le législateur dans son travail d’élaboration des lois doit faire preuve de cette vertu de la manière la plus rigoureuse qu’il soit. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chap. 5, Livre. 6 ; Thomas d’Aquin, *Somme théologique : la prudence*, II^a II^{ae}, Q.48, Cerf.

⁷⁰⁴ Pellé (S.), *La notion d’interdépendance contractuelle contribution à l’étude des ensembles de contrats*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.64, n°292, p.263.

⁷⁰⁵ Sur la question de la mise en place d’une action directe qui viendrait suppléer la règle du report de la sûreté : Théry (P.), « Les sanctions en droit des sûretés. Entre cycles politiques et désordres techniques », in *La sanction contemporain, entre technique et politique*, 2012, Dalloz, L’esprit du Droit, p.275 ; Gijssbers (C.), « Le privilège de prêteur de deniers survit à l’annulation de la vente financée », *Defrénois 2018*, p.35, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 26 oct. 2017, n°16-15.754.

TITRE I : LE CHAMP D'APPLICATION DU REPORT DE SÛRETÉ

TITRE II : L'APPRÉCIATION DU REPORT DE SÛRETÉ

TITRE I

LE CHAMP D’APPLICATION DU REPORT DE SÛRETÉ

266. La définition de la notion de « champ d’application » et ses outils. Le champ d’application est une notion régulièrement utilisée dans l’analyse juridique. Il est de coutume pour un juriste d’étudier le champ d’application des règles de droit qui lui sont soumises. Cette expression englobe des biens, des opérations et des situations soumises à la règle de droit étudiée dans le but de déterminer les limites dans lesquelles celle-ci trouve à s’appliquer. La mise en lumière du champ d’application d’une disposition ne peut se concevoir sans l’opération de **qualification juridique**. Cette dernière correspond à une traduction juridique d’une situation factuelle dans le but de déterminer la règle de droit qui lui est applicable. Plus précisément, Thomas Janville l’a défini comme « *une activité d’élaboration et de définition, relevant fondamentalement de l’autorité normative, et en France, dans une certaine mesure – à travers une démarche interprétative – de la jurisprudence voire de la doctrine* »⁷⁰⁶. De manière plus concrète, la qualification juridique signifie l’attribution d’une qualité. C’est précisément sur ce point qu’elle vient aider à l’opération de détermination du champ d’application d’une règle : si telle qualité peut être reconnue à une situation déterminée, celle-ci rentrera dans le champ de d’application d’un ensemble de règle de droit.

267. Mise en œuvre de l’opération de qualification. C’est Monsieur Janville qui a décrit, avec le plus de précision, l’opération de qualification. Cette dernière présuppose une « réalité idéale », un concept juridique, et une « réalité casuelle », un exposé d’une situation factuelle. L’activité intellectuelle de qualification a vocation à interpréter ces deux maillons d’une même chaîne⁷⁰⁷ pour les mettre en lien. Concernant le report de la sûreté sur l’obligation de restitution, l’analyse de la « réalité idéale » a d’ores et déjà été menée. Elle a fait apparaître la nécessité de constater l’existence d’une obligation de restitution et d’une sûreté, constituée antérieurement à l’anéantissement contractuel. Dès lors, il convient de procéder à la détermination de la « réalité casuelle », à savoir les situations de faits pour lesquels l’article 1352-9 du Code civil trouverait à s’appliquer. À première vue, la lecture de cette disposition permet de cerner son champ d’application : elle aurait vocation à s’appliquer à toute sûreté et

⁷⁰⁶ Janville (T.), *La qualification juridique des faits*, PUAM, 2002, n°7, p.23.

⁷⁰⁷ Janville (T.), ouvr. préc., n°178, p.145 : « *Et ainsi, l’interprétation des faits d’une part, et l’interprétation de la norme juridique d’autre part, peuvent apparaître comme participant de la substance même de cette opération intellectuelle* ».

et l’origine de l’obligation de restitution serait indifférente. Toutefois, cette lecture peut sembler un peu rapide et mérite d’être renforcée par une étude des différentes hypothèses qui seraient amenées à se présenter. Une étude sommaire nous laisse penser que dans plusieurs cas, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne pourrait pas fonctionner normalement. Le champ d’application qui aurait été retenu serait alors trop ambitieux. Pour confirmer ce point de vue, il convient de partir des deux éléments essentiels mentionnés à l’article 1352-9 du Code civil : une sûreté valable (**Chapitre 1**) et une obligation de restitution (**Chapitre 2**). La détermination du champ d’application de cette règle de droit passe donc par l’analyse de ces deux composantes.

CHAPITRE 1 : LA DÉTERMINATION DU CHAMP D’APPLICATION QUANT À LA SÛRETE

CHAPITRE 2 : LA DÉTERMINATION DU CHAMP D’APPLICATION QUANT À L’OBLIGATION DE RESTITUTION

CHAPITRE 1

LA DÉTERMINATION DU CHAMP D’APPLICATION QUANT À LA SÛRETÉ

A propos des sûretés :

« Un droit d’une grande richesse, donc, passionnant et passionné,
en raison des multiples conflits d’intérêts qui s’y jouent.
Un droit toujours à la recherche d’une cohérence.
Elle est peut-être la promesse du nouveau siècle »⁷⁰⁸

268. Des sûretés, quelles sûretés ? L’article 1352-9 du Code civil ne peut s’appliquer qu’en présence d’une sûreté. Au même titre que l’obligation de restitution, il s’agit d’une condition nécessaire à la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution »⁷⁰⁹. La nouvelle disposition reste peu précise sur son champ d’application quant à la sûreté. Antérieurement à l’ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence visait exclusivement l’hypothèse d’un cautionnement ou d’une hypothèque. Si l’on prête attention aux avant-projets de réforme, les difficultés ne semblent pas se dissiper. En effet, l’avant-projet Catala reprenait la jurisprudence, en ne consacrant la règle du report de la sûreté qu’en matière de cautionnement⁷¹⁰. L’avant-projet Terré avait quant à lui fait le choix d’un champ d’application plus vaste en considérant que toute garantie avait vocation à couvrir l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement contractuel⁷¹¹. Enfin, l’avant-projet de la Chancellerie ne fait nullement référence à cette règle⁷¹². Face à ces incertitudes, la détermination du champ d’application quant à la sûreté implique, d’une part, de se demander quelles sont les sûretés pour lesquelles le report est possible (**Section 1**). La grande diversité des sûretés, telle que précédemment relevée par MM. Malaurie et Aynès, viendra compliquer cette tâche. D’autre part, il s’agira de vérifier la compatibilité de l’article 1352-9 du Code civil

⁷⁰⁸ Malaurie (P.) et Aynès (L.), *Sûretés. Publicité foncière*, éd. Cujas, 10^{ème} éd., 2000, avant-propos.

⁷⁰⁹ Cf. *supra* n° 59 s.

⁷¹⁰ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, P. Catala (ss. dir.), remis au Garde des Sceaux en 2005 et consultable sur le site du Ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf (consulté le 12/10/2021). *Adde.* : Serinet (Y.-M.), « Restitutions après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7), in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr. 2006, p.56.

⁷¹¹ Terré (F.) (ss. dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009 ; Terré (F.) (ss. dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

⁷¹² Deux avants projets de la Chancellerie, consultable en ligne : <http://www.textes.justice.gouv.fr/projets-de-reformes-10179/reforme-du-regime-des-obligations-et-des-quasi-contrats-22199.html> (consulté le 12/10/2021).

avec les dispositions du droit des sûretés. Cela nous conduira à nous s’interroger sur la validité de la sûreté qui peut se trouver contrarié par la règle du report de la sûreté (**Section 2**).

SECTION 1 : LES SÛRETÉS CONCERNÉES PAR LA RÈGLE

269. Les dispositions relatives aux restitutions se veulent d’application large⁷¹³. L’article 1352-9 du Code civil fait référence aux « sûretés » (§1), qui ont été « constituées pour garantir l’obligation initiale » (§2).

§1. La nécessaire existence d’une sûreté

270. Après s’être interrogé sur les types de sûretés pour lesquelles l’article 1352-9 du Code civil trouve à appliquer (A), il s’agira de se demander si cette disposition s’étend aux garanties (B).

A. Un champ d’application limité à certaines sûretés

271. L’article 1352-9 du Code civil semble retenir un champ d’application général. L’analyse exégétique⁷¹⁴ du texte nous invite donc à reconnaître que toutes sûretés seraient concernées par cette nouvelle disposition (1). Cependant, une étude plus concrète relativise cette conclusion : dans un certain nombre de cas, la règle ne peut fonctionner en raison des particularités des sûretés (2).

1) Le principe : l’application de l’article 1352-9 du Code civil à toutes sûretés

272. La rédaction de l’article 1352-9 du Code civil interroge à deux égards : d’une part, en se référant à la notion de sûreté, il convient de se demander à quoi les rédacteurs de l’ordonnance ont entendu faire référence. D’autre part, afin de mieux mesurer l’impact de l’article 1352-9 du Code civil, il serait intéressant de comparer son champ d’application avec celui qui lui était attribué par la doctrine antérieurement à la réforme.

⁷¹³ Pellet (S.), « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *J.C.P. G 2016*, n°24, p.676.

⁷¹⁴ Sur cette notion, Cf. *infra* n° 306.

273. Les conséquences de la référence au terme « sûreté ». La notion de sûreté a d'abord été définie en doctrine à partir de la règle de l'accessoire⁷¹⁵, avant que l'ordonnance du 23 mars 2006 rompe avec cette logique. En intégrant la lettre d'intention⁷¹⁶ et la propriété garantie⁷¹⁷ dans la catégorie des sûretés, la réforme a clairement fait le choix de détacher cette notion de celle d'accessoire⁷¹⁸. Ce choix effectué en 2006, et maintenu par l'ordonnance du 15 septembre 2021, reste relativement contesté en doctrine. Tout intéressant que ce soit ce débat, il dépasse largement le cadre de notre étude. Toutefois, ces propos nous donnent une indication quant à la portée de l'article 1352-9 du Code civil : en se référant au terme sûreté, cette disposition renvoie à la liste légale, y compris en ce qui concerne les institutions dont la qualification de sûreté a pu être contestée – lettre d'intention, garantie autonome, clause de réserve de propriété et fiducie –. Un argument aurait pu faire douter d'une lecture aussi large du terme sûreté : il s'agit d'une interprétation *a contrario* d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation. À la lecture de celui-ci, nous étions amenée à conclure que la garantie autonome ne pouvait être reportée sur l'obligation de restitution, en raison de l'absence de caractère accessoire inhérent à cette garantie⁷¹⁹. Premièrement, l'arrêt évoqué date de 2002 c'est-à-dire antérieurement à la réforme de 2006, qui a opté en faveur de la qualification de sûreté pour la garantie autonome et d'autres mécanismes. Deuxièmement, la doctrine majoritaire reconnaît que l'identification de certains mécanismes en tant que sûretés est plus que contestable. Pour autant, tous s'accordent sur le fait que leur mention au sein du Code civil doit nous amener à les traiter comme tel. Ainsi, M. Forti estime que « *sa formulation générale (sous-entendu de l'article 1352-9 du Code civil) conduit à l'appliquer à*

⁷¹⁵ Plusieurs auteurs ont proposé des définitions de la notion de sûreté. C'est celle proposée par le professeur Crocq qui est considérée comme la plus aboutie. L'auteur estime que la sûreté se caractérise par trois éléments : une finalité, garantir le paiement de l'obligation principale, un effet, la satisfaction du créancier et une technique, l'adjonction d'un droit d'agir au côté du droit principal. En ce sens, V. : Crocq (P.), *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibl. dr. privé, T.CCXLVIII, L.G.D.J., 1995. Pour une autre définition, V. : Legeais (D.), *Rép. civ., Dalloz*, v° « Sûretés », janv. 2016 (actualisation mars 2019), n°8 : « *Tous ces mécanismes ont en commun de conférer une situation privilégiée au créancier. Celui-ci se trouve dans une situation meilleure que celle qui serait la sienne s'il était un simple créancier chirographaire* ».

⁷¹⁶ *contra* : Le Cannu (P.), « La lettre d'intention conquise par le Code civil », *R.T.D. com.* 2006, p.421 ; Westendorf (H.), *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J., p.49, n°54 : « *Aujourd'hui le Code civil qualifie de sûreté certains mécanismes qui ne méritent pas nécessairement cette qualification* ».

⁷¹⁷ Westendorf (H.), th. préc., p.58, n°72 ; Gijssbers (C.), *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016, p.76 s., n°81 s.

⁷¹⁸ *contra* : Tafforeau (P.), *Droit des sûretés*, coll. Paradigme, 2020, p.30, n°14.

⁷¹⁹ Cass., 1^{ère} Civ., 29 oct. 2002, n°99-20.450, *Bull. civ. I*, n°252, *RJDA* 2003, n°298, *R.D.I.* 2003, p.23, obs. L. Grynbaum : « *Attendu que tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'obligation de restituer, inhérente au contrat de prêt, demeure valable ; que, dès lors, la garantie en considération de laquelle le prêt a été consenti subsiste tant que cette obligation n'est pas éteinte ; que c'est dès lors à bon droit, en dépit d'une maladresse de rédaction relative au caractère autonome de la garantie litigieuse, que l'arrêt retient que M. Neta s'était seulement engagé à donner ses contrats d'assurance en garantie du remboursement des sommes dues par M^{me} Nacera et que ces sûretés conservaient leurs effets pour garantir les éventuelles restitutions consécutives à l'annulation des contrats de crédit ; que le premier moyen est mal fondé en ses deux branches et le second inopérant en ses deux griefs* ». Pour une interprétation en ce sens, V. : Forti (V.), « Régime général des obligations – Restitutions », *J.-Cl. Notarial*, fasc. unique, 2018 (actualisation : 9 sept. 2021), n°57.

toutes les autres sûretés, telles qu’un gage ou même une garantie autonome »⁷²⁰. Dans la même veine, MM. Latina et Chantepie affirment que « en visant les sûretés, l’article 1352-9 permet également d’inclure la garantie autonome, expressément qualifiée de sûreté par l’article 2287-1 du Code civil »⁷²¹. Ce champ d’application élargi contraste ainsi avec les solutions retenues antérieurement.

274. La rupture par rapport à la jurisprudence antérieure ? En faisant le choix d’une vaste application du report de la sûreté, les rédacteurs de la réforme ont rompu avec les solutions antérieurement retenues en la matière⁷²². Comme indiqué précédemment, les arrêts rendus portaient exclusivement sur des hypothèses de cautionnement ou d’hypothèque. Les droits étrangers sont également en ce sens puisqu’ils n’appliquent la garantie des restitutions que lorsque celle-ci découlent d’un contrat de prêt anéanti, et qu’elles sont couvertes par un cautionnement⁷²³. Cette restriction du champ d’application s’était aussi manifestée au travers d’un arrêt peu commenté de la Cour de cassation en date du 5 mars 1991⁷²⁴. En l’espèce, un particulier, majeur incapable, avait acquis un véhicule automobile. Le contrat de vente était financé par un prêt et la banque prêteuse s’était couverte en inscrivant un gage sur le véhicule acquis. A la suite d’un défaut de remboursement, celle-ci a procédé à la saisie du bien entre les mains d’un tiers acquéreur. Ce dernier intente une action en nullité de l’acte de prêt en se fondant sur l’incapacité de l’emprunteur. L’arrêt de la Cour d’appel de Caen déboute le prêteur de sa demande en validation de l’inscription du gage et ordonne la mainlevée de la saisie pratiquée. Les juges du fond considèrent que le contrat de prêt était inexistant en raison, d’une part de l’incapacité de l’emprunteur et, d’autre part du fait que celui-ci n’avait pas apposé sa signature sur le document litigieux. Un pourvoi est alors formé par le prêteur qui invoque plusieurs arguments. Il reproche aux juges du fond d’avoir fondé l’inexistence du prêt uniquement sur l’examen des signatures apposées sur l’acte. Il considère également que l’action en nullité de prêt intentée par le tiers acquéreur n’aurait pas dû aboutir. En effet, celle-ci se fonde sur l’incapacité de l’emprunteur. Or, il s’agit là d’une cause de nullité relative ne pouvant être invoquée que par les parties au contrat. Enfin, l’auteur du pourvoi rappelle la règle, traditionnellement admise en jurisprudence, selon laquelle la nullité du contrat laisse subsister une obligation de restitution susceptible d’être garantie par la sûreté initiale. La Cour de cassation n’est pas sensible à cette démonstration puisqu’elle rejette le pourvoi en considérant qu’en l’absence de consentement, le contrat de prêt devait être tenu pour inexistant. Elle affirme surtout que la banque « ne pouvait inscrire un gage sur l’automobile du chef d’un contrat inexistant ». Les faits de cet arrêt semblent complexes, ils sont néanmoins capitaux pour comprendre la portée de la décision de la Cour de cassation quant au champ d’application de la garantie des restitutions. En effet, certains auteurs, en s’appuyant sur cet arrêt, ont conclu à l’exclusion du gage de la règle du maintien de la sûreté⁷²⁵. Celle-ci ne serait applicable qu’en matière de cautionnement et d’hypothèque et, par

⁷²⁰ Forti (V.), op. cit., n°57.

⁷²¹ Latina (M.) et Chantepie (G.), *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, Juin 2018, p.971, n°1078.

⁷²² Sur cette notion, Cf. *supra* n° 137 s.

⁷²³ Cf. *supra* n° 12.

⁷²⁴ Cass., 1^{ère} Civ., 5 mars 1991, n°89-17.167.

⁷²⁵ Bourassin (M.), Brémond (V.), *Droit des sûretés*, Sirey, 6^{ème} éd., p.125.

voie de conséquence, l’article 1352-9 du Code civil, en généralisant à toute sûreté, opèrerait une rupture complète avec la jurisprudence antérieure.

275. Cette lecture semble toutefois un peu précipitée⁷²⁶. Une analyse plus poussée des faits de l’arrêt doit nous amener à remettre en cause cette exclusion systématique du gage – dont la pertinence et l’intérêt serait d’ailleurs source de questionnements⁷²⁷ –. D’une part, dans cette espèce, les juges s’étaient référés à la notion d’inexistence. L’attendu de la Cour de cassation est relativement précis sur ce point puisqu’il indique que « *la Cour d’appel a exactement retenu qu’aucun échange de consentement n’étant intervenu entre le CGI et M.Y..., il n’y a pas eu contrat de prêt entre eux* ». L’inexistence se conçoit comme un état juridique différent de la nullité. L’acte inexistant n’a pas réuni les éléments indispensables à sa création, tandis que dans le cadre de l’acte nul ceux-ci sont présents mais viciés⁷²⁸. Dès lors, la théorie de l’inexistence est plus rigide que celle de nullité. Si en matière de nullité, certaines entorses à la rétroactivité sont envisageables, cela semble inconcevable dans le cas d’un acte inexistant. La raison en est simple : celui-ci n’a jamais accédé à la vie juridique faute d’un élément nécessaire à sa création. D’autre part, les faits de l’espèce font mention d’un gage automobile en garantie de la dette. Cette sûreté est traditionnellement qualifiée de monovalente si nous nous en tenons à la distinction proposée par M. Dagot⁷²⁹. Selon l’auteur, ces dernières ne peuvent être affectées qu’à la garantie de certaines dettes. En effet, il distingue les « grandes sûretés » qui ont une vocation générale à couvrir n’importe quelle dette et les « petites sûretés », dont la portée est nettement plus limitée. L’auteur indique au sujet de celle-ci que « *non seulement elles ne peuvent garantir que certaines créances, en fait une créance déterminée pour chacune d’entre elles, mais en outre, elles ne peuvent intervenir qu’une seule fois au sein d’un patrimoine déterminé* »⁷³⁰. Parmi les petites sûretés, M. Dagot y range le gage automobile puisque celle-ci n’a vocation qu’à couvrir le prix d’achat de ce bien⁷³¹. La combinaison de ces deux éléments permet d’expliquer la solution d’espèce : l’application de la théorie de l’inexistence a conduit les juges à reconnaître qu’il n’y avait jamais eu de contrat de prêt entre les parties. Le gage automobile n’a jamais pu être valablement inscrit puisqu’il procède d’un contrat inexistant et qu’il avait vocation à garantir une créance, elle-même

⁷²⁶ Sur les particularités de l’espèce, V. : Collet (L.), Cass., 1^{ère} Civ., 5 mars 1991, n°89-17.167, *D.1993*, p.508.

⁷²⁷ En effet, pourquoi le gage devrait-il être exclu de cette règle alors qu’il correspond à la définition traditionnelle de la sûreté telle qu’énoncée par M. Crocq. Autrement dit, aucun argument juridique ne permettrait de priver la règle d’efficacité en matière de gage alors qu’elle s’applique parfaitement à l’hypothèque ou au cautionnement.

⁷²⁸ Posez (A.), *L’inexistence du contrat*, th. Paris II, ss. dir. D. Bureau, 2010, p.10, n°10 ; Pize (J.), *Essai d’une théorie générale sur la distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des contrats*, th. Paris, 1897 ; Chevallier (J.), « Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil », *Travaux de l’association Henri Capitant*, 1962, T.XIV, p.513 ; Peltier (V.), « Contribution à l’étude de la notion d’inexistence en droit privé », in *R.R.J. 2000-3*, p.937 ; Vieujan (E.) et Renard (C.), « La nullité, l’inexistence et l’annulabilité en Droit civil Belge », in *Travaux de l’Association Capitant*, T.XIV, 1963, p.521.

⁷²⁹ Dagot (M.), « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *J.C.P. N 1999*, p.381.

⁷³⁰ Dagot (M.), art. préc., n°8.

⁷³¹ Dagot (M.), art. préc., n°8 : « *Le gage automobile, également, est une sûreté qui ne peut garantir qu’une créance déterminée ayant un lien particulier avec le bien donné en garantie* ». L’auteur précise toutefois que cette sûreté est amenée à garantir le prix d’achat du bien ou éventuellement une créance assimilée. Il est ainsi toléré comme le gage automobile puisse garantir la créance du prêteur de denier qui a financé l’opération comme cela est le cas en l’espèce. En ce sens : Cabrillac (M.) et Mouly (C.), *Les sûretés*, Litec, 4^{ème} éd., p.575, n°707.

inexistante. Ainsi, la mention de cet arrêt ne peut suffire à elle-seule à conclure, d’une part que le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne s’appliquait pas au gage et, d’autre part, que l’article 1352-9 du Code civil constitue un véritable point de rupture en consacrant un champ d’application plus vaste. La professeure Cottet avait déjà considéré que les solutions jurisprudentielles antérieures à la réforme n’étaient pas suffisantes pour déterminer le champ d’application du report de sûreté. Elle avait ainsi estimé que tant à l’égard de la sûreté que des restitutions, cette règle devait être étendue à des situations de faits non abordées en jurisprudence⁷³².

276. L’article 1352-9 du Code civil semble donc appelé à s’appliquer à toutes les sûretés. Prétendre qu’il s’agirait d’une rupture avec la jurisprudence antérieure semble néanmoins excessif. Les arrêts précédents ont certes été rendus en matière de cautionnement et d’hypothèque. Toutefois, cela tient au fait que des faits d’espèce, intégrant d’autres formes de sûreté n’ont pas été portés devant les juges plutôt qu’à une volonté affirmée de restreindre le champ de la règle du maintien de la sûreté⁷³³. Le principe ayant été déterminé, vérifions s’il n’existerait pas certaines exceptions.

2) Les exceptions : exclusion de certaines sûretés du champ de l’article 1352-9 du Code civil

277. Le raisonnement est simple : il s’agit de reprendre la liste des sûretés dressée par l’ordonnance du 26 mars 2006 et de vérifier si le mécanisme du report peut techniquement fonctionner. A défaut de solutions jurisprudentielles, l’analyse sera exclusivement empirique. Si la réalisation du report de sûreté ne pose pas de problème dans un certain nombre de cas⁷³⁴, il s’avère plus complexe en présence de deux sûretés particulières.

278. L’inapplicabilité de l’article 1352-9 du Code civil aux sûretés non accessoires. Certains auteurs ont plaidé en faveur de l’intégration des sûretés non accessoires au sein du champ d’application de cette nouvelle disposition. Tel est le cas de MM. Chantepie et Latina qui ont considéré « *qu’en visant les sûretés, l’article 1352-9 permet également d’inclure la garantie autonome* »⁷³⁵. La conclusion portée par ces auteurs est contestable car leur argument en faveur de cette intégration est exclusivement d’ordre textuel. Selon ces auteurs, c’est parce que l’article 2287-1 du Code civil qualifie la garantie autonome de sûreté et que l’article 1352-9 du Code civil renvoie à cette même notion qu’il convient de conclure à l’application de cette règle en présence d’une telle sûreté. Analysons la situation d’un point de vue technique pour infirmer la conclusion hâtive portée par ces commentateurs. La garantie autonome est définie à l’article 2321 du Code civil comme « *l’engagement par lequel le*

⁷³² Cottet (M.), th. préc., p.414, n°475 : « Elle devait tout d’abord s’appliquer à l’ensemble des sûretés, qu’elles soient ou non accessoires, dès lors qu’elles ont pour fonction de pallier un risque de défaillance toujours présent malgré l’annulation de la dette ».

⁷³³ Cottet (M.), th. préc., p.414, n°475.

⁷³⁴ Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne fait pas de difficulté lorsque ladite sûreté est un cautionnement, un gage, un nantissement, une antichrèse ou une hypothèque.

⁷³⁵ Latina (M.) et Chantepie (G.), ouvr. préc., p.971, n°1078.

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 ». Bien que dépourvue de caractère accessoire, cette sûreté est constituée dans le but de garantir le paiement de l’obligation⁷³⁶. L’autonomie qui lui est reconnue la place dans une situation complètement différente de celle du contrat de cautionnement. Elle ne subit aucunement l’influence du contrat de base⁷³⁷. La conséquence en est simple : l’engagement du garant n’est pas affecté par la nullité ou la résolution du contrat de base⁷³⁸. Ce détachement de la dette du garant pose question quant à l’application de l’article 1352-9 du Code civil. Comme il a été démontré, cette règle fonctionne sur la base d’une survie fictive de la sûreté, doublée d’une réaffectation de celle-ci à la garantie d’une nouvelle créance. Or, ces deux conditions cumulatives,

⁷³⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2002, n°99-20.450 ; Cass., Com., 2 oct. 2012, n°11-23.401 : « *Attendu qu’en statuant ainsi, alors que la référence au contrat de base ne modifie pas le caractère autonome de la garantie et qu’il résultait de ses propres constatations que la banque s’engageait à verser à la société Raba une somme à sa première demande écrite sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit, la Cour d’appel a violé le texte susvisé* » ; Cass., Com., 24 mars 2021, n°19-14.082, *Rev. Sociétés 2021*, p.567, obs. T. Ravel d’Esclapon : « *Il en résulte que le garant s’oblige à payer la dette d’un tiers de manière autonome au regard du contrat de base et que son obligation a un objet distinct de celle du débiteur principal* » ; Pelichet (M.), *Rép. com.*, Dalloz, v° « Garanties indépendantes », déc. 1998, (actualisation mars 2009), n°11 : « *La caractéristique la plus importante de la garantie indépendante, celle qui en constitue l’originalité, notamment par rapport au cautionnement, et qui a été affirmée sans relâche et avec vigueur par une jurisprudence constante, est l’autonomie de l’engagement pris par le banquier* ».

⁷³⁷ Pelichet (M.), *op. cit.*, n°11 : « *ce contrat est indépendant à la fois du rapport juridique liant le donneur d’ordre au garant mais indépendant surtout par rapport à l’obligation qui lie le bénéficiaire au donneur d’ordre* ».

⁷³⁸ Borge (N.), *La qualification de garantie autonome*, Mémoire D.E.A Droit privé Fondamental Université Jean Moulin Lyon, année universitaire 2000/2001, ss. dir. Madame le professeur S. Porchy-Simon, p.52 ; Arbello (F.), *Les relations entre les sûretés personnelles et le rapport de base en droit français*, th. Poitiers, 1997, p.372, n°325 : « *Le garant poursuivi en paiement par le créancier ne peut lui opposer les exceptions du droit des obligations (nullité, résolution de la dette garantie, etc.)* » ; Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010, p.90, n°122 ; Piedelièvre (S.), *Rép. com.*, Dalloz, v° « Garantie à première demande », mars 2021, n°199 ; Pelichet (M.), *op. cit.*, n°11. Pour des exemples en jurisprudence, V. : Cass., Com., 20 déc. 1982, *Bull. civ. IV*, n°348, *D.1983*, p.365, note M. Vasseur, *J.D.I. 1983*, p.811, note A. Jacquemont ; *Gaz. Pal. 1983. I*, pan. 146, obs. A. Piedelièvre ; *R.T.D. com. 1983*, p.446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Cass., Com., 13 déc. 1983, *D.1984*, p.420, note M. Vasseur ; CA Paris, 24 nov. 1981 ; CA Paris, 29 janv. 1981, *D.1981*, p.336, note de M. Vasseur. Cette solution est d’autant plus pertinente que la Cour de cassation a considéré que lorsque l’engagement principal avait été exécuté, le garant demeurait tenu. En ce sens : Cass., Com., 18 mai 1999, n°95-21.539, *Bull. civ. IV*, n°102, *D.2000*, p.112, note Y. Picod, *R.T.D. com. 1999*, p.734, obs. M. Cabrillac, *J.C.P. G. 1999. II*, 10199, note J. Stoufflet ; CA Paris, 20 sept. 2018, n°17/14578 : « *le fait, même apparemment établi, que le donneur d’ordre a rempli toutes ses obligations n’est pas de nature à dispenser la banque de l’exécution de son engagement* ». *Adde* : Stoufflet (J.), « La garantie bancaire à première demande », *J.D.I. 1987*, p.265. Il existe toutefois une limite à la survie de la sûreté en cas d’exécution ou de nullité du contrat de base. Il s’agit de l’hypothèse où la fraude ou l’abus manifeste sont caractérisés. En ce sens : Pelichet (M.), *op. cit.*, n°51 : « *Quand le donneur d’ordre estime établie une fraude ou caractérisé un abus manifeste, il peut demander au juge de référé qu’il interdise au garant de payer. S’il obtient un jugement confirmant soit la nullité du contrat de base, soit la fraude ou l’abus manifeste, le banquier doit refuser de payer : il ne peut s’opposer à une décision de justice. Mais la simple ouverture de la procédure ne saurait constituer un motif de refus* ». *Adde* : Piedelièvre (S.), *op. cit.*, n°199. Dans ces cas, la garantie autonome retrouve une forme d’accessorité et son sort doit suivre celui du contrat de base. Sur ces questions, V. : Rontchevsky (N.), « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D.2006*, 1303.

inhérentes au processus du report de la sûreté sur l’obligation de restitution, ne peuvent être caractérisées en présence d’une garantie autonome. D’une part, la garantie autonome se poursuit en dépit de l’annulation du contrat de base. Cette réalité fait échec à la condition relative à la survie fictive de la sûreté. D’autre part, une fois le contrat de base anéanti, le garant autonome reste tenu en vertu de son obligation initiale, qui se trouve inchangée par le contexte restitutionnel affectant le contrat principal. Cette persistance des conditions dans lesquelles le garant est tenu n’est que la stricte application du caractère autonome reconnu à cette sûreté. Prenons l’exemple suivant : un marché portant sur la vente d’arbres fruitiers à planter entre une société française – venderesse – et une société iranienne – acheteuse –. Une garantie à première demande est mise en place à la charge de la société française pour un montant d’une hauteur de 900 000 F. Par la suite, le marché est résilié aux torts de l’acheteur iranien. La garantie à première demande conserve son efficacité et le bénéficiaire peut exiger le paiement de la somme prévue au contrat, à savoir 900 000 F⁷³⁹. L’exclusion par les parties de références à l’opération couverte, justifie la solution et notamment le fait que l’appel de la garantie puisse être le même tant en phase d’exécution du contrat principal, qu’en phase restitutoire. Dans cet exemple, nous pouvons voir que la résolution du contrat principal n’affecte pas la garantie qui a une existence indépendante. De même, le détachement opéré à l’égard de l’opération couverte conduit à considérer que la garantie ne sera pas transposée d’une obligation à l’autre. En ce sens, le montant dû par le garant sera toujours le même que le contrat soit reste efficace ou qu’il ait été anéanti⁷⁴⁰. Dès lors, **la finalité de la garantie autonome**, qui exige rapidité, souplesse et adaptation au contexte international, ainsi que **la mise en avant de son caractère autonome**, plaident en faveur d’une **exclusion de cette dernière du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil**⁷⁴¹. Ce propos peut sembler excessif car la possibilité d’activer la garantie suite à l’anéantissement du contrat sous-entend que l’objectif économique visé à l’article 1352-9 du Code civil est conservé.

⁷³⁹ Les faits sont tirés d’une solution jurisprudentielle : T.G.I. Montluçon, 9 janv. 1981, *D.1981*, p.390, note M. Vasseur.

⁷⁴⁰ Cela tient au caractère indépendant de la garantie à première demande. Contrairement au cautionnement, l’engagement du garant n’est pas « moulé » par celui du débiteur principal. En ce sens, V. : Piedelièvre (S.), *Rép. com.*, Dalloz, *V° Garantie à première demande*, mars 2021 (actualisation octobre 2021), n°142.

⁷⁴¹ Une conclusion similaire s’impose en matière de contre-garantie. La contre-garantie correspond au montage suivant : le bénéficiaire étranger sollicite une garantie auprès de la banque de son pays. Celle-ci n’accordera sa garantie qu’en étant elle-même couverte par la banque du donneur d’ordre. Ce schéma implique donc une garantie à première demande initiale couverte par une seconde garantie. La contre-garantie est également caractérisée par son indépendance à l’égard du rapport commercial. En ce sens : Cass., Com. 19 nov. 1985, *Bull. civ. IV*, n°274, *D.1986*, IR 153, obs. M. Vasseur ; Gavalda (C.) et Stoufflet (J.), « Chronique de droit bancaire », *J.C.P. E. 1983*, II. 14001 ; Cass., Com., 21 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n°160, *Gaz. Pal. 1985. 2.*, p.770, note A. Piedelièvre ; *Banque 1986*, p.87, obs. J.-L. Rives-Lange, *D.1986*, p.213, note M. Vasseur, *R.T.D com. 1986*, p.134, n°21 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Cass., Com., 29 avr. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 73, *D.1987*, p.17, note M. Vasseur ; Cass., Com., 27 fév. 1990, n° 88-14.859, *D.1990*, somm.213, obs. M. Vasseur ; Cass., Com., 19 fév. 1991, n°89-19.637, *Bull. civ. IV*, n°76 ; *D.1991*, somm.199, obs. M. Vasseur ; Com. 19 mai 1992, n°90-16.784, *Bull. civ. IV*, n°187, Cass., Com., 12 déc. 1984, n°83-15.389 ; Cass., Com., 5 fév. 1985, *D.1985*, p.269, note M. Vasseur. *Adde* : Houin-Bressand (C.), *Les contre garanties*, 2006, Dalloz ; Houin-Bressand (C.), « Les contre-garanties des sûretés bancaires », *RD. banc. fin. 2009*, dossier 2. La contre-garantie se trouve donc une situation d’indépendance à l’égard du contrat principal mais également de la garantie de premier rang. En ce sens : Pelichet (M.), préc., n°12 ; Simler (P.), « Garanties autonomes et lettres d’intention », *J.-Cl. Banc.*, fasc. 743, 15 nov. 2015, n°17.

Autrement dit, nous ne sommes pas dans l’hypothèse visée par la règle du report de sûreté sur l’obligation de restitution car l’autonomie de la garantie n’entraîne pas une survie fictive et un report fictif de celle-ci. Toutefois, quant aux conséquences économiques, on se rapproche de ce qui a été voulu par les rédacteurs de la réforme. Enfin, un dernier élément milite également en faveur d’une exclusion des garanties autonomes du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil, il s’agit du fait que ce type de sûreté est souvent limité dans le temps. Comme le souligne M. Grimaldi, « *l’immense majorité des garanties autonomes, étant à durée déterminée, il n’est guère de difficulté : l’engagement du garant est cantonné à cette durée* »⁷⁴². En ce sens, il ne serait pas absurde de considérer que bien souvent la garantie autonome cessera avant l’anéantissement du contrat principal, paralysant ainsi la mise en œuvre de l’article 1352-9 du Code civil.

279. Les développements précédemment menés sur la garantie autonome sont aisément transposables au cas de la lettre d’intention. Celle-ci, qualifiée de sûreté par l’ordonnance du 23 mars 2006, est définie à l’article 2322 du Code civil comme « (l’) *engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l’exécution de ses obligations envers un créancier* ». Les lettres d’intention se caractérisent par une forte diversité et portée de leur contenu. Il est possible d’en mettre en lumière au moins trois catégories. Les premières seraient constitutives d’un engagement moral, dépourvu de valeur juridique. À titre d’illustration, une société peut se présenter auprès de la banque en mettant en lumière les liens qu’elle entretient avec sa filiale-emprunteuse, et en signalant son intérêt à la bonne exécution du contrat conclu. Une telle lettre de présentation ne permet pas de caractériser un engagement de la part de la société-mère, de sorte que cette dernière ne peut être juridiquement poursuivie que ce soit lors de l’exécution du contrat ou en phase de restitution en application de l’article 1352-9 du Code civil⁷⁴³. Les secondes ne feraient que dissimuler un cautionnement. L’arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 7 octobre 1997 en est un exemple parlant⁷⁴⁴. En l’espèce, une société-mère s’était engagée à payer la dette de filiale à l’égard d’un créancier de celle-ci. La qualification juridique de cet acte a pu être source de débats⁷⁴⁵. Pour autant, la haute juridiction y a vu une lettre d’intention imposant une obligation de résultat. Le choix de cette qualification n’est pas neutre : bien qu’une référence au contrat de base ait été faite, l’indépendance de cette sûreté conduit à détacher son sort de celui de la dette garantie⁷⁴⁶.

⁷⁴² Grimaldi (C.), « La durée des droits : péremption ou prescription », *D.2012*, p.514.

⁷⁴³ Cass., Com., 23 janv. 2007, n°05-13.189, *Bull. Civ. IV*, n°12, *J.C.P. G. 2007*, I, 152, n°12, obs. P. Simler.

⁷⁴⁴ Cass. com., 7 oct. 1997, n°95-15.165, *Bull. civ. IV*, n°248, *R.T.D. civ. 1998*, p.105, obs. J. Mestre ; *J.C.P.E. 1998*, p.810, obs. D. Legeais.

⁷⁴⁵ Legeais (D.), « Distinction entre lettre d’intention et constitut », *J.C.P. E. 1998*, p.810, obs. sous Cass. com., 7 oct. 1997, obs. sous Cass. com., 7 oct. 1997, n°95-15.165, *Bull. civ. IV*, n°248.

⁷⁴⁶ Dans le commentaire de l’arrêt cité, M. Legeais insiste sur le fait que plusieurs qualifications juridiques étaient mobilisables. D’abord, il aurait pu être possible de qualifier l’engagement de cautionnement. Dans ce cas, l’article 1352-9 CCiv. s’applique sans difficulté. Ensuite, il aurait pu être fait appel à la notion de constitut. Sur ce point, V. : Jacob (F.), *Le constitut*, th. Strasbourg, 1995. Il s’agit d’une forme de garantie entre le cautionnement et la garantie autonome. En effet, le constitut s’engage à payer la dette d’autrui dont il fait une référence expresse. En ce sens, il se distingue de la garantie autonome puisque le constituant ne s’engage pas à payer une somme prédéterminée mais bien à garantir une créance explicitement visée. Cependant, l’engagement pris se fait de manière indépendante par rapport au sort de la dette principale. Cette référence à l’autonomie

Cette autonomie renvoie au schéma dépeint en matière de garantie autonome et à l'exclusion de cette forme de garantie du champ d'application de l'article 1352-9 du Code civil. Enfin, les dernières constituent des obligations de faire indépendantes. Dans cette hypothèse, le garant ne s'engagera pas à payer la dette du débiteur principal mais davantage à lui apporter son soutien ou à faire tout ce qui est son pouvoir pour que le débiteur s'exécute. Cet engagement se trouve à mi-chemin entre le cautionnement et la garantie autonome dans la mesure où le garant n'est pas tenu « *ni de payer la dette du débiteur, ni de payer une somme déterminée à l'avance, mais à réparer un préjudice* »⁷⁴⁷. Au vu de sa fonction, cette sûreté tend à se détacher de l'opération principale. On retrouve donc les mêmes obstacles que ceux énoncés en matière de garantie autonome, ce qui nous conduit à exclure cette sûreté du champ d'application de l'article 1352-9 du Code civil.

280. L'inapplicabilité de l'article 1352-9 du Code civil à la clause de réserve de propriété. Outre les sûretés non accessoires, un doute peut être soulevé quant à l'application de la règle du report de la sûreté en matière de clause de réserve de propriété. Mme Bros a été la première à relever les difficultés qu'il pourrait exister lors de la mise en œuvre de l'article 1352-9 du Code civil dans le cas où la sûreté reportée serait une clause de réserve de propriété. L'auteure se fonde sur la nature conventionnelle de cette sûreté, qui reste attachée au contrat principal⁷⁴⁸. Selon elle, il s'agit d'un élément essentiel du contrat de vente principal qui doit tomber avec celui-ci. La rétroactivité attachée à l'anéantissement du contrat priverait la clause de réserve de propriété de fondement⁷⁴⁹. Bien que cette thèse soit séduisante, elle n'emporte pas conviction. Nous avons déjà eu l'occasion de relever qu'en dépit du caractère rétroactif, certaines clauses survivaient à la nullité ou la résolution contractuelle⁷⁵⁰. L'argument de Mme Bros ne suffit à lui seul à exclure la clause de réserve de propriété du champ de l'article 1352-9 du Code civil⁷⁵¹. C'est davantage la technique de cette sûreté qui permet de justifier une telle exclusion. Deux hypothèses sont à envisager successivement.

renvoie au régime des garanties autonomes et donc à leur exclusion du champ d'application de l'article 1352-9 CCiv. Enfin, il était également envisageable de se tourner vers la qualification de porte-fort. Sur la notion de porte-fort, Cf. *infra* n° 288. *contra* : Koering (C.) et Rontchevsky (N.), « Lettre de confort (ou d'intention) », in *Lamy droit des sûretés*, fasc.145, mars 2009, n°145-81 : selon ces auteurs, la lettre d'intention doit « *garantir une dette vivante, ni disparue ni éteinte* ».

⁷⁴⁷ Simler (P.), « Lettes d'intention », *J.-Cl. Civil*, art.2322, fasc. unique, 20 janv. 2022.

⁷⁴⁸ Sur cette nature conventionnelle, V. : Voinot (D.) et Ghandour (B.), *Rép. com.*, Dalloz, v° « Réserve de propriété », janv. 2021, n°1 ; Jestaz (P.), « La réserve de propriété ou la vente éclatée », *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, p.227.

⁷⁴⁹ Bros (S.), *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001, p.428, n°688.

⁷⁵⁰ Pour cette seconde sanction, la survie des clauses est même devenue un principe inséré dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016. Cf. *supra* n° 101.

⁷⁵¹ L'argument est sensiblement le même que celui présenté à l'appui de l'arrêt Cass., 1^{ère} Civ., 5 mars 1991, n°89-17.167. En effet, la clause de réserve de propriété est attachée au contrat initial comme toute sûreté monovalente et comme en particulier le gage automobile. Cependant, dans ledit arrêt, il était question d'une inexistence du contrat initial. Nous avons démontré que la solution s'expliquait par la combinaison de cette inexistence du contrat et du caractère monovalent de la sûreté. Autrement dit, il s'agit là de deux conditions cumulatives pour faire échec au report de la sûreté. Certes la clause de réserve est une sûreté monovalente mais en présence d'une nullité ou d'une résolution contractuelle, cela ne peut suffire à exclure son report sur l'obligation de restitution. Ces deux sanctions mettent en œuvre une rétroactivité « assouplie », comparée à

281. Premièrement, lors de l'exécution de la convention initiale, le vendeur s'est réservé la propriété du bien jusqu'au complet paiement du prix. Le transfert de la propriété se fera de manière automatique lorsque son débiteur aura exécuté l'obligation qui lui incombe en vertu du contrat. Si une nullité de la vente intervient après l'exécution satisfaisante, la clause de réserve peut difficilement jouer. Prenons un exemple concret pour déterminer les difficultés : imaginons la vente d'un fonds de commerce, dont le vendeur s'est réservé la propriété jusqu'au complet paiement du prix. Une fois que l'acquéreur s'est entièrement acquitté de son obligation, il devient propriétaire du fonds de commerce et le vendeur initial est quant à lui propriétaire d'une somme d'argent correspondant au prix de vente. En phase restitutive, deux hypothèses pourraient se poser : nous pourrions envisager que le vendeur se réserve la propriété des sommes tant que l'acheteur n'a pas restitué le fonds de commerce. Si cette proposition apparaît intéressante, elle fait face à un obstacle de taille : bien que les articles 2367 du Code civil et L.624-16 al. 2 du Code de commerce estiment que la réserve de propriété peut porter sur tout type de bien, la doctrine majoritaire tend à exclure les sommes d'argent⁷⁵². Outre cette difficulté technique, une telle application de la sûreté ne présenterait pas d'intérêt étant donné que la restitution du bien est une obligation qui s'exécute de manière instantanée⁷⁵³. Conserver le prix de vente en attendant que le débiteur restitue le bien vendu pourrait éventuellement s'analyser en une forme d'exception d'inexécution⁷⁵⁴, inconciliable avec le contexte restitutionnel⁷⁵⁵. Une seconde hypothèse mérite d'être étudiée : nous pourrions nous demander si la clause de réserve de propriété ne serait pas amenée à se retourner contre celui à qui elle bénéficiait en phase initiale⁷⁵⁶. Dans cette perspective, l'acquéreur du fonds de commerce conserverait la propriété de ce bien incorporel tant que le vendeur n'a pas restitué l'intégralité des sommes. Dans ce cas, il serait en mesure d'exercer

l'inexécution qui impose une rétroactivité « aveugle ». Il est couramment admis que celles-ci laissent survivre certaines clauses contractuelles de sorte qu'il ne serait pas choquant que la clause de réserve de propriété puisse persister au-delà de la nullité ou la résolution contractuelle.

⁷⁵² Cela tient au fait qu'une somme d'argent ne peut être revendiquée. V. : Laroche (M.), *Revendication et propriété : du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. P. Théry, coll. Doctorat et notariat, Defrénois, 2007, spéc. n°351 s., p.229 ; François (J.), « Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.2012*, p.1493 ; Le Corre-Broly (E.), « Les biens susceptibles de revendication », *R.P.C. 2017*, n°6, dossier 16, spéc. n°5 ; Martin (D.R.), « De la revendication des sommes d'argent », *D.2002*, chr.3279 ; Mastrullo (T.) et Menjuq (M.), « Procédure collective du mandataire et revendication des sommes d'argent spécialement affectées au paiement du mandant », *R.P.C. 2016*, Étude 11 ; Pérochon (F.), « Le droit de revendication du propriétaire en droit des affaires », *Dr. et patr. 2018*, n°278, 54-62. Pour des exemples en jurisprudence, V. : Cass., Com., 22 mai 2013, n°11-23.961, *Bull. civ. IV*, n°87, *A.P.C. 2013*, comm.135, obs. P. Cagnoli ; *D.2013*, p.1594, note F. Danos ; *Rév. Sociétés 2013*, p.526, note P. Roussel Galle ; *R.T.D. civ. 2013*, p.649, note W. Dross ; Cass., Com., 4 fév. 2003, n°00-13.356, *A.P.C. 2003*, n°128, obs. C. Regnaut-Moutier ; *J.C.P. E. 2003*, p.1536, note D. Robine ; *R.T.D. com. 2003*, p.572, obs. A. Martin-Serf.

⁷⁵³ Contrairement au paiement du prix de vente qui peut s'exécuter sur un certain laps de temps.

⁷⁵⁴ Sur cette notion, V. : Cassin (C.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses rapports avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, 1914, Sirey.

⁷⁵⁵ L'exception d'inexécution en phase de restitution conduirait à replacer les parties dans un projet contractuel commun, ce qui n'est pas compatible avec la définition des restitutions comme tendant à replacer les parties dans un contexte ante contractuel en détruisant les exécutions réalisées en vertu de la convention.

⁷⁵⁶ Cf. *infra* n° 352 s.

une action en revendication sur le fonds de commerce⁷⁵⁷ pour faire reconnaître son droit de propriété sur le bien. Cette proposition a le mérite de respecter l’esprit de l’article 1352-9 du Code civil en permettant une garantie efficace des restitutions. Toutefois, elle conduit inévitablement à une impasse et ce pour deux raisons. D’une part, elle entre en contradiction avec la fonction de la phase restitutoire qui consiste à liquider le passé contractuel rapidement. En réattribuant la qualité de propriétaire du fonds de commerce à l’acquéreur restituant, cette action replace les parties dans la situation issue du contrat censé être anéanti. D’autre part, nous pouvons nous interroger sur l’origine de cette garantie. S’agit-il réellement de la sûreté initiale qui en plus d’avoir été reportée sur l’obligation de restitution, profiterait à un nouveau bénéficiaire ? Nous pouvons en douter et nous sommes même encline à considérer qu’il ne s’agirait pas de la clause de réserve de propriété initiale mais d’une nouvelle forme de garantie constituée exclusivement pendant la phase restitutoire. Nous serions alors dans l’hypothèse où une sûreté est constituée *a posteriori*, après le déclenchement des restitutions. Ce schéma n’est pas sans rappeler celui dépeint précédemment, où la qualification de report de la sûreté ne peut s’appliquer en raison de l’absence d’une sûreté constituée antérieurement à la phase restitutoire⁷⁵⁸.

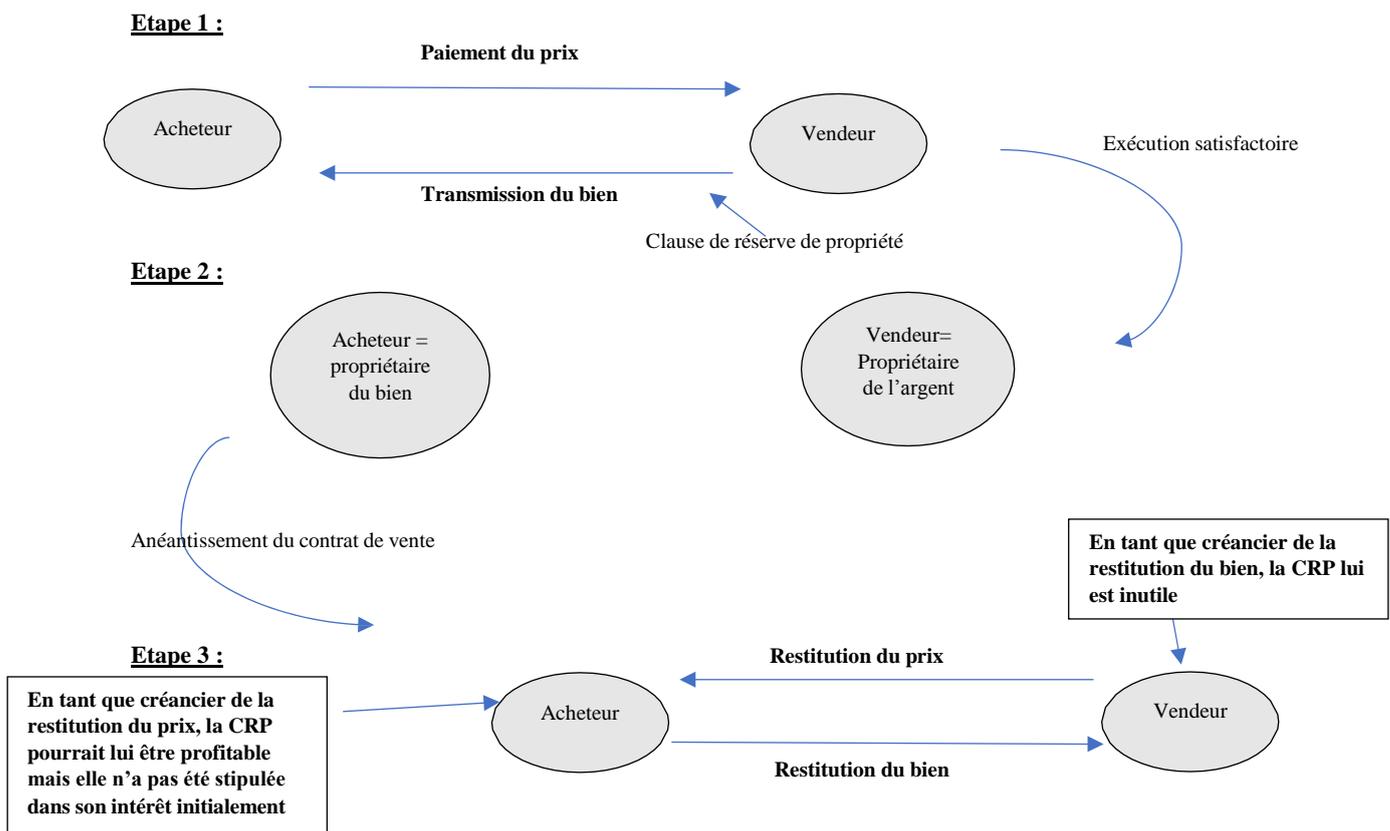


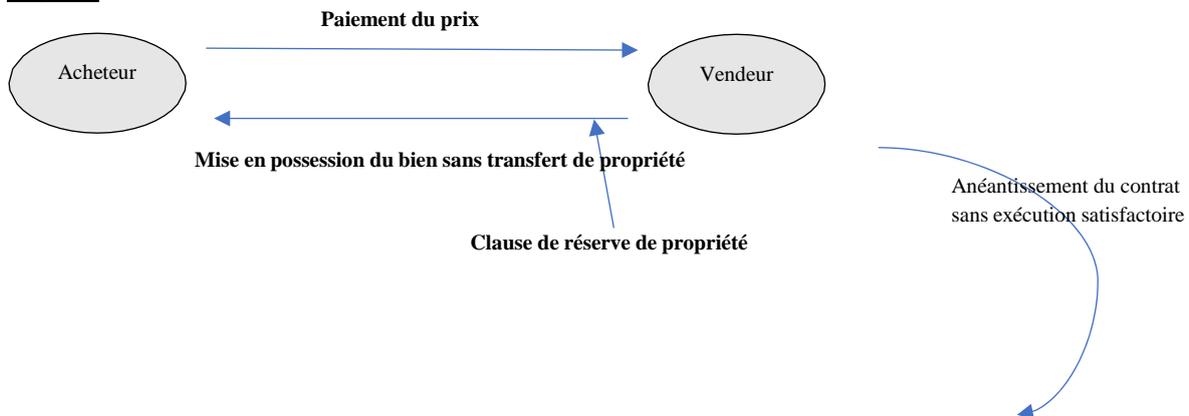
Figure 6 : Les difficultés induites par la clause de réserve de propriété (Cas 1)

⁷⁵⁷ Sur la possibilité de revendiquer un bien incorporel, V. : Cass., Com., 21 nov. 1995, *J.C.P. E. 1996. I. 554*, obs. M. Cabrillac ; *D.1996*, p.211, note C. Regnaud-Moutier ; *D.1996*, somm.214, obs. F. Pérochon.

⁷⁵⁸ Cf. *supra* n° 95 s.

282. Deuxièmement, il est possible d’envisager une autre hypothèse pratique. Celle-ci porte sur le cas où le contrat de vente, comprenant la clause de réserve de propriété, est anéanti alors que l’acheteur ne s’est pas entièrement exécuté. L’exemple pratique est simple : le vendeur s’est réservé la propriété de la chose et l’acheteur a commencé à satisfaire à son obligation de paiement du prix lorsque le contrat est remis en cause. En phase restitutoire, l’acheteur – rentré en possession du bien sans en être propriétaire – doit le restituer tandis qu’il incombe au vendeur de rendre la fraction de prix payé. Dans ce cas, marginal en pratique, la clause de réserve de propriété perd tout son intérêt. L’acquéreur n’étant jamais devenu propriétaire de la chose en raison de l’application de la réserve de propriété en phase d’exécution, ces potentiels créanciers ne pourraient saisir le bien, objet de restitution. Or, une clause similaire s’impose sans même avoir recours à la clause de réserve de propriété puisque l’anéantissement rétroactif du contrat de vente devrait conduire à priver l’acquéreur de son titre de propriété sur la chose achetée. La réserve de propriété n’emporte pas plus de conséquences que celle traditionnellement reconnues à l’anéantissement rétroactif. Comme précédemment, si nous envisageons que la sûreté puisse se retourner contre celui en faveur de qui elle avait été stipulé, un constat d’échec s’impose également. L’acquéreur ne peut se réserver la propriété de la chose pour obtenir la restitution de la fraction de prix payée puisqu’il n’a jamais accédé à celle-ci lors de l’exécution de la convention.

Etape 1 :



Etape 2 :

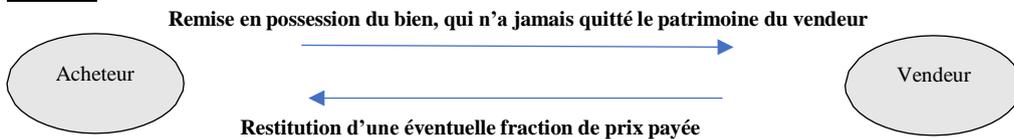


Figure 7 : Les difficultés induites par la clause de réserve de propriété (Cas 2)

283. L'article 1352-9 du Code civil opte pour un champ d'application des plus larges en se référant « aux sûretés ». Cependant, une analyse pratique nous amène à conclure que les

sûretés non accessoires et la clause de réserve de propriété en sont exclues pour des raisons techniques évidentes. Une interrogation subsiste : est-il possible d’élargir ce champ aux garanties ?

B. L’extension de l’article 1352-9 du Code civil aux garanties

284. Après avoir étudié la thèse défavorable à l’extension de l’article 1352-9 du Code civil (1), nous envisagerons les arguments qui permettent de la réfuter (2).

1) La thèse défavorable à l’extension de l’article 1352-9 du Code civil aux garanties

285. Le fondement de la thèse défavorable. L’argument avancé en faveur d’une exclusion des garanties de l’article 1352-9 du Code civil est d’ordre textuel. Comme le souligne M. Reygrobellet, cette disposition vise expressément « les sûretés » de sorte que son cadre ne devrait pas être étendu⁷⁵⁹. Selon cet auteur, l’ordonnance du 23 mars 2006 a clairement tracé les frontières entre ces deux notions de telle manière qu’aucune confusion ne saurait subsister. Il est donc en faveur d’une **interprétation littérale** de cet article. Un élément qui pourrait venir conforter cette théorie tient à la comparaison envisageable entre les projets de réformes. Alors que l’avant-projet Catala visait expressément les garanties, l’avant-projet Terré se référait uniquement aux sûretés. Un tel changement peut être interprété comme une manifestation du fait que les auteurs de la réforme ne tiennent pas ces notions pour synonymes et qu’ils ont entendu limiter l’application de l’article 1352-9 du Code civil aux seules sûretés.

286. La pertinence de la thèse défavorable. Il convient de s’interroger sur la portée de l’analyse textuelle. Un tel argument suffit-il à exclure d’office les garanties de l’application de l’article 1352-9 du Code civil ? Les termes sûretés et garanties ont régulièrement été utilisés comme synonymes en droit romain et dans l’ancien droit⁷⁶⁰. Cependant, un effort doctrinal de clarification et de définition a été réalisé ces dernières années⁷⁶¹. Ainsi, un consensus doctrinal

⁷⁵⁹ Reygrobellet (A.), « L’anéantissement du contrat », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Bull. Joly 2016, n°9, p.547.

⁷⁶⁰ Westendorf (H.), *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J ; Recueil de la société Jean Bodin, *Les sûretés personnelles*, T.XXX, p.51 s., n°58 s.

⁷⁶¹ Legeais (D.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Sûretés », janv. 2016 (actualisation mars 2019), n°22 ; Crocq (P.), *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibl. dr. privé, T.CCXLVIII, L.G.D.J., 1995, p.236, n°285 ; Jourdain (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Etudes offertes au professeur P. Malinvaud*, Litec 2007, p.303. *Adde* : Ginestet (C.), « La qualification de sûretés », *Deffrénois 1999*, art.36927 (1^{ère} partie) et 36940 (2^{ème} partie). L’auteur établit un ensemble de critères de distinction entre ces deux notions. Selon Mme Ginestet, celles-ci seraient fondées sur une **technique différente**. Alors que la sûreté se caractérise par l’adjonction d’un droit au profit d’un créancier, cette superposition ne se retrouve pas en matière de garantie. **Leurs finalités respectives** seraient également distinctes. La sûreté tend à améliorer la situation du créancier en garantissant le paiement de sa créance. Nous avons déjà eu l’occasion d’insister sur son effet préventif et anticipatoire. Cf. *supra* n° 176 s. La garantie a une tout autre fonction : elle ne vise pas expressément le paiement

se fait autour de l’idée suivante : si toute sûreté est une garantie, l’inverse n’est pas vrai ; les garanties constituent une notion plus large que celle de sûreté. Ces analyses ont pénétré le corpus légal au point que certains auteurs ont estimé que l’ordonnance du 23 mars 2006 faisait figure de modèle en matière de distinction entre les sûretés et les garanties⁷⁶². En établissant une liste exhaustive des mécanismes qualifiés de sûretés, l’ordonnance estime que ceux qui n’en font pas parti relèvent de la notion de garantie. S’il semble difficile de confondre ces deux termes tant les critères de définition posés sont précis, il n’en est pas de même concernant leur régime respectif. En effet, l’effort de définition porté par la doctrine ne s’est pas traduit par une détermination stricte des règles qui leur sont respectivement applicables⁷⁶³. Ce constat est mis en lumière par M. Borga, qui souligne l’absence de rigueur législative. Comme l’indique l’auteur, « *en droit des sûretés, le vocabulaire législatif peut apparaître quelque peu déroutant. En effet, il arrive au législateur de se référer à la notion de sûreté, ou d’en viser un certain nombre en ayant, parfois, à l’esprit une catégorie particulière d’entre elles. D’autres fois, la règle, visera, de manière plus générale et obscure, la notion de garantie. Enfin, il arrive même au législateur de viser, dans un même texte, les notions de sûreté et de garantie* »⁷⁶⁴. L’auteur appuie son argumentation sur de nombreux exemples démontrant le flou législatif quant à l’emploi de ces différents termes. Malgré les efforts doctrinaux pour apporter des définitions et des classifications claires, la confusion législative persiste surtout lorsqu’il s’agit du régime applicable à ces deux notions. Ainsi, se référer uniquement à l’argument textuel pour déterminer le champ d’application d’une règle ne semble pas pertinent tant l’état de désordre notionnel semble important.

2) Admission des garanties dans le champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil

287. Il a été démontré que privilégier une interprétation textuelle de l’article 1352-9 du Code civil peut s’avérer dangereux. C’est donc vers l’esprit de la règle qu’il convient de se tourner⁷⁶⁵. La notion de garantie, définie comme « *un procédé visant à augmenter la confiance d’une personne dans l’issue favorable d’une situation à venir* »⁷⁶⁶, semble à première vue compatible avec l’objectif porté par l’article 1352-9 du Code civil, qui consiste à sécuriser la position du créancier⁷⁶⁷. Admettre l’extension de cette disposition aux garanties

du créancier, elle tend davantage à assurer un effet conservatoire. Enfin, ces deux notions se distingueraient aussi par les **effets légaux** qui leur sont assignés.

⁷⁶² Legeais (D.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Sûretés », janv. 2016 (actualisation mars 2019), n°22.

⁷⁶³ Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010, p.25, n°7 : « *Une distinction n’a d’intérêt que si elle constitue le point d’appui d’une application différenciée de deux régimes juridiques, ce qui ne semble pas être le cas en droit positif des sûretés et des garanties* ».

⁷⁶⁴ Borga (N.), *L’ordre public et les sûretés conventionnelles*, nouv. bibl. des thèses, vol.82, 2009, p.364, n°373. Adde : Westendorf (H.), *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J., p.51s., n°58 s.

⁷⁶⁵ Ginestet (C.), « La qualification de sûretés », *Defrénois 1999*, art.36927 (1^{ère} partie) et 36940 (2^{ème} partie) ; Thaller (E.), « Les méthodes en droit commercial », in *Les méthodes juridiques*, 1911, p.131.

⁷⁶⁶ Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010, p.26, n°7

⁷⁶⁷ Cf. *supra* n° 164.

implique de regarder l’existence de potentiels précédents⁷⁶⁸ puis de s’interroger sur la compatibilité du report avec les techniques des garanties.

288. L’argument persuasif⁷⁶⁹. Lorsque nous analysons la jurisprudence antérieure à la consécration de l’article 1352-9 du Code civil, nous pouvons constater que les juges ont admis le maintien d’une garantie sur l’obligation de restitution. Dans un arrêt en date du 5 juillet 2006, il a été jugé que le coemprunteur restait tenu de la restitution des sommes prêtées en vertu d’un contrat de prêt annulé, et ce même si lesdites sommes n’ont pas été versées sur le compte joint⁷⁷⁰. En l’espèce, un prêt avait été consenti à des époux mariés sous le régime de la séparation de biens. Celui-ci avait été annulé, et la créance de restitution se trouvait éteinte à l’égard de l’époux en raison de la non-déclaration de celle-ci à la procédure de redressement judiciaire dont il faisait l’objet. La banque créancière avait assigné l’épouse en restitution des sommes prêtées. Celle-ci s’était opposée au paiement en invoquant le fait que la solidarité ne peut être prolongée aux restitutions. La Haute juridiction ne s’est pas montrée sensible à cette argumentation et a transposé son raisonnement rendu en matière de cautionnement et d’hypothèque au cas de la solidarité passive. L’épouse, en tant que coemprunteur non intéressé à la dette⁷⁷¹, joue un rôle de garant vis-à-vis de son époux⁷⁷². Cette fonction de garant est amenée à s’exercer tant en phase d’exécution de la convention qu’en phase de restitution. La solution s’est trouvée confirmée par un second arrêt de la Cour de cassation en date du 3 octobre 2006. Les juges ont réaffirmé le prolongement de la solidarité en phase de restitution⁷⁷³. Or, cet argument ne semble pas suffisant à lui seul à reconnaître l’extension de l’article 1352-9 du Code civil aux garanties. En effet, comme indiqué par MM. Chantepie et Latina cette solution peut également trouver son fondement dans l’article 1319 du Code civil qui prévoit que « *les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l’inexécution de l’obligation* »⁷⁷⁴. Ainsi, ce courant jurisprudentiel pourrait trouver une explication satisfaisante dans les règles relatives au régime de la solidarité ; le recours à la règle du report

⁷⁶⁸ La notion de précédent n’est pas à entendre comme dans les systèmes de « *common law* », où le précédent est une décision de justice antérieure ayant force obligatoire. Le précédent doit ici être compris comme « toute décision antérieure rendue par une autorité juridique habilitée, indépendamment de son caractère contraignant ou obligatoire ». En ce sens, V. : Durand-Jamis (B.), *La distinction entre précédent et analogie chez Frederick Schauer*, Mémoire Master II, Nanterre, 2014-2015. Adde : Pros-Phalippon (C.), « La référence aux précédents de la juridiction », p.33 et notamment p.36 ; Bouix (C.), « La référence aux précédents externes à l’ordre de juridictions », p.59 et notamment p.70, in Deumier (P.), *Le Raisonnement Juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, Méthodes du Droit, 2013.

⁷⁶⁹ Tallon (D.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, PUF, 2012, p.1185. Selon l’auteur, le précédent peut avoir une « valeur obligatoire », comme c’est le cas dans les systèmes de « *common law* » ou une « valeur persuasive » lorsqu’il peut être appliqué par analogie.

⁷⁷⁰ Cass., Civ. 1, 5 juil. 2006, n°03-21.142, *R.T.D. com.* 2006, p.888, obs. D. Legeais : « *Mais attendu que l’obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeurant valable tant que les parties n’ont pas été remises en l’état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, les coemprunteurs solidaires restent tenus de restituer chacun l’intégralité des fonds qu’ils ont reçus* ».

⁷⁷¹ Sur cette notion, V. : Oury-Brule (M.), *L’engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, Bibl. dr. privé, T.CCCLXXII, L.G.D.J., 2002.

⁷⁷² Legeais (D.), « Prêt annulation », *R.T.D. com.* 2006, p.888, obs. sous Cass., Civ. 1, 5 juil. 2006, n°03-21.142.

⁷⁷³ Cass., Com., 3 oct. 2006, *Bull. civ. IV*, n°203, 04-14.611.

⁷⁷⁴ Latina (M.) et Chantepie (G.), *ouvr. préc.*, p.971, n°1078.

de la sûreté apparaîtrait superflu et il serait hasardeux de généraliser la solution à d’autres formes de garanties sur ce seul argument.

289. L’argument technique. Si l’argument du précédent présente un intérêt indéniable, il reste de portée limitée. Dès lors, l’intégration des garanties au champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil ne peut se justifier que par un raisonnement d’ordre technique. Plus précisément, il s’agit de s’interroger sur la compatibilité du report sur l’obligation de restitution avec le régime des garanties. L’étude de la garantie autonome nous a permis de démontrer que son indépendance à l’égard de la créance initiale faisant obstacle à tout report. Si la garantie se trouve affectée par la nullité ou la résolution du contrat principal, l’intérêt du report ne fait pas de doute. Dans le cas contraire, la garantie poursuit sa vie juridique indépendamment du sort du contrat principal de sorte qu’elle ne peut être reliée à l’obligation de restitution⁷⁷⁵. C’est donc le degré d’indépendance de la garantie à l’égard du contrat initial qui doit dicter les solutions en la matière. Ce critère, qui constitue le prisme de lecture le plus fiable, doit être appliqué aux différentes formes de garantie pour conclure à leur intégration ou à leur exclusion du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil. La première forme de garantie, classiquement mise en avant par la doctrine, est **la garantie indemnitaire**. Celle-ci est définie par Emmanuel Netter comme un mécanisme visant à « *donner confiance grâce à la perspective d’une indemnisation éventuelle* »⁷⁷⁶. Plus précisément, elles reposent sur l’engagement d’une personne d’indemniser le bénéficiaire au cas où l’issue favorable de l’opération projetée ne se réalisait pas. L’auteur s’est interrogé avec pertinence sur les conséquences de l’anéantissement du contrat principal à l’égard de telles garanties. Il en a conclu qu’en raison du lien unissant la garantie au contrat principal⁷⁷⁷, la nullité ou la résolution du second se répercutait inévitablement sur le premier⁷⁷⁸. Contrastant avec la garantie autonome⁷⁷⁹, le porte-fort d’exécution se trouve bien affecté par la situation du contrat principal de sorte que le créancier ne peut raisonnablement demander l’indemnisation

⁷⁷⁵ Cf. *supra* n° 277.

⁷⁷⁶ Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010, p.27, n°9.

⁷⁷⁷ Riassetto (I.), « Le porte-fort d’exécution, une garantie à la recherche de son caractère », *R.L.D.C. 2006*, p.26, n°27 : « *L’obligation du tiers et celle du porte-fort d’exécution sont liées en ce que la première consiste dans l’objet de la seconde* ».

⁷⁷⁸ La garantie indemnitaire n’étant pas accessoire au contrat principal, le raisonnement mené en matière de cautionnement lié à la théorie de l’accessoire ne peut être transposé. Dès lors, M. Netter estime que la garantie indemnitaire est caduque car elle perd son objet. V. : Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010, p.91, n°127 : « *L’obligation du promettant se retrouve elle-même privée d’objet ab initio : comment aurait-il pu promettre l’exécution d’une obligation qui n’a jamais existé ? Le contrat de porte-fort, par ricochet, est atteint d’un vice congénital qui doit entraîner sa destruction pour défaut d’objet* ». Adde : Sagaut (J.-F.), « Variation autour d’une sûreté personnelle sui generis : la promesse de porte-fort de l’exécution », *R.D.C. 2004*, p.840. Cette lecture ne fait que confirmer le caractère ambigu du porte-fort qui est à la fois autonome et accessoire. En ce sens, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n°01-15.926 : « *la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d’une personne qui promet à son cocontractant d’obtenir l’engagement d’un tiers à son égard* ». A contrario, V. : Cass., Com., 13 déc. 2005, n°03-19.217 : « *celui qui se porte fort de l’exécution d’un engagement par un tiers s’engage accessoirement à l’engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l’exécute pas lui-même* ».

⁷⁷⁹ Simler (P.), note sous Cass., Civ. 1^{ère} 25 janv. 2005 et Cass., Com., 13 déc. 2005, p.317, *J.C.P. G. 2006*, I, 10021.

lorsque le contrat principal se trouve éteint⁷⁸⁰. Cette remise en cause de la garantie conduit à l’exclure du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil.

290. Une conclusion plus nuancée s’impose concernant **les sûretés négatives**. Celles-ci correspondent à l’obligation faite au débiteur d’aliéner en partie ou en totalité ses biens. Ce type de garantie s’insère dans l’acte principal de sorte que son sort est directement relié à l’opération garantie. Autrement dit, le schéma est le même qu’en matière de clause de réserve de propriété : la garantie prend la forme d’une clause au contrat principal de telle manière que l’anéantissement de celui-ci influence directement son sort. Si d’un point de vue technique, on peut difficilement douter de l’application de l’article 1352-9 du Code civil à cette hypothèse⁷⁸¹, c’est surtout l’utilité d’une telle pratique qui interroge. Les réserves émises en matière de clause de réserve de propriété sont aisément transposables à cette hypothèse. Quel serait l’intérêt pour le créancier de l’obligation de restitution du bien que son débiteur s’interdit d’aliéner des biens de son patrimoine ? Il n’y a qu’un cas où l’utilité du procédé retrouve tout son sens, c’est lorsque le bien a été détruit et que l’acquéreur doit le restituer par un équivalent monétaire.

291. La dernière forme de garantie à analyser correspond à celle qui octroie une exclusivité sur un bien. Il s’agit plus généralement de la question du **droit de rétention**. Celui-ci semble s’intégrer dans le champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil. Pour s’en convaincre, prenons le cas d’un contrat de réparation sur une automobile. Le droit de rétention s’exerce sur l’automobile tant que le débiteur n’a pas payé la prestation. Si le contrat vient à être anéanti, le garagiste peut continuer à exercer le même droit sur l’automobile pour obtenir l’équivalent monétaire de la prestation de service fournie. Deux points méritent toutefois un éclaircissement. Le premier est relatif à la question du lien de connexité, condition nécessaire la mise en œuvre de la rétention. Un tel lien est-il caractérisable dans le cadre des restitutions ? L’ordonnance du 23 mars 2006 retient, dans l’article 2286 du Code civil, quatre

⁷⁸⁰ La jurisprudence est également en ce sens, V. : Cass., Soc., 15 fév. 1962, *Bull. civ. V.*, n°195 : « *Attendu que l’accord ayant pour objet la cession du bail rural moyennant finance est radicalement nul ; qu’il en va de même de l’engagement de faire payer un prix de cession par le fermier entrant ; que cette nullité s’étend à la convention de porte-fort portant sur l’exécution d’une telle promesse* ». *contra* : Cass., Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n°01-15.926 ; *Bull. Civ. I*, n°43, *Dr. et patr.* 2006, n°145, p.131, obs. P. Dupichot ; *R.T.D. civ.* 2005, p.391, obs. B. Fages et J. Mestre ; *Defrénois* 2005, p.908, obs. J. Honorat ; *C.C.C.* 2005, p.13, obs. L. Leveneur ; *Banque et Droit* 2005, n°100, p.41, obs. N. Rontchevsky ; *R.L.D.C.*, 2005/14, n°584, obs. M. Séjean ; *J.C.P. G.* 2006, I, n°10021, note P. Simler (1^{ère} espèce) ; *Dr. et patr.*, 2005, n°141, p. 104, obs. P. Stoffel-Munck. Le professeur Ancel semble également opposé à la reconnaissance d’un porte-fort dépendant du rapport initial. En ce sens, V. : Ancel (P.), *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, th. Dijon 1981, n°56 : « *A est créancier de B ; C se porte fort envers B que A exécutera bien la prestation promise ; B se trouve alors créancier à la fois de A débiteur principal et de C, garant. L’intérêt d’une telle combinaison, par rapport au cautionnement, est que l’obligation du porte-fort est tout à fait indépendante de celle du débiteur originaire. C aurait très bien pu se porter fort alors que B n’était pas du tout tenu ; le fait que B ait, de son côté, contracté une obligation ne change rien à l’obligation de C. Il sera tenu même si l’obligation de B vient à être annulée ou à s’éteindre. Nous sommes bien en présence d’une sûreté personnelle non accessoire* ». Le droit suisse est également en faveur d’une autonomie complète du porte-fort à l’égard du contrat principal de sorte que la nullité de ce second serait sans impact sur l’engagement du garant, V. : Scyboz (G.), *Traité de droit privé suisse*, T.VII, 2, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Edition universitaires de Fribourg, 1979, p.18.

⁷⁸¹ Sur les arguments avancés, voir les développements réalisés en matière de clause de réserve de propriété. Cf. *supra* n° 279.

formes de lien de connexité. Parmi celles-ci, il est admis que le créancier, « dont la créance impayée est née à l’occasion de la détention de la chose », puisse exercer un droit de rétention sur celle-ci. L’absence de lien contractuel entre le débiteur et le créancier n’est donc pas un obstacle à l’exercice de la rétention. La seconde précision porte sur la temporalité de l’exercice du droit de rétention. Comme il a été démontré précédemment, le droit de rétention ne s’intègre dans l’article 1352-9 du Code civil que s’il a été initialement exercé lors de l’exécution de la convention et qu’il se poursuit en phase de restitution⁷⁸².

292. Même si l’article 1352-9 du Code civil semble limiter son champ d’application aux sûretés, il apparaît que celui-ci peut être étendu aux garanties. Toutefois, l’analyse pratique menée a permis de démontrer que le report de la sûreté s’avérait inutile dans un certain nombre de cas voire ne pouvait pas être correctement mis en œuvre. Outre la nécessité d’une sûreté, l’article 1352-9 du Code civil impose également que celle-ci ait été « constituée pour le paiement de l’obligation principale ».

§2. Une sûreté « constituée pour le paiement de l’obligation principale »

293. Cette référence à une sûreté « constituée pour le paiement de l’obligation principale » implique de s’interroger sur le cas des sûretés non conventionnelle (A) et sur les conséquences pratiques de la condition d’antériorité mise en exergue précédemment (B).

A. L’application de l’article 1352-9 du Code civil aux sûretés non conventionnelles

294. Le texte vise les sûretés « constituées ». Que sous-entend ce terme ? L’avant-projet Catala avait opté pour une formule plus explicite en considérant que la règle devait s’appliquer aux sûretés « stipulées »⁷⁸³. Ne serait ainsi concernées que les sûretés d’origine conventionnelle⁷⁸⁴. Cette conclusion est-elle transposable à l’article 1352-9 du Code civil ? La réponse à cette question implique de se demander si le report de la sûreté est applicable aux sûretés légales (1) et aux sûretés judiciaires (2).

⁷⁸² Si le droit de rétention ne s’applique qu’en phase de restitution et n’a pas été caractérisé lors de l’exécution de la convention, il échappe à la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Cf. *supra* n° 96.

⁷⁸³ Article 1162-1 de l’avant-projet Catala, consultable en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

⁷⁸⁴ Serinet (Y.-M.), « Observations de Yves-Marie Serinet », *L.P.A.* 2009, n°31, p.34.

1) *L’application de l’article 1352-9 du Code civil aux sûretés légales*

295. Propos introductifs. Les sûretés légales sont conférées par la loi à une personne détentrice d’une créance d’une nature particulière⁷⁸⁵. Elles prennent le plus souvent la forme de privilèges. Ceux-ci consentent aux créanciers privilégiés un droit de préférence dépourvu de droit de suite⁷⁸⁶. Il serait illusoire de construire une liste exhaustive des privilèges mobiliers⁷⁸⁷ tant leurs assiettes peut être variées⁷⁸⁸. En tout état de cause, il convient de souligner l’actualité juridique en la matière : l’ordonnance du 15 septembre 2021 est venue clarifier les privilèges mobiliers en supprimant plusieurs figures qui étaient devenues obsolètes⁷⁸⁹. La réforme modifie également la nature des privilèges immobiliers qui se trouvent transformer en hypothèque légale⁷⁹⁰. Ces évolutions méritaient d’être soulignées mais elles n’auront aucune influence sur notre objet d’étude et sur les développements suivants. Ces précisions étant faites, il est important de souligner que la grande variété des privilèges nous empêche d’étudier au cas par cas l’application de l’article 1352-9 du Code civil. Les développements menés à la suite seront donc de portée générale.

296. La définition traditionnelle des privilèges comme frein à l’application de l’article 1352-9 du Code civil. Les privilèges ont vocation à garantir une créance déterminée. Pour reprendre la classification de M. Dagot, précédemment mentionnée, il s’agit de sûretés monovalentes⁷⁹¹. Celles-ci se trouvent attachées à la garantie exclusive d’une créance de sorte que nous pouvons nous interroger sur leur compatibilité avec le principe de rétroactivité attachée à l’anéantissement contractuel⁷⁹². La disparition de l’obligation initiale devrait entraîner dans sa chute la sûreté, qui se trouve exclusivement affectée à elle. Cependant, il a été démontré que l’atténuation du principe de rétroactivité permet la survie de certains éléments appartenant au passé contractuel. Ainsi, tant que nous ne nous trouvons pas dans une situation d’inexistence, comme cela était le cas dans l’arrêt du 5 mars 1991⁷⁹³, il est tout à fait

⁷⁸⁵ Hélaine (C.), « Réforme du droit des sûretés : les privilèges mobiliers », *D. actu. 2021* : « C’est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d’être préféré à d’autres créanciers ».

⁷⁸⁶ En ce sens l’article 2330 issu de l’ordonnance du 15 septembre 2021 dispose que « *Les privilèges mobiliers sont accordés par la loi. Ils sont généraux ou spéciaux. Les dispositions légales qui les régissent sont d’interprétation stricte. Ils donnent le droit d’être préféré aux autres créanciers. Sauf disposition contraire, ils ne confèrent pas de droit de suite. Ils se reportent sur la créance de prix du débiteur à l’égard de l’acquéreur* ». *Adde* : Cass., Civ. 19 fév. 1894, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *GAJC, T.II, Les obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^{ème} éd., p.840 s., n°306.

⁷⁸⁷ Simler (P.) et Delebecque (P.), *Droit civil – Les sûretés, la publicité foncière*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. « Précis », 2016, p.708, n°757 ; Oppetit (B.), « La décodification du droit commercial », *Mélanges Rodière*, p.197, notamment n°7-2.

⁷⁸⁸ Pellier (J.-D.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Privilèges généraux », 2020, n°2.

⁷⁸⁹ Pour une analyse détaillée, V. : Hélaine (C.), art. préc., *D. actu. 2021*.

⁷⁹⁰ 12^o art. 60 de la loi du 22 mai 2019 qui encourageait à une telle modification. L’avant-projet de l’Association Henri Capitant avait d’ailleurs repris cette proposition. Cette modification joue majoritairement un rôle sur la prise de rang de la sûreté, qui sera désormais celle de l’inscription de l’hypothèque.

⁷⁹¹ Dagot (M.), art. préc., n°8.

⁷⁹² Mignot (M.), « Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *L.P.A 2016*.

⁷⁹³ Cf. *supra* n° 273.

possible d’admettre la survie de la sûreté qui était certes rattachée à l’obligation initiale⁷⁹⁴. Cet obstacle étant franchi, un second se dresse à la reconnaissance du report des privilèges sur l’obligation de restitution. Ces derniers, conformément à la définition qui en a été donnée, résultent d’une créance particulière. Autrement dit, c’est la nature juridique de la créance qui déclenche l’existence du privilège⁷⁹⁵. Or, le principe de distinction de l’obligation initiale et de l’obligation de restitution conduit à modifier la nature de la créance. Ce constat ne serait-il pas un frein au report du privilège sur l’obligation de restitution ? La jurisprudence ne semble pas s’être préoccupée de ces interrogations puisqu’elle a admis que le privilège du prêteur de deniers se trouvait maintenu pour garantir l’obligation de restitution découlant de l’anéantissement du contrat⁷⁹⁶. Pour autant, les solutions ont été rendues dans un contexte particulier : le contrat garanti qui était remis en question n’est autre qu’un prêt. La particularité de cette figure contractuelle implique de relativiser la distinction entre l’obligation initiale et l’obligation de restitution⁷⁹⁷. Ce courant jurisprudentiel ne peut donc suffire à intégrer les privilèges au sein du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil.

297. Proposition doctrinale pour une redéfinition des privilèges. La question de fond qui doit être posée est la suivante : la garantie d’un privilège est-elle réservée à une créance de manière exclusive ou peut-elle s’étendre à d’autres créances proches ? La doctrine a apporté diverses réponses à cette problématique. Si dans un premier temps, elle a opté pour le caractère exclusif du privilège, elle est rapidement revenue sur cette position. Le professeur Leveneur, dans sa thèse de doctorat, raisonne ainsi sur le cas d’un contrat de travail anéanti. Il considère qu’en phase de restitution, l’employé est créancier d’une obligation de restitution correspondant à l’équivalent du travail effectué en vertu du contrat anéanti. Il n’est donc pas titulaire d’une créance de salaire, pour autant l’auteur admet que cette obligation de restitution puisse être couverte par le privilège des salaires⁷⁹⁸. De même, le professeur Pellier insiste sur le fait que « *le privilège des salaires garantit un certain nombre de créances qui n’ont pas toutes la nature juridique de salaire* ». Selon cet auteur, la détermination de l’application du privilège doit se faire selon le critère du caractère alimentaire de la créance⁷⁹⁹. Nous concédons à cet auteur son constat aux termes duquel la garantie du privilège ne doit pas être limitée par la nature de la créance. En revanche, le choix de déterminer le champ d’application du privilège en fonction du caractère alimentaire de la créance nous semble restrictif. A notre sens, la couverture du privilège doit être dictée par le critère de l’opération contractuelle. Les créances qui participent à une même opération doivent être susceptibles d’être garanties par le privilège. L’obligation de restitution ne participe pas directement à

⁷⁹⁴ Pour une analyse similaire en matière de CRP, Cf. *supra* n° 279.

⁷⁹⁵ Sur cette automaticité, V. : Dagot (M.), « La notion de privilège », *Mélanges Mouly*, T.II, 1998, Litec, p.335. *Adde* : Rouland (M.), *La qualité de la créance*, th. Paris X, ss. dir. V. Brémond, 2007.

⁷⁹⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2018, n°17-16.733 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 26 oct. 2017, n°16-15.754 ; T.G.I. Paris, 19 avr. 1982, *R.D.I.* 1983, p.488, obs. M. Dagot ; CA Rennes, 24 mai 2016, n°241/2016.

⁷⁹⁷ Cf. *supra* n° 64 s.

⁷⁹⁸ Leveneur (L.), *Situations de fait et droit privé*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCXII, 1990, p.274 s., n°238 s. Une problématique similaire se retrouve en matière de dation en paiement : Hiez (D.), « La nature juridique de la dation en paiement », *R.T.D. civ.* 2004, p.199.

⁷⁹⁹ Pellier (J.-D.), *op. cit.*, n°17.

l’opération contractuelle mais elle permet de revenir sur les exécutions passées afin de remettre les parties dans une situation neutre⁸⁰⁰, comme si le contrat n’avait jamais eu d’effet. En ce sens, elle nous semble devoir entrer dans le champ de la garantie de ces sûretés légales de sorte que celles-ci s’intègrent parfaitement dans le champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil. Une conclusion similaire est-elle possible en matière de sûreté judiciaire ?

2) *L’application de l’article 1352-9 du Code civil aux sûretés judiciaires*

298. Définition de la sûreté judiciaire. De manière assez prosaïque, il est commun de définir les sûretés judiciaires⁸⁰¹ par leur source : il s’agit de celles qui sont constituées par voie de justice⁸⁰². Elles recouvrent une importance pratique considérable car elles ont pour but de protéger le créancier dont le paiement de sa créance serait menacé⁸⁰³. Outre l’hypothèque judiciaire conservatoire, qui constitue en quelque sorte l’archétype de la sûreté judiciaire, l’article L.531-1 du Code des procédures civiles d’exécution prévoit deux autres formes de sûretés judiciaires à l’assiette mobilière⁸⁰⁴. Il est ainsi possible pour le créancier de faire inscrire un nantissement sur le fonds de commerce de son débiteur⁸⁰⁵. Dans la même veine, la loi du 9 juillet 1991 a introduit la faculté de constituer une sûreté conservatoire sur « les actions, parts sociales et valeurs mobilières ». Il s’agit là des trois uniques formes de sûreté judiciaire reconnues⁸⁰⁶, que nous traiterons en commun.

299. Les freins au report de la sûreté judiciaire sur l’obligation de restitution. Les quelques éléments de définition relatifs à la sûreté judiciaire ayant été posés, il convient de se demander si celles-ci peuvent être amenées à se reporter sur l’obligation de restitution en cas

⁸⁰⁰ Cf. *supra* n° 222 s. La jurisprudence a d’ailleurs admis que le privilège de prêteur de denier initial survivait à l’annulation de la vente, V. : Cass., Civ. 3^{ème}, 26 oct. 2017, n°16-15.754, *Defrénois 2018*, p.35, obs. C. Gijbers.

⁸⁰¹ Cette notion a été introduite initialement par la loi de 1955, qui créa l’hypothèque judiciaire conservatoire. V. : Donnier (M.), « Réflexion sur l’hypothèque judiciaire conservatoire », *D.1961*, chr.79 ; Dagot (M.), *Les sûretés judiciaires provisoires*, Litec, 1994, p.1, n°1.

⁸⁰² Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Pétel (P.), *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2015, p.705, n°952 ; Bourassin (M.), Brémond (V.), *Droit des sûretés*, Sirey, 7^{ème} éd. 2020, p.14, n°19 ; Picod (Y.), *Droit des sûretés*, coll. Thémis, PUF, 3^{ème} éd. 2016, p.17, n°14 ; Tafforeau (P.), *Droit des sûretés*, coll. Paradigme, 2020, p.36, n°29 ; Legeais (D.), *Droit des sûretés et garanties de crédit*, Lextenso, 13^{ème} éd., p.394, n°533 ; Dagot (M.), *ouvr. préc.*, p.4, n°9.

⁸⁰³ L’objectif était alors double. D’une part, la volonté de jouer contre les lenteurs de la justice était clairement affirmée. Comme l’indiquent certains auteurs, il était question de « *neutraliser le temps mis par le créancier à obtenir un jugement de condamnation ou pour faire les démarches qui lui permettent de se procurer un titre exécutoire* ». V. : Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Pétel (P.), *ouvr. préc.*, p.705, n°952. D’autre part, le législateur souhaitait mettre en place une mesure de protection face aux tentatives d’organisation de l’insolvabilité des débiteurs. V. : Simler (P.) et Delebecque (P.), *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2016, p.468, n°478.

⁸⁰⁴ Sur ces deux sûretés judiciaires mobilières, V. : Bourassin (M.), Brémond (V.), *ouvr. préc.*, p.734, n°1024 s.

⁸⁰⁵ Weill (A.) et Maus (R.), « Le nantissement judiciaire de fonds de commerce », *D.1956*, chr. 87.

⁸⁰⁶ *contra* : Simler (P.) et Delebecque (P.), *ouvr. préc.*, p.468, n°477 : les auteurs expliquent que la pratique a admis des nantissements judiciaires en dehors des textes légaux. Ce fut notamment le cas en matière de brevet. Cependant, une telle pratique ne devrait pas être admise car l’octroi d’une sûreté judiciaire doit se faire en vertu d’un texte qui la prévoit.

d’anéantissement du contrat à l’origine de la créance garantie. L’hypothèse est la suivante : au cours d’une opération contractuelle, un créancier craint de ne pas recouvrer sa créance et sollicite une autorisation judiciaire dans le but d’obtenir une sûreté sur les biens de son débiteur. A la suite de l’inscription de ladite sûreté, le contrat en vertu duquel la créance était due se trouve anéanti, provoquant ainsi des restitutions. La sûreté judiciaire peut-elle être amenée à les garantir ? A notre sens, une réponse négative s’impose. Comme l’indiquent MM. Simler et Delebecque, cette catégorie de sûreté est « *spéciale quant à la créance garantie* »⁸⁰⁷. Autrement dit, elles sont constituées pour ne couvrir qu’une créance déterminée. L’autorisation judiciaire, nécessaire à la création de la sûreté, fait expressément mention de ladite créance. Pourrions-nous envisager qu’un créancier sollicite une sûreté judiciaire tant pour la créance initiale que pour l’éventuelle créance de restitution ? Bien que cette situation ne puisse être rigoureusement qualifiée de report de la sûreté, en raison de la prévisibilité de la garantie des restitutions⁸⁰⁸, elle mérite notre attention. De nouveau, une réponse négative nous semble appropriée. Pour mettre en place une sûreté judiciaire, il est nécessaire de prouver l’existence d’une « *créance paraissant fondée en son principe* »⁸⁰⁹. Une telle formulation semble des plus larges⁸¹⁰. Toutefois, elle impose que le fait générateur de la créance invoquée soit en apparence fondé⁸¹¹. Cette condition est-elle remplie dans l’hypothèse qui nous intéresse ? Nous pouvons en douter. Une solution jurisprudence nous ferait justement pencher en faveur de l’inexistence d’une apparence de fondement dans le cas étudié. En l’espèce, il était question d’une personne invoquant une créance résultant d’une action en résolution du contrat. Les juges avaient alors estimé que l’issue de l’action en résolution étant douteuse, la créance invoquée n’était pas fondée en son principe⁸¹². Revenons à notre exemple : la personne qui solliciterait une sûreté judiciaire tant pour l’obligation contractuelle que pour l’éventuelle obligation de restitution, n’est pas en mesure d’anticiper les conséquences de l’action en anéantissement du contrat. Autrement dit, le simple fait qu’une action en justice en nullité ou en résolution du contrat ait été engagée ne peut suffire à assurer une apparence de fondement à l’obligation de restitution invoquée compte tenu du fait que l’issue d’une telle action reste majoritairement incertaine.

300. La question de la source de la sûreté ayant été analysée, il convient de se pencher sur le critère de l’antériorité de celle-ci et ses conséquences pratiques.

⁸⁰⁷ Simler (P.) et Delebecque (P.), ouvr. préc., p.468, n°477.

⁸⁰⁸ Cf. *supra* n° 90 s.

⁸⁰⁹ L’article L.511-1 du Code des procédures civiles d’exécution dispose que « ***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 de menacer le recouvrement ». Pour un exemple en jurisprudence, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 2 fév. 1999, n°96-16.718, *Bull. civ. I*, n°37.

⁸¹⁰ A titre d’exemple, une telle formulation intègre la garantie d’une créance non exigible. Pour un exemple en jurisprudence : CA Dijon, 22 déc. 1959, *J.C.P. G. 1960.II.11670*, note Raynaud.

⁸¹¹ Putman (E.), *La formation des créances*, th. Aix, 1987, p.586, n°489 s. ; Dagot (M.), ouvr. préc., p.134 s. ; n°452 s. Pour un exemple jurisprudentiel : Cass., Civ. 2^{ème}, 5 avr. 1993, *R.D.I 1993*, p.403.

⁸¹² Cass., Civ. 2^{ème}, 12 mai 1976, *Bull. civ. II*, n°159, *R.T.D. civ. 1977*, p.834, obs. R. Perrot.

B. La condition d'antériorité de la sûreté

301. Il a été démontré que la condition d'antériorité constitue un élément de définition de la notion de report de la sûreté sur l'obligation de restitution⁸¹³. Il s'agit maintenant de se demander si la garantie de deux obligations successives est compatible avec les règles du droit des sûretés (1) et de dresser les conséquences pratiques d'une telle opération (2).

1) La double garantie successive

302. De la rigidité de la conception classique à l'assouplissement. La position du droit des sûretés relative à la question de la garantie de plusieurs créances était originellement stricte. Les sûretés étaient conçues pour garantir une créance unique. Une fois que celles-ci avaient rempli leur office, il paraissait inconcevable qu'elles puissent être réaffectées en vue de couvrir une nouvelle obligation. La complexification des relations commerciales⁸¹⁴ et l'influence des droits étrangers⁸¹⁵ ont conduit à réviser ce postulat. Une lecture plus libérale, essentiellement retenue par l'ordonnance du 23 mars 2006, a conduit à reconnaître qu'une même sûreté pouvait garantir plusieurs créances successives. Emerge alors l'idée d'une sûreté globale qui permettrait d'élargir les possibilités offertes aux parties en matière de constitution de sûreté⁸¹⁶. Comme l'indiquait M. Ballot-Beaupré, à l'occasion du centenaire du Code civil, « *le juge ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code ; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux, il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, les mœurs, dans les institutions dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne* »⁸¹⁷. Si la garantie exclusive d'une créance prévalait en 1804, une telle vision ne semble plus adaptée aux relations commerciales mondialisées, où la complexité des opérations est de mise.

303. Quelques manifestations de la garantie successive de plusieurs créances. Quelques exemples dans la législation française attestent de ce changement de paradigme. La prise de distance face à un schéma, favorisant la garantie exclusive d'une créance, est évidente en matière de cautionnement omnibus. En souscrivant à un tel engagement, le garant se reconnaît tenu d'une ou plusieurs dettes déterminées ou déterminables. La couverture de la

⁸¹³ Cf. *supra* n° 89 s.

⁸¹⁴ La constitution d'une garantie représente un coût non négligeable. Sous l'influence des théories de l'analyse économique du droit précédemment décrites, il a été proposé de réduire ces coûts de constitution. L'une des solutions est ainsi d'admettre qu'une sûreté puisse garantir plusieurs créances successives.

⁸¹⁵ Westendorf (H.), *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J, p.230, n°318.

⁸¹⁶ Dupichot (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, th. 2005, p.501, n°658 ; Borga (N.), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, nouv. bibl. des thèses, vol.82, 2009, p.98, n°89.

⁸¹⁷ Ballot-Beaupré, « Discours de M. Ballot-Beaupré-premier président de la Cour de cassation », *Le centenaire du Code civil – 1804-1904*, T.II, Paris, Librairie Édouard Duchemin, Frankfurt, Sauer & Auvermann KG, 1969, p.27.

caution s’étend donc à toutes les dettes présentes ou futures d’un débiteur identifié. Dans cette situation, le caractère pluriel de la garantie ne fait pas de doute. Il en est de même en ce qui concerne l’hypothèque rechargeable. Instituée par la réforme du 23 mars 2006, l’hypothèque rechargeable permet à un constituant d’utiliser l’hypothèque, qui a été affectée à un crédit initial, pour garantir de nouvelles créances⁸¹⁸. C’est tout l’intérêt de ce mécanisme que de rompre avec la garantie exclusive d’une créance. Enfin, dans le cadre d’une novation où la sûreté est reportée par les parties conformément à l’article 1334 du Code civil, la double affectation de la sûreté est également notable. Cette dernière va couvrir tant l’obligation initiale, qui se trouve par la suite éteinte, que la nouvelle obligation issue de l’opération de novation. Il s’agit de nouveau d’une manifestation d’une sûreté garantissant une pluralité de créances. Ces quelques exemples attestent de la possibilité pour une même sûreté de couvrir plusieurs créances. Le cas de la novation est particulièrement marquant car au-delà de caractériser une garantie de plusieurs créances successives, il relève une substitution de deux créances dans la couverture de la sûreté. Or, cela correspond sensiblement à notre objet d’étude où l’obligation de restitution vient se substituer à l’obligation initiale dans la couverture de la sûreté.

304. La garantie de plusieurs créances successives induites par l’article 1352-9 du Code civil ne pose ainsi pas de problème dans l’état actuel du droit. Il convient de se demander quelles en sont les conséquences pratiques.

2) *Les conséquences de l’antériorité de la sûreté*

305. Les conséquences quant au rang de la sûreté. La condition d’antériorité de la sûreté permet de déduire une première conséquence majeure : la sûreté réelle constituée avant l’anéantissement contractuel conserve son rang initial. Cette solution n’est qu’une transposition des règles appliquées en matière d’hypothèque rechargeable⁸¹⁹ et de novation⁸²⁰. La conservation du rang initial est incontestablement favorable au bénéficiaire de la sûreté qui

⁸¹⁸ Depuis 2006, l’hypothèque rechargeable a connu une évolution qui mérite d’être soulignée. Face aux risques de surendettement des particuliers, le législateur l’a supprimé par la loi du 17 mars 2014. V. Gijssbers (C.), « Requiem pour l’hypothèque rechargeable », *R.L.D.C. 2014*, n° 5341 ; Gourio (A.), « Feu l’hypothèque rechargeable », *J.C.P. E. 2014*, p.185. Il est ensuite revenu sur cette position en la réintégrant dans notre corpus juridique mais en réduisant son champ d’application par la loi du 20 décembre 2014. V. Andreu (L.), « L’hypothèque rechargeable ressuscitée », *J.C.P. G. 2015*, p.78 ; Gijssbers (C.), « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », *D.2015*, p.69 ; Piedelièvre (S.), « Le retour de l’hypothèque rechargeable », *J.C.P. N. 2015*, actu. 135 ; Frémaux (E.), « Pour l’hypothèque rechargeable. Libres propos », *J.C.P. N. 2016*, p.1102. Alors que l’hypothèque rechargeable, telle qu’elle avait été initialement conçue en 2006, avait vocation à garantir tout type de créance, celle issue de la loi de décembre 2014 est restreinte aux créances de nature professionnelle.

⁸¹⁹ Cerles (A.), « L’hypothèque rechargeable », *R.L.D.A mars 2007*, p.100 ; Grimaldi (M.), « L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *J.C.P. N.2006*, 1195 ; Lepeltier (D.), « Prêt viager hypothécaire et hypothèque rechargeable », *B.R.D.A oct. 2006*, p.16 ; Pellier (J.-D.), « Réflexions sur la spécificité de l’hypothèque rechargeable », *L.P.A. 2008*, p.3 ; Prigent (S.), « L’hypothèque rechargeable », *Defrénois 2007*, art.38650, p.1268 ; Théry (P.), « L’hypothèque rechargeable », *Dr. et patr. 2007*, p.44.

⁸²⁰ Cholet (D.), « La novation de contrat », *R.T.D. civ. 2006*, p.467, n°43.

va primer tous les créanciers inscrits par la suite. Il convient toutefois de se demander si cette faveur n’est pas limitée dans certaines hypothèses. En effet, en matière d’hypothèque rechargeable, la conservation du rang initial cède lorsqu’une hypothèque légale du Trésor Public et de la Sécurité Sociale a été constituée entre la convention initiale et son rechargement. Il en est de même lorsqu’une hypothèque judiciaire conservatoire a été obtenue. Ces exceptions au maintien du rang initial visées à l’article 2425 du Code civil pourraient être transposables à notre hypothèse d’étude. Les rédacteurs de l’ordonnance du 10 février 2016 n’ont pas envisagé cette question tout comme la doctrine qui a commenté les nouvelles dispositions. A défaut de précision, les interrogations subsistent sur ce point.

306. Les conséquences quant à la validité d’un éventuel titre exécutoire. L’antériorité de la sûreté permet également d’apporter une réponse à la question de la validité du titre exécutoire. Le problème est le suivant : le titre exécutoire qui constate l’obligation initiale et permet d’engager une procédure de saisie est-il remis en cause par l’anéantissement du contrat principal ? Le professeur Crocq a apporté des éléments de réponse, en considérant que la remise en cause du contrat principal, compliquait la mise en œuvre de l’hypothèque en raison de la perte du titre exécutoire⁸²¹. L’auteur s’appuie sur un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 10 mai 2005, où il a été jugé que la nullité des prêts remettait en question la validité des titres authentiques exécutoires sur le fondement desquels la poursuite des garants s’était opérée⁸²². Toutefois, cette référence ne semble pas suffisante pour emporter conviction dans le sens où l’annulation portait ici sur le titre exécutoire lui-même. En effet, en l’espèce, les actes notariés avaient été déclarés nuls en raison d’un défaut de signature. Ce vice empêchait de qualifier les actes notariés de titre authentique et exécutoire permettant de fonder les poursuites. Autrement dit, cet arrêt n’est pas révélateur à lui seul d’une absence de maintien du titre exécutoire en phase de restitution. Dès lors, bien que cette analyse soit intéressante, nous préférons souscrire à celle du professeur Théry pour qui la survie du titre exécutoire n’est que la suite logique du report de la sûreté⁸²³. Autrement dit, le critère de l’antériorité de la sûreté permettrait de fonder la validité du titre exécutoire initial en phase de restitution. Il s’agit d’un effet légal qui permettrait de passer outre cette difficulté.

307. Synthèse. Formé à l’analyse exégétique des règles de droit⁸²⁴, le premier réflexe qui s’impose lorsqu’il s’agit d’étudier le champ d’application d’une disposition est de se tourner vers le texte. En ce sens, la formulation de l’article 1352-9 du Code civil semble trompeuse. Cette disposition a vocation à s’appliquer aux sûretés « constituées pour le paiement de l’obligation principale ». Or, il a été démontré que dans un certain nombre d’hypothèses cette règle ne pouvait pas fonctionner ou s’avérait inutile. A l’inverse, elle trouverait à s’appliquer

⁸²¹ Crocq (P.), Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ. I*, n°167, *R.T.D. civ.* 2009, p.148.

⁸²² Cass., Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n°03-20.769, *A.J.D.I.* 2005, p.845, obs. F. Cohet-Cordey.

⁸²³ Théry (P.), Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ. I*, n°167, *Deffrénois* 2009, art.39025, n°4.

⁸²⁴ L’analyse exégétique a été essentiellement utilisée pour commenter le Code civil de 1804. Elle a, par la suite, perdu de l’importance au profit de lecture plus synthétique des règles de droit. L’ordonnance du 10 février 2016 marque un regain d’intérêt pour cette méthode d’étude du droit puisque la plupart des commentateurs ont proposé une lecture textuelle, article par article, de la réforme.

dans des cas qui ne sont pas explicitement prévus par le texte. La lumière ayant été faite sur les sûretés concernées par l’article 1352-9 du Code civil, il convient de s’interroger sur la compatibilité du droit des sûretés avec les règles restitutoires. Ce questionnement est important dans le cadre de notre démarche : nous partons du principe que l’article 1352-9 du Code civil a été mal pensé et ne peut pas s’appliquer dans un certain nombre de cas. S’il est démontré que les règles du droit des sûretés rentrent en contradiction avec la technique du report de sûreté, notre intuition se trouvera confirmée.

SECTION 2 : LA QUESTION DE LA VALIDITÉ DE LA SÛRETÉ RÉELLE

308. Les sûretés personnelles reposent sur la notion d’engagement. Leur validité en phase restitutoire n’implique pas de questionnement particulier tant que la liberté contractuelle se trouve respectée. La problématique de la validité des sûretés réelles est quant à elle plus épineuse. Nous pouvons identifier deux obstacles majeurs à la validité de la sûreté réelle. Ces derniers posent donc la question de l’application de l’article 1352-9 du Code civil à ce type de sûretés. D’une part, l’anéantissement rétroactif du contrat principal est censé supprimer le transfert de propriété initial, de sorte que la sûreté réelle constituée sur le bien acquis en vertu du contrat anéanti pose question quant à son assiette. D’autre part, la garantie d’une créance contractuelle suivie d’une créance de restitution de nature quasi-contractuelle interroge sur la compatibilité de l’article 1352-9 du Code civil avec le principe de spécialité des sûretés réelles. Ce sont essentiellement ces deux points qui ont été relevés par la doctrine pour contester la mise en œuvre pratique du report de sûreté. Il s’agit donc d’analyser les critiques formulées sur le terrain de la propriété du bien grevé (§1) et celles qui ont trait au principe de spécialité de la sûreté réelle (§2).

§1. L’assiette de la sûreté reportée sur l’obligation de restitution

309. Le report d’une sûreté réelle sur l’obligation de restitution heurte la logique juridique. L’effacement rétroactif du contrat invite à considérer que la sûreté a été constituée sur le bien d’autrui. Sur ce point, le droit des sûretés (A) et le droit des obligations (B) semblent impuissants à fournir des justifications pertinentes.

A. *La constitution d’une sûreté réelle sur le bien d’autrui*

310. Après avoir exposé le problème (1), il s’agira d’analyser les explications proposées (2).

1) *L’exposé du problème*

311. Le principe de nullité de la sûreté constituée sur le bien d’autrui⁸²⁵. Plusieurs auteurs ont souligné les difficultés engendrées par la règle du report de la sûreté quant à la validité de celle-ci⁸²⁶. Le processus d’anéantissement du contrat principal conduit à considérer que la sûreté a été constituée sur le bien d’autrui. L’hypothèse jurisprudentielle classique est la suivante : un contrat de vente, financé par un prêt garanti par une hypothèque prise sur le bien immobilier acquis est anéanti. Il emporte dans sa chute le contrat de prêt. La rétroactivité attachée à l’anéantissement contractuel prive l’acheteur de sa qualité de propriétaire du bien grevé. Les conséquences du contrat de vente sont niées ; ce dernier est censé n’avoir jamais existé. Ainsi, le bien grevé doit être considéré comme n’ayant pas intégré le patrimoine du constituant. Dans ce schéma, la sûreté réelle a été constituée sur le bien d’autrui. Or, à peine de nullité, l’octroi d’une sûreté réelle impose l’existence d’un droit à grever dans le patrimoine du constituant⁸²⁷. C’est le raisonnement qui a notamment été suivi par les juges dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 janvier 2016, où ils ont considéré que « *par l’effet rétroactif de la résolution de la vente, les droits constitués sur l’immeuble se trouvaient anéantis, la Cour d’appel en a exactement déduit que Mme X... n’avait pas la qualité de tiers détenteur de l’immeuble et que le syndicat des copropriétaires ne pouvait pas exercer un droit de suite à son encontre* »⁸²⁸. Mais cette solution se démarque du courant jurisprudentiel classique, qui instaure un report des sûretés réelles sur l’obligation de restitution sans se questionner sur la validité de celle-ci au regard de son assiette. Les difficultés inhérentes à ce schéma semblent avoir échappées aux juges. Analysons les justifications qui ont pu être apportées à cette problématique.

⁸²⁵ La constitution de certaines sûretés réelles sur le bien d’autrui est possible. Tel est par exemple le cas d’un gage constitué sur un bien vendu avec clause de réserve de propriété. Si le gagiste est de bonne foi, il bénéficie de la protection de l’article 2276 du Code civil. Toutefois ces hypothèses sont marginales et constituent des exceptions au principe énoncé.

⁸²⁶ Gijsbers (C.), Cass., Civ. 3^{ème}, 7 janv. 2016, n°14-18.360, *Défrénois 2016*, n°124, p.934 ; Théry (P.), *Défrénois 2009*, art. 39025, n°4, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ. I*, n°167 ; *contra* : Crocq (P.), *D.2018*, p.1884, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 26 oct. 2017, n°16-15.754 ; Cohet-Cordey (F.), *A.J.D.I. 2003*, p.795, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, n°01-11.882.

⁸²⁷ Pour l’hypothèque, V. : Picod (Y.), *ouvr. préc.*, p.404, n°305 ; Simler (P.) et Delebecque (P.), *ouvr. préc.*, p.406, n°397 ; Tafforeau (P.), *Droit des sûretés*, coll. Paradigme, 2020, p.407, n°910. De manière plus générale : Leveneur (L.), *Situations de fait et droit privé*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCXII, 1990, p.100 s.

⁸²⁸ Cass., Civ. 3^{ème}, 7 janv. 2016, n°14-18.360, *Défrénois 2016*, n°124, p.934, obs. C. Gijsbers ; *Gaz. Pal. 2016*, p.32 obs. C. Albiges ; *R.T.D. civ. 2016*, p.347, obs. H. Barbier.

2) *Les justifications proposées*

312. La justification jurisprudentielle. Une première justification, d’origine prétorienne, a été apportée face à ces difficultés. Celle-ci a trait à la notion de droit de suite : les juges semblent valider le report de la sûreté sur l’obligation de restitution à partir du droit de suite attaché aux sûretés réelles. Trois indices permettent d’aller dans le sens d’une telle affirmation. D’une part, dans un arrêt de la première chambre civile en date du 6 novembre 2002, il a été jugé que « **le droit de suite est un droit réel opposable à tous**, et notamment à tout acquéreur indépendamment de sa bonne ou de sa mauvaise foi »⁸²⁹. Dans cet arrêt, il était question de la vente d’un bien, dont le prix était en partie payable par un prêt bancaire garanti par une hypothèque constituée sur le bien vendu. Alors que le créancier entendait faire jouer l’hypothèque, la vente principale a été résolue et le bien revendu deux fois successivement. Cette faculté lui a été refusée devant les juges du fonds aux motifs que la résolution de la vente le privait de son droit de suite sur le bien hypothéqué. La Cour de cassation casse l’arrêt d’appel en estimant que la résolution n’avait aucune conséquence sur le droit de suite étant donné que l’hypothèque avait été valablement inscrite antérieurement au prononcé de l’anéantissement du contrat⁸³⁰.

313. L’idée selon laquelle la justification de cette solution serait fondée sur le droit de suite se retrouve, d’autre part, dans les visas à partir desquels les arrêts sont rendus. En effet, les juges basent leur raisonnement sur l’article 2393 du Code civil qui pose le principe selon lequel l’hypothèque est un droit réel portant sur des immeubles et qu’elle suit ces biens « *en quelques mains qu’ils passent* »⁸³¹.

314. Enfin, l’influence de la notion de droit de suite se retrouve également dans la motivation du pourvoi qui a donné lieu à l’arrêt du 7 janvier 2016, précédemment cité. Les demandeurs arguaient ainsi que « **en vertu du droit de suite**, le créancier hypothécaire peut saisir le bien immobilier entre les mains du tiers détenteur, quoique celui-ci ne soit pas personnellement débiteur ; que le tiers détenteur est une personne qui détient à titre non précaire la totalité ou une partie de l’immeuble hypothéqué sans être obligé personnellement au paiement de la dette ; qu’en considérant que le syndicat des copropriétaires de l’immeuble les grands cèdres n’était pas recevable à prétendre exercer un droit de suite à l’encontre de Mme B. au motif que cette dernière n’avait pas la qualité de tiers détenteur, mais seulement celle de propriétaire rétablie dans ses droits, la Cour d’appel a violé les articles 2393 et 2461 du Code civil »⁸³².

315. Ces différents éléments nous permettent de conclure que le raisonnement des juges se cristallise autour de la notion de droit de suite. La justification serait la suivante : dès que l’hypothèque est valablement constituée, elle confère au créancier un droit de suite qui lui permet d’exercer son droit sur le bien en quelques mains qu’il se trouve. Si l’hypothèque a été consentie par le titulaire du droit réel sur l’immeuble au jour de sa constitution et qu’elle a fait

⁸²⁹ Cass., Civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, n°01-11.882, *A.J.D.I.* 2003, p.795, obs. F. Cohet-Cordey ;

⁸³⁰ Cohet-Cordey (F.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, n°01-11.882, *A.J.D.I.* 2003, p.795.

⁸³¹ Cette version n’est en vigueur que depuis le 24 mars 2006. Antérieurement une règle similaire était posée à l’article 2114 du Code civil. L’arrêt précédemment cité de 2002 qui fait référence à l’article 2114 du Code civil ne doit donc pas étonner. En réalité, il se base également sur la notion de droit de suite.

⁸³² Cass., Civ. 3^{ème}, 7 janv. 2016, n°14-18.360.

l'objet d'un acte notarié la question de sa validité ne devrait pas être remise en question. Autrement dit, celle-ci reste opposable aux tiers tant qu'elle n'a pas été radiée⁸³³. Ce raisonnement, bien que logique en apparence, nous semble peu convaincant. Les juges se placent volontairement sur le terrain des prérogatives conférées par la sûreté lorsqu'elle a été valablement constituée. Sur ce point, il ne fait aucun doute que l'hypothèque confère un droit de suite à son titulaire. Cependant, la question n'est pas là. Le problème qui est soulevé par ces arrêts est celui de la constitution et de la validité de la sûreté et non celui de ces prérogatives. Ainsi, cette justification tend à occulter la question de fond qui invite à s'interroger sur les impacts de l'anéantissement du contrat principal sur la validité de la constitution de la sûreté.

316. La justification doctrinale. Le point de départ du raisonnement des juges n'étant pas satisfaisant, analysons une seconde tentative de justification proposée par la doctrine. Celle-ci revient au professeur Crocq, qui a estimé que ce courant jurisprudentiel trouvait une explication dans la théorie de l'apparence⁸³⁴. Son argument se fonde sur l'idée que la solution permet une juste protection du créancier, qui a valablement pu penser que le débiteur était devenu propriétaire du bien grevé⁸³⁵. L'auteur s'appuie sur une prise en compte croissante de l'apparence en jurisprudence⁸³⁶. Cependant, deux obstacles majeurs s'érigent à l'encontre de cette justification. D'une part, la théorie de l'apparence n'est pas solidement établie et son application reste contestée en doctrine⁸³⁷. La jurisprudence est elle-même incertaine et n'a pas hésité à parfois limiter les effets de l'apparence notamment en matière de nullité. Tel est le cas dans un arrêt de la Chambre commerciale en date du 3 février 1998, où les juges ont favorisé les conséquences de la nullité au dépend de celles de l'apparence⁸³⁸. De manière générale, en matière de propriété immobilière, la jurisprudence semble admettre le jeu de la théorie de l'apparence sous la double condition cumulative de bonne foi du propriétaire apparent lors de l'acquisition du bien et d'erreur commune⁸³⁹. Or, la jurisprudence rendue en matière de report de la sûreté sur l'obligation semble faire fi de ces conditions. La survie de l'hypothèque dans

⁸³³ En ce sens : Cohet-Cordey (F.), « Résolution du contrat de vente d'un bien donné en garantie et sort de l'hypothèque inscrite préalablement », *A.J.D.I.* 2003, p.795, obs. Cass., Civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, n°01-11.882.

⁸³⁴ Crocq (P.), *D.2018*, p.1884, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 26 oct. 2017, n°16-15.754, *D.2018*, 1884.

⁸³⁵ *Adde* : Cohet-Cordey (F.), art. préc., *A.J.D.I.* 2003, p.795.

⁸³⁶ Leveneur (L.), th. préc., p.99 s., n°81 s.

⁸³⁷ Leveneur (L.), th. préc., p.110 s., n°92 s.

⁸³⁸ Cass., Com., 3 fév. 1998, n°95-20.389, *D.1999*, p.185, obs. A. Bénabent ; *D.1999*, p.70, obs. A. Honorat ; *R.T.D. com.* 1999, p.201, obs. A. Martin-Serf : « *Aucune circonstance n'est donc de nature à diminuer la portée de la nullité, c'est-à-dire l'anéantissement rétroactif de l'acte erga omnes, entre les parties initiales et à l'égard d'un tiers sous-acquéreur auquel s'applique la maxime nemo plus juris...* » ; *R.T.D. civ.* 1998, p.361, obs. J. Mestre.

⁸³⁹ Terré (F.) et Simler (P.), *Droit civil. Les biens*, 10^{ème} éd., 2018, Dalloz, p.89, n°72 ; Tranchant (L.), « Théorie de l'apparence : réunion de l'erreur commune et de la bonne foi », *Defrénois* 2017, p.27, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 30 mars 2017, n°15-21.790. Cette construction jurisprudentielle de la théorie de l'apparence a pu être contestée. Certains plaideurs ont demandé, par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, à ce qu'elle soit analysée au regard des droits et libertés garantis par la Constitutions – notamment les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen –. La Cour de cassation n'a pas transmis la question estimant que la demande portait sur une construction prétorienne et non sur une disposition législative. V. : Cass., Com., 30 mars 2017, n°16-22.058.

le cadre de l’anéantissement du contrat garanti s’applique indistinctement des circonstances de l’espèce de sorte qu’il apparaît difficile de rattacher ces solutions à la construction jurisprudentielle de l’apparence. C’est également la conclusion à laquelle est arrivée le professeur Gijbers pour qui le recours à l’apparence ne peut suffire à justifier ces solutions. Cela est d’autant plus vrai que comme l’indique l’auteur, cette théorie peine à s’appliquer dans le cadre de droits hypothécaires⁸⁴⁰.

317. Si cette jurisprudence est contestable au regard du droit des sûretés, qui ne peut lui apporter de justification satisfaisante, un constat similaire s’impose lorsqu’il s’agit d’analyser au travers des règles du droit des obligations.

B. Les tentatives d’explications du report de la sûreté réelle au regard du droit des obligations

318. La proposition d’une justification fondée sur la distinction force obligatoire et rapport d’obligations du contrat. Mme Rigalle-Dumetz⁸⁴¹ et M. Pignarre⁸⁴² ont proposé d’expliquer le report de la sûreté réelle sur l’obligation de restitution en reprenant l’analyse formulée par M. Ancel. Cet auteur distingue dans le contrat deux notions essentielles. Il y aurait d’un côté le rapport d’obligations, constitué par l’ensemble des obligations qui incombent à chaque partie et, de l’autre la force obligatoire, qui manifeste une norme supérieure induite par le contrat⁸⁴³. Celle-ci serait constituée de tous les effets du contrat. Pour Mme Rigalle-Dumetz, la résolution contractuelle n’empêche pas la survivance du contrat car bien que le rapport d’obligations soit anéanti, la force obligatoire de celui-ci persiste⁸⁴⁴. Cette distinction pourrait également être utile dans le cadre de notre problématique. Tout dépend de la qualification retenue au transfert de propriété. Si celui-ci est rattaché au rapport d’obligations, il doit disparaître avec l’anéantissement du contrat et dans ce cas la sûreté ne peut être considérée comme étant valablement constituée. En revanche, si le transfert de propriété appartient à la force obligatoire du contrat, il conservera toute son efficacité en phase restitutive. La question de la validité de la sûreté ne sera de surcroît plus une source de difficulté. Sur la question de la qualification du transfert de propriété, le professeur Ancel a apporté une réponse. Il a estimé que le premier réflexe serait de classer le transfert de propriété dans la catégorie du rapport d’obligations⁸⁴⁵. Pour autant, il ne s’agit là que d’une erreur induite par une simplification du raisonnement. L’auteur commence ainsi par montrer que le transfert de propriété ne peut se réduire à une obligation dont l’objet serait de ne rien faire qui compromette la jouissance de l’acheteur. Par ailleurs, il insiste sur le fait que le

⁸⁴⁰ Gijbers (C.), art. préc., *Defrénois 2016*, n°124, p.934. *contra* : Cass., Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2014, n°13-10779.

⁸⁴¹ Rigalle-Dumetz (C.), *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.30, 2003, p.191 s., n°317 s.

⁸⁴² Pignarre (L.-F.), *Les obligations en nature et de somme d’argent en droit privé, essai de théorisation à partir d’une distinction*, Bibl. dr. privé, T.DXVIII, 2010, p.313, n°380.

⁸⁴³ Ancel (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. civ. 1999*, p.771.

⁸⁴⁴ Rigalle-Dumetz (C.), th. préc., p.192, n°319 ; Pignarre (L.-F.), th. préc., p.313, n°380.

⁸⁴⁵ Ancel (P.), art. préc., *R.T.D. civ. 1999*, p.771.

transfert de propriété ne se manifeste pas en tant que tel, il ne se conçoit que par le biais d'autres obligations, telles que l'obligation de livraison. Dans un second temps, l'auteur poursuit en recherchant les éléments qui ont conduit à détacher le transfert de propriété de la force obligatoire pour l'insérer dans le cadre du rapport d'obligations. Selon lui, c'est l'influence de la notion d'obligation de donner qui a induit un tel déplacement. Or, M. Ancel démontre que le recours à ce concept n'est pas pertinent⁸⁴⁶, car il est difficile d'admettre que l'automatisme du transfert de propriété soit compatible avec l'idée d'obligation. De deux choses l'une, soit le transfert de propriété est reconnu comme étant automatique, comme cela est le cas en droit français⁸⁴⁷, et dans cette hypothèse il s'agit bien d'un effet du contrat, ou alors il intègre le rapport d'obligations mais dans cette hypothèse sa réalisation ne peut être considérée comme étant automatique. Au vu de ces éléments, le professeur Ancel en déduit que le transfert de propriété n'est pas une obligation en tant que telle mais fait, au contraire, partie intégrante de la force obligatoire du contrat. Appliqués à notre problématique, ces raisonnements devraient nous conduire à admettre que l'anéantissement du contrat ne ferait pas tomber le transfert de propriété initial, mais en provoquerait un second.

319. Le rejet de cette proposition. Si cette explication semble pertinente, elle ne mérite pas notre approbation pour deux raisons majeures. D'une part, Mme Rigalle-Dumetz a utilisé cette présentation dans le cadre des restitutions découlant d'une résolution contractuelle. L'auteur confesse elle-même que ces développements ne sont pas transposables à la nullité⁸⁴⁸. Cette remarque n'est pas en soi un obstacle dirimant à la reconnaissance du raisonnement développé puisqu'il a été précédemment démontré que les régimes de la nullité et de la résolution pouvaient être rapprochés, y compris sur la question de la place de la rétroactivité⁸⁴⁹. En revanche, le fait que ces analyses soient menées dans le but de permettre un maintien du socle contractuel en phase de restitution, est plus difficilement admissible. En effet, l'argumentation de Mme Rigalle-Dumetz est essentiellement orientée vers la reconnaissance d'une phase post-contractuelle qui resterait sous la dépendance du contrat anéanti. Or, si nous ne pouvons nier une certaine influence du contrat en phase restitutoire – notamment en ce qui concerne les clauses qui ont vocation à régler les suites de l'anéantissement du contrat – celle-ci doit être relativisée. Elle apparaît plus restreinte que ce qui est envisagé par Mme Rigalle-Dumetz. Autrement dit, ces développements ne sont pertinents que si nous reconnaissons un fondement contractuel aux restitutions, position que nous avons déniée précédemment⁸⁵⁰. D'autre part, le choix de rattacher le transfert de propriété à la force obligatoire du contrat pose une question pratique fondamentale. Comment admettre que l'anéantissement du contrat maintient le transfert initial et entraîne un nouveau

⁸⁴⁶ Pour une critique plus générale de l'obligation de donner, V. : Fabre-Magnan (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *R.T.D. civ.* 1995, p.85.

⁸⁴⁷ Le principe est différent en droit allemand. En ce sens, V. : Labro (G.), *La question du transfert de propriété en droit français et en droit allemand sous l'angle de l'obligation de donner*, Master de droit européen comparé, dirigé par le professeur Vogel, 2011.

⁸⁴⁸ Rigalle-Dumetz (C.), th. préc., p.195, n°322 ; Adde : Pignarre (L.-F.), th. préc., p.313, n°380.

⁸⁴⁹ Cf. *supra* n° 234.

⁸⁵⁰ Cf. *supra* n° 234.

sans qu’il y ait pour autant paiement de nouveaux droits de mutation ? Cette question, restée sans réponse dans les écrits de M. Ancel, semble contredire la théorie proposée.

320. L’anéantissement rétroactif du contrat initial prive le constituant de la sûreté de la propriété du bien. Si plusieurs propositions ont été formulées pour dépasser cette difficulté, celles-ci font montre d’un certain nombre de défauts. L’analyse menée nous permet de conclure que le report de la sûreté réelle n’est pas justifié au regard des principes de constitution de la garantie. Qu’en est-il maintenant de la validité de la règle étudiée sous l’angle de sa compatibilité avec le principe de spécialité des sûretés.

§2. La conformité de l’article 1352-9 du Code civil au regard du principe de spécialité

321. Certains auteurs ont critiqué la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution au motif qu’elle porterait atteinte au principe de spécialité. Tentons de mettre en lumière les difficultés (A) avant de proposer une nouvelle interprétation du principe de spécialité dans la logique de laquelle l’article 1352-9 du Code civil s’insère parfaitement (B).

A. Les difficultés liées au principe de spécialité

322. Après avoir défini le principe de spécialité et soulevé les questionnements qu’il pose (1), il s’agira d’exposer les tentatives doctrinales visant à dépasser les difficultés (2).

1) La définition du principe de spécialité

323. Le principe de spécialité entendu dans son acception classique. Le principe de spécialité se conçoit sous un double aspect : la sûreté réelle doit être spéciale quant aux biens grevés mais également quant à la créance garantie. C’est ce second point qui nous intéresse. Ce principe imposait ainsi une détermination précise de la créance à garantir⁸⁵¹. Cette règle conduisait à la mise en place des critères d’individualisation de la créance assez contraignants. Il fallait entre autres mentionner le montant de la créance, les modalités de celle-ci et surtout sa cause⁸⁵² à peine de nullité de l’acte. Ce principe de spécialité avait essentiellement vocation à protéger le débiteur afin qu’il ne soit pas tenté de gaspiller tout son crédit sur un bien, en consentant une garantie omnibus⁸⁵³. Ces quelques éléments de définition ayant été

⁸⁵¹ L’ancien article 2132 du Code civil disposait ainsi que « *l’hypothèque conventionnelle n’est valable qu’autant que la somme pour laquelle elle est consentie, est certaine et déterminée par l’acte* ».

⁸⁵² Cass., Civ., 6 fév. 1939, *D.1939.1.53*, note Plassard, *S.1941.1.145*, note Rodière.

⁸⁵³ Mazeaud H., L. et J., Chabas (F.), *ouvr. préc.*, p.279, n°274 : « *La généralité de l’hypothèque quant aux créances garanties, qui permettrait au débiteur de constituer hypothèque pour des dettes actuelles non individualisées et pour des dettes futures, ruinerait entièrement son crédit et lui interdirait pratiquement*

rappelés, analysons les difficultés posées par le principe de spécialité lorsqu’il est question d’étudier la garantie des restitutions.

324. Le lien avec notre sujet. Si nous avons pu penser, à l’instar du professeur Crocq, que le principe de spécialité constitue un domaine dépourvu d’intérêt juridique, l’objet de notre étude infirme cette position. Certes, la définition du principe de spécialité semble bien établie, mais certaines de ses applications nécessitent d’être précisées. L’article 1352-9 du Code civil fournit un excellent exemple d’une hypothèse où l’étendue de la spécialité mérite d’être éclairée. En effet, la sûreté se trouve à garantir deux obligations successives. Elle couvre l’obligation principale avant d’être réaffectée à l’obligation de restitution. Dans ce cas, l’acte constitutif de la sûreté a individualisé la créance à garantir en faisant référence à l’obligation principale. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution implique la garantie d’une nouvelle obligation. Or, cette dernière ne peut être assimilée à celle mentionnée dans l’acte de sûreté compte tenu du principe de distinction de l’obligation de restitution et de l’obligation initiale. Cette difficulté n’est pas passée inaperçue sous la plume de plusieurs auteurs qui ont mis en lumière l’apparente contradiction du report de sûreté avec le principe de spécialité⁸⁵⁴.

2) *Les tentatives de dépassement de la difficulté*

325. Les explications retenues sur le caractère accessoire de la sûreté : solution de secours ? Il est tentant, à l’image de certains auteurs, de rapprocher la question de spécialité de la sûreté du caractère accessoire de celle-ci au point de n’y voir qu’un principe unique et général⁸⁵⁵. En effet, le caractère accessoire implique que la sûreté se greffe sur une obligation préexistante. Cette dernière doit donc être identifiée. Or, il a été démontré que le principe de spécialité donne lieu à la même conséquence. Si l’on accède à cette position, les difficultés

l’aliénation de ses immeubles » ; Legeais (D.), *Droit des sûretés et garantie du crédit*, L.G.D.J., 12^{ème} éd., 2017, n°560, p.400 ; Picod (Y.), *Droit des sûretés*, coll. Thémis, PUF, 3^{ème} éd. 2016, p.435, n° 329 ; Martin (F.), « Le principe de spécialité de l’hypothèque – Application et évolution », *Dr. et patr.* 2005, p.58 : « Consentir à un créancier un droit spécifique sur un immeuble sans stipuler la créance à laquelle cette sûreté est attachée aboutirait à ce qu’aucun autre créancier n’accepte de se voir accorder une nouvelle sûreté sur le même bien, faute de pouvoir déterminer avec précision l’étendue de la garantie consentie au premier créancier. On retrouve donc ici l’idée de la protection du débiteur par la limitation des droits du créancier et en conférant au débiteur la faculté de consentir plusieurs hypothèques sur le même immeuble ». *contra* : Dauchez (C.), *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, p.209, n°200 : « Le principe de spécialité n’avait pas pour but de protéger le constituant contre les risques du crédit ».

⁸⁵⁴ Savaux (E.), Cass., 3^{ème} Civ., 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ. I*, n°167, *Defrénois* 2008, 2513 ; Aynès (L.), Cass., Com., 4 fév. 1986, n°84-13.496, *Bull. civ. IV*, n°1, *D.1987*, p.451.

⁸⁵⁵ Dauchez (C.), th. préc., p.74, n°49 : « A raison du rattachement de l’hypothèque à la créance garantie, le principe de spécialité quant à la créance garantie n’ajoute rien à l’exigence de détermination qui résulte du caractère accessoire de la sûreté » ; Sénéchal (J.-P.), « Les prêts substitutifs », *J.C.P. N.* 1987, I, p.15, n°6 : « Accessoire, l’hypothèque est aussi spéciale » ; Grimaud (D.), *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUF, Aix-Marseille, 2001, n°3 ; Juillet (C.), *Les accessoires de la créance*, th., 2009, *Defrénois*, préf. Larroumet, p.235, n°391. Cette confusion entre principe de spécialité et caractère accessoire de la sûreté est admise dans certains droits étrangers comme le droit québécois, V. : Auger (J.), « La spécialité de l’hypothèque », in *Mélanges J. Pineau*, Thémis, Montréal, 2003, p.614.

liées à l’application du principe de spécialité seraient aisément surmontées. Il s’agirait simplement de transposer le raisonnement et les solutions relatifs au caractère accessoire. Cependant, il est possible de douter de la pertinence de cette proposition. D’une part, le rapprochement effectué entre spécialité de la sûreté et accessoriété est contestable. Le professeur Crocq a ainsi pu démontrer que ces deux notions intervenaient à des stades différents. Alors que le principe de spécialité gouverne la phase de constitution de la sûreté, le caractère accessoire n’est amené à jouer que lors de la réalisation de la sûreté⁸⁵⁶. Outre ces considérations temporelles, un second élément permet de tracer la frontière entre ces deux notions : il s’agit de leurs finalités respectives. Le principe de spécialité a une fonction essentiellement protectrice. Comme affirmé précédemment, celui-ci a vocation à protéger les créanciers et le garant contre les risques de gaspillage de son crédit. Le rôle du caractère accessoire de la sûreté est d’une toute autre nature. Il tend à fixer une grille de lecture de la sûreté en déterminant certains de ses paramètres comme le montant garanti ou le moment de son extinction⁸⁵⁷. Au vu de ces éléments, la spécialité de la sûreté et son accessoriété ne peuvent être raisonnablement confondues. D’autre part, un second argument, se déduisant du premier, milite en défaveur d’une transposition des solutions retenues en matière d’accessoire à la question relative au principe de spécialité. Pour expliquer les conséquences du report de la sûreté quant au caractère accessoire, nous avons fait appel à une approche fonctionnelle de cette notion⁸⁵⁸. Un tel cheminement n’est pas applicable au principe de spécialité de la sûreté dont la définition reste cantonnée à la sphère conceptuelle. Autrement dit, la perception de l’accessoire comme un concept à géométrie variable, ne se retrouve pas en matière de spécialité. Dès lors, les arguments développés dans le cadre de la confrontation de l’article 1352-9 du Code civil et du caractère accessoire ne sont d’aucune aide pour solutionner la question du principe de spécialité.

326. L’explication téléologique. Une seconde explication, plus convaincante, nous est fournie par le professeur Crocq. Ce dernier remet en question la vertu protectrice du principe de spécialité louée par les auteurs. Selon l’auteur, cette spécialité quant à la créance garantie s’explique davantage par la volonté des créanciers de ne pas voir leurs droits mis en concurrence avec d’autres⁸⁵⁹. Il apparaît logique que le créancier ne prendrait pas le risque de constituer une sûreté sur un bien sans auparavant avoir déterminé les éventuels droits concurrents. Dans cette optique, le principe de spécialité n’a d’intérêt qu’en cas de concours entre plusieurs créanciers. Le professeur Crocq affirme ainsi que « *(le principe de spécialité) suppose donc l’existence d’un éventuel concours de créanciers organisé par le biais d’un système de publicité. En effet, en l’absence d’un tel concours, le problème ne se pose pas et*

⁸⁵⁶ Crocq (P.), « Le principe de spécialité des sûretés réelles, chronique d’un déclin annoncé », *Dr. et patr. avr. 2001*, p.58. L’auteur donne l’exemple du cautionnement omnibus qui serait, à son sens, démonstratif de l’absence de lien entre l’accessoriété et la spécialité.

⁸⁵⁷ Cf. *supra* n° 198 s.

⁸⁵⁸ Cf. *supra* n° 202.

⁸⁵⁹ Crocq (P.), art. préc., p.58 : « *la raison en est que le fait de consentir à un créancier un tel droit sur un bien aurait pour conséquence qu’aucun autre créancier n’accepterait de se voir accorder une nouvelle sûreté sur le même bien, faute de pouvoir déterminer avec certitude l’étendue exacte de la garantie donnée au premier créancier* ».

l’on ne voit pas alors pourquoi la règle de la spécialité quant à la créance garantie devrait être respectée »⁸⁶⁰. L’auteur justifie cette position au regard deux arguments. D’une part, le principe de spécialité joue en phase d’inscription de la sûreté et non lors de sa constitution. Ce constat accrédite l’idée que celui-ci a davantage vocation à déterminer la somme maximale qui peut être couverte par le bien grevé qu’à procéder à une indentification précise de la créance⁸⁶¹. D’autre part, la thèse soutenue par l’auteur permettrait d’expliquer que le gage commercial avec dépossession⁸⁶² échappe à la règle de la spécialité quant à la créance garantie. En effet, la dépossession permet d’exclure tout concours entre créanciers et rend l’application du principe de spécialité superflus⁸⁶³. Cette proposition pourrait être d’un grand secours dans le cadre de notre objet d’étude : la réaffectation de la sûreté se fait au profit du même créancier de sorte que la situation ne crée pas de concours. Il s’agirait donc d’un cas où la finalité protectrice du principe de spécialité serait inutile. Toutefois, le droit positif ne semble pas s’attacher à l’explication téléologique de principe de spécialité. Une partie de la doctrine s’avoue même peu convaincu par cette approche⁸⁶⁴. Dès lors, la justification du report de la sûreté sur l’obligation de restitution est à rechercher ailleurs. Une piste est notamment envisageable : il s’agit de la redéfinition du principe de spécialité, qui aboutit à un résultat assez proche de celui proposé par le professeur Crocq.

B. L’émergence d’une conception élargie du principe de spécialité

327. Présentation de la conception élargie du principe de spécialité. La doctrine a proposé une interprétation renouvelée du principe de spécialité, visant à lui donner plus de souplesse. Celle-ci pourrait être une voie d’explication du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Cette lecture nouvelle de l’exigence de spécialité n’est pas seulement théorique, elle trouve un écho en pratique. La règle posée à l’article 1352-9 du Code civil ne serait pas un cas isolé. Elle participerait à un mouvement plus large consistant à reconnaître la possibilité de réaffecter la sûreté réelle à la garantie d’une nouvelle obligation. Une telle

⁸⁶⁰ Crocq (P.), art. préc., p.58.

⁸⁶¹ Crocq (P.), art. préc., p.58.

⁸⁶² Théry (P.), *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^{ème} éd., p.183, n°117 bis : « *En définitive, seul le gage commercial échappe à la règle (de la spécialité). Puisqu’il peut être constitué sans qu’un écrit soit nécessaire, la créance garantie n’est pas individualisée, et le gage pourrait parfaitement garantir plusieurs créances nées successivement dans les rapports du créancier avec son débiteur* ».

⁸⁶³ Crocq (P.), art. préc., p.58. Toutefois cette analyse connaît une limite car la règle en matière de gage commercial n’est pas transposable au gage civil. En effet, l’article 2333 al. 2 du Code civil dispose, à propos du gage, que « *les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables* ». L’exigence de spécialité s’impose donc au gage civil, et seul le gage commercial en est dispensé. Ainsi, l’analyse du professeur Crocq pourrait facilement être contesté en invoquant le fait que si la dépossession permet de suppléer le principe de spécial, la détermination des créances garanties par le gage civil devrait être supprimée.

⁸⁶⁴ Un auteur a montré que supprimer le principe de spécialité en cas d’absence de concours ne serait pas exempt de difficultés : Théry (P.), *ouvr. préc.*, p.183, n°117 bis : « *Des sûretés réelles omnibus, constituées pour garantir toutes les créances qui naîtraient dans les rapports du créancier et du constituant débouchent sur un démembrement du patrimoine au profit d’un créancier déterminé* ».

faculté n’est possible que parce que les contraintes de la spécialité ont été considérablement atténuées. Alors qu’il était exigé que la créance soit clairement identifiée dans l’acte de constitution de la sûreté réelle, il est dorénavant admis que la mention d’une simple somme déterminée suffit⁸⁶⁵. De manière plus précise, il est davantage question pour le constituant de mentionner le montant de son engagement. Comme le soulignent les professeurs Simler et Delebecque, « *ce n’est plus tellement le montant de la créance garantie qu’il faut indiquer, mais plutôt le montant de la charge hypothécaire, l’hypothèque pouvant être consentie pour un montant supérieur à celui de la créance initialement garantie* »⁸⁶⁶. Renouant avec la conception originelle du principe de spécialité⁸⁶⁷, cette nouvelle vision tend à favoriser une extension de la portée de la sûreté réelle. Le nouvel article 2415 du Code civil dispose ainsi que « *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* »⁸⁶⁸. Ce texte permet donc une garantie multiple⁸⁶⁹ et portant sur des créances futures. L’hypothèque omnibus n’en est pas, pour autant, consacrée⁸⁷⁰.

328. L’émergence d’une distinction entre « sûreté-relation » et « sûreté-créance ». Il devient ainsi opportun de distinguer ce que nous pourrions qualifier de « sûreté-créance » par opposition à la « sûreté-relation ». Cette première notion renvoie à l’idée que la sûreté réelle n’est constituée que dans le but de garantir une créance déterminée. Elle dépeint parfaitement la situation antérieure à l’ordonnance du 23 mars 2006 où le principe de spécialité était enfermé dans un carcan rigide. La notion de « sûreté-relation » est beaucoup plus souple et traduit l’évolution de l’accessorité vers une garantie renouvelable de la sûreté constituée. S’il est trop dangereux d’imaginer qu’une même sûreté puisse garantir plusieurs créances de titulaires différents, il apparaît raisonnable d’imaginer une réaffectation de celle-ci au profit d’un même créancier. Autrement dit, « la sûreté-relation » serait celle qui aurait vocation à couvrir les créances découlant d’un rapport juridique entre les mêmes parties⁸⁷¹. Il est possible de relever en droit français certaine manifestation de cette distinction. L’exemple le plus parlant est assurément celui de l’hypothèque rechargeable, visée à l’article 2422 du Code civil. La récente réforme du droit des sûretés maintient d’ailleurs cette faculté d’affecter l’hypothèque à la garantie de nouvelles créances postérieurement à sa constitution. Toutefois, elle limite cette possibilité aux créances de nature professionnelle⁸⁷². Nous sommes ici face à

⁸⁶⁵ Dauchez (C.), *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, p.69, n°46 ;

⁸⁶⁶ Simler (P.) et Delebecque (P.), *ouvr. préc.*, 7^{ème} éd., p.425, n°418.

⁸⁶⁷ A l’origine, le principe de spécialité exigeait qu’il soit fait mention d’une somme déterminée dans l’acte de constitution de la sûreté. V. : Beudan (C.), *Cours de droit civil français*, T.XIV, *les sûretés personnelles et réelles* avec la collaboration de P. Voirin, n°801.

⁸⁶⁸ Il s’agit là d’une reprise de l’ancien article 2421 du Code civil, modifié par l’ordonnance du 15 septembre 2021 (article 15).

⁸⁶⁹ Le professeur Legeais dresse la liste de toutes les créances susceptibles d’être couverte par l’hypothèque : Legeais (D.), *ouvr. préc.*, p.400, n°561.

⁸⁷⁰ Legeais (D.), *ouvr. préc.*, p.400, n°561 ; Tafforeau (P.), *ouvr. préc.*, p.401, n°892

⁸⁷¹ Westendorf (H.), *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J., p.233, n°327.

⁸⁷² Il convient même de préciser que la commission présidée par le professeur Grimaldi avait même opté en faveur de son rétablissement général et non uniquement à des fins professionnelles. V. : Pellier (J.-D.), « L’hypothèque ne survit pas à la prescription », *D.2021*, p.1367 ; Simler (P.), « Réforme du droit des sûretés »,

une sûreté réelle à la garantie multiple. Cette dernière n’a pas vocation à se focaliser sur une créance unique mais bien à couvrir tout un ensemble. L’hypothèque de créances futures, instituée par l’ordonnance du 23 mars 2006 est aussi un exemple éloquent du détachement de la créance pour prendre en compte une relation. En effet, dans cette hypothèse, il est fait obligation d’indiquer la cause des créances futures à garantir. Or, comme le relève M. Westendorf, à propos de l’hypothèque de créances futures, « *l’existence de la cause de la sûreté ne dépend donc pas de la créance mais d’une relation de base* »⁸⁷³. Il est également possible de noter des manifestations de la notion de « sûreté-relation » dans les droits étrangers. Plusieurs systèmes juridiques ont abandonné le principe de spécialité quant à la créance garantie ou en ont eu une lecture plus souple. Le droit ukrainien en fournit une excellente illustration puisqu’il n’est pas nécessaire de faire référence à la créance garantie dans l’acte constitutif de la sûreté réelle. Il est simplement exigé d’identifier une relation déterminée destinée à être garantie ou même un contrat principal⁸⁷⁴. Dès lors, toutes les créances liées de près ou de loin à cette relation contractuelle se trouveraient automatiquement garanties par la sûreté. Ce schéma n’est pas sans rappeler la situation induite par le report de la sûreté sur l’obligation de restitution. En effet, il est question d’une même sûreté qui se trouve à couvrir plusieurs obligations nées entre les mêmes parties. Dès lors, la reformulation du principe de spécialité et l’émergence de la notion de « sûreté-relation » constituerait donc une voie d’explication satisfaisante à ce phénomène. Plusieurs auteurs se sont d’ailleurs retranchés derrière cette solution pour justifier la pertinence de l’article 1352-9 du Code civil au regard de la question de la spécialité⁸⁷⁵.

329. Synthèse. Le report de sûreté sur l’obligation de restitution pose inévitablement la question de la validité de la sûreté réelle. Deux obstacles majeurs se dressent à l’encontre de la reconnaissance de cette règle. D’une part, la rétroactivité attachée au processus d’anéantissement contractuel pose problème : elle conduit à reconnaître que la sûreté réelle reportée a été constituée sur un bien qui ne faisait pas partie du patrimoine du constituant. D’autre part, le principe de spécialité semble s’opposer à la garantie successive de deux créances distinctes. Si ce second problème s’est trouvé rapidement résolu par le biais d’une interprétation extensive de la spécialité de la sûreté, le premier obstacle reste sans réponse. En effet, aucune proposition doctrinale n’est apparue satisfaisante face à cette difficulté. En tout état de cause, ce n’est sûrement le recours à la notion de droit de suite, suggéré par la jurisprudence qui peut être une des voies d’explication. Cette impasse confirme notre idée d’exclusion des sûretés réelles du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil.

330. Conclusion. La détermination du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil quant à la sûreté amène à un constat relativement déroutant. Cette disposition fait

A.J. famille 2021, p.673 ; Hélaine (C.), « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode final) : les sûretés réelles immobilières », *D. actu.*, 24 sept. 2021.

⁸⁷³ Westendorf (H.), th. préc., p.234., n°327.

⁸⁷⁴ Kucherenko (K.) et Lassen (T.), « Länderbericht Ukraine », *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, VdP Schriftenreihe, T.XXXII, 2007, p.193.

⁸⁷⁵ Aynès (L.), Cass., Com., 4 fév. 1986, n°84-13.496, *Bull. civ. IV*, n°1, *D.1987*, p.451 ; Legeais (D.), ouvr. préc., p.400, n°561.

référence « aux sûretés ». Pour autant, une analyse pratique a démontré qu’elle ne pouvait pas s’appliquer à un certain nombre d’entre elles. Dans la même veine, l’étude du report de sûreté au regard des exigences de validité de la sûreté réelle, nous a conduit à constat étonnant. L’application de cette règle à ce type de sûreté ne se fait qu’au mépris de certains principes inhérents à la matière, tels que l’exigence pour le constituant de grever un bien inclus dans son patrimoine. A l’inverse, il apparaît que l’application de l’article 1352-9 du Code civil peut aisément se concevoir aux hypothèses de garantie alors même que cette faculté n’a pas été expressément visée par le texte. Ces remarques interpellent quant aux motivations des rédacteurs de la réforme lors de la consécration du report de sûreté sur l’obligation de restitution. De toute évidence, cette règle semble avoir trouvé une assise légale sans que son application n’ait été convenablement pensée. Reste à se demander si cette vision est transposable à l’analyse du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil au regard de l’obligation de restitution.

CHAPITRE 2

LA DÉTERMINATION DU CHAMP D’APPLICATION QUANT À L’OBLIGATION DE RESTITUTION

331. L’obligation de restitution : composante idéale et casuelle. L’article 1352-9 du Code civil impose l’existence d’une « obligation de restitution », sur laquelle la sûreté constituée antérieurement peut se reporter. Cette exigence ne doit pas surprendre, car il a été démontré qu’il s’agit d’un élément essentiel à la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution⁸⁷⁶. En son absence, les difficultés inhérentes au report de la sûreté font défaut. Si nous étudions ce constat à travers le prisme de lecture de Thomas Janville⁸⁷⁷, il apparaît que l’obligation de restitution constitue une part intégrante de ce qu’il nomme la réalité idéale. Autrement dit, son existence est nécessaire à la définition du concept théorique du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Qu’en est-il alors de son implication dans la détermination de la réalité casuelle ? La réponse à cette interrogation implique de s’interroger sur les obligations de restitutions couvertes par l’article 1352-9 du Code civil. Reprenons la méthode employée précédemment à l’égard de la sûreté : il s’agit ici de déterminer tous les obstacles à l’application de l’article 1352-9 du Code civil qui touche l’obligation de restitution. Ces développements s’inscrivent dans un raisonnement, dont le point de départ est le suivant : la nouvelle disposition du Code civil n’a pas été pensée de manière satisfaisante et ne peut s’appliquer dans un certain nombre de cas. Il est donc question de proposer une analyse pratique, dont l’objectif est de lister les hypothèses où l’application de la règle posée à l’article 1352-9 du Code civil est impossible. Deux éléments liés à l’obligation de restitution pourraient rentrer en contradiction avec la règle du report de la sûreté. C’est tout d’abord l’origine de l’obligation de restitution qui est à analyser (**Section 1**). La situation contractuelle ou délictuelle à l’origine de l’obligation est-elle indifférente à sa garantie par la sûreté initiale ? Le second point de tension réside dans la compatibilité de la garantie des restitutions avec les règles propres au droit des sûretés (**Section 2**). L’analyse approfondie de ces questions permettra de déterminer la situation factuelle, aussi dénommée « réalité casuelle », où l’article 1352-9 du Code civil trouve à s’appliquer.

⁸⁷⁶ Cf. *supra* n° 40 s.

⁸⁷⁷ Cf. *supra* n° 265.

SECTION 1 : LA DÉTERMINATION DE L’OBLIGATION DE RESTITUTION GARANTIE

332. Le champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil se veut des plus larges, puisqu’il est question de la garantie « *d’une obligation de restitution* » sans davantage de précision. L’interprétation purement textuelle de cette disposition inviterait donc à la couverture de toutes formes d’obligations de restitution. Mettons ce constat à l’épreuve au travers des caractéristiques de l’obligation de restitution, à savoir son origine (§1) et les parties qu’elle lie (§2).

§1. La détermination de l’obligation de restitution garantie quant à son origine

333. L’analyse du processus d’anéantissement contractuel fait apparaître une succession de deux étapes cruciales : une phase contractuelle et une phase restitutoire. Cette dernière se trouve enclenchée par le biais d’une institution du type résolution ou nullité. Ce schéma nous conduit à identifier deux conditions à l’existence d’une obligation de restitution : d’une part, bien que celle-ci soit détachée du contrat initial, elle dépend de l’existence d’une situation contractuelle antérieure (A) ainsi que de la mise en œuvre d’un outil juridique activant l’étape restitutoire (B).

A. Le support à l’origine de l’obligation de restitution

334. La compatibilité de l’origine de l’obligation de restitution avec la règle posée à l’article 1352-9 du Code civil n’a guère suscité l’intérêt de la doctrine. En effet, cette question semble être l’un des impensés de la matière. Ce constat s’explique en partie par la formulation lapidaire de la disposition du Code civil. Cette dernière ne fait référence « *qu’au paiement de l’obligation* » - sous-entendue initiale -. Pour autant, cette problématique est digne d’intérêt car elle soulève deux interrogations majeures. D’une part, dans le cadre très particulier des groupes de contrats, l’obligation de restitution garantie résulte-t-elle automatiquement de l’anéantissement d’un contrat qui n’est pas vicié à l’origine (1) ? D’autre part, toutes les obligations peuvent-elles donner lieu à des restitutions, susceptibles d’être garanties (2) ?

1) *Les opérations à l’origine des restitutions*

335. Exposé de la thèse de Mme. Sévely-Fournié. Dans l’étude du champ d’application du report de sûreté sur l’obligation de restitution, une auteure a émis une proposition digne d’intérêt. L’hypothèse étudiée était celle d’un groupe de contrats composé d’un contrat principal de vente, d’un prêt et d’une sûreté, garantissant le paiement de ce dernier. Par l’analyse rigoureuse des arrêts rendus en la matière, Mme Sévely-Fournié s’est demandée s’il n’était pas possible de restreindre l’application de l’article 1352-9 du Code civil au seul cas où le contrat de prêt annulé n’aurait pas lui-même été vicié. De manière plus générale, cette proposition trouverait son assise dans la volonté de contrer les conséquences facheuses des anéantissements en cascade, pratiqués en matière de groupe de contrats⁸⁷⁸. Si le raisonnement a été développé sur la base de l’ensemble contractuel vente-prêt, il est aisément transposable à d’autres hypothèses. Ainsi, il serait question de priver de la garantie initiale les restitutions d’un contrat de prêt, qui aurait été lui-même vicié. Seules les restitutions « par ricochet », c’est-à-dire celles déduites d’un anéantissement en cascade, se trouveraient couvertes par la sûreté. Prenons un exemple concret pour mieux comprendre l’application de cette proposition. Imaginons un ensemble formé d’un contrat de vente, d’un prêt et d’un cautionnement. Le contrat de vente vient à être annulé pour vice du consentement. Il va entraîner dans sa chute le contrat de prêt, sous réserve de démontrer le critère de l’indivisibilité des deux conventions⁸⁷⁹. Ici, le maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution, découlant de l’anéantissement du prêt serait parfaitement justifié. L’argument de l’auteure se fonde sur une approche protectrice des parties à l’opération, puisqu’il est question de « *laisser le prêteur à l’abris des événements qui affectent le contrat principal* »⁸⁸⁰. L’auteure poursuit en indiquant que le « *prêteur n’a pas accepté de supporter le risque de l’anéantissement du contrat financé par le prêt, et ce, d’autant plus qu’il n’a pas la maîtrise de ces événements susceptibles de justifier son annulation ou sa résolution* »⁸⁸¹. Imaginons maintenant un groupe de contrats similaires et le contrat de vente initial n’est pas anéanti. En revanche, le contrat de prêt se trouve lui vicié. La nullité de ce dernier va donc être prononcée et dans cette hypothèse, l’auteure estime que le maintien de la sûreté pour couvrir l’obligation de restitution n’est pas nécessaire. Cela s’explique par le fait que dans cette hypothèse, le prêteur a la main sur la formation du contrat et se trouve donc en mesure de prendre ses dispositions pour éviter la nullité de la convention.

336. Réfutation de la thèse de Mme. Sévely-Fournié. La jurisprudence antérieure à l’ordonnance du 10 février 2016 ne s’était pas lancée dans une telle distinction. En effet, alors qu’elle avait admis le maintien de la sûreté dans le cadre d’une restitution « par ricochet », elle a également fait droit, à plusieurs reprises, à la garantie d’une restitution d’un contrat de prêt nul pour une raison qui lui est propre. De même, Mme Sévely-Fournié reconnaît la

⁸⁷⁸ Sévely-Fournié (C.), « Survie de l’hypothèque à l’annulation du prêt pour lequel elle a été consentie », *R.L.D.C. juil.-août 2009*, p.25 : « *Peut-être faut-il distinguer les situations, selon que la cause de la nullité réside dans le contrat financé par le prêt, comme en l’espèce, ou dans le prêt lui-même* ».

⁸⁷⁹ Cf. *supra* n° 50 s.

⁸⁸⁰ Aynès (L.), note précitée sous Cass., 1^{ère} Civ., 1^{er} juil. 1997, n°95-15.642.

⁸⁸¹ Sévely-Fournié (C.), art. préc., p.25.

difficulté d’appliquer cette théorie, visant à prendre en compte l’origine du vice. Elle confesse que les textes législatifs, dont l’article 1352-9 du Code civil, ne se préoccupent pas de telles considérations⁸⁸². En vertu de l’adage « *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* », le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne doit pas s’appliquer de manière partielle en se fondant sur une distinction portant sur l’origine du vice ; son assise est reconnue comme étant des plus larges. Par ailleurs, le second reproche qui peut être formulé à l’encontre de cette argumentation réside dans l’opacité de sa démonstration. L’auteure considère que, pour des raisons de protection des parties à l’opération, un traitement particulier mériterait d’être appliqué au cas des ensembles contractuels. Cependant, cet argument semble des plus opaques. Prenons l’exemple d’un prêteur diligent qui prend le temps de s’assurer que toutes les causes de nullité apparentes ont été invincées. Quelque temps après l’octroi du prêt, ce dernier se rend compte que son consentement a été vicié car l’emprunteur a transmis des relevés de comptes comprenant des informations inexactes⁸⁸³. Le prêteur qui demande alors la nullité du prêt sur le fondement du dol ne mérite-t-il pas la protection de l’article 1352-9 du Code civil ? À la lecture de Mme Sévely-Fournié, nous avons l’impression qu’une confusion est faite entre être partie à la formation du contrat et être à l’origine de la cause d’anéantissement du contrat. En effet, l’auteure poursuit ses développements en estimant qu’un contractant, dont la cause de nullité de la convention lui est imputable, ne mérite pas de voir les restitutions couvertes par la sûreté initiale. Une telle affirmation sera par la suite mise à l’épreuve⁸⁸⁴. Pour l’heure, elle nous renseigne sur la portée de la pertinence de la théorie de Mme Sévely-Fournié. Cette dernière semble avoir entendu priver le contractant fautif, à l’origine de l’anéantissement du contrat, du bénéfice de la sûreté. Les propos de l’auteur invitent donc à un certain septisme puisqu’elle semble confondre deux situations bien différentes. À l’inverse, un prêteur qui a participé activement à la conclusion de l’acte principal ou qui a entendu lier le sort du prêt à celui du contrat principal ne doit-il pas être considéré comme exclu de la protection envisagée⁸⁸⁵ ? Dans ces hypothèses, le prêteur a un droit de regard sur la formation de l’acte principal et si l’on s’en tient aux propos de Mme Sévely-Fournié, la simple participation du prêteur permettrait une forme de contrôle qui le priverait de l’application de l’article 1352-9 du Code civil en cas d’anéantissement du contrat.

337. Cette analyse de la théorie de Mme Sévely-Fournié permet d’exclure une première cause d’inapplicabilité de l’article 1352-9 du Code civil : le contexte contractuel initial n’a pas d’influence sur la mise en œuvre de la règle du report de sûreté. Si l’opération initiale est sans impact sur l’application des articles 1352 et suivants du Code civil, qu’en est-il maintenant des différents types d’obligations ?

⁸⁸² Sévely-Fournié (C.), art. préc., p.25.

⁸⁸³ Les faits sont tirés de l’arrêt suivant : Cass., Civ. 1^{ère}, 27 juin 2018, n°17-15.039.

⁸⁸⁴ Cf. *infra* n° 441 s.

⁸⁸⁵ Cette hypothèse a même été directement envisagée par Mme Sévely-Fournié : Sévely-Fournié (C.), art. préc., p.25.

2) Les obligations à l’origine des restitutions

338. Rappel du droit antérieur et précision terminologique. Antérieurement à l’ordonnance du 10 février 2016, lorsqu’il était question de s’interroger sur la garantie des restitutions, la jurisprudence n’avait été confrontée qu’à une forme contractuelle : le contrat de prêt. Les solutions retenues avaient d’ailleurs trouvé leur justification dans la particularité de ce contrat⁸⁸⁶. L’avant-projet Terré proposait de limiter la garantie des restitutions à l’hypothèse de l’anéantissement d’un contrat de prêt, s’inscrivant ainsi dans la continuité jurisprudentielle⁸⁸⁷. De façon étonnante, l’ordonnance du 10 février 2016 a élargi le champ de ces solutions, en optant pour une formulation générale⁸⁸⁸. Le domaine de la règle de droit semble ainsi s’être étendu, l’article 1352-9 ayant vocation à « *s’appliquer à toutes les obligations, peu important le contrat duquel elles prennent naissance* »⁸⁸⁹. Déterminer le champ des restitutions éligibles à l’application de la règle du report de la sûreté implique donc se pencher sur la nature des obligations initiales déclanchant les restitutions. La question est donc la suivante : toutes les obligations contractuelles initiales sont-elles susceptibles d’être à l’origine de restitutions, couvertes par la sûreté initiale ? Si le cas des obligations de donner et de faire ne pose pas de problème (a), la restitution d’une obligation de ne pas faire est davantage source d’interrogation (b).

a) La restitution d’une obligation de donner ou d’une obligation de faire

339. La restitution d’une obligation de donner. Une précision terminologique s’impose : il n’est pas question de qualifier ici l’obligation de restitution, d’obligation de donner. En effet, l’obligation de donner, dont l’existence est contestée⁸⁹⁰, consiste en une obligation de transférer la propriété. Cette définition est par essence incompatible avec les restitutions qui ont simplement vocation à revenir sur un transfert de propriété passé pour rétablir la situation antérieure au contrat. L’obligation de restitution n’a ainsi pas pour but d’engendrer un nouveau transfert de propriété⁸⁹¹. Ces développements n’ont pas donc trait à la qualification de l’obligation de restitution mais davantage aux conditions de mise en œuvre des restitutions. De manière plus précise, la question est la suivante : une obligation contractuelle de donner peut-elle entraîner des restitutions, susceptibles d’entrer dans le champ de l’article 1352-9 du Code civil ? et quelles formes peuvent prendre les restitutions d’une obligation de donner ? Sans trop d’hésitation, il est possible de répondre par la positive à cette question. Les obligations de donner peuvent être à l’origine d’un phénomène restitutoire. En effet, l’article 1352 du Code civil envisage la restitution d’une chose, tandis que l’article 1352-6 du même Code porte sur la restitution d’une somme d’argent. Concernant la forme que prend la

⁸⁸⁶ Cf. *supra* n° 74 s.

⁸⁸⁷ L’article 3 alinéa 2 de l’avant-projet Terré dispose que « *les sûretés du prêt d’argent sont reportées de plein droit sur l’obligation de restituer sans toutefois que la caution ne soit privée du bénéfice du terme* ».

⁸⁸⁸ Pellet (S.), « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *J.C.P. G* 2016, n°24, p.676.

⁸⁸⁹ Forti (V.), « Régime général des obligations – Restitutions », *J.-Cl. Notarial*, fasc. unique, 2018, n°57.

⁸⁹⁰ Sur les critiques formulées à l’égard de l’obligation de donner, V. : Fabre-Magnan (M.), « Le mythe de l’obligation de donner », *R.T.D. civ.* 1995, p.85.

⁸⁹¹ Sur cette question, Cf. *supra* n° 317.

restitution d'une obligation de donner, les nouvelles dispositions du Code civil apportent des éléments de réponse : les deux catégories mises en lumière précédemment sont soumises à un principe de restitution en nature, affirmé par la tradition juridique française⁸⁹², et reconnu par les textes internationaux⁸⁹³. La restitution d'une prestation en nature implique une forme d'identité. Gérard Cornu définit ainsi l'expression « en nature » comme « *en son objet même* »⁸⁹⁴. L'auteur poursuit, en lui assignant un second sens se référant à des biens de même nature⁸⁹⁵. Pétrie de la conception des restitutions fondées sur un principe de « flux-reflux », la restitution en nature a rapidement été assimilée à la restitution du bien, dont la propriété avait initialement été transférée. Néanmoins, comme l'a démontré M. Fréchette, cette terminologie englobe une réalité plus large : elle prend en compte l'hypothèse d'une restitution « *in genere* », autrement dit, d'un objet semblable⁸⁹⁶. Ainsi, les cas de restitution d'un bien fongible⁸⁹⁷ ou de remplacement d'un bien⁸⁹⁸ méritent également la qualification de restitution

⁸⁹² Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.94 : « *Il est habituel d'énoncer que, sauf disposition législative ou conventionnelle contraire, la restitution se fait en principe en nature* ».

⁸⁹³ Principes d'Unidroit, note 325, art.3.2.15 (2) : « *Si la restitution en nature s'avère impossible ou n'est pas appropriée, elle doit, si cela est raisonnable, être exécutée en valeur* » ; Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, préc., note 326, art.82 (1) : « *L'acheteur perd le droit de déclarer le contrat résolu ou d'exiger du vendeur la livraison de marchandises de remplacement s'il lui est impossible de restitution les marchandises dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçues* ». Adde : Pour un exemple en droit canadien : Lluelles (D.) et Moore (B.), préc., note 26, n°1251, p.669 ; Fréchette (P.), *La restitution des prestations en droit québécois : fondements et régime*, Université Laval, ss. dir. Mme M. Cumyn, p.225.

⁸⁹⁴ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, p.679. Adde : Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues -Les obligations*, p.238 : « *Restitution de cela même qui a été reçu* ». Pour décrire ce phénomène de restitution d'un bien identique, plusieurs auteurs ont eu recours à l'expression « *restitution d'in specie* ». En ce sens : Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.83 ; Mercoli (S.), th. préc., p.215, n°198 ; Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), *La formation du contrat, L'objet et la cause, Les nullités*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., n°2895, p.1553.

⁸⁹⁵ Cornu (G.), ouvr. préc., p.679.

⁸⁹⁶ Fréchette (P.), th. préc., p.233 : « *Toutefois, la restitution en nature ne s'exécute pas uniquement par la remise de l'objet identique lié à la prestation initiale. La restitution en genre ou « in genere » permet de restitution un objet « semblable » à l'original sans être identique* ».

⁸⁹⁷ La fongibilité permet la définition de deux biens « *tel que l'un a exactement le même pouvoir libérateur que l'autre* ». En ce sens, V. : Libchaber (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé, Paris*, L.G.D.J., 1992, n°134, p.107. Parmi les biens fongibles, l'argent pose davantage de problème. Sur ce thème, V. : Hamel (J.), « *Réflexion sur la théorie juridique de la monnaie* », *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama, Tokyo*, Maison Franco-japonaise, p.83 et s. ; Grua (F.), « *Nature de la monnaie* », *J.-Cl. Civil*, art.1235-1270, fasc.14 ; Le Gueut (T.), *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, T.DLXXII, L.G.D.J., 2016. Plus précisément, en matière de restitution, s'est posée la question de savoir si la restitution d'une somme d'argent devait être considérée comme une restitution en nature ou par équivalent. Sur ces problématiques, V. : Fréchette (P.), th. préc., p.236 ; Sana-Chaille de Nere (S.), « *Contrat. – Nullité du contrat. – Effets de la nullité* », *J.-Cl. Civil*, art.1304-1314, fasc.50, n°9 ; Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.89 s. ; Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.459, n°801.

⁸⁹⁸ La question s'est posée en jurisprudence. En l'espèce, un contrat d'approvisionnement entre une compagnie pétrolière et l'exploitant d'une station-service est annulé pour indétermination du prix. La compagnie pétrolière demande la restitution des fosses, qui ont été précédemment enterrées et reliées par câbles à la station-service. L'exploitant offre la remise de cuves identiques neuves ou leur valeur. La Cour d'appel de Paris refuse la demande du créancier de la restitution en estimant que ce dernier a « *dégénéré en abus son droit à restitution* ». Elle fait donc droit à l'exploitant et à sa proposition de restitution « *in genere* ». V. : CA Paris, 28 fév. 1985,

en nature. Ces éléments de définition nous permettent de préciser l’applicabilité de l’article 1352-9 du Code civil. Nous savons d’une part que cet article peut s’appliquer à des restitutions découlant d’une obligation de donner. Toutefois, la définition de la restitution en nature qui a été proposé conduit à réduire la portée du report de sûreté dans cette hypothèse. En effet, lorsque le restituant sera en mesure de rendre le bien initialement transféré, la sûreté ne présente plus d’utilité. Ce n’est que dans le cas de la remise d’un objet semblable que l’application de l’article 1352-9 du Code civil reprend tout son sens.

340. La restitution d’une obligation de faire. Le second type d’obligations susceptibles de faire l’objet d’une restitution sont les obligations de faire. L’article 1352-8 du Code civil dispose ainsi que « *la restitution d’une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie* ». La question de l’intégration de l’obligation de faire dans le champ des restitutions a suscité de nombreux débats. Il ne s’agit là que d’une conséquence de la conception traditionnelle des restitutions, qui se trouvaient fondées sur la répétition de l’indu⁸⁹⁹. Bien qu’il ait été démontré que ces deux institutions sont indéniablement liées, puisque le phénomène restitutoire prend appui sur les règles quasi-contractuelles, un fondement légal et autonome a pu être dégagé. En effet, il est reconnu que les restitutions s’appuient sur une assise légale, les articles 1352 et suivants du Code civil, et sur une approche philosophique, où la notion d’équilibre trouve toute sa place. Ce changement de paradigme n’est pas neutre quant au champ des obligations susceptibles d’être restituées. Comme le démontre Mme Catala, fonder le phénomène restitutoire sur la répétition de l’indu conduit inévitablement à en exclure les obligations de faire⁹⁰⁰. La raison en est simple : la répétition de l’indu nécessite la remise d’une chose ; l’idée de transfert d’un droit réel y est donc inhérente. Or, cette principale « limite »⁹⁰¹ n’a plus cours lorsque les restitutions sont envisagées à partir d’un fondement autonome. Dès lors, il ne fait pas de doute que les nouvelles dispositions du Code civil intègrent les obligations de faire dans le domaine des restitutions. L’intégration des obligations de faire dans le champ restitutoire n’est pas sans poser certaines questions quant au sort de la sûreté. En effet, si l’article 1352-9 du Code civil trouve à s’appliquer aux restitutions découlant d’une obligation de faire, reste à se demander comment, d’un point de vue technique, la sûreté peut-elle couvrir une obligation autre que monétaire. Ces difficultés seront soulevées par la suite, contentons-nous simplement d’indiquer que tant la jurisprudence que la doctrine admettent qu’une sûreté puisse être amenée à couvrir une obligation de nature non monétaire⁹⁰².

G.P.1985.1.441. Au plus grand regret de la doctrine, cette question de l’intégration d’un principe de proportionnalité en matière de restitution n’a pas été abordée par l’ordonnance du 10 février 2016.

⁸⁹⁹ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.369.

⁹⁰⁰ Catala (N.), *La nature juridique du paiement*, th. 1960, L.G.D.J., 1961, p.303, n°214 : « *On ne conçoit pas de restitution en matière d’obligations de faire ou de ne pas faire* ».

⁹⁰¹ Fréchette (P.), th. préc., p.104.

⁹⁰² Cf. *infra* n° 390 s.

b) *L’admission progressive de la restitution des obligations de ne pas faire*

341. Position du problème et état du droit positif. Si aucune hésitation n’est permise sur l’inclusion des obligations de donner et de faire dans le champ des restitutions, il n’en est pas de même dans le cadre des obligations de ne pas faire. Pour comprendre la difficulté, prenons l’exemple de la clause de non-concurrence insérée dans certains contrats de travail. Cette stipulation impose une abstention de la part du salarié : ce dernier, à l’issue de son contrat de travail ne doit pas concurrencer son employeur. Une contrepartie financière est prévue pour contrebalancer cette contrainte. Que se passe-t-il en cas de nullité du contrat de travail ? L’abstention du salarié peut-elle être restituable ? Cette question illustre l’embarras auquel se trouve confronter la doctrine lorsqu’il s’agit de traiter les obligations de ne pas faire sur le plan restitutoire⁹⁰³. La première cause d’exclusion de ces dernières, tenant à la reconnaissance de la répétition de l’indu comme fondement des restitutions, n’a plus lieu d’être conformément à l’argumentation menée en matière d’obligation de faire. Pour autant, un certain nombre d’obstacles se heurtent à la consécration des restitutions d’une obligation de ne pas faire. Le premier est d’ordre textuel : alors que les nouvelles dispositions du Code civil font explicitement référence à la restitution des deux autres formes d’obligations, elles n’évoquent point la question des obligations de ne pas faire. Cependant, bien que n’ayant pas été repris par les projets successifs, l’avant-projet Catala avait consacré un article à la restitution d’une obligation de ne pas faire⁹⁰⁴. Dès lors, l’absence de reprise de cette disposition dans notre corpus actuel n’est pas un argument suffisant pour permettre d’exclure du champ restitutoire ces dernières. En revanche, l’analyse proposée par la doctrine emporte davantage conviction. Ainsi, M. Fréchette explique que la restitution nécessite un certain degré de matérialité qui ne se retrouve pas dans le cadre des obligations de ne pas faire, perçues comme n’ayant « *pas de contenu concret dans le domaine des phénomènes physiques* »⁹⁰⁵. Pour autant, l’auteur confesse lui-même que cette dernière est valorisable. Dès lors, les reproches formulés à l’encontre du caractère restituable de celle-ci ne se différencient guère de ceux qui pourraient être porter à l’encontre de la possible restitution de l’obligation de faire. Ainsi, admettre la restitution de ce type d’obligation, comme cela a été fait par l’ordonnance du 10 février 2016, devrait naturellement conduire à la reconnaissance de la

⁹⁰³ La jurisprudence antérieure à l’ordonnance s’était montrée hésitante sur cette question. Un arrêt de la Cour d’appel d’Aix-en-Provence semblait favorable à une application stricte de la rétroactivité conduisant à la restitution intégrale de l’indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence ainsi que de l’abstention du salarié. V. : CA Aix-en-Provence, 10 mai 1989, *D.1990*, somm., p.333, obs. Y. Serra : « *la nullité de clause de non concurrence, revendiquée avec succès par un salarié, doit être appliquée, dans toutes ses conséquences, et les choses doivent être remises dans l’état où elles se trouvaient avant la constatation de ladite nullité* ». Toutefois, cette position n’était pas partagée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui préférait maintenir le passé contractuel en l’état. V. : Cass., Soc., 28 oct. 1997, *D.1998*, somm., p.220, *J.C.P. G. 1998.II.10092*, note Y. Serinet.

⁹⁰⁴ Article 1163-1 avant-projet Catala. Serinet (Y.-M.), « Restitutions après anéantissement du contrat (art.1161 à 1164-7), in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Documentation française 2006, p.56.

⁹⁰⁵ Fréchette (P.), th. préc., p.231. *Adde* : Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.385, n°662. Sur la particularité des obligations de ne pas faire : Boillot (C.), « L’obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *R.T.D. com. 2010*.

capacité de restitution des obligations de ne pas faire. Les dispositions de l’avant-projet Catala étaient en ce sens, puisque ces deux formes d’obligations sont assimilées en phase restitutoire⁹⁰⁶. Quant au sort de la sûreté, nous sommes confrontée à des difficultés assez proches de celles mentionnées en matière d’obligation de faire. De manière plus précise, la restitution d’une obligation de ne pas faire prend une forme indemnitaire. Ce constat invite donc à se demander si une sûreté peut techniquement couvrir une dette d’une telle nature. Là encore, doctrine et jurisprudence semblent y être favorables, de sorte que l’article 1352-9 du Code civil trouverait à s’appliquer au cas des restitutions d’une obligation de ne pas faire.

342. Le champ d’application des dispositions du Code civil relatives aux restitutions est des plus larges. L’opération initiale apparaît comme indifférente. De même, qu’il s’agisse d’obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, les articles 1352 et suivants du Code civil trouvent à s’appliquer. Sur ce point, notre intuition selon laquelle le report de la sûreté ne peut jouer dans un certain nombre de cas, ne peut être confirmée. Or, afin qu’une obligation de restitution puisse se manifester, le support initial n’est pas suffisant, il est nécessaire qu’une institution spéciale ait été activée. Sur ce point, il serait peut-être possible de trouver des limites à l’application de l’article 1352-9 du Code civil.

B. L’institution à l’origine de l’obligation de restitution

343. La question à l’origine des développements est la suivante : toutes les institutions remettant en question un contrat, peuvent-elles générer des restitutions qui seraient couvertes par la sûreté initiale ? Formulé de manière différente, le problème est le suivant : nous avons démontré l’importance d’une obligation de restitution dans le cadre du report de sûreté. Il s’agit de se demander si toutes les sanctions conduisant à la remise en cause de la relation principale sont susceptibles de générer des restitutions qui pourront être garantie par la sûreté d’origine. Dans la jurisprudence antérieure à l’ordonnance du 10 février 2016, les restitutions suivaient un processus de nullité ou résolution contractuelle. Ces sanctions, dites classiques, peuvent donc générer les restitutions réglementées aux articles 1352 et suivants du Code civil, sur lesquelles la sûreté pouvait être reportée (1). L’ordonnance du 10 février 2016 n’a-t-elle pas permis d’intégrer d’autres institutions, génératrices des restitutions (2) ?

1) Les sanctions dites classiques

344. L’intégration de la nullité dans le champ d’application des articles 1352 et suivants du Code civil. La plupart des arrêts rendus dans le cadre du maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution, relataient une situation de faits toujours similaire, où le contrat était anéanti à la suite d’une nullité contractuelle. Telle est l’opinion partagée par la majorité de la

⁹⁰⁶ Serinet (Y.-M.), art. préc., p.56 : « Ainsi, lorsque l’obligation a été de faire ou de ne pas faire, la restitution se réalise logiquement en valeur puisque telle est, alors, la seule forme possible de restitution ». Adde : Gomy (M.), « Nullité de la clause de non-concurrence pour absence de contrepartie financière », *D.2004*, p.1161 ; Avena-Robardet (V.), « Notion de restitution en cas d’exécution d’une décision cassée », *D. actu.*, 24 mars 2011.

doctrine dont M. Forti, qui rappelle que « *sous l’empire du droit antérieur, la jurisprudence avait admis le report de la sûreté uniquement dans des hypothèses où les restitutions découlaient de la nullité du contrat* »⁹⁰⁷. Dès lors, l’intégration de cette sanction dans le champ d’application des nouvelles dispositions portant sur les restitutions apparaît des plus logiques. C’est ainsi que le rapport remis au président de la République indique que les articles 1352 et suivants trouvent à s’appliquer dans le cadre d’une nullité contractuelle⁹⁰⁸. L’article 1178 du Code civil, traitant des conséquences de l’annulation d’un contrat, fait d’ailleurs un renvoi exprès à toutes les dispositions régissant les restitutions. Comme l’explique le professeur Mignot, cette conséquence résulte du choix de maintenir l’effet rétroactif de la nullité⁹⁰⁹. Dès lors, il convient d’admettre que « *l’annulation crée un effet contraire par retour au statu quo ante. Tous les effets produits par le contrat sont anéantis par des effets exactement contraires* »⁹¹⁰. Ce processus d’inversion des opérations réalisées⁹¹¹ ne peut se faire que par le biais des restitutions de sorte qu’il semble pertinent de soumettre la nullité contractuelle à toutes les règles relatives aux restitutions, y compris l’article 1352-9 du Code civil. La sûreté initiale survie donc à la nullité du contrat principal et peut être amenée à garantir les restitutions.

345. L’intégration de la résolution dans le champ d’application des articles 1352 et suivants du Code civil. Si l’hypothèse d’une nullité contractuelle ne suscitait guère de doute quant à la détermination du champ d’application des dispositions relatives aux restitutions, tel n’était pas le cas de la résolution contractuelle. Cette institution permettait certes de générer des restitutions, dont la détermination était soumise aux mêmes règles qu’en matière de nullité, mais l’admission du report de la sûreté était plus aléatoire. Une auteure⁹¹² a, en effet, contesté l’application du report de sûreté au cas d’un contrat principal résolu en se fondant sur un arrêt de la chambre commerciale en date du 26 juin 2001⁹¹³. En l’espèce, il n’était même pas question de garantie des restitutions par la sûreté initiale. L’affaire portait sur le financement de l’acquisition d’un navire par crédit-bail et l’opération était garantie par un cautionnement professionnel, donc rémunéré. À la suite de la résolution judiciaire du contrat de crédit-bail, le débiteur principal a sollicité le remboursement de la commission auprès de la caution professionnelle. La Cour de cassation n’a pas fait droit à cette demande aux motifs que le cautionnement n’était pas nul mais simplement caduc. Selon Mme Boucard, l’application de la caducité au cautionnement fait que l’efficacité de ce dernier cesse pour

⁹⁰⁷ Forti (V.), fasc. préc., n°59.

⁹⁰⁸ Rapport remis au président de la République relatif à l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁹⁰⁹ Mignot (M.), « Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *L.P.A. 2016*, p.6 : « *Le texte consacre le caractère rétroactif de la nullité* ».

⁹¹⁰ Mignot (M.), art. préc., p.6

⁹¹¹ Mignot (M.), art. préc., p.6 : « *L’annulation de la création des obligations emporte leur disparition, celle de la modification, un retour au statu quo, celle du transfert de droits réels, un transfert en sens inverse, celle de l’extinction, une résurrection...* ».

⁹¹² Boucard (H.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Responsabilité civile », mars 2014 (actualisation : août 2017), n°63.

⁹¹³ Cass., Com. 26 juin 2001, n° 98-13.684.

l’avenir et qu’il ne pourrait être amené à garantir une nouvelle obligation⁹¹⁴. Dès lors, cette décision serait interprétée comme une manifestation de l’impossibilité de reconnaître que la sûreté puisse survivre à la résolution du contrat principal. Les restitutions découlant de la résolution d’un contrat ne pourraient donc bénéficier de la règle du report de la sûreté⁹¹⁵. Toutefois une telle analyse mérite d’être remise en question. Dans la conception classique des restitutions, la rétroactivité a un effet plus fort en matière de nullité qu’en matière de résolution. Cela résulte des fonctions assignées à ces institutions : la nullité tend à supprimer un vice originaire alors que la résolution résulte d’une inexécution postérieure à la formation du contrat. Il serait donc surprenant d’admettre que le report de sûreté sur l’obligation de restitution ne pose pas de difficulté en matière de nullité mais est inconcevable lorsqu’il est question d’une résolution. A notre sens, aucun enseignement de portée général doit être déduit de cet arrêt, qui somme toute ne traite même pas de la question du report de la sûreté. Il ne s’agit là que d’une solution d’espèce qui ne saurait dictée l’exclusion de la résolution de l’application de l’article 1352-9 du Code civil⁹¹⁶.

2) *L’extension du champ des institutions génératrices des restitutions*

346. L’ordonnance du 10 février 2016 se veut des plus générales quant aux éléments générateurs de restitution. Elle a prôné l’extension des restitutions à d’autres institutions. Ainsi, au-delà d’institutions dites classiques, elle a affirmé l’extension des sources des restitutions à d’autres institutions. Si l’intégration de la caducité dans ce champ ne pose pas de problème (a), il en est différemment pour des sanctions de nature extracontractuelle (b).

a) *L’extension à la caducité*

347. Position du problème. La question posée est la suivante : un contrat, garanti par une sûreté, qui serait frappé de la sanction de caducité serait-il susceptible de générer des restitutions qui seraient garanties par la sûreté initiale ? Autrement dit, nous nous interrogeons sur la capacité de la caducité à générer des restitutions. La caducité est régulièrement présentée comme une institution hybride, se distinguant à la fois de la nullité et de la résolution. Il faut attendre la réforme du droit des obligations pour que celle-ci soit qualifiée de sanction contractuelle⁹¹⁷. Si sa nature juridique fait naître le débat, il en est de même de son régime. En effet, la doctrine traditionnellement y voit un outil dépourvu de tout caractère

⁹¹⁴ Boucard (H.), préc., n°63.

⁹¹⁵ Hage-Chachine (N.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Résolution – Résiliation », fév. 2021. *Adde* : Forti (V.), fasc. préc., 25 janvier 2018 ; Andreu (L.) et Thomassin (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2017.

⁹¹⁶ La jurisprudence antérieure et postérieure à l’ordonnance du 10 février 2016 a d’ailleurs plusieurs fois validé la garantie des restitutions découlant d’une résolution contractuelle, V. : Cass., Civ. 3^{ème}, 28 janv. 2015, n°13-25.416 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 16 juin 2021, n°19-14.387.

⁹¹⁷ Chantepie (G.) et Latina (M.), *ouvr. préc.*, p.411, n°491 : « *La caducité du contrat est une sanction originale qui a connu un regain d’intérêt récemment (...) située à mi-chemin entre la nullité et la résolution, la caducité traduit les connexions qui peuvent se révéler entre la formation et l’exécution du contrat.* »

rétroactif⁹¹⁸. M. Benabent argumente en ce sens en considérant que « *la cause de la caducité étant postérieure à la formation du contrat, celui-ci cesse au jour de sa caducité, mais il reste valable pendant la période intermédiaire sauf indivisibilité* »⁹¹⁹. A suivre ces explications, la caducité échapperait au phénomène restitutoire. Suivant la même logique, M. Garron, dans sa thèse de doctorat, considère que les questions applicables à la résolution et à la nullité ne sont pas forcément transposables en matière de caducité, compte tenu du fait que cette dernière n'a pas vocation à remettre les parties dans la situation antérieure au contrat. La caducité ne serait tournée que vers l'avenir et n'aurait pas d'influence sur le passé contractuel⁹²⁰. L'auteur va même plus loin en s'intéressant précisément au sort de la sûreté constituée pour garantir le paiement d'une obligation issue d'un contrat caduc. Il considère que dans cette hypothèse le contrat de garantie doit être reconnu comme étant nul, et ne peut couvrir d'éventuelles restitutions qui font défaut dans l'hypothèse d'une caducité⁹²¹.

348. Le dépassement de la caducité non rétroactive et ses conséquences quant aux restitutions. Cette vision de la caducité exclusivement tournée vers le futur apparaît comme étant dépassée à la suite de la thèse de Mme Chaaban. En effet, l'auteure plaide en faveur de l'admission de la rétroactivité de la caducité. Elle admet que l'affirmation selon laquelle la caducité ne serait par nature pas rétroactive n'est qu'un « *faux dogme* »⁹²², qu'il convient de dépasser. Dès lors, elle scinde les hypothèses de caducité en deux catégories : d'une part, celles qui présentent un effet rétroactif et d'autre part, celles qui n'engendrent aucun retour au *statu quo ante*. Dans le premier cas, les règles restitutoires y trouvent toute leur place, y compris la garantie de ces dernières par la sûreté initiale⁹²³. La jurisprudence avait d'ores et déjà admis une solution similaire dans un arrêt en date du 5 juin 2007⁹²⁴, où il était question d'une opération portant sur la vente d'un parc informatique. La résiliation des contrats de location et de maintenance rendait caduque le contrat de vente indexé. L'exécution de ce contrat, antérieurement à la reconnaissance de sa caducité, avait conduit les juges à accorder la double restitution de la chose et du prix. La réforme du droit des obligations a consacré cette distinction doctrinale entre les deux formes de caducité. Ainsi, l'article 1187 du Code civil, loin de mettre un terme à la controverse opposant les partisans d'une caducité rétroactive à ceux attachés à sa lecture plus classique, a opté pour une rédaction en

⁹¹⁸ Buffelan-Lanore (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, L.G.D.J., 1963 ; Fabre-Magnan (M.), *Les obligations*, PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2012, p.489 s., n°749 s. Pour un exemple en jurisprudence : Cass., Com., 22 mars 2011, n°09-16.660, *R.D.C. 2011*, p.826, obs. E. Savaux ; *D.2011*, p.2179, obs. A. Hontebeyrie.

⁹¹⁹ Bénabent (A.), *Les obligations*, Lextenso, coll. Domat droit privé, 14^{ème} éd., 2014, n°201, p.160.

⁹²⁰ Garron (F.), *La caducité du contrat (Etude de droit privé)*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre, p.292.

⁹²¹ Garron (F.), th. préc., p.271.

⁹²² Chaaban (V.R.), th. préc., p.375, n°428.

⁹²³ Chaaban (V.R.), th. préc., p.162 s., n°166s.

⁹²⁴ Cass., Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, *Bull. civ. IV*, n°156 ; *J.C.P. 2007*, II, 10184, note Y.-M. Serinet ; *R.L.D.C. 2008*, n°2802, note N. Martial-Braz ; *R.T.D. Civ. 2007*, p.569, obs. B. Fages. Pour une solution similaire : Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *Bull. civ. I*, n°190 ; *D.2006*, p.2656, note R. Boffa ; *D.2006*, p.2641, obs. S. Amrami-Mekki ; *R.D.C. 2006*, p.700, obs. D. Mazeaud.

demi-teinte⁹²⁵. Il est notamment affirmé que « *la caducité met fin au contrat* ». Cette formulation encourage le lecteur à y voir une sanction dépourvue d’effet rétroactif. Pour autant, une réserve est émise, au sein d’un second alinéa, en considérant qu’elle « *peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9* ». Dès lors, bien que cette rédaction ne soit pas approuvée par tous les auteurs, qui y voient un véritable « *nid à contentieux* »⁹²⁶, cela ne doit pas occulter la question de fond qui nous occupe. En effet, la pertinence de la reconnaissance d’une caducité rétroactive échappe à la problématique initiale. Cette dernière consiste à se demander si des cas de caducité contractuelle peuvent donner lieu à des restitutions, susceptibles d’entrer dans le champ d’application des articles 1352 et suivants du Code civil. Sur ce point, il semble désormais difficile de nier l’existence d’une caducité rétroactive. L’article 1187 du Code civil est en ce sens, tout comme le rapport remis au Président de la République, sur l’application de l’ordonnance du 10 février 2016. Celui-ci intègre dans le champ d’application des articles 1352 et suivants du Code civil, les hypothèses de caducité contractuelle.

b) L’absence d’intégration de sanctions extracontractuelles

349. Le cas de la répétition de l’indu. Une étude complète du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil quant aux institutions, nous conduit au questionnement suivant : cette disposition s’applique-t-elle au cas de la répétition de l’indu ? A titre préliminaire, cette question a de quoi surprendre tend les restitutions et la répétition de l’indu ont été deux institutions souvent confondues⁹²⁷. En effet, les règles restitutoires s’inspirent amplement du régime de la répétition de l’indu, de sorte que la question de leur application à cette hypothèse apparaît des plus absurdes⁹²⁸. Pour autant, cette affirmation procède d’une vision réductrice des opérations soumises à analyse. La répétition de l’indu ne doit être perçue que comme une forme particulière de restitution. Le champ d’application de cette notion est bien plus large que celui des quasi-contrats. En ce sens, l’apport majeur permis par l’ordonnance du 10 février 2016 réside dans la distinction faite entre ces deux institutions et la consécration d’un droit indépendant des restitutions⁹²⁹. Dès lors, les restitutions n’étant plus formellement

⁹²⁵ Les projets de réformes du droit des obligations n’avaient pas plus levé le doute sur ces questions. En effet, l’avant-projet Terré affirmait que « *la caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l’avenir seulement* ». Dans le même ordre d’idées, l’avant-projet Catala considérait qu’il appartenait aux juges de lister les cas dans lesquels la caducité aurait vocation à revenir sur les exécutions passées ou, au contraire, à ne jouer que pour l’avenir.

⁹²⁶ Dissaux (N.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Contrat : formation – Sanctions des conditions », avr. 2017, n°262.

⁹²⁷ Lagarde (X.), Retour sur les annulations consécutives à l’annulation d’un contrat, *J.C.P. G. 2012. I. 504*.

⁹²⁸ Mignot (M.), « Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VII) », *L.P.A. 2016*, p.7 : « *L’obligation de restitution constitue le dénominateur commun des textes sur ces deux quasi-contrats et naturellement sur les restitutions.* »

⁹²⁹ En ce sens, V. : Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y-M), *ouvr. préc.*, p.800. Pour les auteurs, l’indépendance des restitutions à l’égard de la répétition de l’indu est évidente. Dès lors, il convient de reconnaître que par l’application de l’adage *Specialia generalibus derogant*, le régime général des restitutions fondé sur le paiement indu sera évincé au profit de dispositions spéciales donnant la marche à suivre dans ces hypothèses particulières.

rattachées à la répétition de l’indu, la question de l’application de leur régime à ce quasi-contrat retrouve tout son intérêt. Une seconde difficulté semble alors émerger : l’article 1352-9 du Code civil a toujours été appliqué dans des hypothèses où un contrat préalable avait existé avant d’être anéanti. Or, un tel schéma ne se retrouve pas forcément lorsqu’il est question de la mise en œuvre de la répétition de l’indu. La nature juridique de cette institution empêcherait l’application du report de la sûreté. Il semble d’ailleurs difficile de conceptualiser les hypothèses où la question de la garantie des restitutions découlant de la mise en œuvre de la répétition de l’indu pourrait être amenée à se poser. Hormis le cas d’une relation contractuelle cautionnée où le créancier viendrait à payer par erreur le débiteur principal, le questionnement soulevé reste relativement marginal en pratique. La jurisprudence nous a toutefois fourni un exemple de cas où un cautionnement aurait pu être reporté sur une obligation de restitution résultant de la mise en œuvre de la répétition de l’indu. En ce sens, dans un arrêt en date du 7 avril 1999, les juges s’étaient opposés à la garantie des restitutions découlant du paiement indu par la caution initiale⁹³⁰. Les faits de l’espèce étaient particulièrement simples : une caution s’était engagée à garantir le remboursement intégral d’un prêt. Le créancier, qui avait remboursé par erreur une échéance au débiteur principal, avait agi contre le garant pour obtenir la restitution de la somme erronément déboursée. Les juges du fond, tout en concluant à la décharge de la caution du fait du paiement intégral de l’obligation principale, avaient considéré que cet engagement était amené à revivre pour garantir la nouvelle obligation. La Cour de cassation censure cette décision en affirmant que « *du fait du remboursement de l’intégralité du prêt par le débiteur principal, l’engagement accessoire de la caution était éteint et ne pouvait être étendu à une créance afférente non à la dette garantie, mais à la répétition de l’indu consécutive à un paiement fait par erreur par le créancier* ». Il était, ainsi, admis que « *l’annulation du paiement indu ne peut faire revivre le cautionnement* »⁹³¹. Cette jurisprudence avait conduit certains auteurs à considérer que l’article 1352-9 du Code civil ne pouvait pas s’appliquer à l’hypothèse d’un paiement indu⁹³². Cette théorie se base sur l’idée selon laquelle « *l’obligation de restitution mise en œuvre dans la répétition de l’indu n’est pas liée au paiement de l’obligation initiale* »⁹³³. Autrement dit, l’article 1352-9 du Code civil n’aurait vocation à s’appliquer que dans le cadre de restitution découlant d’un socle contractuel. Une telle lecture peut sembler en contradiction avec la formulation de la règle qui vise « *les sûretés constituées pour le paiement de l’obligation* » sans précision quant à la nature de celle-ci. Ainsi, comme l’indique M. Mignot, il faut reconnaître que cette disposition s’applique « *à toutes les hypothèses de restitution, quelle que soit la source de l’obligation de restituer* »⁹³⁴. Le rapport remis au président de la République est également en ce sens puisqu’il précise que le nouvel article 1302-3 du Code civil a

⁹³⁰ Cass., 1^{ère} Civ., 7 avr. 1999, n°97-11.349, *Bull. civ. I*, n°121.

⁹³¹ Strickler (Y.), « Autres sources d’obligations – Paiement indu », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 27 août 2018, n°66.

⁹³² Chantepie (G.) et Latina (M.), *ouvr. préc.*, 2018, p.970, n°1078.

⁹³³ Chantepie (G.) et Latina (M.), *ouvr. préc.*, 2018, p.970, n°1078.

⁹³⁴ Mignot (M.), *art. préc.*, *L.P.A. 2016*, p.7. *Addé* : Simler (C.), « L’action en revendication et le régime des restitutions issu de l’ordonnance du 10 février 2016 », *D.2018*, p.1923 : « *C’est dire que le lien est rompu avec le droit du contrat et qu’il ne s’agit pas seulement d’aménager les conséquences de son anéantissement* » ; Hervas Hermida (C.), « Le régime des restitutions dans la réforme des obligations », *J.C.P. N. 2016*, n° 3.

vocation à renvoyer aux règles sur les modalités de restitution, y compris l’article 1352-9 du Code civil⁹³⁵. Si les doutes semblent ainsi dissipés, nous ne pouvons que rester septique quant à cette conclusion. La nature quasi-contractuelle de la répétition de l’indu semble empêcher le rattachement des restitutions à une sûreté préexistante. En effet, dans le cadre de cette institution, la dette restitutoire n’est pas rattachée à une opération, à un contrat, de sorte qu’il apparaît difficile de la lier avec une quelconque sûreté. Prenons les faits de l’arrêt antérieurement cité de 1999. Dans cette hypothèse, le paiement erronément effectué par la banque n’est pas directement en lien avec le contrat de prêt, de telle manière que le cautionnement garantissant celui-ci ne peut raisonnablement être rattaché à la créance de restitution découlant de la répétition de l’indu. Admettre l’inverse nous conduit à une aporie : reconnaître que la répétition de l’indu entre dans le champ de l’article 1352-9 du Code civil, c’est admettre qu’une sûreté garantissant un contrat puisse être amenée à couvrir la restitution d’une dette non contractuelle et surtout non reliée directement au contrat garanti. Ainsi, la rédaction de l’article 1302-3 du Code civil qui renvoie à l’ensemble des règles régissant les restitutions nous apparaît excessive : certes les modalités restitutoires sont applicables sans trop de difficultés mais la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution doit faire exception. La répétition de l’indu n’entre donc pas dans le champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil.

350. Le cas de l’action en revendication. Une seconde situation extracontractuelle pose question quant à la détermination du champ d’application des dispositions sur les restitutions ; Il s’agit du cas de l’action en revendication. Contrairement aux institutions précédemment présentées, le rapport explicatif de l’ordonnance du 10 février 2016 n’a jamais évoqué la possible extension des articles 1352 et suivants du Code civil à cette situation. Pour autant, plusieurs auteurs ont plaidé en faveur d’une intégration de l’action en revendication dans le champ des nouvelles dispositions sur les restitutions⁹³⁶. A titre d’exemple, Mme Simler reconnaît que les nouvelles règles restitutoires n’ont pas été pensées pour régir les conséquences d’une action en revendication de propriété. Pour autant, elle insiste sur les similitudes entre les solutions dégagées par la jurisprudence antérieure sur les questions liées à la revendication et les articles 1352 et suivants du Code civil⁹³⁷. Cette ressemblance n’a pas de quoi surprendre puisque les solutions dégagées pour l’action en revendication s’inspiraient indéniablement des règles régissant le paiement de l’indu, lesquelles ont également servi de modèle lors de la rédaction du nouveau régime des restitutions. Dans cette perspective, nous nous retrouvons confrontée aux mêmes difficultés qu’en matière de répétition de l’indu. La nature extracontractuelle de l’action en revendication fait qu’il semble difficile de rattacher la créance restitutoire à un socle contractuel et *a fortiori* d’une sûreté préexistante. En ce sens, tout comme en matière de répétition de l’indu, l’action en revendication doit être exclue du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil.

⁹³⁵ Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. *Adde* : Libchaber (R.), « Le malheur des quasi-contrats », *Dr. et patr.* n° 258, mai 2016, p. 73.

⁹³⁶ Strickler (Y.), *Droit des biens*, L.G.D.J., 2017, n°606 ; Djoudi (J.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Revendication », juil. 2017, n°76 et n°77 ; Atias (C.) et Kaigl (P.), « Action en revendication immobilière », *J.-Cl. Civil*, art.711 et 712, fasc.20, n°77.

⁹³⁷ Simler (C.), art. préc., p.1923.

351. Lorsque les restitutions sont analysées sous l’angle de leurs faits générateurs, il convient de conclure à l’application large des nouvelles dispositions du Code civil. Hormis le cas de restitutions découlant de la répétition de l’indu ou de l’action en revendication, l’institution à l’origine des restitutions reste indifférente. Cependant, les restitutions peuvent également être étudiées sous un autre angle, à savoir à partir des parties qui sont impliquées dans l’opération. Le constat précédemment formulé trouve-t-il à s’appliquer dans les hypothèses où la lecture des restitutions se fait en partant des parties qui y sont liées ?

§2. La détermination de l’obligation de restitution quant aux parties

352. L’article 1352-9 du Code civil dispose que « *les sûretés constituées pour le paiement de l’obligation sont reportées de plein droit sur l’obligation de restitution* ». Cette formulation appelle à une première question évidente : de quelle obligation de restitution s’agit-il ? Si cette interrogation paraît au premier abord absurde, elle prend tout son sens par l’exemple suivant : imaginons un contrat de vente avec constitution d’une sûreté réelle, ayant pour assiette le bien acquis, qui viendrait garantir le paiement du prix. En phase restitutoire, l’acquéreur doit restituer le bien vendu et le vendeur doit procéder à la remise du prix payé. La sûreté réelle, initialement constituée pour garantir le paiement du prix au vendeur, lui devient inutile en phase de restitution. Elle serait davantage profitable à l’acquéreur qui se retrouve créancier de la restitution du prix⁹³⁸. La problématique à laquelle il convient de répondre s’entend donc dans les termes suivants : la rédaction ambiguë de l’article 1352-9 du Code civil permet-elle une lecture opportuniste, consistant à inverser le bénéfice de la sûreté lors de la restitution ? Au contraire, s’agit-il de respecter les principes du droit des restitutions ? cela aurait pour conséquence de rendre cette règle inutile dans un certain nombre de cas. Après avoir analysé diverses propositions doctrinales qui nous paraissent insatisfaisantes (A), la thèse retenue de l’identité des parties sera présentée (B).

A. Les solutions rejetées : l’inversion de la sûreté

353. La proposition qui pourrait être formulée, afin de contrer la difficulté exposée, serait d’adopter une lecture opportuniste de l’article 1352-9 du Code civil. Cette dernière reposerait sur l’idée selon laquelle la mise en œuvre de la sûreté doit impérativement être réalisée. Il convient d’abord de démontrer que l’intérêt de la sûreté est perdu si l’on conserve le schéma classique. Autrement dit, la sûreté initiale ne peut être amenée à garantir l’obligation de restitution du bien (1). Dès lors, il paraît opportun de se demander si la sûreté ne peut pas se retourner contre celui au profit de qui elle avait été initialement constituée. Dans ces

⁹³⁸ On objectera que la meilleure garantie pour le créancier de la restitution du prix est la possibilité d’exercer un droit de rétention sur la chose. Cf. *infra* n° 493 s.

conditions, elle viendrait garantir l’obligation de restitution du prix payé et non la restitution du bien (2).

1) *L’impossible garantie de la restitution du bien*

354. La démonstration de l’inutilité de reporter la sûreté sur l’obligation de restitution du bien passe par l’analyse des formes que peut prendre une telle restitution. Si certaines sont facilement évincées car elles ne posent pas de difficulté majeure (a), il en est différemment lorsque la chose a été cédée entre la conclusion du contrat initial et les restitutions (b).

a) *Les hypothèses évincées*

355. L’acquéreur est en mesure de restituer la chose. Lorsque le bien se trouve dans le patrimoine du restituant au moment de la restitution, la situation ne présente aucune difficulté. En effet, conformément à l’article 1352 du Code civil, le principe est celui de la restitution en nature⁹³⁹. Dès lors, si celle-ci est possible, elle doit être exécutée. Dans l’hypothèse visée, le créancier va récupérer le bien et **la sûreté ne sera d’aucune utilité**. Par ailleurs, des éventuels accessoires⁹⁴⁰ peuvent venir alourdir le compte de restitution. Il s’agit notamment des potentiels fruits produits par la chose pendant sa détention⁹⁴¹ ou d’hypothétiques pertes de valeur du bien⁹⁴². Ces éléments, s’ils ne peuvent être restitués en nature, devront l’être en valeur conformément à l’article 1352-3 du Code civil. La question de l’existence d’une sûreté garantissant ces restitutions retrouve tout sa pertinence. Cependant, l’assiette de la sûreté initiale, à savoir la chose vendue, a déjà été restituée à titre principal. Autrement dit, le créancier de l’obligation de restitution des accessoires se trouve en possession du bien qui pourrait servir à son désintéressement en cas de défaillance du débiteur. **La sûreté s’avère donc inefficace**.

356. L’acquéreur n’est pas en mesure de restituer la chose : la chose a été détruite. Les difficultés d’application de l’article 1352-9 du Code civil se retrouvent également lorsque la chose à restituer a été détruite pendant la durée de la détention. En vertu de l’article 1352 du Code civil, la restitution en nature garantit le retour au *statut quo ante* de manière la plus effective. Lorsque celle-ci n’est pas possible, il convient de pallier au déséquilibre induit par le biais d’une restitution en valeur. Dans cette hypothèse, le créancier de la restitution se

⁹³⁹ Cf. *supra* n° 338.

⁹⁴⁰ Sur la question des accessoires de la restitution, V. : Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.143 s. ; Schmidt-Szalewski (J.), « Les conséquences de l’annulation d’un contrat », *J.C.P.*, 1989.I.3397 ; Fréchette (P.), th. préc., p.272 s.

⁹⁴¹ Fréchette (P.), th. préc., p.275.

⁹⁴² La perte de valeur du bien peut résulter de nombreuses causes qui peuvent être matérielles, temporelles, naturelles, économiques ou encore juridiques. En ce sens, V. : Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), *La formation du contrat, L’objet et la cause, Les nullités*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., n°2911, p.1571 ; Fréchette (P.), th. préc., p.307. L’article 1352-1 CCiv. pose une limite à la restitution des moins-values en imputant au restituant que celles qui sont dues par son fait. En ce sens, V. : Fréchette (P.), th. préc., p.309 ; Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.111. *contra* : Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.462, n°808.

trouve à la merci de la solvabilité de son débiteur. La couverture du paiement de l’obligation monétaire de restitution serait la bienvenue. Or, la destruction du bien invite à conclure à l’inefficacité de la sûreté, qui se trouve privée de son assiette. L’unique protection alternative du créancier réside dans le dispositif mis en œuvre par le Code des assurances à l’article L.121-13. Ce dernier dispose que « *les indemnités dues par la 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* »⁹⁴³. Par extension, cet article a permis à une partie de la doctrine de considérer que les créanciers de la restitution devraient pouvoir reporter leurs droits sur l’indemnité d’assurance due en raison de la destruction de la chose⁹⁴⁴. Ce report des droits constitue un palliatif face à l’impossibilité de mobiliser la sûreté initiale. Cependant, son efficacité reste source d’interrogation. D’une part, aucun texte ne le prévoit expressément, il s’agit d’une proposition exclusivement d’ordre doctrinal. D’autre part, cette hypothèse n’embrasse pas tous les cas où la chose venait à être détruite durant le temps de possession.

b) La chose cédée

357. Nature de la controverse. L’hypothèse analysée est la suivante : un bien a fait l’objet d’une première cession, suivie d’une seconde. L’opération initiale se trouve anéantie et il convient de procéder aux restitutions, qui en sont la suite logique. Le cédant à l’origine de la chaîne contractuelle, est créancier de la restitution du bien. Or, ce dernier ayant quitté le patrimoine de son cocontractant en raison de la seconde cession, ne peut lui être restitué en nature. A ce stade, une question fondamentale mérite notre attention : le créancier de l’obligation de restitution a-t-il la possibilité d’agir contre le sous-acquéreur en revendication du bien ? La réponse n’est pas neutre quant à la problématique du sort de la sûreté qui nous occupe. En effet, s’il est reconnu la possibilité au créancier de la restitution du bien de saisir ce dernier dans le patrimoine du sous-acquéreur, la sûreté se révèle une nouvelle fois inefficace. Cette hypothèse tend à se rapprocher de celle initialement présentée, où le débiteur de la restitution est en mesure de rendre la chose. En revanche, si tel n’est pas le cas, le cédant initial se trouve créancier d’une obligation de restitution de nature monétaire. La nécessité de « *remonter le cours du temps* »⁹⁴⁵ impose la restitution en valeur du bien transmis. La situation crée une part d’aléatoire dans le sens où le créancier se trouve soumis à une hypothétique insolvabilité de son débiteur. Dès lors, le report de la sûreté réelle initialement constituée présente tout son intérêt. En vertu du droit de suite, la mise en œuvre de la sûreté permettrait au créancier impayé de saisir le bien, assiette de la garantie, dans les mains du tiers acquéreur.

358. Les enjeux de la problématique formulée ayant été présentés, il convient d’en apporter une réponse. Cette dernière dépend de la conception des restitutions : il s’agit de s’interroger

⁹⁴³ Groutel (H.), « Les succédanés de l’article L.121-13 du Code des assurances » *R.C.A. 1995*, chr.34 ; Groutel (H.), *R.C.A. 1992*, chr.23 ; Groutel (H.), « Les créanciers munis d’une sûreté sur la chose assurée dans la tourmente », *R.C.A. 2003*, chr.1, p.4.

⁹⁴⁴ Malaurie-Vignal (M.), th. préc., p.119.

⁹⁴⁵ Libchaber (R.), obs. sous Cass., Mix., 9 juil. 2004, *Defrénois 2004*, p.1402.

sur la nature personnelle ou réelle de l'action restitutoire. La première branche de l'option implique que le créancier de la restitution ne dispose que d'une créance non renforcée d'une action en revendication du bien. Dans ce cas précis, il se trouve dans l'impossibilité d'agir contre le tiers détenteur. A l'inverse, la restitution est dite de nature réelle lorsque le créancier est en mesure de saisir le bien revendiqué en quelques mains qu'il se trouve. Alors que la plupart des systèmes juridiques étrangers ont affirmé la nature personnelle de l'action en restitution⁹⁴⁶, le droit français semble s'orienter vers une conception réelle des restitutions.

359. Reconnaissance de l'effet réel des restitutions et conséquences sur la sûreté.

Plusieurs arguments ont été avancés par la doctrine française pour appuyer l'effet réel des restitutions. En premier lieu, la lecture comparatiste régulièrement effectuée, consistant à prôner l'effet personnel des restitutions au motif que les autres systèmes juridiques l'ont reconnu, s'avère inopérante. En effet, les modalités du transfert de propriété diffèrent en droit allemand par rapport au droit français. En France, la vente est dite parfaite lorsque l'accord sur la chose et le prix s'est manifesté entre les parties. Le consentement constitue le moteur du transfert de propriété envisagé. En revanche, en Allemagne, la réalisation de la vente impose deux actes successifs : le premier acte manifeste l'existence du consentement des parties tandis que le second acte le transfert de propriété. Lors de la nullité ou résolution contractuelle, seul le premier contrat se trouve anéanti, le second se maintient tout comme le transfert de propriété dont il est porteur⁹⁴⁷. Cette distinction entre vente causale pratiquée en droit français⁹⁴⁸ et vente abstraite du droit allemand justifie cette différence de régime quant à la nature des restitutions.

360. Un argument d'utilité est également invoqué à l'appui de la conception réelle des restitutions. C'est le professeur Thomas Genicon, qui en est le défenseur le plus emblématique. Dans sa thèse de doctorat, l'auteur défend le principe de rétroactivité de la résolution au motif qu'il s'agit d'un procédé indispensable pour garantir l'efficacité de cette institution⁹⁴⁹. L'auteur poursuit en incitant à voir dans la rétroactivité un moyen, et non une fin, permettant d'assurer au créancier de récupérer la propriété de son bien⁹⁵⁰.

⁹⁴⁶ Le droit allemand est notamment en ce sens, V. : Constantinesco (L.-J.), *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris Rousseau, 1940 p.461, n°254.

⁹⁴⁷ Constantinesco (L.-J.), th. préc., p.461, n°254 ; Labro (G.), *La question du transfert de propriété en droit français et en droit allemand sous l'angle de l'obligation de donner*, Mémoire Master II Droit européen comparé, Paris II, 2011.

⁹⁴⁸ Pour un autre exemple de vente causale, V. le droit suisse : Monod (M.), *La résolution des contrats synallagmatiques parfaits, Etude comparative de droit suisse et de droit français*, th. Lausanne, 1987.

⁹⁴⁹ Génicon (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 2007, p.523, n°727.

⁹⁵⁰ Génicon (T.), th. préc., p.534 s., n°742 s. *Adde* : Deprez (J.), *Etude sur la rétroactivité dans les actes juridiques*, th. Rennes, 1953, p.73 ; Maître-Arnaud (E.), *La rétroactivité dans le contrat*, th. Université Panthéon-Assas (Paris II), Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2003, p.147 s., n°160 s. Dans le même ordre d'idées, un auteur a proposé de supprimer la rétroactivité pour lui préférer la technique de l'inopposabilité. Ainsi, l'anéantissement du contrat entraînerait un nouveau transfert de propriété symétrique au premier et les droits constitués dans l'intervalle de temps seraient jugés inopposables. En ce sens, V. : Bastian (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929, p.260.

361. A l’inverse, plusieurs auteurs se sont élevés à l’encontre de l’effet réel de la résolution car cela constituerait un frein à la circulation des biens⁹⁵¹. Cela représenterait donc un danger pour les tiers, qui pouvaient ignorer les causes d’anéantissement du premier contrat. Pour autant, ce reproche n’a pu lieu d’être car un certain nombre d’assouplissements ont été permis par la jurisprudence afin de garantir la protection du tiers acquéreur⁹⁵². Tout d’abord, la jurisprudence a validé le maintien des actes d’administration accomplis par l’acheteur final⁹⁵³. De même, en matière mobilière la protection se fait par le jeu de l’article 2279 du Code civil, qui prévoit que le tiers ayant acquis le bien de bonne foi, c’est-à-dire sans connaissance de l’anéantissement du contrat principal en conserve la propriété. Enfin, dans le cadre de la propriété immobilière, ce sont les règles de la publicité foncière qui permettent au sous-acquéreur d’être protégé contre les risques d’une revendication consécutive à un anéantissement contractuel.

362. En dépit de ces arguments favorables à la reconnaissance de l’effet réel des restitutions, la professeure Guelfucci-Thibierge a insisté pour que soit reconnue une nature personnelle aux restitutions⁹⁵⁴. Elle appuie son raisonnement sur le fondement unitaire qu’elle a préalablement dégagé pour assoir le phénomène restitutoire⁹⁵⁵. Pour autant, elle n’en tire pas les conséquences attendues puisque tout en affirmant l’effet personnel des restitutions, elle persiste à admettre l’application de l’action en revendication⁹⁵⁶.

363. Les reproches formulés à l’encontre de l’effet réel des restitutions ayant été écartés, il apparaît que la mise en œuvre de la rétroactivité implique nécessairement de renforcer les restitutions avec une action en revendication. Dès lors, face à l’alternative ultérieurement présentée, il convient de conclure à l’inutilité de la sûreté dans une grande majorité d’hypothèses. Seul le cas où une mesure de protection du tiers acquéreur s’oppose à l’action en revendication, permet à la sûreté de retrouver son efficacité initiale. Dans les autres situations, la mise en œuvre de la sûreté ne présentera aucune utilité majeure puisque la revendication permettra la satisfaction du créancier.

364. L’analyse des situations qui peuvent se présenter lorsque le bien se trouve intégrer dans une chaîne contractuelle, nous invite à conclure à l’inefficacité ou l’inutilité de la sûreté dans une majorité de cas. Dès lors, une lecture opportuniste de l’article 1352-9 du Code civil voudrait que la sûreté initiale soit reportée en faveur de son constituant pour garantir la restitution du prix.

⁹⁵¹ Baudry-Lacantinerie (G.), Barde (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, T.VII, Librairie de la société du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1906.

⁹⁵² Myoung (S.-K.), th. préc., p.206, n°234. *Adde* : Ancel (P.), « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *R.D.C. 2008*, p.35.

⁹⁵³ Cass, Req, 14 avr. 1852, *S.1852*, 1, 441 ; Cass, Civ, 27 janv. 1914, *D.P. 1916*, 1, 97 ; Cass, Soc., 20 juin 1952, *Bull civ.* 1952, IV, n°542, p.391.

⁹⁵⁴ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.402s., n°697 s.

⁹⁵⁵ *Cf. supra* n° 65.

⁹⁵⁶ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.413, n°715.

2) *La garantie de la restitution du prix*

365. La rédaction ambiguë de l’article 1352-9 du Code civil, qui ne précise pas l’obligation de restitution garantie, pourrait nous inviter à inverser la couverture de la sûreté. Autrement dit, cette dernière serait amenée à garantir la restitution du prix et se retournerait donc contre son bénéficiaire initial. Il ne s’agirait là que de l’application la plus poussée de **la théorie du contrat inversé**, prônée par le Doyen Carbonnier⁹⁵⁷. Ce dernier voit dans le processus restitutoire une situation en miroir par rapport à la phase initiale d’exécution du contrat. « L’inversion » des obligations induites par l’anéantissement contractuel devrait également conduire au « retournement » de la sûreté au profit de son constituant. Ainsi, elle serait amenée à garantir la restitution du prix tout comme elle garantissait le paiement de ce dernier antérieurement à la remise en cause du contrat. Cette thèse aurait le mérite de respecter la symétrie imposée par l’analyse des restitutions comme un contrat inversé. Pour autant, après avoir affiné la mise en œuvre de cette « inversion de la sûreté » (a), il conviendra d’exposer les arguments en défaveur de cette théorie (b).

a) *Présentation de la théorie de l’inversion de la sûreté*

366. La distinction entre sûreté réelle et sûreté personnelle. La mise en œuvre de la théorie de « l’inversion de la sûreté » s’avère complexe car elle exige de distinguer selon le type de sûreté. Elle se prête particulièrement bien aux sûretés réelles, qui se trouvent retourner contre celui à qui elle bénéficiait lors de la phase d’exécution de l’obligation initiale. En revanche, son application aux sûretés personnelles est plus discutable tant ces dernières sont gouvernées par le principe *d’intuitus personae*. A titre d’exemple, M. Piette s’est interrogé sur la place de *l’intuitus personae* en matière de cautionnement. La considération de la personne du débiteur principal occupe une place importante dans le cadre de l’octroi d’un cautionnement. En effet, la caution s’engage soit en raison des liens qui l’unissent au débiteur principal⁹⁵⁸, soit par ce qu’elle a confiance en la capacité de remboursement de ce dernier⁹⁵⁹. Ainsi, même si ces éléments devraient restés indifférents à l’engagement de la caution, force est d’admettre que cette dernière s’attache davantage à la personnalité de celui qu’elle garantit qu’à son propre cocontractant⁹⁶⁰. Cette remarque, formulée en matière de cautionnement, est aisément transposable aux autres catégories de sûretés personnelles⁹⁶¹. Dès lors, la place de *l’intuitus personae* dans ces contrats de garantie tend à réduire leur circulation. Il semble difficile de reconnaître qu’un garant, s’engageant auprès d’une personne déterminée, puisse venir garantir un tiers avec lequel il n’entretient aucun lien particulier⁹⁶². Les risques

⁹⁵⁷ Carbonnier (J.), *Droit civil*, vol.2, n°1022, p.2101.

⁹⁵⁸ Piette (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Cautionnement », juin 2016 (actualisation mai 2021), n°36.

⁹⁵⁹ Il s’agit, notamment, du cas de cautionnements à titre onéreux, aussi dénomés cautionnements bancaires. Sur cette notion, V. : Ferronnière (J.) et De Chillaz (E.), *Les opérations de banque*, 6^e éd., 1980, Dalloz, n°473.

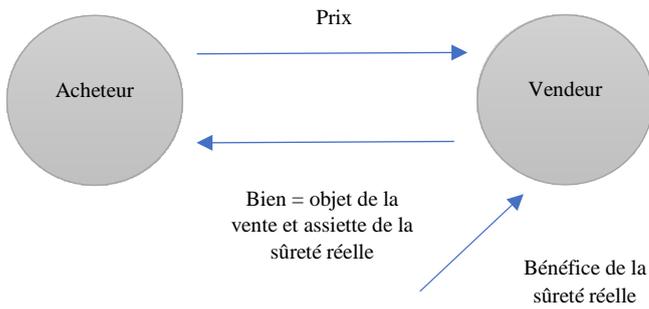
⁹⁶⁰ Ledain Santiago (R.), *La circulation du cautionnement, contribution à l’étude du transfert à titre particulier et de la transmission à titre universel du contrat de cautionnement*, Promoculture, Larcier, p.220, n°343.

⁹⁶¹ Pour un exemple en matière de garantie autonome, V. : Piedelièvre (S.), *Rép. com.*, Dalloz, v° « Garantie à première demande », mars 202, n°43 s.

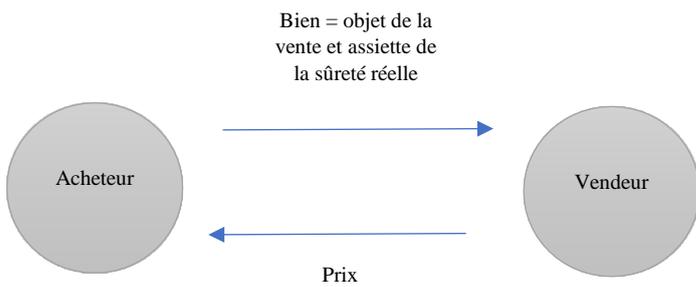
⁹⁶² Ledain Santiago (R.), *th. préc.*, p.220, n°343.

financiers auxquels s'expose le garant de la dette d'autrui s'opposent à toute inversion de cette dernière en phase de restitution. Ce constat, nous conduit donc à procéder à une distinction selon la nature de la sûreté initialement constituée. S'il s'agit d'une sûreté réelle, l'effet miroir précédemment décrit peut parfaitement fonctionner. A l'inverse, s'il est question d'une sûreté personnelle, *l'intuitus personae* inhérent à ce type de convention, empêche toute inversion lors des restitutions. Autrement dit en phase restitutoire, la sûreté personnelle initialement constituée pour garantir le paiement du prix au vendeur, couvre l'obligation de restitution du bien. La sûreté réelle va quant à elle être transportée en vue de permettre la restitution du prix à l'acquéreur.

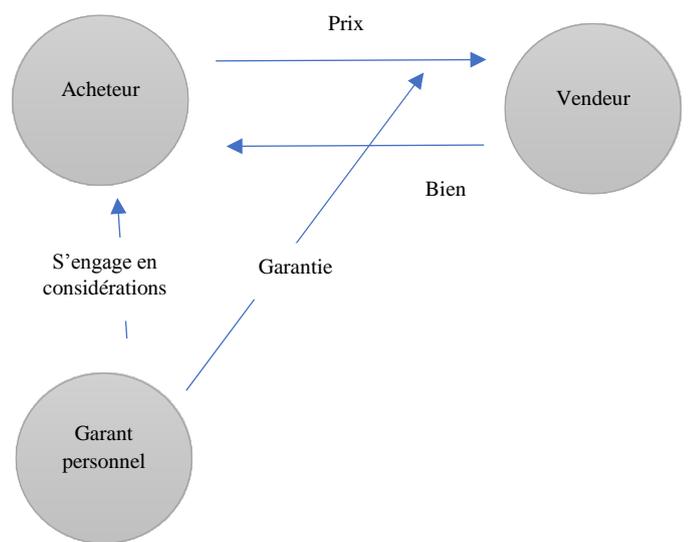
En phase d'exécution :



En phase restitutive :



En phase d'exécution :



En phase restitutive :

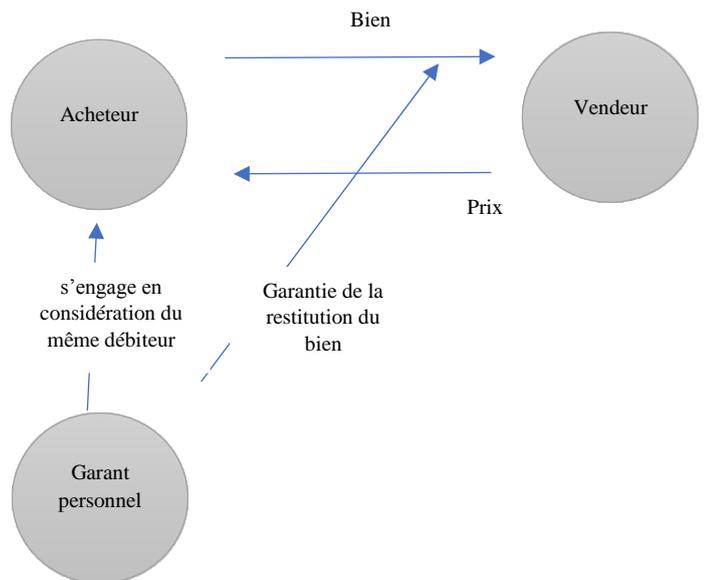


Figure 8 : Modélisation de la théorie de l'inversion de la sûreté

b) La réfutation de la théorie de l'inversion de la sûreté

367. La théorie de l'inversion de la sûreté repose donc sur deux appuis différents. D'une part, elle implique une distinction entre sûreté réelle et personnelle. En des termes plus généraux, cette dernière sous-entend que la sûreté personnelle aurait vocation à garantir un débiteur tandis que la sûreté réelle garantirait une obligation. D'autre part, elle résulte aussi d'une conception particulière des restitutions qui seraient le miroir de l'exécution initiale. Ces

propositions doivent être rejetées tant au regard des règles du droit des sûretés que de celles du droit des obligations.

368. L'argument relatif au droit des sûretés. La distinction proposée, aux termes de laquelle la sûreté personnelle aurait vocation à garantir une personne tandis qu'en matière de sûreté réelle s'appuierait davantage sur une obligation, est à rejeter pour au moins deux raisons. D'abord, d'un point de vue théorique, les définitions formulées par la doctrine⁹⁶³ ne vont pas dans le sens d'une telle distinction. La sûreté personnelle est généralement présentée comme « **l'adjonction, au rapport d'obligation principal, d'un rapport d'obligation supplémentaire** permettant au créancier d'exercer les poursuites contre le garant, lequel est alors tenu pour un autre et dispose d'un recours contre celui-ci »⁹⁶⁴. Cette définition a le mérite d'axer la sûreté personnelle autour de la relation garant-créancier. Le lien unissant le garant au débiteur principal est relégué au second plan. Cette vision devrait permettre d'écarter⁹⁶⁵ certaines propositions doctrinales, dont l'objectif était de démontrer que la considération de la personne garantie l'emportait sur la considération de l'obligation dans le cadre des sûretés personnelles⁹⁶⁶. La sûreté réelle est quant à elle définie à l'article 2323 du Code civil comme étant « *l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* »⁹⁶⁷. Il est une nouvelle fois question de mettre l'accent sur le rapport unissant le donneur de sûreté au créancier dans une perspective de garantie de l'obligation initiale. Les auteurs insistent ainsi sur le fait que la sûreté vise à obtenir l'exécution d'une obligation⁹⁶⁸ afin de l'éteindre⁹⁶⁹. Dès lors, qu'elle soit réelle ou personnelle, la sûreté apparaît exclusivement tournée vers l'obligation garantie, indépendamment de toute considération relative aux parties à l'opération. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser les droits étrangers. La plupart n'ont pas reconnu la distinction effectuée entre sûreté réelle et sûreté personnelle⁹⁷⁰. Seul le droit de l'OHADA l'a fait en ayant le mérite de définir ces concepts. Ainsi, l'article 1 de l'acte uniforme du 15 décembre 2010 pose une définition générale du terme sûreté, qui est perçue comme un mécanisme visant à « garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligation ». De même, l'article 4 poursuit en considérant que les sûretés personnelles consistent dans « *l'engagement d'une personne **de répondre de l'obligation** du débiteur principal* ». Enfin, il est affirmé que

⁹⁶³ Le Code civil n'a pas posé de définition de la notion de sûreté en générale, ni des notions de sûretés réelles et sûretés personnelles en particulier. L'avant-projet de réforme débutait avec un chapitre préliminaire posant de telles définitions mais cela n'a pas été repris dans le projet de loi. V. : Pelletier (J.-D.), « La réforme du droit des sûretés est en marche ! », *D. actu.* 25 juin 2018 ; Legeais (D.), « Commentaires du projet de réforme du droit des sûretés soumis à la consultation », *RD. banc. et fin.* 2021, étude 2.

⁹⁶⁴ Legeais (D.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Sûretés », janv. 2016 (actualisation : mars 2019), n°29.

⁹⁶⁵ En ce sens, V. : Ledain Santiago (R.), th. préc., p.220, n°343.

⁹⁶⁶ Mouly (C.), th. préc., n°325. De manière plus générale, sur la question de la considération de la personne et de la place de celle-ci dans la définition des sûretés, V. : Piedelièvre (S.), *Droit des sûretés*, 2^{ème} éd., 2015, Ellipses, n°40. Pour une approche moins conventionnelle, V. : Houtcieff (D.), « Contribution à l'étude de l'intuitus personae, remarques sur la considération de la personne du créancier de la caution », *R.T.D. civ.* 2003, p.3.

⁹⁶⁷ *Adde* : Legeais (D.), préc., n°44.

⁹⁶⁸ Borga (N.), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, nouv. bibl. des thèses, vol.82, 2009, p.12, n°7.

⁹⁶⁹ Crocq (P.), *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibl. dr. privé, T.CCXLVIII, L.G.D.J., 1995.

⁹⁷⁰ Westendorf (H.), th. préc., p.34 s., n°34 s.

les sûretés réelles visent la « **garantie de l’obligation** »⁹⁷¹. La comparaison de ces trois définitions nous invite à conclure que la sûreté, quelle que soit sa nature, a pour but de garantir l’exécution d’une obligation et non une personne⁹⁷².

369. Dans un second temps, le regard porté sur la pratique juridique nous permet de confirmer la conclusion présentée. En effet, une seule disposition allait dans le sens d’une distinction entre sûretés réelles et sûretés personnelles quant à l’objet de leur garantie. Il s’agissait de l’article 1216-3 du Code civil, qui disposait que dans le cadre d’une cession de contrat avec libération du cédant, les sûretés consenties par des tiers ne subsistaient qu’avec leurs accords. Cela aurait dû conduire à ne maintenir les sûretés personnelles et les sûretés réelles pour autrui qu’avec un accord explicite du garant. En revanche, rien n’était mentionné à l’égard des sûretés réelles⁹⁷³. La logique aurait voulu que les sûretés réelles consenties par le cédant s’éteignent en raison de la libération de celui-ci. Cependant, plusieurs auteurs ont considéré que la rédaction ambiguë de cette nouvelle disposition devrait nous conduire à admettre que ces dernières étaient amenées à survivre à l’opération de manière automatique⁹⁷⁴. Une remarque similaire s’imposait en matière de cession de dette. En effet, l’article 1328-1 du Code civil prévoyait également que la cession de dette ne remettait pas en cause les sûretés réelles octroyées par le cédant, contrairement aux sûretés personnelles. La seule explication technique à ces dispositions résidait dans l’objet de la garantie. En effet, la libération du cédant entraînait *de facto* la remise en cause des sûretés personnelles car ces dernières étaient privées de l’appui de leur garantie, à savoir le débiteur principal⁹⁷⁵. En revanche, les sûretés réelles se trouvaient maintenues car l’obligation garantie subsistait à l’opération. Dès lors, la proposition précédemment formulée, selon laquelle les sûretés personnelles auraient vocation à garantir une personne tandis que les sûretés réelles sont davantage attachées à la garantie d’une obligation, trouvait un écho au travers de ces deux règles. Cependant, la loi de ratification du 20 avril 2018 est venue mettre un terme aux incertitudes en modifiant les articles 1216-3 et 1328-1 du Code civil : en matière de cession de contrat ou de cession de dette, le maintien des sûretés tant personnelles que réelles implique l’accord du donneur de garantie. Ainsi, la dernière hésitation quant à l’objet de la

⁹⁷¹ Anoukaha (F.), *Le droit des sûretés dans l’acte uniforme*, OHADA, coll. Droit Uniforme Presses Universitaires d’Afrique, 1998 ; Crocq (P.) (ss. dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés – La réforme du droit des sûretés de l’OHADA*, Lamy Axe Droit, 2012 ; Grimaldi (M.), « L’acte uniforme portant organisation des sûretés », *L.P.A 13 oct. 2004*, p.30, n°1.

⁹⁷² Borga (N.), th. préc., p.282, n°288 ; Mestre (J.), Putman (E.), Billiau (M.), *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996, n°4, p.4 ; Mouly (C.), « Les sûretés personnelles traditionnelles en France », in *Les sûretés*, Colloque Feduci, Bruxelles, 1984, p.129, notamment p.130-131, n°2 ; Ginestet (C.), art.préc., 1999 : pour l’auteur, la sûreté personnelle se caractérise par la notion d’accessoire tandis que c’est la notion de préférence qui domine les sûretés réelles.

⁹⁷³ Chantepie (G.) et Latina (M.), ouvr. préc., 2018, p.557, n°610 ; Macorig-Vernier (F.), « Les sûretés et l’ordonnance du 10 février 2016 », *R.J. com. 2016*, p.495.

⁹⁷⁴ Gouëzel (A.), « Les opérations translatives », *A.J.C.A. 2016*, p.135. Pour une description des différents courants doctrinaux sur ce point, V. : Dardenne (A.), *L’ordonnance du 10 février 2016 et ses impacts en droit des sûretés*, Mémoire Master II Droit des Affaires, Paris II, 2017.

⁹⁷⁵ Berlioz (P.), « Article 1338 : la cession de dette », *R.D.C. 2015*, p.803. « *les droits des garants ne doivent pas être aggravés par la reprise de dette, de sorte qu’il ne peut leur être imposé un changement du débiteur sans leur accord, dans la mesure où la solvabilité du repreneur n’est pas forcément la même* ». Adde : Andreu (L.), « Cession de dette, cession de contrat », *J.-Cl. Civ. Code*, art. 1689 à 1695, fasc. 40, 2014, n°53.

garantie des sûretés ayant été abolie par la loi de ratification, il convient de conclure à l’absence de différence entre les deux catégories de sûretés. Le doute qui avait pu s’immiscer résulte d’une confusion entre « garantir une personne » et « s’engager en considération de la personne ». Dans les sûretés personnelles, les garants s’engagent en considération de la personne du débiteur principal mais ils garantissent l’exécution d’une obligation et non une personne. Dès lors, la proposition initiale consistant à distinguer le sort de la sûreté en phase de restitution n’est pas pertinente. Elle opère une différence de régime juridique sans fondement solide. Au-delà de l’argument relatif au droit des sûretés, c’est également par rapport aux règles restitutoires que cette proposition mérite d’être condamnée.

370. L’argument relatif au droit des restitutions. Si les restitutions sont régulièrement présentées comme un étant une forme de « *contrat inversé* » ou un « *contrat putatif* »⁹⁷⁶, cette image est source de confusion. Cette illustration est purement fonctionnelle ; elle permet notamment d’esquisser certaines caractéristiques des restitutions, telles que la réciprocité ou leur caractère intégral⁹⁷⁷. Sa fonction doit se limiter à la description factuelle des restitutions ; elle ne peut en cas expliquer la mécanique restitutoire. D’une part, comme il a été énoncé précédemment, les restitutions n’ont pas vocation à venir remplacer l’exécution du contrat anéanti ; elles ont un objectif exclusivement antiéconomique consistant à faire disparaître les traces d’un échec contractuel⁹⁷⁸. D’autre part, une telle conception se retrouve dans la mise en œuvre concrète des règles restitutoires : les parties conservent les qualités qui étaient les leurs antérieurement à l’anéantissement du contrat. A titre d’exemple, dans le cadre d’un contrat de vente anéanti, le vendeur initial ne devient pas acquéreur en phase restitutoire, il est simplement créancier de l’obligation de restitution du bien. Or, une stricte application de la théorie du contrat inverse devrait conduire à reconnaître une inversion des dites qualités entre la phase d’exécution du contrat et la phase de restitution. Telle n’est pas la vision du droit positif, qui clairement fait le choix de détacher les restitutions du socle contractuel original entraînant ainsi un rejet de la théorie du contrat inversé.

371. Si la proposition consistant à inverser la sûreté en phase de restitution apparaît digne d’intérêt, elle se heurte à plusieurs obstacles techniques tenant à la fois à l’unité du droit des sûretés et à la nature quasi-contractuelle des restitutions. Avant de réfuter totalement cette proposition doctrinale, reste à se demander si pour des raisons de politique juridique, elle ne serait pas admissible en dépit des contrariétés occasionnées à l’encontre des règles établies.

B. La thèse retenue : l’identité des parties

372. Position du problème. La question qui se pose ici n’est plus d’ordre technique, mais a davantage trait à la politique juridique voulue par le législateur. Qu’est-ce qui doit

⁹⁷⁶ Malaurie (P.), Cass., Soc., 8 avr. 1957, D.1958.J.221.

⁹⁷⁷ Prieto (C.) (ss. dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM 2003.

⁹⁷⁸ Cf. *supra* n° 237 ; Meledo-Briand (D.), « A propos des restitutions », *Revue Judiciaire de l’Ouest* 1984, p.37.

prévaloir : la cohérence du droit des sûretés ou garantir le champ d’application le plus large à l’article 1352-9 du Code civil ? Comme il a été démontré cette disposition a inexorablement un fondement politique ; elle vise à prémunir le créancier – et donc accessoirement à favoriser le crédit – sans pour autant nuire au débiteur⁹⁷⁹. Dès lors, l’argument politique rentre inévitablement en ligne de compte. Si nous creusons davantage cette piste, nous sommes conduits à nous demander si la rédaction ambiguë de l’article 1352-9 du Code civil au regard du cas envisagé a été voulue comme telle par le législateur dans le but de garantir l’application la plus large de la règle ou s’il s’agit d’une simple maladresse, tenant à son incapacité à envisager toutes les hypothèses susceptibles de se poser.

373. Eléments de réponse. Très peu d’auteurs ayant analysé les nouvelles dispositions se sont penchées sur la question de la cohérence et de la logique du système restitutoire⁹⁸⁰. En revanche, ceux qui l’ont fait ont tous souligné la qualité médiocre des articles 1352 et suivants du Code civil. C’est le cas du professeur Gijssbers qui, en se penchant sur l’application de l’article 1352-9 du Code civil, souligne qu’une application du texte à lettre conduirait à certaines extravagances. L’auteur va au-delà de notre hypothèse d’étude en considérant qu’une stricte application de la nouvelle règle entraînerait une inversion du cautionnement : la caution de l’acheteur viendrait à garantir le vendeur en phase restitutoire⁹⁸¹. Dans la même mesure, de telles difficultés n’ont pas échappé au professeur Forti, qui soulève des difficultés similaires quant à l’application du report de sûreté. À l’instar de certains de ses collègues, l’auteur se prononce en faveur de la cohérence des restitutions et rejette donc toute application stricte de l’article 1352-9 du Code civil. Ainsi, aux termes de son analyse, « *les parties à l’obligation initiale et à l’obligation de restitution doivent être les mêmes, sans que les rôles puissent être inversés* »⁹⁸². Dès lors, la doctrine semble unanimement d’avis de limiter le champ d’application de la règle du report de la sûreté aux seules situations ne créant pas de solutions extravagantes impliquant le recours à des raisonnements juridiques alambiqués. Au vu de ces éléments, force est d’admettre que la rédaction ambiguë de l’article 1352-9 du Code civil tient davantage à une inattention du législateur qu’à une véritable politique juridique affirmée. Ce dernier, trop focalisé sur la jurisprudence antérieure dont la mise en œuvre pratique n’était pas source d’interrogation, n’a pas su anticiper les problèmes qui pourraient se poser dans d’autres situations plus complexes. En tout état de cause, l’inversion des positions des parties au contrat de sûreté en phase de restitution ne semble pas être souhaitée par la doctrine majoritaire. La cohérence du droit des restitutions et le conformisme des solutions doivent l’emporter sur une approche totalement pragmatique conduisant à renier tout l’esprit des restitutions.

⁹⁷⁹ Cf. *supra* n° 139 s.

⁹⁸⁰ Forti (V.), fasc. préc., n°56 ; Gijssbers (C.), « L’incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », *R.D.I.* 2016, 342, n°15 ; Chénéde (F.), « Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives », *Dalloz* 2016.

⁹⁸¹ Gijssbers (C.), « L’incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », *R.D.I.* 2016, 342, n°15.

⁹⁸² Forti (V.), fasc. préc., n°56.

374. La victoire du principe de l’identité des parties en phase restitutoire. Les éléments précédant invitent donc à conclure que le principe de conservation des qualités initiales des parties lors des restitutions doit servir de grille de lecture dans le cadre de notre questionnement. Reste à déterminer la définition et la portée d’un tel principe. C’est la professeure Guelfucci-Thibierge qui avait commencé ce travail en démontrant que le point de distinction entre l’action en nullité et celle en restitution réside dans les parties concernées ; alors que la nullité est opposable à tous, seuls ceux qui ont fourni la prestation et qui en ont bénéficié sont impliqués dans l’action en restitution⁹⁸³. Très clairement, le créancier à l’obligation de restitution se trouve être la partie qui a exécuté la prestation en phase contractuelle et son débiteur est celui qui en a profité. De manière plus précise, comme le relève M. Forti, il convient d’admettre que « *le créancier des restitutions ne peut pas bénéficier des sûretés dont bénéficiait le débiteur des restitutions avant que celles-ci aient été prononcées* ». Dès lors, « *la caution de l’acheteur d’un immeuble ne garantit pas le remboursement du prix par le vendeur en cas d’annulation de la vente* »⁹⁸⁴.

375. Synthèse. Analyser le champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil au regard des obligations de restitution implique de se demander quelles sont celles qui peuvent être garanties. Pour les déterminer, il convient de raisonner soit en termes de faits générateurs les déclenchant, soit en termes de parties qui y sont soumises. A la première branche de la proposition, le rapport remis au président de la République sur l’application de l’ordonnance du 10 février 2016 apporte une réponse des plus larges ; les articles 1352 et suivants concernent la nullité, la résolution, la caducité et la répétition de l’indu. L’analyse menée démontre que la répétition de l’indu, tout comme l’action en revendication de propriété semblent faire obstacle à l’application du report de la sûreté sur l’obligation de restitutions. Bien que certains auteurs se montrent favorables à l’extension de l’article 1352-9 du Code civil à ces hypothèses, l’absence de rattachement de ces institutions à un socle contractuel constitue un obstacle dirimant à l’application de la règle.

376. La détermination du champ d’application au regard des parties pose davantage de problèmes notamment en ce qui concerne une hypothèse, où le contrat initial correspond à la vente d’un bien garanti par une sûreté réelle. En phase restitutoire, l’acquéreur doit restituer le bien faisant perdre à la sûreté tout son intérêt. Cette situation, dont la difficulté a visiblement échappé aux rédacteurs de l’ordonnance, rend l’article 1352-9 du Code civil inopérant dans un certain nombre de cas.

377. Cependant, la détermination des obligations de restitution où le report de sûreté peut s’appliquer ne saurait suffire à esquisser le champ d’application de la règle ; encore faut-il se demander si pour les obligations de restitutions dont la garantie est retenue, les règles du droit des sûretés sont compatibles avec les impératifs restitutoires.

⁹⁸³ Guelfucci-Thibierge (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 1992, p.386, n°663.

⁹⁸⁴ Forti (V.), fasc. préc., n°56.

SECTION 2 : LA COMPATIBILITÉ DES RÈGLES DES RESTITUTIONS ET DU DROIT DES SÛRETÉS

378. Après avoir listé les obligations de restitutions pouvant rentrer dans le champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil, il s’agit de se demander si les règles et les définitions des restitutions sont compatibles avec le droit des sûretés. Cette question revêt une importance considérable dans le cadre de notre démarche. En effet, s’il apparaît que dans certains cas, l’application du report de la sûreté irait à l’encontre des règles de fonctionnement du droit des sûretés, nous serons amenée à exclure ces hypothèses du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil. Autrement dit, la recherche que nous nous apprêtons à effectuer a pour but d’affiner la liste des cas où le report de la sûreté sur l’obligation de restitution trouve à s’appliquer. Le point de départ du raisonnement est ici l’obligation de restitution. Dès lors, une telle étude implique de déterminer toutes les subtilités qui y sont attachées (A) avant de vérifier la compatibilité de ces formes restitutoires avec le droit des sûretés (B).

§1. Typologie des restitutions

379. Jusqu’à maintenant nos raisonnements se sont exclusivement focalisés sur les restitutions dans leur terme générique. Autrement dit, toutes les formes restitutoires étaient traitées de manière similaire. Or, une telle lecture généraliste n’est désormais plus possible. D’une part, la présentation de l’ordonnance du 10 février 2016, qui distingue selon la nature de l’objet à restituer, invite à la différenciation des hypothèses. D’autre part, à ce stade des développements, la précision des propos, consistant à rechercher si les formes restitutoires ne constituent pas une entrave aux règles issues du droit des sûretés, implique la séparation des cas qui peuvent se présenter. Ce travail de classification des restitutions conduit à une **phase d’observation**, où il sera démontré que les restitutions ont tendance à se confondre avec des institutions voisines (A). A l’issue de celle-ci, il s’avèrera nécessaire de déterminer un critère de distinction ; il s’agit alors de la **phase d’organisation** (B).

A. La phase d’observation : la frontière floue entre restitutions et institutions voisines

380. La phase d’observation implique de définir les différentes institutions en jeu et d’établir le lien entre elles (1) avant d’exposer les critères de distinction proposés par la doctrine (2).

1) Définition des notions juridiques liées aux suites de l’anéantissement contractuel

381. Le processus de rétablissement passe par un éventuel cumul des restitutions et de la responsabilité. La phase post-contractuelle, longtemps passée sous silence en doctrine⁹⁸⁵, fait montre d’une certaine richesse. Plusieurs institutions sont potentiellement susceptibles de s’appliquer à l’issue de l’anéantissement du contrat dans le but de restaurer l’équilibre patrimonial entre les parties. En ce sens, il convient de distinguer la restitution, le rétablissement, la réparation, la responsabilité et les dommages et intérêts. Toutes ces notions constituent des opérations ayant vocation à replacer les cocontractants dans la situation antérieure à la conclusion du contrat⁹⁸⁶. Cependant, elles ont toutes un but bien distinct. Le rétablissement des parties au *statu quo ante* est un terme générique permettant de décrire tout le processus mis en œuvre et englobant donc à la fois les restitutions et une éventuelle mise en œuvre de la responsabilité civile. Cette dernière trouve à s’appliquer si les articles 1352 et suivants du Code civil ne suffisent pas à restaurer l’équilibre initial dans lequel se trouvait les parties. Cette complémentarité des deux institutions est reconnue de manière traditionnelle en matière de résolution. En effet, l’article 1217 du Code civil prévoit que la responsabilité contractuelle trouve à s’appliquer lorsqu’une inexécution cause un préjudice à l’une des parties⁹⁸⁷. Une telle solution est plus difficilement admissible dans le cadre de la sanction de nullité contractuelle. Lorsque celle-ci entraîne la disparition rétroactive de la norme contractuelle⁹⁸⁸, il apparaît difficile d’invoquer l’existence d’une faute rattachée au contrat supposé effacé. Pour autant, le nouvel article 1178 du Code civil évoque cette hypothèse en affirmant que « *indépendamment de l’annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle* ». Autrement dit, si à l’issue des restitutions un déséquilibre patrimonial persiste, il peut être opportun d’invoquer les règles de la responsabilité dans le but d’obtenir la réparation de ce préjudice⁹⁸⁹. Cependant, la rétroactivité induite par la sanction de nullité implique de se placer sur le terrain des règles de la responsabilité délictuelle et non contractuelle. Cette solution traditionnellement affirmée en jurisprudence⁹⁹⁰, peut se justifier en dépit du caractère rétroactif assigné à la sanction de nullité contractuelle. Comme le relève le professeur Mignot, la mise en jeu de cette responsabilité « *tient au fait que la faute a été commise pendant la période précontractuelle* »⁹⁹¹. Cette origine antérieure au contrat de la faute civile permet de passer outre les difficultés liées à l’application de la rétroactivité. Ainsi, la mise en œuvre de cette notion ne suffit à elle seule à faire disparaître la faute à l’origine du

⁹⁸⁵ *contra* : Andre (M.E.), Dumont (M.P.) et Grignon (P.), *L’après-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2005 ; Blanc-Jouvain (G.), *L’après-contrat*, thèse Paris II, 2002 ; Richet (A.-C.), *L’après-contrat*, th. Toulouse, 2021 ; Stoffel-Munck (P.), « L’après-contrat », *R.D.C. n° spécial Durées et contrats*, 2004, p.159.

⁹⁸⁶ Toutefois, elles ne sont pas à applicables à toutes les formes contractuelles.

⁹⁸⁷ Chantepie (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Le contrat », janv. 2018, n°294.

⁹⁸⁸ Cf. *supra* n° 224 s.

⁹⁸⁹ Cf. *supra* n° 230 s.

⁹⁹⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 4 fév. 1975, n°72-13217, *Bull. civ. I*, n°43 ; Cass., Com., 18 oct. 1994, n° 92-19390, *Bull. civ. I*, n°293.

⁹⁹¹ Mignot (M.), « Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV) », *L.P.A 2016*, p.6.

préjudice subi. Dès lors, la responsabilité et le vocabulaire qui lui est associé ont leur place dans le cadre du processus de retour au *statu quo ante*.

382. Les dommages et intérêts sont l'outil permettant de réparer un préjudice. La réparation et les dommages et intérêts sont plus aisément détachables de la notion de restitutions. Dans le langage courant, l'action de réparer implique de « *remettre en état ce qui a été endommagé* » ou « *d'effacer, faire disparaître l'effet fâcheux de quelque chose* »⁹⁹². La réparation semble donc impliquer un désagrément. Cette condition n'est pas suffisante pour la distinguer des restitutions car on a vu que celles-ci avaient vocation à revenir sur un déséquilibre patrimonial, qui peut raisonnablement apparaître comme une source de contrainte. D'un point de vue juridique, le terme réparation se caractérise par une absence de définition légale. C'est à la doctrine qui est revenu le rôle de proposer une approche définitionnelle de cette notion. Les auteurs l'ont principalement rapprochée du concept de responsabilité. Comme le rappelle avec justesse le professeur Brun, « *traiter de la réparation, c'est envisager ce qui constitue la raison d'être de la responsabilité civile : résorber, autant que faire se peut le tort causé par le fait dommageable* »⁹⁹³. Dans la même manière, Anne-Catherine Richter insiste sur le fait que la responsabilité a « *pour objet sinon unique du moins nécessaire, de réparer un dommage* »⁹⁹⁴. Ces écrits semblent nous indiquer que la réparation suppose un préjudice. Or, il s'agit là d'une différence majeure avec les restitutions qui ne sont conditionnées qu'à un déséquilibre patrimonial et non à l'existence d'un préjudice. A partir de ce constat, la réparation peut prendre une forme : en nature ou par équivalent. Ce second type de réparation est venu relancer le débat sur la définition de cette notion. En effet, la réparation avait traditionnellement été pensée par les auteurs comme une opposition à l'exécution du contrat⁹⁹⁵. Dès lors que le contrat était correctement exécuté, il ne pouvait y avoir de dommage et donc les mécanismes de la réparation ne trouvaient pas à s'appliquer. En revanche, l'inexécution contractuelle était source d'un préjudice suscitant la mise en œuvre de la responsabilité et de la réparation qui en sont corolaire. L'admission d'une réparation par équivalent a conduit à remettre en cause tout cet édifice. La question qui se posait était celle

⁹⁹² Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd., v° Réparer.

⁹⁹³ Brun (P.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Responsabilité du fait personnel », mai 2015, n°143.

⁹⁹⁴ Richter (A.-C.), th. préc., p.404, n°466. Adde Roujou de Boubée (M.F.), *Essai sur la notion de réparation*, Toulouse I, 1973, Paris, L.G.D.J. 1974, 493p. ; Le Gallou (C.), *La notion d'indemnité en droit privé*, Bibl. dr. privé, T.CDLXXXVI, 2007, p.8, n°6.

⁹⁹⁵ Grandmoulin (J.), *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, th. Rennes, 1892. Adde : Planiol (M.), Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1954, n°876, p.268 : faute délictuelle et faute contractuelle « *créent également une obligation, celle de réparer par une indemnité le dommage causé ; l'une et l'autre supposent également l'existence d'une obligation antérieure ; l'une et l'autre consistent également en un fait qui est la violation de cette obligation* » ; Mazeaud L., H., J. et Chabas (F.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T.III, vol.2, 1^{ère} éd., 1931 ; Mazeaud H., L. et Chabas (F.), *Leçon de droit civil, Obligations, théorie générale*, T.II, vol.1, n°390 et s., p.384 ; Mazeaud (H.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *R.T.D. civ.* 1929, p.551 ; de La Massue (H.), « De l'absence de novation dans la résolution de l'obligation contractuelle », *R.T.D. civ.* 1932, p.377 ; Esmein (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *R.T.D. civ.* 1933, p.627 ; Hébraud (P.), « Rôles respectifs de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mélanges offerts à J. Maury*, T.II, Dalloz, 1960, p.420.

de savoir si les dommages et intérêts contractuels ne constitueraient pas une exécution déguisée du contrat. Toutes les réponses ont pu être apportées : pour certains auteurs, réparation du dommage et exécution du contrat ne sont pas des notions incompatibles, elles tendent à fonctionner ensemble⁹⁹⁶. D’autres ont opté pour une position rigoureusement inverse, voyant dans la réparation par équivalent une simple exécution de la norme contractuelle⁹⁹⁷. Mettre un terme à ce débat semble être une véritable gageure. En revanche, une auteure a récemment proposé une nouvelle lecture de cette opposition. A partir de la distinction posée par Ihering, entre « intérêt positif » et « intérêt négatif », il est possible de reconnaître une « double fonction des dommages intérêts contractuels ». Pour rappel, « l’intérêt positif » se définit comme celui qui permet de placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été parfaitement exécuté. A l’inverse, « l’intérêt négatif » tend à replacer le créancier dans la situation qui était la sienne si le contrat n’avait pas été conclu. Dès lors, selon Mme Richter, lorsque les dommages et intérêts satisfont l’intérêt positif, ils ont une fonction de réparation doublée d’une exécution. En revanche, lorsqu’ils replacent le créancier dans une situation de « non-conclusion » du contrat, ils manifestent pleinement leur fonction de réparation. L’auteure conclut en affirmant « qu’ils satisfassent l’intérêt positif ou négatif, les dommages et intérêts contractuels ont une fonction de réparation évidente si l’on veut bien définir cette dernière de manière générale comme permettant d’effacer juridiquement la survenance du dommage »⁹⁹⁸. Dès lors, bien que le débat précédemment évoqué présente un intérêt doctrinal indéniable, ces impacts sur notre travail définitionnel sont inexistantes. Les dommages et intérêts assurent toujours une fonction de réparation – et parfois d’exécution – qui est conditionnée par l’existence d’un préjudice. Or, c’est cet élément qui permet de tracer la ligne de démarcation entre restitution et réparation.

383. Si d’un point de vue théorique ces notions semblent clairement distinctes, nous allons voir qu’en pratique, elles sont régulièrement confondues.

2) *Les critères de distinction proposés par la doctrine*

384. L’assimilation entre restitution et responsabilité civile. Les auteurs ont eu tendance à rapproché les notions de restitution et de responsabilité civile de deux manières. Certains ont considéré que les restitutions seraient une forme d’indemnisation fondée sur la responsabilité civile⁹⁹⁹. A l’appui de cette théorie, deux arguments majeurs ont pu être invoqués. D’abord, les auteurs ont relevé que la notion de réparation était prégnante dans

⁹⁹⁶ Saintelette (C.), *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*, Bruyland-Christophe et Chevalier Marescq, 1884. *contra* : Grandmoulin (J.), *De l’unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, th. Rennes, 1892.

⁹⁹⁷ Toullier (C. B. M.), *Le droit civil français suivant l’ordre du Code*, T.VI, n°222, p.233.

⁹⁹⁸ Richter (A.-C.), th. préc., p.404, n°466.

⁹⁹⁹ Guelfucci-Thibierge (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 1992, p.436, n°752 ; Bousiges (A.), *Les restitutions après annulation ou résolution d’un contrat*, th. Poitiers, 1982, p.113 : « *La technique de restitution évolue vers une forme d’exécution par équivalent* » ; Deprez (J.), *Etude sur la rétroactivité dans les actes juridiques*, th. Rennes, 1953.

ces deux institutions. Celle-ci serait à l’œuvre en matière de restitution lorsqu’il est prévu que la reconstitution des patrimoines se fera par équivalent. L’article 1352 du Code civil vise précisément cette situation en énonçant que « *les restitutions d’une chose autre que d’une somme d’argent a lieu en nature ou, **lorsque cela est impossible, en valeur**, estimée au jour de la restitution* ». Une idée similaire se dégage de l’article 1352-3 du Code civil qui envisage la question de la restitution de la jouissance – par essence impossible en nature – en prévoyant que celle-ci s’effectue sous la forme d’une indemnité. Cette assimilation est contestable pour au moins deux raisons. D’une part, la jurisprudence s’est toujours évertuée à distinguer rigoureusement les restitutions consécutives à l’anéantissement contractuel de la réparation d’un dommage¹⁰⁰⁰. D’autre part, une telle analyse résulte d’un rapprochement contestable des notions d’indemnité et de responsabilité civile. Comme l’a démontré avec brio Mme Le Gallou, l’indemnité englobe des réalités dépassant les hypothèses de la responsabilité civile¹⁰⁰¹. Ensuite, les auteurs ont également rapproché ces deux institutions en y voyant dans chacune **un objectif de sanction**. Si celui-ci ne fait aucun doute en matière de responsabilité civile, il est davantage contestable en ce qui concerne les restitutions. L’idée de sanction au sein du mécanisme restitutoire vient de la conception subjective de celui-ci, qui a notamment été portée par l’ordonnance du 10 février 2016¹⁰⁰². L’article 1352-2 du Code civil, en prévoyant de moduler la somme des restitutions en tenant compte de la bonne foi du restituant semble enclin à sanctionner les comportements fautifs¹⁰⁰³. L’argument apparaît une nouvelle fois contestable. La prise en compte de la bonne foi n’a pas d’impact sur le principe de restitution, elle tend à jouer uniquement dans la détermination de son montant. Dès lors, il ne s’agit pas d’une application de responsabilité civile mais davantage d’une lecture imprégnée des principes moraux reconnus en doctrine et en jurisprudence, tels que la loyauté ou la bonne foi.

385. Un second courant doctrinal, porté par Mme Guelfucci-Thibierge a conduit à rapprocher les deux notions mais sous un angle différent. L’auteure a porté l’idée que **la responsabilité civile serait incluse dans la théorie des restitutions**.

386. Une question méritant reformulation ? Les auteurs n’ont cessé de rapprocher les restitutions de la responsabilité civile ou au contraire de les opposer. C’est ainsi que plusieurs ont relevé que les deux notions présentaient des origines différentes. À l’inverse, les fonctions de la responsabilité civile, axées sur la notion de réparation, et des restitutions, consistant à favoriser un rééquilibrage patrimonial sont de nature à tracer une frontière entre ces deux concepts¹⁰⁰⁴. Si ce débat entre assimilation et opposition semble intarissable, c’est peut-être parce que la question qui en est à l’origine est mal formulée. En effet, les écrits doctrinaux sur

¹⁰⁰⁰ Cass., Civ.1^{ère}, 10 juil. 2002, *R.C.A. 2002*, n°338 ; Cass, Civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, *J.C.P. G. 1996. IV. 1204* ; Cass., Com, 3 fév 1998, *Bull civ IV*, n°61, *D.1999*, somm., p.15 note de O. Tournafond ; *D. aff.1998*, p.371, obs J.F. ; *R.T.D com 1998*, p.910, n°7, obs Bouloc.

¹⁰⁰¹ Le Gallou (C.), *La notion d’indemnité en droit privé*, Bibl. dr. privé, T.CDLXXXVI, 2007, p.8, n°6.

¹⁰⁰² Plus généralement, elle procède d’une conception sanctionnatrice de la rétroactivité portée par certains auteurs : Houin (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris, 1973 ; Pancrazi-Tian (M.E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, p.285 s., n°348 s.

¹⁰⁰³ Cf. *infra* n° 446.

¹⁰⁰⁴ Rouvière (F.), « L’évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente », *R.T.D. civ. 2009*, p.617.

le sujet tournent à l'aporie. La raison en est simple : les auteurs ont systématiquement présenté la responsabilité civile et les restitutions comme exclusives l'une de l'autre. Autrement dit, le raisonnement intellectuel se fonde sur une alternative entre deux branches qui apparaissent incompatibles. Or, cette vision courttermisme, conduisant à appliquer les deux institutions séparément est dépassée depuis longtemps. Le professeur Genicon a parfaitement formulé l'évolution que connaît cette matière. Il pose une distinction classique entre la « petite remise en état » et la « grande remise en état ». La première ne fait référence qu'aux conséquences directes de l'anéantissement du contrat. Elle passe donc essentiellement par les restitutions. La seconde proposition est plus complexe, elle tend à effacer l'ensemble des torts causés par le contrat anéanti. Elle implique donc à la fois des restitutions qui se trouvent complétées par la mise en œuvre de la responsabilité civile¹⁰⁰⁵. Cette analyse démontre l'importance de concevoir ces deux institutions dans le cadre d'un processus unique de rétablissement des patrimoines¹⁰⁰⁶.

387. Les éléments de la controverse ayant été posés, nous nous proposons de tracer une nouvelle approche du lien entre restitution et responsabilité civile au regard du cheminement intellectuel présenté.

B. La phase d'organisation : la restitution-rétablissement et la restitution-indemnisation

388. Le contenu du contrat : critère de distinction des institutions. Tous les auteurs s'accordent sur le fait que les restitutions et la responsabilité fonctionnent sur la technique du flux-reflux précédemment décrite. Le consensus doctrinal porte également sur le fait que ces deux institutions présentent des objectifs différents. Alors que la restitution permet « le reflux de la prestation initiale » qui a causé un déséquilibre patrimonial, la responsabilité civile permet « le reflux du préjudice ». Autrement dit, il s'agit de compenser une perte qui est la conséquence indirecte de l'anéantissement contractuel mais qui n'avait pas été clairement envisagée lors de la conclusion du contrat. Cette présentation indique que le critère de distinction de ces deux institutions se situent dans **le contenu du contrat**. Lors de la conclusion de l'accord entre les parties, les prestations promises sont susceptibles de donner lieu à des restitutions en cas d'anéantissement du socle contractuel. En revanche, les pertes patrimoniales, encourues aléatoirement lors de l'exécution du contrat, se rapprochent davantage du domaine de la responsabilité civile.

389. Implications pratiques. Si nous reprenons les articles 1352 et suivants du Code civil et que nous mettons à l'épreuve le critère proposé, nous pouvons mettre en lumière deux catégories de restitutions. D'une part, les premières correspondent au reflux de la prestation

¹⁰⁰⁵ Génicon (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 2007, p.599, n°839.

¹⁰⁰⁶ Danet (J.) et Lorvellec (L.), « Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6 juillet 1964 », *D.1982*, chr.211.

contractuelle exécutée et des frais de mise en œuvre¹⁰⁰⁷. Celles-ci sont prévisibles et chiffrables dès l'accord des parties. Ce sont les restitutions au sens strict du terme qui permettent un rétablissement du patrimoine initial. Par confort, nous les nommerons donc **restitutions-rétablissement**. Concrètement, elles correspondent à la restitution de la chose, objet du contrat, de l'argent donné ou de la prestation de service effectuée. L'article 1352 du Code civil rappelle, de manière exigeante, qu'elles s'effectuent en nature. L'exécution par équivalent n'est qu'une alternative applicable en cas d'impossibilité de rendre ce qui a été donné. Cette dernière doit-elle être qualifiée de responsabilité ? Une réponse négative s'impose. Comme le démontre M. Grosser, le fait que la restitution se fasse sous la forme indemnitaire n'est en rien incompatible avec la qualification restitutionnelle. Il s'agit simplement d'une modalité d'exécution des restitutions et non d'un élément susceptible de faire basculer cette action sous le régime de la responsabilité civile¹⁰⁰⁸. Une seconde forme de restitutions s'impose à l'esprit. Cette dernière porte sur les éléments accessoires, tels que l'indemnisation des plus-values et moins-values, de la jouissance, des fruits et des intérêts. Ces éléments ne font clairement pas partie du flux initial, ils n'en sont qu'une conséquence indirecte. C'est l'existence d'un préjudice économique induit par ceux-ci qui va faire naître leur reflux. En ce sens, la restitution des éléments accessoires produit un effet réparateur qui tend à se rapprocher de celui induit par la responsabilité civile. La restitution prend cette fois-ci une forme d'indemnisation qui sera qualifiée de **restitution-indemnisation**.

390. Ces deux formes restitutoires ayant été présentées, il convient de se demander si elles peuvent être couvertes par la sûreté initiale.

§2. La compatibilité des formes de restitution avec le droit des sûretés

391. La distinction opérée a le mérite de mettre en lumière deux problèmes majeurs de la garantie des restitutions par la sûreté initiale. D'une part, le processus de restitution-rétablissement implique parfois la restitution d'une obligation de faire. À titre d'illustration, imaginons un cas concret : contrat de formation. En phase d'exécution, le prestataire doit exécuter le service prévu, à savoir la formation, en contrepartie du paiement du prix. L'application rigoureuse de la théorie du contrat inversé, nous conduit, en phase restitutoire, à considérer que le prestataire doit restituer le prix et son cocontractant la formation réalisée. Cet exemple n'est pas sans susciter son lot d'interrogations : une telle restitution de la formation paraît-elle pertinente compte tenu du fait qu'elle sera souvent inutile au prestataire initial ? Peut-elle prendre une autre forme ? Et surtout La couverture d'une telle forme

¹⁰⁰⁷ Comme l'a souligné un auteur, la question des frais de restitution n'est pas traitée par les nouvelles dispositions. Mercoli (S.), « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », *L.P.A.* 2016, n°175-176, p.7.

¹⁰⁰⁸ Grosser (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris, 2000, p.413 s., n°316 s. ; Myoung (S.-K.), *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, préf. Ghestin (J.), Paris, L.G.D.J., 1996, p.202, n°229.

d’obligation est-elle envisageable ? (A). D’autre part, la restitution-indemnisation conduit inévitablement à une dette de nature indemnitaire. La sûreté peut-elle garantir une dette de telle nature ? (B).

A. La garantie d’une obligation de faire

392. Comme il a été précédemment démontré, la restitution-rétablissement porte sur la prestation initiale. Celle-ci peut soit correspondre à la remise d’une chose, soit au paiement d’une somme d’argent ou encore à l’exécution d’une prestation de service. C’est ce dernier cas qui pose question. En effet, il induit théoriquement la restitution d’une obligation de faire. Si le droit des sûretés a admis la garantie des obligations de faire (1), nous montrerons que les nouvelles dispositions issues de l’ordonnance du 10 février 2016 sont venues rendre cette problématique obsolète (2).

1) La réponse du droit des sûretés

393. La distinction du paiement au sens commun et du paiement au sens juridique. La restriction de nos développements à l’hypothèse du cautionnement sera suffisante pour mettre en lumière toute la difficulté liée au concept de paiement. Cette sûreté impliquait traditionnellement que la caution s’engage à payer la dette d’une autre personne, le débiteur principal¹⁰⁰⁹. La référence au terme paiement laissait sous-entendre que seule la garantie d’une dette monétaire était possible. Une telle analyse repose sur la définition du paiement dans son sens commun, à savoir le versement d’une somme d’argent¹⁰¹⁰. Dans le langage juridique, ce terme revêt une signification élargie. Comme le rappelle M. Grua, « *payer, c’est exécuter* »¹⁰¹¹. De même, M. Rouvière insiste sur le fait que « *le paiement ne se limite pas au versement d’une somme d’argent, le paiement satisfait le créancier quel que soit son objet* »¹⁰¹². Le nouvel article 1342 al. 1^{er} du Code civil a d’ailleurs repris cette conception en disposant que « *le paiement est l’exécution volontaire de la prestation due* »¹⁰¹³. Dans ce contexte, il apparaît que la garantie de la sûreté peut porter sur toute forme d’obligation. Cette vision s’est trouvée confirmée par l’ordonnance du 24 mars 2006, qui a redéfini l’acte de cautionnement en le détachant de toute référence à la notion de paiement. L’article 2288 du Code civil dispose ainsi que « *celui qui se rend caution d’une obligation se soumet envers le*

¹⁰⁰⁹ Il s’agit de la définition proposée par M. Bigot-Préameneu au XIX^{ème} siècle devant le Conseil d’Etat. V. : Jouanneau et Solon, *Discussions du Code civil dans le Conseil d’Etat*, T.II, éd. Demonville, 18025, p.652.

¹⁰¹⁰ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, p.730 : « *Au sens courant, versement d’une somme d’argent en exécution d’une obligation de somme d’argent* ».

¹⁰¹¹ Grua (F.), « L’obligation et son paiement », *Mélanges en l’honneur de Yves Guyon*. Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p.479.

¹⁰¹² Rouvière (F.), « L’envers du paiement », *D.2006*, p.481, n°1. Adde Sériaux (A.), « Conception juridique d’une opération économique : le paiement », *R.T.D. civ. 2004*, p.225 ; Catala (N.), *La nature juridique du paiement*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.XXV, 1961, n°IV, p.15, n°6, p.37, et n°177, p.258.

¹⁰¹³ Mignot (M.), « Commentaire article par article de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (X) », *L.P.A. 2016*, p.10.

créancier à **satisfaire à cette obligation**, si le débiteur n’y satisfait pas lui-même »¹⁰¹⁴. Si dorénavant ces débats terminologiques semblent dépassés, nous ne pouvons que regretter la nouvelle définition du cautionnement introduite par l’ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021, portant réforme du droit des sûretés. Le cautionnement y est vu comme « le contrat par lequel une caution s’oblige envers le créancier à **payer la dette du débiteur** en cas de défaillance de celui-ci ». Bien qu’il n’y ait plus de doute sur la portée du terme « paiement », une définition détachée de cette référence trompeuse à la dette monétaire aurait été préférable pour des raisons évidentes de pédagogie¹⁰¹⁵.

394. Application pratique. Ces débats théoriques étant acquis, il convient de vérifier en pratique la possibilité de garantir une obligation autre que le paiement d’une certaine somme d’argent. La jurisprudence l’a admis à plusieurs reprises dans des contextes très variés. La Cour d’appel de Paris a ainsi validé le cautionnement d’une formation¹⁰¹⁶. De même, la Cour de cassation dans un arrêt en date du 1^{er} juillet 1971 a ouvert la possibilité de cautionner l’engagement d’un salarié à l’égard de son employeur¹⁰¹⁷. La doctrine se montre également favorable à ce type de garantie. La plupart des auteurs ont simplement attiré l’attention sur les modalités d’exécution de la garantie. Comme le rappelle le professeur Simler, l’objet de la sûreté porte davantage sur une forme d’indemnisation du créancier insatisfaisant que sur la véritable exécution de l’obligation¹⁰¹⁸. Autrement dit, bien qu’il soit envisageable de garantir une obligation de faire ou de ne pas faire, le garant s’exécutera toujours en argent¹⁰¹⁹. A

¹⁰¹⁴ Pellier (J.-D.), « Une certaine idée du cautionnement », *D.2018*, p.686.

¹⁰¹⁵ Pellier (J.-D.), « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 1) : le cautionnement (dispositions générales) », *D. actu.*, 20 sept. 2021. Pour une explication de cette définition, V. : Rapport au président de la République relatif à l’ordonnance n°2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés. Il s’agit d’une simple reprise de la proposition formulée dans l’avant-projet Capitant.

¹⁰¹⁶ CA Paris, 19 janv. 2001, n°1997/26313. *Adde* CA Paris, 12 fév. 1999, n°96/16778.

¹⁰¹⁷ Cass., Soc., 1^{er} juil. 1971, n°70-40.535, *Bull. civ.* V, n°509, p.427.

¹⁰¹⁸ Simler (P.), « Cautionnement : Conditions de validité – conditions propres au cautionnement », *J.-Cl. Notarial*, fasc.25, 2013, n°4. *Adde* : Devèze (J.), Couret (A.) et Hirigoyen (G.), *Droit du financement*, éd. Lamy, 2005, n°3312 : « L’obligation garantie est souvent celle de payer une somme d’argent mais on peut également cautionner une obligation de donner, de faire (par exemple des travaux) ou de ne pas faire, la garantie concernant alors les dommages-intérêts consécutifs à l’exécution ». *contra* : Dupichot (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, th., 2005, p.332, n°395, note 483 : « La caution est elle-même tenue ab initio de la même obligation de faire que le débiteur, le créancier pouvant exiger en principe l’exécution en nature. A défaut, la caution devra les dommages-intérêts compensatoires de son propre engagement, calqué sur celui du débiteur ».

¹⁰¹⁹ Dupichot (P.), th. préc., p.231, n°278 : l’auteur explique qu’une partie de la doctrine a contesté la qualification de cautionnement dans ces cas au motif que le garant s’exécutera automatique en argent. Or, selon lui, ce type de raisonnement conduirait à la création d’une nouvelle sûreté *sui generis* et à la méconnaissance du champ d’application du cautionnement précédemment décrit.

défaut, la sûreté prise encourrait la requalification en promesse de porte-fort¹⁰²⁰ ou en lettre d’intention¹⁰²¹.

395. Si du côté du droit des sûretés, cette situation n’apparaît pas comme un obstacle insurmontable, voyons la réponse apportée par le droit des obligations.

2) *La réponse du droit des obligations*

396. La position du problème. La question initialement posée présente tout son intérêt puisque certains commentateurs de la réforme ont vu dans l’article 1352-9 du Code civil une nouvelle forme de garantie bancaire de bonne fin¹⁰²². Cette dernière essentiellement sollicitée en matière de marché de travaux de BTP, a pour effet d’assurer une indemnité au créancier insatisfait. L’objet de la garantie porte exclusivement sur une obligation de faire. Si ces deux situations apparaissent proches, elles présentent toutefois une différence fondamentale. La mise en lumière de celle-ci passe par un rappel des hypothèses dans lesquelles les garants se trouveraient susceptibles de garantir une obligation de faire. Le principal problème qui peut être amené à se poser est celui d’un contrat de prestation de service garanti par une sûreté. En face d’exécution du contrat, le prestataire est tenu de fournir une obligation de faire et son contractant d’en payer la somme. La sûreté garantit alors cette obligation monétaire. En phase restitutoire, les positions se trouvent inversées : le prestataire se doit de restituer les sommes et son cocontractant la prestation fournie. Or, force est d’admettre qu’un tel raisonnement apparaît ubuesque. D’abord, le débiteur de l’obligation de restitution de la prestation n’aura certainement pas les compétences pour s’exécuter de manière satisfaisante. Ensuite, quand bien même cela serait le cas, une telle exécution présenterait un intérêt mineur voire inexistant pour le créancier. Dès lors, intéressons-nous aux solutions qui permettent de dépasser une telle situation absurde.

397. Eléments de solution. C’est la notion de monnaie qui permet de surmonter les freins évoqués. Pour rappel, cet instrument économique joue trois rôles majeurs : intermédiaire des échanges, outil de mesure des valeurs et réservoir de liquidité. Comme l’a démontré M. Pignarre, toutes ces fonctions trouvent une traduction sur le plan juridique¹⁰²³. Ainsi, la monnaie endosse tantôt un rôle d’évaluation¹⁰²⁴, tantôt, elle constitue un instrument de paiement. Ce sont ces deux points qui nous intéressent lorsqu’il s’agit de se pencher sur l’hypothèse de la restitution d’une prestation de service.

¹⁰²⁰ Ancel (P.), *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, th. Dijon, 1981, n°30, spéc. n°52 s. ; Véricel (V.M.), « Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort », *D.1988*, chr., p.123 ; Smiler (P.), « Les solutions de substitution au cautionnement », *J.C.P. G. 1990*. I. 3427, n°29 ; *J.C.P. E.1990*, II, 15659 ; Sagaut (F.), « Variations autour d'une sûreté personnelle sui generis : la promesse de porte-fort de l'exécution », *R.D.C. 2004*, p.840.

¹⁰²¹ Piette (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Cautionnement », juin 2016 (actualisation : août 2017), n°7.

¹⁰²² Chantepie (G.) et Latina (M.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p.921, n°1079

¹⁰²³ Carbonnier (J.), *Droit civil, les biens, les obligations*, T.II, PUF, coll. Quadriga 2004.

¹⁰²⁴ Pignarre (L.-F.), th. préc., p.49, n°58.

398. La monnaie : outil d'évaluation des restitutions. La Cour de cassation, suivi par les auteurs de la réforme, ont reconnu la validité des restitutions en valeur¹⁰²⁵. C'est ici le rôle d'évaluation de la monnaie qui est clairement mis en évidence. Comme a pu le souligner un auteur, la monnaie présente l'avantage d'être flexible et peut ainsi tout évaluer et restituer n'importe quelle prestation¹⁰²⁶. Un tel constat se retrouve également dans les écrits de M. Pignarre qui propose une grille d'évaluation des prestations exécutées en vertu d'un contrat anéanti à partir de l'outil monétaire. Enfin, ce rôle central de la monnaie dans le processus de détermination de l'obligation a aussi été dépeint par le professeur Libchaber, qui définit l'obligation monétaire au regard de deux critères. Cette dernière se décomposerait en unités de valeur et en unité de paiement. L'évaluation de la restitution d'une prestation de service fait écho à cette première étape ; le monnaie prend ainsi la forme d'une unité de valeur¹⁰²⁷. Bien que la thèse formulée par M. Libchaber a pu être critiquée, elle conserve toute sa pertinence dans le cadre de notre objet d'étude. En effet, un auteur a contesté la dualité de l'obligation monétaire. Ce dernier estime que celle-ci ne serait constituée que d'un paiement, l'évaluation étant une simple étape préalable¹⁰²⁸. Tout intéressante que soient ces propositions, elles sont indifférentes dans le cadre de notre analyse. Que le processus d'évaluation soit inhérent à l'obligation monétaire ou qu'il soit un simple préalable n'enlève rien à nos conclusions. La monnaie joue un rôle fondamental lorsqu'il s'agit d'envisager la restitution d'une prestation de service puisqu'elle sert de grille d'évaluation de celle-ci.

399. La monnaie : outil de paiement des restitutions. Outre cette fonction évaluatrice, la monnaie constitue également un instrument de paiement. Ce rôle est particulièrement saillant lorsqu'on envisage la question de la responsabilité contractuelle. L'article 1231-1 du Code civil dispose ainsi que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* ». Le préjudice sera évalué et payé par le biais de la monnaie. Une logique similaire s'impose en matière restitutoire : la monnaie jouera un rôle crucial dans l'évaluation de l'obligation de restitution d'une prestation de service et dans son paiement. Cet instrument endossera ici le rôle d'unité de paiement, pour reprendre la terminologie employée par M. Libchaber¹⁰²⁹. C'est en raison de cette fonction attribuée à la monnaie que certains auteurs ont estimé que les restitutions¹⁰³⁰ tout comme la responsabilité contractuelle¹⁰³¹ constituait une forme d'exécution du contrat par équivalent. Dans le contexte d'échec contractuel, le paiement de dommages et intérêts et l'exécution de restitution sous la forme monétaire procure indéniablement une forme de satisfaction au créancier. Sur ce point, le rapprochement avec l'exécution de la convention semble tout à fait pertinent. Toutefois, les obligations de restitution et de réparation n'ont pas une nature contractuelle ; elles ont, au contraire, vocation à remettre les parties dans un état

¹⁰²⁵ Cass., Civ. 1, 11 juin 2002, D.2002, p.3108, obs. M.-A. Rakotovahiny.

¹⁰²⁶ Le Gallou (C.), th. préc., p.289, n°364.

¹⁰²⁷ Sur la notion d'unité de valeur, V. : Libchaber (R.), *Recherche sur la monnaie*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCXXV, 1992, p.30, n°34.

¹⁰²⁸ Pignarre (L.-F.), th. préc., p.49, n°58.

¹⁰²⁹ Sur la notion d'unité de paiement, V. : Libchaber (R.), th. préc., p.26, n°27.

¹⁰³⁰ Bousiges (A.), *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, th. Poitiers, 1982, p.113.

¹⁰³¹ Rouvière (F.), « L'envers du paiement », D.2006, p.481, n°1.

antérieur à la conclusion du contrat. Dès lors, les qualifier « d'exécution par équivalent » apparaît excessif. Si leur technique se rapproche, en effet, de l'exécution d'une prestation conventionnellement prévue, leurs finalités s'en distinguent à bien des égards.

400. L'analyse de la notion d'obligation monétaire et du rôle de la monnaie nous conduit à la levée de l'obstacle posé. Lorsqu'il y a exécution d'une prestation de service en phase initiale, il s'agit de procéder à son évaluation et à son paiement en monnaie lors des restitutions. Autrement dit, une obligation monétaire vient se substituer à l'obligation en nature, consistant à rendre la prestation de service prévue au contrat. L'article 1352-8 du Code civil est d'ailleurs en ce sens puisqu'il énonce que « *la restitution d'une prestation de service a lieu en valeur* ». Par voie de conséquence, considérer qu'une obligation de restitution puisse parfois être une obligation de faire semble difficile à admettre. Bien souvent, en phase restitutoire, une obligation de donner une certaine somme d'argent viendra se substituer à une obligation de faire. Les difficultés semblent ainsi dépassées puisque cette situation n'emportera pas de conséquence majeure quant à la sûreté. Le basculement vers une obligation monétaire, nous fait retomber sur schéma classique où la garantie portera sur une obligation dont le paiement s'effectue en monnaie.

401. Le cas d'école : l'obligation de faire assignée au restituant. Au regard de ce qui précède, la question de la possibilité de garantir une obligation de faire apparaît superflu. Il existe toutefois une hypothèse, marginale en pratique, où elle recouvre tout son intérêt. Nous avons vu que lorsque le restituant doit rendre la prestation de service prévue au contrat, la restitution prend la forme d'une obligation monétaire¹⁰³². Qu'en est-il maintenant lorsqu'en phase restitutoire, l'une des parties se trouve contrainte de restituer une prestation de service de nature différente de celle conventionnellement envisagée ? Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, en date du 13 novembre 1997, fournit une excellente illustration de l'hypothèse étudiée. En l'espèce, il était question d'un contrat de bail comprenant une clause interdisant toute modification de la distribution des lieux. Cette dernière peut s'interpréter en une obligation de ne pas faire. Il s'est trouvé que le locataire n'a pas respecté les termes de la convention. Le bailleur l'a alors assigné en paiement de dommages et intérêts. La Cour d'appel n'a pas fait droit à cette demande. Elle a considéré que le bailleur n'avait « *subi aucun préjudice, et (qu'il) ne rapporte pas la preuve d'une atteinte à la solidité de l'immeuble ni d'une diminution de la valeur locative* ». La Cour de cassation casse fermement l'arrêt d'appel au visa de l'article 1143 du Code civil et considère que « *le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu* »¹⁰³³. Dans cet arrêt, il n'était pas question d'anéantissement du contrat de bail. Envisageons la solution qui aurait été retenue au regard des restitutions si une telle demande avait pu être formulée. Le locataire aurait été tenu de restituer la jouissance du bien sous la forme d'une obligation monétaire. Cela ne pose pas de difficulté majeure, on retombe dans la situation qui vient d'être décrite, la sûreté peut garantir

¹⁰³² Nous sommes ici dans le cas précédemment décrit où une obligation de donner se substitue à l'obligation de faire.

¹⁰³³ Cass., Civ. 3^{ème}, 13 nov. 1997, *Bull. civ. III*, n°202, D.1998, somm., p.97, obs. A. Honorat ; *R.T.D. civ.*1998, p.124, obs. P. Jourdain, et p.696, obs. P.-Y. Gautier.

une telle obligation sans difficulté. Plus complexe est la seconde forme de restitution envisagée. En effet, le locataire se serait également vu mettre à sa charge une obligation de destruction des changements effectués en méconnaissance de la convention¹⁰³⁴. Il s’agit là de l’obligation de restitution matérialisant l’obligation contractuelle de ne pas modifier la distribution des lieux. Reste à se demander si cette dernière peut être couverte par la sûreté. La conversion en obligation monétaire est moins évidente que dans l’hypothèse antérieurement étudiée compte tenu du fait que la réalisation de la prestation en nature présente un intérêt pour le créancier. La solution est à rechercher ailleurs, dans la compétence du débiteur de l’obligation de restitution. Si ce dernier n’est pas en mesure d’opérer la remise en état des lieux, il devra passer par un tiers qu’il rémunérera. Son obligation sera donc de nature monétaire et la sûreté pourra raisonnablement la couvrir. A l’inverse, si le débiteur se trouve en mesure d’opérer les destructions exigées. L’obligation de restitution prendra ici la forme d’une obligation de faire. Ce n’est véritablement que dans ce cas que la question de la couverture d’une obligation de faire par la sûreté trouve toute sa pertinence. Comme énoncé précédemment, nous sommes ici proche d’une garantie de bonne fin où la sûreté aura une finalité inséminatrice si le débiteur ne s’exécute pas.

402. La question de la garantie des obligations de faire, dans un contexte restitutoire, s’avère être un faux problème. La raison en est simple : la restitution d’une prestation de service ne s’exécutera jamais en nature, elle mute en une forme d’obligation monétaire dont la couverture ne fait aucun doute. Seule l’hypothèse de destruction en guise de restitution pose davantage question. Dans ce cas, la sûreté se retrouve véritablement à couvrir une obligation de faire et prendra la forme d’une garantie de bonne fin. Elle aura donc vocation à indemniser le créancier en cas d’inexécution du débiteur. Cette situation déplace la problématique de la garantie d’une obligation de faire vers la garantie d’une dette de nature indemnitaire.

B. La garantie d’une dette indemnitaire

403. La question de la garantie d’une obligation de faire nous invite à prolonger la réflexion et à se demander si la sûreté peut se trouver à garantir une dette de nature indemnitaire. En effet, comme nous l’avons vu précédemment, les restitutions peuvent avoir une nature indemnitaire lorsqu’elles ont pour but de procéder à une réintégration dans le patrimoine initial des accessoires de la créance, tels que les fruits ou les intérêts. A ce stade, restitution et réparation sont très proches et tendent à se confondre¹⁰³⁵. Une question préliminaire s’impose : la sûreté initiale se reporte-t-elle sur ces accessoires ? Bien que les articles 1352 et suivant n’en fassent pas mention, une réponse positive s’impose d’elle-même. Ces éléments sont qualifiés d’accessoire à l’égard de l’obligation initiale mais ils le sont également à l’égard des restitutions. Or, il a toujours été admis que la couverture de la sûreté

¹⁰³⁴ La Cour de cassation a déjà admis que l’obligation de restitution pouvait prendre la forme de destruction d’un ouvrage. Pour un exemple récent, V. : Cass., Civ. 3^{ème}, 27 mai 2021, n°20-13.204.

¹⁰³⁵ Cf. *supra* n° 379 s.

s’étend aux accessoires de la créance principale¹⁰³⁶. Cette question étant évacuée, intéressons-nous aux difficultés liées à la nature de dette garantie. Si la garantie d’une dette de nature indemnitaire est de l’essence de la garantie indemnitaire ou de la garantie autonome, il n’en est pas de même concernant les sûretés dites traditionnelles. Ces dernières peuvent-elles couvrir une telle dette ?

404. La validité de la couverture d’une dette indemnitaire. Plusieurs auteurs ont tenté de monter que la frontière entre le cautionnement et la garantie indemnitaire était très mince¹⁰³⁷. Selon eux, le cautionnement revêt dans certaines hypothèses une nature indemnitaire indéniable. Tel est le cas lorsque cette sûreté se trouve engagée à garantir une obligation non pécuniaire. Elle ne peut raisonnablement fournir une exécution en nature de la prestation¹⁰³⁸. Son rôle se cantonne à celui d’indemnisation du créancier insatisfait¹⁰³⁹. M. Jacob exprime ce constat dans les termes suivants : « *le cautionnement (...) même quand le débiteur principal est tenu d’une obligation de faire n’est pas une garantie indemnitaire (...), la caution paiera bien « à la place » du débiteur : elle satisfera à l’indemnité due par celui-ci, accédant à sa dette* »¹⁰⁴⁰. Un second exemple de la nature indemnitaire des sûretés accessoires, nous est fourni par le cas des engagements omnibus. Comme le relève le professeur Dupichot, dans ce type d’hypothèse, le garant peut être amené à couvrir une variété de dettes dont certaines ont une nature indemnitaire. L’auteur estime qu’il est tout à fait possible le garant doive supporter « *non seulement les accessoires conventionnels ou légaux ou les frais de justice mais également des indemnités contractuelles telles qu’une clause pénale ou une indemnité de résiliation d’un bail ou d’un crédit-bail* »¹⁰⁴¹.

405. L’efficacité de la couverture d’une dette indemnitaire. Tant la jurisprudence que la doctrine se montrent favorable à la garantie d’une dette indemnitaire. Ce constat nous permet de conclure que la couverture des accessoires de l’obligation de restitution ne soulève aucune difficulté. Au même titre qu’en phase d’exécution il est admis que la sûreté puisse couvrir toutes formes d’indemnités accessoire à l’obligation principale, celle-ci peut être reportée sur les accessoires de la créance de restitution. Les intérêts dus en raison de la détention d’une somme d’argent, les éventuelles plus-values, la restitution de la jouissance ou encore les frais

¹⁰³⁶ A titre d’exemple, l’article 2295 CCiv. dispose que « *sauf clause contraire, le cautionnement s’étend aux intérêts et autres accessoires de l’obligation garantie* ». De même, l’article 2390 du Code civil prévoit que « *l’hypothèque s’étend aux intérêts et autres accessoires de la créance garantie* ».

¹⁰³⁷ Dupichot (P.), th. préc., p.331, n°395 ; Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010, p. 53, n°52. *contra* : Michel (C.-A.), *La concurrence entre les sûretés*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.DLXXX, 2018, p.322, n°309 : « *Lorsque l’obligation garantie est une obligation non monétaire, la qualité de concurrent du cautionnement des garanties indemnitaires apparaît moins évidente* ».

¹⁰³⁸ *contra* : Dupichot (P.), th. préc., p.230, n°278.

¹⁰³⁹ Netter (E.), th. préc., p.53, n°52.

¹⁰⁴⁰ Jacob (F.), *Le constitut ou l’engagement autonome de payer la dette d’autrui pris à titre de garantie*, préf. P. Simler, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CXCIV, 1998, n°231, note 599.

¹⁰⁴¹ Dupichot (P.), th. préc., p.332, n°395. Pour des exemples jurisprudentiels, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 8 fév. 1977, *J.C.P. G. 1979. II. 19095*, note A. Jacquemont ; Cass., Com., 15 juil. 1986, *Bull. Civ. IV, n°155, D.1987*, somm., p.449, obs. L. Aynès.

restitutoires sont autant d'éléments de nature indemnitaire qui peuvent venir gonfler la dette restitutoire et qui se trouveront couverts par la sûreté initiale.

406. Synthèse. Il a été démontré que la frontière tracée entre restitution et responsabilité est souvent très poreuse. Ce constat pose question quant à la survie de la sûreté : est-il possible d'envisager que celle-ci puisse couvrir une dette non pécuniaire ou qu'elle puisse garantir une créance de nature indemnitaire ? Ces interrogations ne posent pas de difficulté dans le cadre des garanties indemnitaires, elles méritent davantage d'attention lorsqu'il s'agit d'une sûreté traditionnelle accessoire. Toutefois, la rédaction de la définition du cautionnement nous invite à croire au caractère superficiel de ces questions. En effet, il est admis que cette sûreté a vocation à couvrir le paiement d'une obligation au sens large du terme. Cette formulation signifie que la caution s'engage en garantie d'une exécution quelle que soit sa nature. Une telle conclusion aboutit à la conséquence suivante : la sûreté peut sans difficulté couvrir tant la dette restitutoire en argent que ces éventuels accessoires.

407. Conclusion. Nous avons démontré que le champ d'application de l'article 1352-9 du Code civil quant à la sûreté était particulièrement mal défini. Un constat similaire semble s'imposer lorsqu'il s'agit de le déterminer au regard de l'obligation de restitution. Plusieurs questions restent en suspens. D'une part, les articles 1352 et suivants du Code civil n'attachent que peu d'importance à l'obligation et au contrat à l'origine de la restitution. Ce constat est étonnant compte tenu du fait que les nouvelles dispositions sont basées sur un lien de « flux et reflux » entre la phase d'exécution et la phase restitutoire. Pour autant, force est de constater que celles-ci ont été essentiellement conçues selon le modèle de la restitution d'une obligation de donner alors que d'autres hypothèses sont également envisageables. D'autre part, les articles 1352-9 du Code civil font aussi fi des parties à l'obligation de restitution. Cette question n'est pourtant pas neutre dans le cadre de la détermination du sort de la sûreté. En effet, s'il s'agit d'appliquer la théorie du « contrat inversé » proposée par le Doyen Carbonnier, plusieurs cas échappent à l'application de l'article 1352-9 du Code civil. Enfin, sur la détermination de la frontière entre restitution et responsabilité, là encore les nouvelles dispositions se montrent lacunaires. Tous ces éléments méritent précision dans le sens où ils exercent une influence décisive sur l'application du report de la sûreté. Si la qualité médiocre de la rédaction des nouvelles dispositions sur les restitutions est à relever, elle ne constitue pas l'unique défaut imputable au législateur. Ce dernier semble également avoir omis de s'interroger sur la pertinence des règles de droit proposées.

CONCLUSION TITRE I

408. L'étude du champ d'application de l'article 1352-9 du Code civil nous conduit à un constat des plus déroutants : les rédacteurs de la réforme n'ont manifestement pas étudié la mise en œuvre pratique de cette disposition. Ils ont fait le choix d'une vaste application de celle-ci en considérant qu'elle concernait « *les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation* ». Si une telle formulation a l'avantage de l'élégance, elle encourt la critique tant son degré d'imprécision est notable. L'étude pratique, à laquelle nous avons procédé, illustre parfaitement le grand degré de confusion quant au domaine d'application de cette règle. Les défauts sont de deux ordres : l'article 1352-9 du Code civil a parfois fait référence à des cas où il ne peut raisonnablement s'appliquer. A l'inverse, il est des situations où le report de sûreté pourrait fonctionner mais ces dernières n'ont pas été reprises au sein des textes.

409. En-deçà du texte : la restriction du domaine l'article 1352-9 du Code civil. Le législateur nous paraît assurément avoir été trop ambitieux en estimant que toutes les sûretés pourraient prétendre à leur report sur l'obligation de restitution. Le fonctionnement des sûretés réelles nous paraît un obstacle dirimant à l'application de ladite règle. Comment admettre qu'un vendeur, qui prend une sûreté sur le bien vendu en garantie du paiement du prix, trouve un intérêt à celle-ci en phase restitutoire ? Cette problématique n'est pas neutre, elle laisse penser que le législateur en consacrant la règle du report de la sûreté sur l'obligation de restitution n'avait à l'esprit que l'hypothèse du maintien de la sûreté en matière de contrat de prêt. Toutefois même dans ce cas, la survie de la sûreté réelle pose question : comment justifier que la rétroactivité attachée à l'anéantissement contractuel ne revienne pas sur le transfert de propriété ayant permis la constitution de la sûreté réelle ? Ces difficultés confirment notre intuition de départ : le législateur semble avoir eu en vu le résultat permis par le report de la sûreté indépendamment de sa mise en œuvre, qui s'avère techniquement complexe.

410. Au-delà du texte : l'extension du domaine l'article 1352-9 du Code civil. Si le législateur semble avoir été trop ambitieux sous certains aspects, à l'inverse il a pu apparaître excessivement modeste sur d'autres. Pourquoi avoir consacré uniquement le report de la sûreté à l'exclusion des garanties ? L'analyse que nous avons menée a permis de démontrer qu'aucune difficulté ferait obstacle à l'application de ladite règle aux garanties. Cette omission ne trouve, à notre sens, sa justification que dans l'incapacité du législateur a projeté la règle sur d'autres cas que ceux qui avaient été antérieurement envisagés par la jurisprudence. Dans le même ordre d'idées, le fait que les rédacteurs de la réforme n'aient pas

perçu que des difficultés pourraient être amenées à se poser dans le cadre de la restitution d’une prestation de service, est particulièrement symptomatique de la difficulté du législateur à penser la phase post-contractuelle.

411. La méthodologie mise en œuvre dans la rédaction des dispositions sur les restitutions présente un certain nombre de défauts. L’étude du champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil confirme notre hypothèse de départ, à savoir que cette règle a été essentiellement pensée à partir de son résultat et des quelques cas de la jurisprudence antérieure. Le problème posé par ce type de cheminement réside dans la difficile compatibilité avec la technicité. Il est évident que le législateur est tombé dans ce piège : en ayant uniquement en vue la sécurité du créancier sans aggraver le sort du garant, il en a omis les difficultés techniques posées par la règle du report de la sûreté. Nous suggérons une méthode de travail alternative consistant à partir des définitions et des hypothèses amenées à se poser en pratique. La mise en œuvre de celle-ci révèle que la rédaction actuelle de l’article 1352-9 du Code civil n’est pas satisfaisante sur divers points. Outre ces éléments tenant au champ d’application de la règle du report de la sûreté, c’est également son application doit être questionnée. Les défauts méthodologiques susmentionnés se reflètent-ils sur le plan de l’exécution de cette disposition ?

TITRE II

L’APPRÉCIATION DU REPORT DE SÛRETÉ

« *Quand le « je » se cache, notamment en sociologie et dans les sciences sociales, c’est une ruse honteuse !* »¹⁰⁴²

412. La justification d’une analyse critique du sujet. S’interroger sur l’appréciation d’une règle emporte une part de subjectivité. Si celle-ci est contestée dans la recherche scientifique, qui prône une étude rationnelle des phénomènes, elle semble ici s’imposer. En effet, la complexification de la pensée juridique implique une analyse multidimensionnelle des sujets. La détermination du champ d’application de la règle de droit ne suffit pas à approuver sa valeur¹⁰⁴³. Cette lecture objective de l’objet d’étude doit inévitablement être complétée par une étude plus subjective. C’est la méthode que préconisent MM. Ost et Van de Kerchove en insistant sur la nécessaire « *interprétation de la règle* »¹⁰⁴⁴. Selon ces auteurs, la validité de la règle juridique doit être un objectif recherché par le juriste. Ils expliquent ainsi que « *les normes juridiques qui comptent sont les normes valides, ou du moins celles qui résistent aux procédures d’invalidation, tout comme les propositions scientifiques pertinentes sont celles qui ont surmonté les épreuves de la falsification* »¹⁰⁴⁵. Toutefois, la question de la validité de la norme, si chère à Kelsen¹⁰⁴⁶, est constamment complétée par un nouvel impératif : celui de la qualité de la norme. Il n’aura pas échappé aux juristes que la mise en compétition des droits¹⁰⁴⁷ a conduit le législateur à une approche renouvelée de la norme juridique. Il ne suffit plus de faire du droit pour faire du droit, la matière juridique devient un véritable instrument de puissance au service de l’économie. Les auteurs de la réforme du droit des obligations étaient parfaitement conscients de ces enjeux, puisqu’ils ont estimé que celle-ci avait vocation à moderniser et rendre plus accessible le droit commun des contrats tout en garantissant une certaine sécurité juridique¹⁰⁴⁸. La réforme est-elle vraiment à la

¹⁰⁴² Morin (E.), *Dialogue sur le sujet qui écrit*, in « Cahiers Pierre-Baptiste », 13 déc. 1984, p.4.

¹⁰⁴³ Laithier (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, préf. Muir Watt (H.), Paris, éd. L.G.D.J., 2004 : l’auteur estime que s’interroger sur l’efficacité d’une règle de droit suppose une appréciation qui dépasse le simple constat factuel et qui relève du jugement de valeur.

¹⁰⁴⁴ Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *ouvr. préc.*, p.307.

¹⁰⁴⁵ Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *ouvr. préc.*, p.307.

¹⁰⁴⁶ Lasserre (V.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Loi et règlement – Naissance des lois et des règlements », juil. 2015, n°160 : « *Kelsen va mettre en avant la validité de la norme, celle-ci étant susceptible de connaissance objective. C’est donc la validité de la norme qui est le mode d’existence des normes* ». *Adde* : Martin (R.), « *Aller et retour de Kelsen à Aristote* », *R.T.D. civ.* 1997, p.387.

¹⁰⁴⁷ *Cf. supra* n° 19.

¹⁰⁴⁸ Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

hauteur de ces ambitions ? Telle est la question qui mérite de se poser à ce stade du raisonnement. Il s’agit ainsi de se demander si l’article 1352-9 du Code civil reflète les objectifs qui viennent d’être mentionnés.

413. La méthode d’analyse critique du sujet. Pour répondre à cette problématique, il est nécessaire de mettre en œuvre une méthode rigoureuse. En ce sens, MM. Ost et Van de Kerchove énoncent des critères pour jauger, ce qu’ils nomment « la validité de la règle ». Selon eux, questionner la validité d’une règle de droit implique de s’interroger « *sur le rapport qu’elle entretient avec l’existence de la règle de droit, sa signification, son caractère obligatoire, sa juridicité et, enfin, sa positivité* »¹⁰⁴⁹. De manière plus concrète, les auteurs estiment que la validité doit se comprendre comme l’efficacité juridique. Ainsi, « *est valide la norme ou l’acte dont on reconnaît, dans un système juridique donné, qu’il doit sortir les effets de droit que ses auteurs entendaient lui attribuer* »¹⁰⁵⁰. L’application de cette méthodologie à notre objet d’étude, nous invite à nous demander si la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution s’applique dans toutes les circonstances (**Chapitre 1**). Par ailleurs, la qualité du droit implique aussi une certaine lisibilité de ce dernier. Le processus de densification normative, souvent mis en cause par la doctrine, conduit à rendre la matière juridique absconse. Le droit des sûretés en fournit un excellent exemple avec la multiplicité des obligations d’information dont est tenu le créancier à l’égard de la caution¹⁰⁵¹. Le chevauchement des normes juridiques conduit à l’intelligibilité du droit et contribue à altérer sa qualité. Il convient donc de vérifier si l’article 1352-9 du Code civil participe à ce processus. Concrètement, cela implique de se demander s’il existe d’autres procédés qui aboutissent au même résultat que la règle du report de la sûreté. Si tel est le cas, nous serons forcés de conclure à l’inutilité de la règle étudiée (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : L’EFFICACITÉ DU REPORT DE LA SÛRETÉ

CHAPITRE 2 : L’UTILITÉ DU REPORT DE LA SÛRETÉ

¹⁰⁴⁹ Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *ouvr. préc.*, p.308.

¹⁰⁵⁰ Ost (F.) et vVan de Kerchove (M.), *ouvr. préc.*, p.309.

¹⁰⁵¹ Guelfucci Thibierge (C.), *La densification normative : découverte d’un processus*, Mare & Martin, 2014, 1204p.

CHAPITRE 1

L’EFFICACITÉ DU REPORT DE SÛRETÉ

414. L’analyse juridique dictée par l’impératif d’efficacité. Il a été vu que la notion d’efficacité n’est pas familière au juriste. Celui-ci tend davantage à s’interroger sur la validité de la norme que sur ses conséquences. Cependant, MM Ost et Van de Kerchove ont montré les insuffisances d’une telle analyse. La transformation profonde de nos sociétés a conduit à un changement de paradigme. Dorénavant, la matière juridique doit s’analyser en réseau. Cette exigence invite le juriste à un point de vue plus global. Il ne s’agit plus de raisonner qu’en terme de construction du droit, il faut aussi étudier la cohérence du système. Cette évolution du raisonnement juridique se double d’un argument économique. Il a été démontré que la mise en compétition des droits impose au législateur de s’interroger sur la qualité de la norme juridique et surtout d’introduire un critère d’efficacité dans l’évaluation du droit¹⁰⁵². Avant d’entamer ce travail, une question cruciale s’impose : qu’entend-t-on par « efficacité » ? M. Laithier a proposé une définition satisfaisante de ce terme. Selon lui, est efficace « *ce qui produit l’effet attendu* »¹⁰⁵³. Aux termes de cette définition, la règle du report de la sûreté doit être considérée comme efficace dès lors que toutes les obligations de restitution postérieures à l’anéantissement contractuel peuvent être couvertes par la garantie initiale. Or, force est de constater qu’un tel objectif est rarement atteint. En effet, il a été démontré que l’article 1352-9 du Code civil se fondait sur deux éléments majeurs, à savoir une sûreté et une obligation de restitution. Un certain nombre d’événements vont venir remettre en question ces deux composantes et faire échec à l’application de la règle étudiée. Dès lors, inefficacité résulte soit d’une disparition de la sûreté de sûreté antérieurement aux restitutions (**Section 1**), soit d’une réduction voire d’une suppression de l’obligation de restitution (**Section 2**).

¹⁰⁵² Cf. *supra* n° 19.

¹⁰⁵³ Laithier (Y.-M.), th. préc., p.19, n°8.

SECTION 1 : LA DISPARITION DE LA SÛRETÉ ANTÉRIEUREMENT AUX RESTITUTIONS

415. L’inefficacité peut d’abord résulter d’une disparition de la sûreté avant la mise en œuvre du processus restitutoire. Les conditions d’application de l’article 1352-9 du Code civil se trouvent réunies mais un élément fortuit vient perturber cette situation. Ce cas est à bien distinguer d’autres hypothèses, mentionnées précédemment, où la qualification de report de sûreté ne pouvait s’appliquer en raison du défaut d’un élément essentiel à celle-ci. Ici, la situation est toute autre : tous les ingrédients du report de sûreté sont initialement présents mais « la vie contractuelle » antérieure à l’anéantissement du contrat conduit à la disparition de l’un d’eux, en l’occurrence la sûreté. C’est cette disparition qui est source d’inefficacité du texte puisque ses effets se trouvent paralysés.

416. Ainsi, deux phénomènes peuvent venir remettre en cause l’existence de la sûreté dont le report est envisagé. Le premier est **d’ordre naturel** : la sûreté peut s’éteindre avant que le contrat garanti ne soit remis en cause (§1). La sûreté peut également ne pas être reportée du fait de la volonté des parties. Cette situation sera alors qualifiée **d’intentionnelle** (§2).

§1. La sûreté éteinte

417. Lorsque la sûreté a été valablement éteinte entre le moment de sa constitution et l’anéantissement du contrat garanti, elle ne peut être amenée à garantir les restitutions. Ce constat se déduit de deux arguments : l’obligation de restitution ne rentre pas dans la couverture de la sûreté éteinte (A) et le fondement légal de la règle du report ne suffit pas à reconnaître un cas de renaissance légale de la sûreté (B.).

A. L’absence de couverture de l’obligation de restitution

418. L’hypothèse qui pose question est la suivante : une sûreté garantissant l’obligation initiale vient à s’éteindre du fait soit, de l’exécution du débiteur principal ou du garant soit, de l’arrivée du terme¹⁰⁵⁴. Postérieurement à cette extinction, le contrat principal est résolu ou annulé. Il convient de se demander si l’obligation de restitution est intégrée dans la couverture de la sûreté éteinte ? La réponse à cette problématique impose de définir la notion de couverture (1) pour vérifier son applicabilité à notre cas d’étude (2). L’analyse serait incomplète si nous ne vérifions pas en parallèle si l’obligation de restitution ne constitue pas un droit éventuel susceptible d’être dès l’origine rentré dans la couverture de la sûreté (3).

¹⁰⁵⁴ Bourassin (M.), th. préc., p.164, n°322.

1) *La notion d'obligation de couverture*

419. Présentation de la distinction proposée par M. Mouly. Dans sa thèse de doctorat, le professeur Mouly a cherché à déterminer le fonctionnement du cautionnement. Selon l'auteur, cette garantie ne peut se comprendre qu'en se décomposant en deux étapes. En effet, la portée de l'engagement de la caution n'est pas la même selon qu'il existe ou non une dette garantie dans le patrimoine du débiteur principal. Lorsque ce n'est pas le cas, le garant a un rôle plus « passif ». Pour autant, faut-il lui dénier toute utilité ? Une réponse négative s'impose car selon les termes de M. Mouly, la caution assure une « prestation de service », consistant à conférer au créancier une certaine sécurité pour les opérations qu'il tend à réaliser¹⁰⁵⁵. Il s'agit de l'obligation de couverture. Dès lors qu'une dette naît, l'obligation de règlement vient remplacer l'obligation de couverture. Celle-ci impose à la caution de s'exécuter à l'égard du créancier si le débiteur principal est défaillant. M. Seube décrit ce processus de substitution de ces deux obligations dans les termes suivants : « *le cautionnement d'une dette future fait naître deux types d'obligations : d'une part, dès la conclusion du contrat, la caution est tenue d'une obligation de couverture qui l'oblige à garantir les dettes visées ; d'autre part, au fur et à mesure que les dettes garanties naissent, l'obligation de couverture se métamorphose en obligation de règlement qui oblige la caution à payer le créancier* »¹⁰⁵⁶. Bien que cette distinction ait été mise en lumière en matière de cautionnement de dettes futures, son champ d'application mérite d'être étendu aux cautionnements de dettes présentes¹⁰⁵⁷ et aux sûretés réelles¹⁰⁵⁸.

420. Réfutation des critiques formulées à l'encontre de la distinction de M. Mouly. Cette distinction a fait l'objet de nombreuses critiques. Les auteurs ont tantôt nié l'existence de l'obligation de couverture, tantôt la réalité de l'obligation de règlement. C'est au professeur Ancel que nous devons la première remise en question de l'obligation de

¹⁰⁵⁵ Bourassin (M.), Brémond (V.), *Droit des sûretés*, Sirey, 7^{ème} éd. 2019, p.91, n°147 : « *La doctrine contemporaine s'accorde pour reconnaître que l'obligation de la caution ne consiste pas seulement, ni même peut-être principalement, dans le paiement de ce qui est dû par le débiteur principal. En amont de ce paiement, seulement hypothétique, l'engagement de la caution consiste, plus abstraitement, en l'octroi d'une garantie de paiement au créancier, c'est-à-dire lui procurer la confiance nécessaire que requiert l'octroi de crédit au débiteur principal* » ; Mazeaud (V.), *L'obligation de couverture*, Bibl. Institut A. Tunc, T.XXVII, IRJS éd., 2010, préf. P. Jourdain, p.40, n°24 : « *Elle constitue une prestation de service, qui vise à conférer une sécurité au créancier garanti, sécurité qui est prodigué et ressentie dès la conclusion du cautionnement de dettes futures* » ; Mouly (C.), th. préc., p.334, n°255.

¹⁰⁵⁶ Seube (J.-B.), *Droit des sûretés*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2020.

¹⁰⁵⁷ Bourassin (M.), Brémond (V.), préc., p.92, n°147 ; Théry (P.), *Sûreté et publicité foncière*, Paris, PUF, 1998, p.138, n°89 ; Simler (P.), ouvr. préc., n°213.

¹⁰⁵⁸ Théry (P.), ouvr. préc., p.138, n°89 : « *Faut-il enfin limiter au cautionnement la distinction proposée ? Sinon, comment comprendre l'hypothèque ou le gage constitués à la garantie de dettes futures ?* ». Contra : Kanayama (N.), « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir », donner, faire, ne pas faire... et garantir ? », in *Mélanges C. Mouly*, T.II, éd. Litec, 1998, p.375 ; Kanayama (N.), « Donner et garantir – un siècle après ou une autre histoire », *Etudes offertes à J. Ghestin – Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, L.G.D.J., 2001, p.473. En revanche, comme l'a montré un auteur, cette dualité n'est pas applicable à la garantie autonome qui est détachée du rapport de base. V. : Michel (C.-A.), *La concurrence entre les sûretés*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.DLXXX, 2018, p.279, n°265.

couverture. Bien que l’auteur s’accorde avec Mouly sur le sort de la caution, il estime que l’emploi du terme « obligation de couverture » n’est pas appropriée¹⁰⁵⁹. Celle-ci se confondrait avec ce que M. Ancel nomme « la force obligatoire du contrat », autrement dit, le cadre contractuel où viennent s’insérer les obligations nées du contrat¹⁰⁶⁰. L’auteur estime que reconnaître l’existence d’une « obligation de couverture » s’avère compliqué puisque celle-ci peine à se matérialiser et qu’il est donc impossible de définir son contenu¹⁰⁶¹. Si ces propos paraissent séduisants, nous ne pouvons avouer convaincue. L’analyse du contrat d’assurance fournit un parfait exemple contredisant la théorie de M. Ancel. Mme Lambert-Faivre et M. Leveneur définissent l’assureur comme un « *producteur et un vendeur de sécurité* »¹⁰⁶². Autrement dit, pendant la phase de latence antérieure à l’éventuelle survenance d’un risque, l’assureur est tenu d’une obligation de garantir telle qu’elle est définie par M. Kanayama¹⁰⁶³. Il doit ainsi gérer au mieux son propre patrimoine afin de se tenir prêt à une demande en paiement¹⁰⁶⁴. Ces développements sont aisément transposables à la caution, qui se trouve d’une tenue d’une obligation similaire avant la naissance d’une dette garantie dans le patrimoine du débiteur principal¹⁰⁶⁵. Une seconde preuve de l’existence de l’obligation de couverture peut être apportée en analysant le rôle des sociétés de caution mutuelles. Celles-ci sont des sociétés coopératives qui ont pour fonction de favoriser l’activité économique de leurs membres en leur fournissant les garanties bancaires et financières indispensables. L’entreprise souhaitant souscrire une garantie de crédit doit souscrire au capital de la société de caution mutuelle et régler une **commission de risque**. Cette dernière a vocation à rémunérer la société de caution mutuelle pour le travail fourni correspondant à la gestion des

¹⁰⁵⁹ Ancel (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. civ.*1999, p.771, n°41.

¹⁰⁶⁰ Ancel (P.), art. préc., n°5 : « *La force obligatoire apparaît comme un contenant, une sorte de cadre général à l’intérieur duquel vont (généralement mais pas nécessairement) s’inscrire des rapports d’obligation, des relations entre créancier et débiteur, chacune des parties pouvant d’ailleurs avoir les deux qualités* ».

¹⁰⁶¹ Ancel (P.), art. préc., n°41 : « *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). Bien curieuse obligation encore parce que le créancier ne pourra jamais en demander l’exécution, ni en faire sanctionner l’inexécution, et d’ailleurs on peut dire que cette « obligation » ne deviendra jamais exigible : le créancier ne pourra agir contre la caution que pour faire exécuter ses « obligations de règlement » qui naîtront au fil du temps, et qui deviendront exigibles en même temps que les dettes qu’elles garantissent ». Adde : Nicolas (V.), *Essai d’une nouvelle analyse du contrat d’assurance*, préf. J. Héron, L.G.D.J., 1996, p.75, n°158 : « *On pourrait considérer que l’assureur fournit toujours une contrepartie à son assuré, celle-ci consisterait en des opérations administratives, telles que l’enregistrement de ce dernier dans le fichier du premier et la comptabilisation des sommes dont il s’acquitte régulièrement. **Mais l’assureur effectue ses opérations pour les besoins de son entreprise, et non parce qu’il s’est engagé à le faire en raison du contrat qui le lie à l’assuré*** ».*

¹⁰⁶² Lambert-Faivre (Y.) et Leveneur (L.), *Droit des assurances*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2011, n°36.

¹⁰⁶³ Kanayama (N.), art. préc., p.375.

¹⁰⁶⁴ Netter (E.), *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010, p.224, n°368.

¹⁰⁶⁵ Netter (E.), th. préc., p.225, n°370. Adde : Mme Bourassin, dans sa thèse de doctorat, considère que le garant apporte une forme de quiétude au débiteur principal. Bourassin (M.), th. préc., p.120, n°245. Cela n’est pas sans lien avec le caractère préventif reconnu aux sûretés et mis en lumière précédemment. Cf. *supra* n° 176 s.

différents membres de la coopérative¹⁰⁶⁶. L'obligation de couverture correspond donc à cette prestation de sorte que son existence ne peut être niée.

421. Les critiques formulées à l'encontre de la distinction proposée par Mouly ayant été écartées, tentons d'analyser notre objet d'étude sous l'angle de cette proposition doctrinale. De manière plus concrète, il s'agit de se demander si l'obligation de restitution est entrée dans la couverture de la sûreté antérieurement à sa disparition, auquel cas lors de la naissance de la dette restitutoire, le garant sera tenu en dépit de l'extension de la garantie.

2) *L'inapplicabilité de la notion d'obligation de couverture aux restitutions*

422. Questionnement initial et éléments définitionnels. La mise en lumière de la dualité des obligations pesant sur le garant pourrait être une clé de lecture intéressante de la garantie de l'obligation de restitution par la sûreté éteinte. En effet, si les restitutions sont rentrées dans la couverture du garant antérieurement à l'extinction de la sûreté, la garantie de celle-ci n'est pas remise en cause. Dans cette hypothèse, l'éventuelle obligation de règlement portant sur les restitutions naîtra lors de l'anéantissement du contrat. Le garant initial sera tenu et ce même si la sûreté a précédemment été éteinte. Un tel résultat ne peut être atteint que si l'obligation de restitution est entrée dans le champ de couverture de la sûreté. Autrement dit, la validation ou la réfutation de cette théorie implique d'aborder l'épineuse question de la naissance de l'obligation de restitution. Si en apparence cette problématique semble dénuée d'intérêt, les travaux menés à la fin du XX^{ème} siècle et les difficultés émergées en matière de procédure collective ont conduit à remettre cette notion aux devants des écrits doctrinaux. Il est ainsi couramment admis que « *les créances n'accèdent à la positivité juridique que par le temps et dans le temps* »¹⁰⁶⁷. Si pendant longtemps, la naissance des créances n'a pas posé de difficultés particulières, M. Putman a mis en lumière les subtilités de ce concept. Cet auteur a démontré que la formation des créances impliquait deux éléments complémentaires et successifs : la naissance de la créance et sa perfection. La première étape de ce processus implique l'identification d'un événement générateur qui va se produire selon des conditions prédéterminées par la loi¹⁰⁶⁸. Cependant, l'auteur poursuit en estimant qu'il « *est rationnel d'imaginer qu'entre le moment de la naissance du droit personnel et celui de sa perfection, les prérogatives dont dispose le créancier, vont, au fur et à mesure que sa situation juridique*

¹⁰⁶⁶ Netter (E.), th. préc., p.223, n°367 : « *Un garant professionnel, en effet, n'assume pas la charge des sinistres sur ses propres deniers, du moins pas la charge définitive. Il la répercute sur les personnes garanties qui n'ont pas été frappées par le sort. De sorte que l'opération d'assurance emporte non pas transfert d'un risque d'un assuré sur un assureur, mais d'un assuré sur une communauté d'assurés. Il s'agira alors de gérer cette communauté, ce grand chaudron rempli de risques dont certaines se réaliseront et d'autres pas* ». C'est ce travail de préparation au paiement éventuel – et de gestion du patrimoine en ce sens – qu'il est fait référence lorsqu'il est question d'obligation de couverture de garant. *Adde* : Théry (P.), ouvr. préc., p.138, n°89 : « *Dans le cautionnement de dettes présentes, l'obligation de garantie existe aussi : à preuve la rémunération légitime que réclament les cautions professionnelles, abstraction faite de tout règlement effectif (qui est rémunéré d'une autre manière)* ».

¹⁰⁶⁷ Torck (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », *L.P.A.*, 2004, p.25, n°4.

¹⁰⁶⁸ Putman (E.), *La formation des créances*, th. dactyl. Aix-Marseille III, 1987, p.12, n°9.

se précise, acquérir plus de force »¹⁰⁶⁹. S’il est tentant de considérer que l’obligation de restitution naît lors de l’anéantissement du contrat, qui serait le fait générateur, l’analyse de M. Putman invite à tempérer cette conclusion hâtive. En effet, les écrits de cet auteur attirent l’attention sur le fait que la naissance des créances s’opère de manière progressive. Soumettons l’obligation de restitution à cette proposition.

423. Les propositions de réponse. La doctrine est restée peu loquace sur la question de la date de naissance de l’obligation de restitution. Les premières indications sur ce point nous sont fournies par M. Jafferali. Ce dernier a de manière indirecte tenté de répondre à cette question, en analysant la point de départ de la prescription de l’obligation de restitution. Au préalable, il convient de préciser que l’auteur n’est pas opposé à la reconnaissance d’une nature contractuelle aux restitutions¹⁰⁷⁰. En ce sens, il semblerait affirmer que l’obligation de restitution naît au moment de la formation du contrat¹⁰⁷¹. Cependant, selon lui la question de la prescription des restitutions forme un obstacle majeur à une telle admission. En effet, consacrer la nature contractuelle de l’obligation de restitution consiste à reconnaître que celle-ci naît lorsque le contrat serait intégralement formé. Or, cette lecture conduit inévitablement à une impasse : admettre que la conclusion du contrat donne naissance à l’obligation de restitution serait prendre le risque que la prescription de l’action en restitution soit atteinte au moment du prononcé de la nullité ou de la résolution. En effet, prenons l’exemple d’un contrat conclu en 2015 qui donnerait naissance immédiatement à une obligation de restitution. Ce dernier se trouve annulé ou résolu en 2021, soit plus de cinq ans après la date de formation de la norme contractuelle. L’écoulement de ce délai empêcherait les parties de demander en justice l’exécution de l’obligation de restitution. Face à cette contrainte technique, M. Jafferali se voit obligé de conclure à la naissance de l’obligation de restitution lors du prononcé de l’anéantissement du contrat. Cette vision se trouve confirmée par la jurisprudence rendue dans le contexte des procédures collectives, où les juges ont dû s’interroger sur la date de naissance de la créance de restitutions. Ils ont fait le choix de la rattacher au jugement la prononçant¹⁰⁷². A titre d’exemple, dans l’un des arrêts, il était question d’une société qui s’était engagée auprès d’une autre à céder trois contrats de location d’emplacements publicitaires. Après l’ouverture d’une procédure collective à l’égard de la

¹⁰⁶⁹ Putman (E.), th. préc., p.11, n°8.

¹⁰⁷⁰ Nous avons fait le choix d’admettre une nature extracontractuelle aux restitutions. Cela nous conduit à prendre nos distances par rapport aux théories précédemment développées qui l’ont été dans le cadre de contrat à exécution successive et qui portent donc sur la naissance des obligations contractuelles. Pour autant, nous avons pris le parti de toutes les présenter car certains auteurs restent attachés à la nature contractuelle de l’obligation de restitution comme c’est le cas pour M. Jafferali. Sur ces questions, Cf. *supra* n° 224. Par ailleurs, lier la naissance de l’obligation de restitution à la date de conclusion du contrat n’est pas dépourvue de toute logique. En effet, même en reconnaissant une nature extracontractuelle aux restitutions, force est d’admettre que celles-ci sont dépendantes de l’existence d’un contrat annulé ou résolu. Cf. *supra* n° 65.

¹⁰⁷¹ Jafferali (R.), th. préc., p.944, n°418 : « *Cela étant, le fait que la dette de restitution ne naisse qu’avec le jugement prononçant la résolution n’empêche pas de lui reconnaître, à de nombreux égards, un effet rétroactif en vertu duquel elle sera réputée être née antérieurement* ».

¹⁰⁷² Cass., Com., 5 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n°183 ; Cass., Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n°149, p.133 ; Cass., Com., 20 juin 2000, *R.T.D. com. 2000*, p.1010, obs. A. Martin-Serf ; Cass., Com., 6 mars 2001, *R.J.D.A. 7/01*, p.689, n°761.

cédante, la société cessionnaire avait demandé l’annulation de la promesse de cession ainsi que le remboursement des sommes versées à titre d’acompte. La Cour de cassation a considéré que « *la créance de restitution de l’acompte de 300 000 F ordonnée par le jugement du 1^{er} mars 1995 qui a annulé le contrat est née régulièrement après le jugement d’ouverture de la procédure collective* »¹⁰⁷³. Autrement dit, c’est le jugement prononçant l’annulation du contrat qui fait naître la créance de restitution. Si celui-ci intervient après l’ouverture de la procédure collective, la créance restitutoire est valable et doit être exécutée. Comme l’indique Mme Martin-Serf, cette solution résulte du fait qu’il « *ne faut pas confondre la condition d’existence et le fait générateur de la créance de restitution : sans la conclusion du contrat il ne naîtrait certes jamais de créance de restitution, mais c’est le jugement d’annulation ou de résiliation du contrat qui génère la créance de restitution* »¹⁰⁷⁴. Le choix de rattacher la naissance de l’obligation de restitution au jugement prononcé l’anéantissement du contrat est conforme à la logique juridique. D’une part, il a été démontré que le fondement des restitutions correspondait à l’exécution d’une obligation initiale annulée ou résolue¹⁰⁷⁵. La situation pathologique qui affecte le contrat est nécessaire à la reconnaissance de l’obligation de restitution¹⁰⁷⁶. D’autre part, la comparaison avec l’obligation de réparation, découlant de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, constitue un argument supplémentaire en faveur de l’admission de la thèse matérialiste en matière de restitution. Tout comme l’obligation de restitution, l’obligation de réparation est détachée du socle contractuel et se distingue de l’obligation initiale. Plusieurs auteurs ont considéré que c’est l’inexécution contractuelle qui donne naissance à l’obligation de réparer le dommage et non la formation du contrat¹⁰⁷⁷. La situation est ainsi proche de celle des restitutions : bien que sans le contrat, ces obligations n’auraient jamais pu naître, c’est un élément extérieur qui permet de leur donner accès à la vie juridique¹⁰⁷⁸.

424. Au vu de ces éléments, nous devons conclure que l’obligation de restitution naît au prononcé de l’anéantissement du contrat. Elle n’est donc pas entrée dans la couverture de la sûreté éteinte antérieurement. Avant d’apporter une réponse définitive à cette problématique, il convient de se demander s’il n’existerait pas un droit éventuel antérieurement à l’anéantissement du contrat.

¹⁰⁷³ Cass, Com, 20 juin 2000, *R.T.D. com. 2000*, p.1010, obs. A. Martin-Serf.

¹⁰⁷⁴ Martin-Serf (A.), « Créance de restitution après annulation d’un contrat. Restitution ordonnée par un jugement postérieur au jugement d’ouverture », obs. Cass, Com, 20 juin 2000, *R.T.D. com. 2000*, p.1010.

¹⁰⁷⁵ Cf. *supra* n° 65 et 233 s.

¹⁰⁷⁶ L’exécution d’une obligation contractuelle est certes le premier élément nécessaire à la reconnaissance d’une obligation de restitution. Cependant, c’est le prononcé de la nullité ou de la résolution qui vient parfaire le fondement des restitutions donc avant la réunion de ces deux éléments, nous ne pouvons pas reconnaître la naissance de l’obligation de restitution.

¹⁰⁷⁷ Putman (E.), th. préc., p.268, n°246 ; Esmein (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *R.T.D. civ. 1933*, p.627.

¹⁰⁷⁸ Il s’agit de l’inexécution pour l’obligation de réparation et du jugement d’annulation ou de résolution pour l’obligation de restitution.

3) *L’absence de droit éventuel antérieurement à l’anéantissement du contrat*

425. La caractérisation d’un droit éventuel avant le prononcé de l’annulation ou de la résolution du contrat serait l’une des voies d’explication de la question analysée. En effet, le schéma soumis à notre étude serait le suivant : lors de la conclusion du contrat, un droit éventuel aux restitutions serait consacré et entrerait directement dans la couverture de la sûreté. L’extinction de celle-ci avant l’anéantissement du contrat n’empêcherait pas la garantie des restitutions puisque la simple existence de ce droit éventuel aurait suffi à maintenir le spectre de la sûreté. Le prononcé de l’anéantissement contractuel conduit à la naissance effective de l’obligation de restitution. A l’égard du garant, l’obligation de règlement se substitue alors à l’obligation de couverture. Dans ces conditions, l’hypothèse étudiée ne poserait pas de problème et l’efficacité de l’article 1352-9 du Code civil ne serait pas remise en question. Pour autant, pouvons-nous véritablement reconnaître un droit éventuel dans ce cas ? Nous pouvons en douter. Un auteur a analysé la question de la naissance des droits dérivés et à apporter des réponses à la question posée¹⁰⁷⁹. Il définit les droits éventuels à partir de la mise en œuvre d’un mécanisme particulier. Ces derniers se caractériseraient par la succession de deux situations complémentaires. D’une part, une situation juridique qui résulterait d’une situation de fait inachevée et d’autre part, une situation définitive où les droits en suspens viendraient se cristalliser. Par ailleurs, l’auteur insiste sur le fait que ces deux situations sont unies par un lien de moyen à but, de sorte que les droits éventuels doivent être orientés vers leur consécration. Il poursuit en s’interrogeant sur le sort des droits dérivés à la nullité et la résolution. Plusieurs auteurs allemands n’ont pas hésité à assimiler les restitutions ou la responsabilité contractuelle à des droits éventuels. Dans cet optique, il y aurait antérieurement à l’anéantissement du contrat une forme de droit en devenir qui permettrait certaines mesures conservatoires mais qui justifierait également que la couverture de la sûreté s’étende à ces derniers. Devons-nous nous satisfaire d’une telle analyse ? Nous pouvons en douter ; une telle lecture présente les avantages de la simplicité mais semble excessivement réductrice. Pour s’en convaincre, il suffit de comparer les suites de l’anéantissement contractuel – restitution et indemnisation – à la définition des droits dérivés proposée par M. Verdier. Un tel travail nous conduit à douter de la pertinence du rapprochement effectué par les auteurs allemands. En effet, bien que le critère de l’enchaînement de plusieurs situations juridiques distinctes soit rempli dans notre cas d’étude, il n’en est pas de même concernant la seconde condition, à savoir l’existence d’une finalité à cette succession de différents états de droit. L’anéantissement contractuel marque un échec, une situation accidentelle de telle manière que les conséquences qui en résultent n’ont normalement jamais été souhaitées par les parties. Ce n’est donc pas un but précis et prédéterminé qui permet d’unir le droit provisoire au droit définitif mais davantage une réalité casuelle. Dans ces circonstances, il est évident que les théories germanistes doivent être réfutées. Les restitutions ne peuvent en aucun cas être qualifiées de droit éventuel en raison de leur caractère imminemment fortuit.

¹⁰⁷⁹ Verdier (J.-M.), *Les droits éventuels : contribution à l’étude de la formation successive des droits*, th. Paris, 1955, p.317-318.

426. L’absence de couverture de l’obligation de restitution par la sûreté initiale laisse entrevoir une première faille dans l’application de la règle étudiée. Comme le révèle M. Mazeaud, l’obligation de couverture des sûretés a vocation à « *encadrer la garantie dans le temps* »¹⁰⁸⁰. Autrement dit, celle-ci permet de déterminer le laps de temps au cours duquel la sûreté sera efficace. Dès lors, l’impossibilité de reconnaître l’entrée de l’obligation de restitution dans le champ de la couverture de la sûreté doit nous conduire à admettre que cette dernière ne peut être artificiellement maintenue jusqu’à ce qu’au potentiel prononcé de l’anéantissement du contrat. La sûreté qui a rempli son office est donc vouée à s’éteindre sans qu’il ne soit possible d’en conserver les effets jusqu’au prononcé d’une éventuelle obligation de restitution. Une question s’impose dès lors : si la sûreté ne peut être maintenue, peut-elle être « ressuscitée » ?

B. L’impossible « renaissance légale de la sûreté »

427. L’une des explications possibles au report de la sûreté éteinte sur l’obligation de restitution serait de considérer que l’article 1352-9 du Code civil met en place une renaissance légale tacite de la sûreté. Ainsi, la sûreté valablement éteinte viendrait à renaître pour garantir l’obligation de restitution. Mettons cette proposition à l’épreuve de l’étude juridique.

428. La renaissance légale de la sûreté : l’exemple de la dation et de la compensation. Au premier abord, l’explication avancée ne semble pas absurde car notre corpus juridique connaît des hypothèses de renaissance légale d’une sûreté qui a été éteinte. La solution proposée pourrait ainsi se déduire de celles applicables en matière de dation en paiement ou de compensation. L’ancien article 1299 du Code civil prévoyait que le *solvens* d’une dette éteinte par compensation ne pouvait, lors de l’exercice de sa créance, se prévaloir des sûretés initiales. Ces dernières étaient considérées comme éteintes et n’étaient pas amenées à « revivre ». Toutefois, cette même disposition envisageait une exception : la bonne foi du *solvens* faisait échec à cette règle. En effet, le texte prévoit une renaissance légale des sûretés en faveur de celui qui paie de bonne foi, c’est-à-dire en ignorant la compensation¹⁰⁸¹. Certains commentateurs ont démontré que cette disposition procédait des considérations liées à l’équité. Au regard de la technique juridique, il semble impossible de justifier une telle renaissance légale de la sûreté : la dette, et par voie de conséquence la sûreté qui en l’accessoire, doivent être considérées comme étant valablement éteintes par le jeu de la compensation¹⁰⁸². La mise à l’écart de ce raisonnement se justifie par la volonté d’assurer une protection au créancier de bonne foi. Cette concurrence des intérêts n’est pas sans rappeler celle qui est à l’œuvre dans l’article 1352-9 du Code civil. Dans ces circonstances, il ne serait

¹⁰⁸⁰ Mazeaud (V.), th. préc., p.40, n°24 : « Elle vient borner les domaines matériel et temporel de la garantie ». Adde : Grimonprez (B.), *De l’exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., 2006, p.40, n°37 : « La formation des obligations sert encore à délimiter le domaine ratione temporis de l’engagement de la caution ».

¹⁰⁸¹ Vouin (R.), *La bonne foi, notion et rôle actuels en Droit Privé Français*, Bordeaux, 1939, p.110, n°63 ; Fournier (A.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Hypothèque conventionnelle », avr. 2007, n°37.

¹⁰⁸² Sur l’effet extinctif de la compensation, V. : Toledo-Wolfsohn (A.-M.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Compensation », avr. 2017 (actualisation : mai 2018), n°23.

pas aberrant de rapprocher ces deux dispositions et de voir dans l’ancien article 1299 du Code civil un guide pour interpréter les modalités de report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Si nous adhérons à cette conception, la sûreté garantissant l’obligation initiale qui viendrait à s’éteindre pourrait être amenée à revivre pour garantir les restitutions sur le fondement de l’équité.

429. Les règles relatives à la dation en paiement fournissent un second exemple de renaissance légale de la sûreté qui pourrait guider nos raisonnements. A titre liminaire, il convient de s’interroger sur la nature juridique de la dation en paiement¹⁰⁸³. Selon la doctrine, trois qualifications juridiques seraient susceptibles d’être envisagées dans le cadre de cette opération. La dation en paiement peut être perçue comme un paiement, comme une vente ou comme une novation par changement d’objets¹⁰⁸⁴. La doctrine opte majoritairement en faveur de la première option en voyant dans la dation en paiement une forme de paiement particulier ou anormal¹⁰⁸⁵. Un consensus se fait donc autour des conséquences de la dation en paiement : cette opération semble avoir un **effet extinctif** indéniable¹⁰⁸⁶. Ce cadre ayant été posé, analysons le sort des sûretés dans le cas d’une dation en paiement. En matière de cautionnement, l’ancien article 2315 du Code civil¹⁰⁸⁷ prévoyait une libération des cautions garantissant l’obligation, quand le créancier accepte un immeuble en guise de paiement¹⁰⁸⁸. Cette libération était valable quand bien même celui-ci se trouverait par la suite évincé. Bien que l’ordonnance du 15 septembre 2021 n’ait pas repris expressément cette règle, un consensus doctrinal se forme autour de l’idée qu’elle subsiste¹⁰⁸⁹. Cette solution n’a pas de quoi surprendre : si certains y ont vu une règle de faveur à l’égard des cautions¹⁰⁹⁰, elle est à notre sens une simple manifestation du caractère extinctif de la dation en paiement. La sûreté serait ainsi valablement éteinte par l’effet de la dation¹⁰⁹¹. Si la caution peut se voir opposer les vicissitudes affectant l’obligation principale, il serait injuste de lui faire supporter les incidents touchant l’exécution d’une prestation différente de celle qui a été convenue, et à

¹⁰⁸³ Sur cette question : Hiez (D.), « La nature juridique de la dation en paiement », *R.T.D. civ.* 2004, p.199.

¹⁰⁸⁴ Ghozi (A.), *La modification de l’obligation par la volonté des parties*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé., T.XXXIII, 1980, p.86 s., n°180 s.

¹⁰⁸⁵ Sériaux (A.), « Conception juridique d’une opération économique : le paiement », *R.T.D. civ.* 2004, p.225 ; Hiez (D.), art. préc., *R.T.D. civ.* 2004, p. 199 ; Ghozi (A.), th. préc., p.92, n°198 : « On peut se prévaloir de l’article 1243 du Code civil pour analyser l’opération comme un paiement véritable, d’autant que la dation en paiement provoque l’extinction de l’obligation (...). Il est donc douteux que la dation en paiement constitue un paiement ordinaire ».

¹⁰⁸⁶ Hiez (D.), art. préc., *R.T.D. civ.* 2004, p. 199 ; Ghozi (A.), th. préc., p.86 s., n°180 s. ; Hamelin (J.-F.), *Répertoire Dalloz*, Dation en paiement, *Dalloz*, avr. 2016.

¹⁰⁸⁷ Ancien article 2038 CCiv.

¹⁰⁸⁸ Pour un exemple jurisprudentiel, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 13 juin 1979, n°78-12.030, *Bull. civ. I*, n°178.

¹⁰⁸⁹ En ce sens, V. : Piette (G.), *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « cautionnement », fév. 2022, n°210 : « Même si la règle n’a pas été reprise par les textes de l’ordonnance du 15 septembre 2021, il y a lieu de penser qu’elle subsiste ».

¹⁰⁹⁰ Mouly (C.), th. préc., n°87 ; Pothier (R.-J.), *Traité des obligations*, réédition geinsien

Dalloz, 2011, préf. de J-L Halperin, n°407 ; Bicheron (F.), *La dation en paiement*, th. Paris II, 2006, p.90, n°82.

¹⁰⁹¹ Hamelin (J.-F.), *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Dation en paiement », avr. 2016, n°43 : « Les accessoires suivant le principal, une fois l’extinction de l’obligation initiale survenue, toutes les sûretés la garantissant vont, elles aussi, s’éteindre ».

laquelle elle est restée étrangère¹⁰⁹². Cependant, cette règle se limite au cautionnement et la solution semble bien différente en matière de sûretés réelles¹⁰⁹³. Il est admis en doctrine que la renaissance de l’obligation initiale du fait de l’éviction se double d’une renaissance des sûretés réelles la garantissant¹⁰⁹⁴. Dans le même ordre, la règle mentionnée à l’ancien article 2315 du Code civil ne visait qu’une seule cause d’inefficacité de la dation, à savoir l’éviction du créancier. Ainsi, plusieurs auteurs ont relevé que la caution, et plus généralement le donneur de garantie, ne devait pas être déchargé si l’inefficacité de la dation relevait d’une autre cause¹⁰⁹⁵. Dans cette hypothèse, nous assisterions également à une renaissance de la sûreté¹⁰⁹⁶.

430. La réfutation de l’argument comparatiste. Si les deux règles précédemment citées se révèlent riches d’enseignement, elles ne semblent pas être en mesure à elles seules d’emporter la conviction d’une renaissance légale de la sûreté dans le cadre de l’article 1352-9 du Code civil. Plusieurs arguments plaident en faveur d’une exclusion de la justification fondée sur la comparaison du report de la sûreté avec les deux cas de renaissance légale. Le premier porte sur la légitimité de la prévalence de la politique sur la technique. Ces éléments ont d’ores et déjà été débattus dans le cadre de notre objet d’étude¹⁰⁹⁷ mais ils posent également question dans le cadre de l’ancien article 1299 du Code civil. Il a été démontré que cette règle procède à une renaissance de la sûreté dans une logique d’opportunisme juridique et ce au mépris du caractère extinctif de la compensation. Cet argument semble avoir été entendu par le législateur puisque l’ordonnance du 10 février 2016 a conduit à l’abrogation de l’ancien article 1299 du Code civil¹⁰⁹⁸. Par ailleurs, la règle qui y était posée n’a pas été reprise. Il serait donc hasardeux d’opérer un rapprochement entre l’article 1352-9 du Code civil et une ancienne disposition du Code civil qui ne faisait pas l’unanimité.

431. La comparaison de notre objet d’étude avec la règle prévalant en matière de dation en paiement n’est guère plus pertinente. Dans cette hypothèse, les auteurs ont justifié la renaissance des sûretés réelles par la rétroactivité de la nullité. En effet, l’éviction du créancier conduit à la mise en œuvre de la rétroactivité qui a pour conséquence la renaissance de l’obligation principale avec tous ces accessoires dont les sûretés initiales. Cette approche

¹⁰⁹² Hamelin (J.-F.), préc., n°44 : l’auteur considère que la potentiel aggravation du sort du débiteur principal entre la dation et sa remise en cause ne plaide pas en faveur d’une renaissance de cautionnement.

¹⁰⁹³ La question de l’application de cette règle à l’aval et cautionnement réel s’est également posée. Dans le cadre de l’aval, la doctrine et la jurisprudence semblaient favorables à l’application de l’extinction de la garantie en cas de dation de paiement et ce même si la dette initiale venait à revivre de fait de l’éviction du créancier. En ce sens, V. : Geisenberger (B.), *L’aval des effets de commerce*, L.G.D.J. 1955, n°206 ; Cass., Civ., 23 oct. 1888, D.P. 1889, 1, p.167. Toutefois, la pérennité de ces solutions est questionnée, V. : Sigalas (P.), *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, th. Aix-en-Provence, 1959, n°199. Concernant le cautionnement réel, l’application de cette solution semble également rejetée, V. : Simler (P.), « Cautionnement – extinction par voie accessoire », *J.-Cl. Civil*, fasc. 60, 15 déc. 2019, n°30.

¹⁰⁹⁴ Hiez (D.), art. préc., *R.T.D. civ. 2004*, p.199 ; Ghozi (A.), th. préc., p.97 s., n°214 s. ; Hamelin (J.-F.), préc., n°45 ; Bicheron (F.), th. préc., n°614.

¹⁰⁹⁵ Mouly (C.), th. préc., n°84 ; Simler (P.), fasc. préc., n°31.

¹⁰⁹⁶ Pour un exemple jurisprudentiel de cette remarque en matière de cession Dailly effectuée à titre de paiement, V. : Cass., Com., 28 janv. 1997, *Bull. civ. IV*, n°28.

¹⁰⁹⁷ Cf. *supra* n° 138.

¹⁰⁹⁸ Toledo-Wolfssohn (A.-M.), op. cit., n°24.

n’est pas transposable à l’hypothèse visée par l’article 1352-9 du Code civil. La rétroactivité induite par la nullité ou la résolution contractuelle ne fait pas renaître l’obligation principale. Le processus d’anéantissement du contrat donne lieu à une obligation nouvelle – l’obligation de restitution – qui se distingue de l’obligation initiale en vertu du principe de séparation de la phase d’exécution du contrat et de la phase restitutoire¹⁰⁹⁹.

432. La renaissance légale de la sûreté ne pouvant être admise, nous sommes forcés de conclure à l’inefficacité de la règle du report de la sûreté lorsque celle-ci a été valablement éteinte pendant la phase d’exécution du contrat. Il s’agit là du premier cas d’inefficacité de l’article 1352-9 du Code civil. En effet, alors que toutes les conditions d’application du texte sont présentes – une sûreté initiale et une obligation de restitution –, la règle ne peut correctement s’appliquer et la sécurité, promise par l’article 1352-9 du Code civil, au créancier des restitution n’est pas effective. Outre la sûreté éteinte, il est également possible d’envisager une inefficacité qui résulterait d’un refus de reporter la sûreté sur les restitutions.

§2. La sûreté non reportée

433. L’inefficacité de l’article 1352-9 du Code civil peut également résulter d’une absence de report de la sûreté initiale. Là encore les compensantes du report de sûreté sont présentes mais un élément extérieur va venir bloquer l’applicabilité du texte et, par voie de conséquence, l’efficacité de la sécurité promise. Le non-report de la sûreté peut résulter de la volonté des parties (A) ou peut constituer une sanction infligée à la partie défaillante (B).

A. *Le refus de report de la sûreté par la volonté des parties*

434. L’interrogation au centre de ces développements est la suivante : les parties peuvent-elles stipuler que la sûreté garantissant l’obligation initiale ne soit pas reportée sur l’obligation de restitution ? Autrement dit, la sûreté s’éteindrait au moment de l’anéantissement du contrat principal. Une lecture rapide des articles 1352 et suivants du Code civil irait dans le sens d’une impossibilité de prévoir une telle stipulation. En effet, ces nouvelles dispositions restent silencieuses sur les facultés de leurs aménagements. A notre sens, la réponse à cette problématique peut se trouver dans trois directions. Il sera démontré que l’argument textuel n’est d’aucun secours dans le cadre de notre étude (1). L’argument *a contrario* est quant à lui insuffisant à emporter la conviction (2). En revanche, l’étude de la place de l’ordre public en droit des sûretés peut s’avérer utile et fournir de précieux indices à l’occasion de notre recherche sur la volonté des parties de supprimer la garantie des restitutions (3).

¹⁰⁹⁹ Cf. *supra* n° 65.

1) *Le rejet de l’argument textuel*

435. La question du caractère impératif ou supplétif des dispositions de l’ordonnance.

La dérogation conventionnelle à l’application du report de la sûreté sur l’obligation de restitution s’inscrit dans une problématique plus large tenant au caractère supplétif ou impératif des articles 1352 et suivants du Code civil. Le rapport remis au président de la République portant sur l’application de la réforme donne quelques éléments de réponse à cette question. Il indique ainsi que « *dans la tradition du Code civil, l’ordonnance n’affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions* »¹¹⁰⁰. Cette recommandation doit être interprétée dans le sens d’une reprise des règles traditionnelles. Autrement dit, la liberté contractuelle demeure le principe de sorte que les nouvelles dispositions sont supplétives de volonté sauf mention particulière allant dans le sens contraire¹¹⁰¹. Les rédacteurs de l’ordonnance du 10 février 2016 n’ont pas hésité à attribuer un caractère supplétif ou, à l’inverse impératif à certaines dispositions¹¹⁰². Tel n’est pas le cas des articles portant sur les restitutions, qui sont demeurés silencieux quant à la faculté offerte aux contractants de limiter ou d’exclure leur application. Ce constat pourrait nous amener à conclure que les articles 1352 et suivants du Code civil seraient supplétifs de volonté. Le raisonnement est le suivant : le défaut de mention de leur caractère impératif les ferait basculer dans la catégorie des règles supplétives. Plusieurs auteurs ont émis des réserves face à cette logique jugée trop hâtive. En effet, selon une doctrine majoritaire, une règle non qualifiée d’impérative n’en est pas pour autant supplétive¹¹⁰³. En ce sens, les propos de M. Forti attestent de l’ambiguïté de la rédaction de l’article 1352-9 du Code civil. L’auteur démontre que la formule « de plein droit », utilisée pour qualifier le report de la sûreté, est source de difficulté. Elle peut s’interpréter dans un sens souple, les sûretés seraient reportées malgré le silence des parties. A l’inverse, elle peut être lue de manière plus restrictive, les sûretés seraient alors reportées en dépit de la volonté des parties. L’auteur soulève ce constat

¹¹⁰⁰ Rapport remis au président de la République relatif à l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹¹⁰¹ Portalis (J.-E.-M.), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Les classiques des sciences sociales, p.21 ; Pérès (C.), *La règle supplétive*, Bibl. dr. privé, T.CDXXI, L.G.D.J., 2004.

¹¹⁰² A titre d’exemple, il est expressément mentionné que l’obligation précontractuelle d’information a un caractère impératif. En effet, l’article 1112-1 CCiv. dispose que « *celle des parties qui connaît une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit l’en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant (...) **les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir*** ». De manière plus surprenante, certaines dispositions prévoient expressément la faculté d’écarter la règle qu’elles édictent par le biais d’une stipulation contractuelle. Tel est notamment le cas en matière de cession de créance. L’article 1324 du Code civil envisage ainsi que les frais supplémentaires occasionnés par la cession sont à la charge du cessionnaire. Une limite existe toutefois : il est contractuellement possible de mettre en place une répartition différente desdits frais. Cette mention expresse du caractère supplétif de la règle peut paraître étonnante : si le principe classique de liberté contractuelle demeure comme cela est affirmé, est-il vraiment nécessaire de préciser la possibilité d’édicter des clauses contraires à la règle de droit ?

¹¹⁰³ Barbier (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l’ordonnance du 10 février 2016 », *R.T.D. civ. 2016*, p.247 ; Pérès (C.), « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *J.C.P. G. 2016, act. 454, Libres propos*.

sans pour autant réussir à trancher en faveur d’une interprétation¹¹⁰⁴. L’analyse textuelle est donc impuissante à apporter une réponse satisfaisante à notre questionnement.

2) *L’insuffisance de l’argument a contrario*

436. Une seconde option, qui permettrait d’apporter des réponses à la question du caractère supplétif de l’article 1352-9 du Code civil, serait de comparer cette nouvelle règle avec les propositions formulées antérieurement à l’ordonnance du 10 février 2016.

437. Présentation de l’argument a contrario. Pour rappel, avant la réforme du droit des obligations, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution n’était qu’exceptionnel. La jurisprudence l’admettait dans un cas très précis : la garantie de l’obligation de restitution d’un contrat de prêt anéanti¹¹⁰⁵. Hormis cette hypothèse, il semblait admis que la sûreté s’éteignait avec le contrat principal garanti. Dans ce contexte, certains auteurs avaient préconisé aux parties de stipuler, dans le contrat de garantie, la vocation de cette dernière à survivre à l’anéantissement du contrat principal pour couvrir les restitutions¹¹⁰⁶. Le principe s’étant inversé par l’ordonnance du 10 février 2016, ne devons-nous pas reconsidérer cette proposition en des termes opposés ? Selon ce raisonnement, il serait possible de prévoir que la sûreté sera exclusivement réservée à la garantie de l’obligation principale, à l’exclusion des restitutions. Cette position est soutenue par différents auteurs¹¹⁰⁷, notamment par M. Mekki qui envisage la rédaction d’une clause type dans le cadre des nullités conventionnelles où il serait clairement indiqué si la sûreté est reportée sur les restitutions ou, au contraire disparaît avec le contrat garanti¹¹⁰⁸.

438. Les raisons de son insuffisance. Cet argument fondé sur la comparaison de deux états du droit est-il suffisant à apporter une réponse claire à la question posée ? Nous pouvons en douter car les deux situations envisagées sont nettement distinctes. Antérieurement à la réforme, il était question d’une règle jurisprudentielle incertaine. Le fait de stipuler le report de la sûreté sur l’obligation de restitution permettait de faire échec à l’aléa judiciaire et d’assurer une certaine sécurité au créancier. Le questionnement est d’une toute autre nature dorénavant puisque la règle est d’origine légale. Ses modalités d’application ne sont donc pas soumises à l’appréciation des juges. Ainsi, ce qui nous préoccupe n’est plus d’assurer une

¹¹⁰⁴ Forti (V.), fasc. préc., n°56.

¹¹⁰⁵ D’un point de vue terminologique, il s’agit plutôt d’un maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution. Cf. *supra* n° 4.

¹¹⁰⁶ Bourassin (M.) et Brémond (V.), *Droit des sûretés*, 7^{ème} éd., Sirey, 2019, p.138, n°195 ; Chantepie (G.) et Latina (M.), *ouvr. préc.*, 2018, p.970, n°1077 ; Forti (V.), fasc. préc., n°56.

¹¹⁰⁷ Gout (O.), Cass., 1^{ère} Civ., 20 déc. 2012, n°11-22.815, *R.T.D.I.* 2013, n°1, p.27.

¹¹⁰⁸ Mekki (M.), « Réforme du droit des obligations : le droit des nullités », *J.C.P. N*, 2017, p.9 : « *En raison du vice qui entache la convention conclue entre M. X et M. Y le..., ayant pour objet..., les parties ont décidé d'un commun accord d'annuler leur contrat. Les parties sont informées que, par cette nullité, le contrat est censé n'avoir jamais existé et emporte restitutions conformément aux articles 1352 et suivants nouveaux du Code civil. Les parties sont également informées que les sûretés consenties pour la garantie de l'obligation initiale se reportent automatiquement sur l'obligation de restitution. Il est en outre rappelé aux parties que les droits créés ou transmis aux tiers sont, sauf exceptions légales, éteints par l'effet de la nullité ».*

stabilité de la règle mais de connaître son véritable degré d’efficacité. Le problème de fond étant bien différent, il semble hasardeux de mettre en œuvre un argumentaire similaire. Autrement dit, le raisonnement *a contrario* ne peut suffire à apporter une réponse certaine au problème posé.

3) *La question de la place de l’ordre public en droit des sûretés*

439. Les critères de l’ordre public en droit des sûretés. Deux auteurs ont analysé la place de l’ordre public en droit des sûretés. La première proposition vient du professeur Dupichot pour qui l’impérativité de la règle dépend du type de sûreté : alors que les sûretés réelles laissent la liberté contractuelle s’exprimer clairement, il n’en est pas de même pour les sûretés personnelles. Cette seconde catégorie semble davantage hermétique à l’aménagement contractuel des règles de droit de sorte que les parties se trouvent plus encadrées¹¹⁰⁹. Compte tenu du caractère général de l’article 1352-9 du Code civil, cette distinction selon la nature de la sûreté n’est d’aucun secours. La seconde analyse a été formulée par le professeur Borga. Selon ce dernier, la définition retenue des termes « sûreté », « sûreté personnelle » et « sûreté réelle » n’est pas neutre : elle influence l’applicabilité de la norme¹¹¹⁰. En parallèle, l’auteur relève l’émergence d’un socle commun impératif à toutes les sûretés. Il serait illusoire de mettre en place un droit commun impératif des sûretés. En revanche, un ordre public minimal peut être tout à fait envisageable et serait même souhaitable¹¹¹¹. Face à ces deux constats, le professeur Borga envisage un renouvellement des modes d’intervention de l’ordre public en droit des sûretés. Deux caractéristiques majeures permettraient d’en décrire l’importance. D’une part, l’efficacité de l’ordre public en droit des sûretés n’est possible qu’au prix d’une **méthode rigoureuse**. Celle-ci implique d’opter pour une définition fonctionnelle des sûretés et de favoriser l’émergence de principe commun à toute forme de garantie¹¹¹². D’autre part, l’auteur reconnaît à l’ordre public une **fonction particulière** : ce dernier tend à lutter contre l’octroi de sûretés inutiles, excessives ou superflus. Dès qu’une règle respecte ces deux conditions cumulatives, elle doit être reconnue comme étant impérative.

440. La mise en œuvre de ces critères dans le cadre de l’étude de l’article 1352-9 du Code civil. Vérifions si l’article 1352-9 du Code civil satisfait aux conditions énoncées par M. Borga. Cette analyse nous permettra de conclure sur sa portée. Il convient tout d’abord de noter que cette règle se veut générale et semble donc s’appliquer à toutes les sûretés¹¹¹³. Cependant, l’étude détaillée du champ d’application de cette disposition à montrer que la

¹¹⁰⁹ Dupichot (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, th., 2005, p.33, n°21 s.

¹¹¹⁰ Borga (N.), *L’ordre public et les sûretés conventionnelles*, nouv. bibl. des thèses, vol.82, 2009, p.364, n°372 : « **La menace d’exclusion pesant sur les règles impératives dont le champ d’application est déterminé par référence aux notions de sûreté, sûreté réelle et sûreté personnelle, est le fruit de la convergence de deux phénomènes. D’une part, une absence de rigueur législative quant à l’emploi de ces notions. D’autre part, la volonté de la majorité de la doctrine de distinguer les sûretés des simples garanties** ».

¹¹¹¹ Borga (N.), th. préc., p.298 s, n°307s.

¹¹¹² L’auteur tient pour synonyme les termes de « sûreté » et de « garantie ». En ce sens : Cf. *supra* n° 283 s.

¹¹¹³ Cf. *supra* n° 271 s.

généralité n'est qu'illusoire. En effet, plusieurs sûretés échappent à leur report sur l'obligation de restitution. Contrairement aux apparences, cette règle ne fait pas partie du socle commun à toutes les sûretés. Par ailleurs, sa finalité est d'assurer une certaine efficacité de la sûreté tout en conservant un équilibre entre les intérêts du créancier et du donneur de sûreté. Au premier abord, le critère de l'utilité de la règle apparaît comme étant rempli. Pour autant, l'analyse pratique de l'article 1352-9 du Code civil tend à remettre en cause l'objectif louable auquel cette disposition souscrit. Dans plusieurs hypothèses, cette disposition est inefficace et peut même s'avérer inutile. Nous sommes donc amenés à nous demander si la garantie générale des restitutions prônée par l'ordonnance du 10 février 2016 ne serait pas excessive. Il sera démontré que plusieurs outils sont à la disposition du juriste pour arriver à un résultat similaire à celui du report de la sûreté. L'inutilité de cette règle est donc prégnante. Les deux conditions mises en lumière par M. Borga ne sont donc pas remplies dans le cadre de notre objet d'étude de sorte que nous sommes conduits à exclure son caractère impératif.

441. L'analyse menée au regard de la place de l'ordre public en droit des sûretés fournit une réponse claire quant à la faculté d'aménager la couverture des restitutions par la garantie initiale. En effet, l'article 1352-9 du Code civil doit être considéré comme étant supplétif de volonté. La volonté des parties peut ainsi faire échec à l'efficacité de la règle du report de la sûreté sur l'obligation de restitution¹¹¹⁴. Le comportement des parties n'est également pas sans influence sur l'applicabilité de l'article 1352-9 du Code civil.

B. Le refus du report de la sûreté en guise de sanction des parties

442. Mme Sévely-Fournier s'est interrogée sur les limites de la protection accordée par l'article 1352-9 du Code civil¹¹¹⁵. La problématique posée est la suivante : doit-on protéger le créancier et assurer le report de la sûreté sur l'obligation de restitution lorsque ce dernier est à l'origine de l'anéantissement du contrat ? Après avoir déterminé les différentes hypothèses où cette question peut être amenée à se poser (1), nous concluons à la possibilité d'exclure la garantie des restitutions en guise de sanction (2).

1) Détermination des hypothèses

443. Avant de s'interroger sur la pertinence de l'exclusion de la garantie des restitutions en guise de sanction, il convient de cerner les cas où cette problématique se présente. Comme indiqué précédemment, c'est lorsque le créancier, bénéficiaire de la sûreté, est **l'origine de l'anéantissement du contrat** que la privation de la sûreté en phase restitutoire est envisagée. Cependant, que devons-nous entendre par l'expression « créancier à l'origine de l'anéantissement du contrat » ?

¹¹¹⁴ Cette stipulation sera relativement rare en pratique surtout lorsque le créancier sera un professionnel face au donneur de sûreté particulier.

¹¹¹⁵ Sévely-Fournière (C.), « Survie de l'hypothèque à l'annulation du prêt pour lequel elle a été consentie », *R.L.D.C. juil.-août 2009*, p.25.

444. Être à l'origine de l'anéantissement du contrat et être de mauvaise foi. Dans la détermination de la signification exacte de cette expression, une première question se pose : cette catégorie se confond-t-elle avec celle des créanciers de mauvaise foi ? Il convient de revenir sur cette notion de « mauvaise foi ». Cette dernière n'a jamais été définie par elle-même. En effet, elle est régulièrement étudiée par opposition à la notion de « bonne foi ». Cela n'a pas été sans conséquence quant à la définition de la mauvaise foi puisque plusieurs auteurs considèrent que celle-ci n'est que le pendant de la bonne foi¹¹¹⁶. Un auteur s'est attaché à déterminer les critères de la bonne foi¹¹¹⁷. Dans un premier sens, la bonne foi ne serait qu'un dérivé de l'équité. Elle prendrait alors le sens de fidélité et de confiance. De manière plus précise, il s'agirait d'une forme de principe général de loyauté dans les relations contractuelles¹¹¹⁸. Une seconde acceptation de ce terme est possible : la bonne foi serait synonyme d'ignorance ou d'erreur excusable. L'application de ces précisions terminologiques à notre objet d'étude doit nous conduire à admettre qu'est de bonne foi la personne qui a contracté sans connaître la cause de nullité invoquée postérieurement. A l'inverse, la connaissance de ladite cause de nullité lors de la conclusion de l'accord permettrait de caractériser la mauvaise foi du contractant. Cependant, la notion de « créancier à l'origine de l'anéantissement du contrat » semble beaucoup plus large. L'une des parties peut être à l'origine de la cause de nullité tout en l'ignorant et en étant donc de bonne foi. Tel est le cas par exemple lorsque le débiteur n'a pas respecté une règle de formation du contrat par négligence¹¹¹⁹. Dès lors, si le créancier de mauvaise foi est toujours à l'origine de l'anéantissement du contrat, l'inverse n'est pas vrai.

445. Être à l'origine de l'anéantissement du contrat et être défaillant dans l'exécution du contrat. Qu'en est-il maintenant en matière de résolution : devons-nous considérer que celui qui n'exécute pas son obligation est de mauvaise foi ? Un auteur a répondu par la négative à cette question. M. Mercoli considère, en effet, que la résolution va rétroagir au-delà de sa cause¹¹²⁰. Autrement dit, le jeu de la rétroactivité permet d'effacer les éléments qui ont conduit à la sanction de résolution contractuelle. A notre sens, cette argumentation n'est guère pertinente compte tenu de la redéfinition de la notion de rétroactivité¹¹²¹. Cette dernière ne présente plus la rigidité qu'on lui a prêté autrefois. Ses effets sont atténués et une partie du passé contractuel reste maintenu. C'est davantage la distinction entre le débiteur de mauvaise foi et le débiteur à l'origine de l'anéantissement du contrat qui serait une voie d'explication au

¹¹¹⁶ Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 1949, p.288, n°157. Ce n'est cependant pas la position doctrinale majoritaire. *contra* : Vouin (R.), *La bonne foi, notion et rôle actuels en Droit Privé Français*, Bordeaux, 1939, p.2, n°2 et p.9, n°6.

¹¹¹⁷ Vouin (R.), th. préc., p.2, n°2 s.

¹¹¹⁸ Vouin (R.), th. préc., p.21, n°13.

¹¹¹⁹ Sévely-Fourniè (C.), « Survie de l'hypothèque à l'annulation du prêt pour lequel elle a été consentie », *R.L.D.C. juil.-août 2009*, p.25. De manière plus concrète, cela s'est observé dans le cadre de la mise en œuvre de la législation du crédit, V. : Burst (J.-J.), « La nullité des ventes à crédit pour dépassement du crédit autorisé », *D.1970*, chr., p.65, spéc. p.67.

¹¹²⁰ Mercoli (S.), *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-en-Provence, th., PUAM, 2001, p.247, n°230. La jurisprudence est également en ce sens, V. : CA Orléans, 13 mai 1925, *D.P. 1931*, 2, p.65.

¹¹²¹ Cf. *supra* n° 236.

problème posé. Ces deux notions ne sont pas synonymes : la mauvaise foi implique un acte positif tandis que la seconde catégorie regroupe le débiteur de mauvaise et le débiteur simplement passif. C’est notamment le cas en matière de résolution lorsque le débiteur ne s’exécute pas parce qu’il n’en a tout simplement pas les capacités¹¹²². Cette distinction se retrouve dans certains droits étrangers. L’article 1701 al. 2 du Code civil du Québec prévoit ainsi que le débiteur est dispensé de la restitution du bien si celui-ci a péri. Une exception est toutefois envisagée et concerne tant les débiteurs de mauvaise foi que ceux qui ont commis une faute à l’origine de l’anéantissement du contrat¹¹²³. Cette précision n’est pas anodine, elle démontre que le législateur québécois intègre une nuance dans l’analyse du comportement du débiteur et tend à refuser toute assimilation entre la mauvaise foi et la faute de l’anéantissement du contrat.

446. Nous faisons donc le choix de retenir une définition large. Nous sommes donc conduits à nous demander si le débiteur à l’origine de la disparition du contrat peut perdre le bénéfice du report de la sûreté.

2) *La perte de l’avantage, sanction du créancier fautif*

447. Les fondements de la sanction de la perte d’un avantage. Le professeur Fages, dans sa thèse de doctorat a envisagé la possibilité de sanctionner le comportement d’une des parties en l’empêchant d’exercer un droit qui lui serait reconnu. Il s’agit ici d’éviter que l’un des contractants, dont le comportement est répréhensible, puisse tirer parti d’un avantage. Autrement dit, il s’agit d’une forme de déchéance d’une prérogative exercée à titre de sanction. Véritable instrument de pression sur les contractants, les forçant à se comporter de manière loyale, cette pratique trouve son fondement dans les impératifs de bonne foi contractuelle ainsi que dans les règles de bonne conduite¹¹²⁴. Le professeur Fages poursuit en estimant que cette faculté de sanction reconnue aux juges est particulièrement redoutable puisque ces derniers disposent d’un large pouvoir quant à son application. La déchéance peut ainsi être totale ou simplement partielle. Tout dépendra de la gravité du comportement du contractant ainsi que de la nature de la prérogative dont la déchéance est envisagée. En effet, il peut arriver que la marge de manœuvre reconnue aux tribunaux soit relativement mince, ces derniers n’ayant pas « *d’autre alternative que d’accepter ou rejeter dans sa totalité le droit dont la partie invoque le bénéfice* »¹¹²⁵. Au-delà de l’intensité de la déchéance, c’est également sur le choix de la prérogative dont sera privée le contractant que les juges peuvent être amenés à jouer. En effet, le professeur Fages fournit toute une liste de droits dont la déchéance est envisageable, allant de l’impossibilité d’exercer l’exception d’inexécution au

¹¹²² Il peut s’agir de capacités matérielles, économiques, humaines...

¹¹²³ Article 1701 al. 2 CCiv. du Québec : « *Le débiteur est cependant dispensé de toute restitution si le bien a péri par force majeure, mais il doit alors céder au créancier, le cas échéant, l’indemnité qu’il a reçue pour cette perte, ou le droit à cette indemnité s’il ne l’a pas déjà reçue ; **lorsque le débiteur est de mauvaise foi ou que la cause de restitution est due à sa faute**, il n’est dispensé de la restitution que si le bien eût également péri entre les mains du créancier* ».

¹¹²⁴ Fages (B.), *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p.380, n°697.

¹¹²⁵ Fages (B.), *ouvr. préc.*, p.382, n°701.

recouvrement seulement partiel d’une créance. En tout état de cause, l’auteur estime que ladite prérogative déchuée peut avoir une origine tant légale que conventionnelle. Les juges se sont montrés séduits par ce pouvoir sanctionnateur puisqu’ils n’ont pas hésité à l’appliquer dans le cadre de prérogatives diverses¹¹²⁶.

448. La mise en œuvre pratique de la perte d’un avantage. Si tant la doctrine que la jurisprudence semblent favorables à ce mode de sanction, il s’agit de se demander comment celle-ci pourrait jouer dans le cadre de notre objet d’étude. A notre sens, ce pouvoir sanctionnateur peut être mis en œuvre de deux façons. La première est relativement classique : il s’agit du cas où le créancier, bénéficiant de la sûreté reportée, a fait preuve d’un comportement répréhensible. Cette hypothèse ne pose pas de difficulté majeure au vu de ce qui précède. Conformément aux enseignements du professeur Fages, il est possible de priver un créancier d’une prérogative légale. Or, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution constitue un droit de cette nature, dont les juges peuvent refuser son application à titre de sanction. La seconde situation qui peut se présenter est la suivante : imaginons un contrat de sûreté où il a été stipulé qu’en cas d’anéantissement du contrat principal, celle-ci ne serait pas amener à couvrir les restitutions¹¹²⁷. Cette règle constitue une faveur faite au garant qui se trouvera être dans certains cas être partie au contrat anéanti. Le créancier de l’obligation de restitution peut-il demander à ce que cette clause contractuelle ne soit pas appliquée en cas de comportement critiquable de son cocontractant. Une première difficulté soulevée par sa situation a d’ores et déjà été résolue par le professeur Fages : l’origine conventionnelle de la prérogative ne constitue pas un frein à sa potentielle déchéance. En effet, l’auteur admet que les juges peuvent refuser l’application des droits que les parties « *ont pris la peine de se ménager dans le contrat* »¹¹²⁸. Une seconde remarque s’impose et tient à la partie visée par la déchéance. La perte de l’avantage conventionnelle ne semble pas poser de problème lorsque le débiteur à l’obligation de restitution est également le garant comme cela est le cas en matière de sûreté réelle. Ce dernier est fautif et c’est lui qui subit la conséquence de la perte de l’avantage contractuel consistant en l’absence de garantie de l’obligation de restitution par la sûreté initiale. Le schéma se complexifie lorsqu’il est question d’une sûreté personnelle. La clause invoquée est contenue dans le contrat de sûreté et le garant se distingue du débiteur principal. Si ce dernier a un comportement fautif, il semble excessif d’en infliger les conséquences au garant. A notre sens, dans cette situation la déchéance de la prérogative, consistant en un non report de la sûreté sur l’obligation de restitution, ne peut être envisagée qu’en cas de faute du garant. Tant que l’attitude de celui-ci n’est pas répréhensible, il excessivement rigoureux de le priver d’un de ses droits au motif que son débiteur garanti adopte un comportement critiquable.

449. Synthèse. L’inefficacité de la règle de droit posée à l’article 1352-9 du Code civil peut résulter d’une disparition de la sûreté. Cette dernière ne sera pas reportée dans les cas où elle aura été valablement éteinte ou lorsqu’il s’agira de sanctionner le créancier en raison d’un

¹¹²⁶ Sur le refus d’invoquer l’exception d’inexécution, V. : Cass., Com., 1 déc. 1992, *Bull. civ. IV*, n°392. Sur le refus d’exercer le droit de rétention, V. : Cass., Civ. 2^{ème}, 28 fév. 1957, *D.1957*, p.266.

¹¹²⁷ Sur cette faculté, Cf. *infra* n° 462 s.

¹¹²⁸ Fages (B.), *ouvr. préc.*, p.380, n°697.

comportement fautif qu’il aurait eu lors de la phase d’exécution du contrat. Dans ces hypothèses, alors que les éléments essentiels au report de la sûreté sont présents, un élément pathogène – extinction de la sûreté, sanction du créancier, volonté des parties – va venir freiner l’application de la règle du report de la sûreté. Il en résulte que l’objectif de sécurité porté par l’article 1352-9 du Code civil ne se trouve pas atteint. Outre la neutralisation de la sûreté, l’absence d’obligation de restitution à garantir constitue la seconde de cause de paralysie de la règle du report de la sûreté.

SECTION 2 : LA MODULATION DES RESTITUTIONS

450. La disparition de l’obligation de restitution à garantir constitue le second frein à l’application de l’article 1352-9 du Code civil. Comme il a été précédemment mentionné, nous sommes face à des hypothèses où les conditions essentielles à la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution sont présentes. Cependant, un élément extérieur va venir bloquer l’application du report de sûreté en faisant disparaître l’une de ses composantes. Après avoir étudié les hypothèses de disparition de la sûreté, il est tant de s’interroger sur le second élément fondamental du report de sûreté, à savoir l’obligation de restitution. Si pendant longtemps les restitutions étaient considérées comme automatiques, cette analyse n’est dorénavant plus pertinente. Un principe de modulation des restitutions commence à émerger (§1) mais ses effets sont pour l’heure difficilement mesurables (§2).

§1. L’émergence d’un principe de modulation des restitutions

451. Le principe de rétroactivité aveugle conduit à la restitution intégrale des prestations exécutées. Ce schéma semble hermétique à toute idée de modulation : les restitutions apparaissent comme une conséquence automatique de l’anéantissement contractuel¹¹²⁹. Cette hostilité semble toutefois avoir perdu en force ces dernières années. En effet, plusieurs exceptions au principe de restitution intégrale sont apparues d’abord de manière officieuse (A) avant d’être consacrées par la jurisprudence et par l’ordonnance du 10 février 2016 (B). Celles-ci conduisent à limiter voire supprimer les restitutions. Dans cette perspective, le report de la sûreté ne trouve plus d’accroche – suppression des restitutions – ou une accroche

¹¹²⁹ Schmidt-Szalewki (J.), « Les conséquences de l’annulation d’un contrat », *J.C.P. G.* 1989.I.3397, n°5 ; Juredieu (F.), « Les restitutions après annulation du contrat dans l’avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription », in *La théorie des Nullités*, Faculté de droit de Poitiers, ss. dir. M. Boudot et P.-M. Vecchi, L.G.D.J., 2008, p.111 ; Serinet (Y.-M.), « Observations de Yves-Marie Serinet », *L.P.A.* 2009, n°31, p.34. Pour un exemple en jurisprudence : CA Rouen, 24 déc. 1901, *D.1902.II.397*.

restreinte – limitation des restitutions –. Son objectif louable de sécurité du créancier est alors rendu inefficace par le biais de ces modulations.

A. Les prémisses du principe de modulation des restitutions

452. Outre les hypothèses anecdotiques de modulation des restitutions liées à la nature particulière de la relation¹¹³⁰, c'est surtout une volonté de « moraliser » la phase restitutoire qui a dicté la limitation voire la suppression des restitutions. Deux phénomènes ont ainsi contribué à une forme de moralisation des restitutions. Il s'agit, d'une part, deux jeux des adages « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » et « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* », et, d'autre part, de la prise en compte de la mauvaise foi du contractant.

453. **La moralisation historique des restitutions : les adages « *nemo auditur* » et « *in pari causa* ».** Portalis, dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil, relevait toute l'importance des maximes dans notre droit¹¹³¹. Ce constat est particulièrement vrai pour ce qui est des deux adages¹¹³² qui retiennent notre attention puisque ceux-ci ont joué un rôle non négligeable dans la détermination des restitutions.

¹¹³⁰ Les contrats aléatoires forment également une bonne illustration de la suppression des restitutions en raison de la nature du contrat anéanti. Ces derniers semblent incompatibles avec l'application de la rétroactivité découlant du processus d'anéantissement du contrat. En ce sens, V. : Serinet (Y.-M.), « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », in Fontaine (M.), Viney (G.) (ss. dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruyant-L.G.D. J., 2001, p.589 ; Gallet (A.), *Etude de la fiction de rétroactivité dans le droit français*, th. Poitiers, 1903, p.120-121. Les restitutions sont également limitées dans le but de protéger le contractant incapable. Ce dernier n'est tenu de restituer que ce qui a tourné à son profit tandis que son cocontractant reste soumis au principe de restitution intégrale. Cette règle, visée par l'ancien article 1312 du Code civil et reprise par l'article 1352-4 du Code civil, ne se justifie que par la volonté d'assister la personne vulnérable, à qui l'on ne peut reprocher d'avoir dilapidé ce qu'elle a reçu. L'article 1352-4 CCiv. dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 disposait que « *les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé* ». Les auteurs avaient soulevé une erreur de rédaction puisque le texte allait dans un sens contraire à l'ancien article 1312 du Code civil alors que le rapport remis au président de la République soulignait la volonté de reprendre cette règle. En ce sens : Pellet (S.), « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *J.C.P. G 2016*, n°24, p.676 ; Tétard (S.), « Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du Code civil (ou les risques de la simplification) », *D.2017*, p.777 ; Mignot (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *L.P.A. 13 mai 2016*, n°96.

¹¹³¹ Fenet (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T.I, Videcoq, 1827, p.470 : « *chez toutes les nations policées, on voit se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journallement par la pratique et le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation* »

¹¹³² La doctrine a longtemps débattu sur l'articulation de ces deux adages. Selon le professeur Le Tourneau, la différence entre les deux n'est que d'ordre chronologique, l'adage « *in pari causa* » étant prexistant à l'adage « *nemo auditur* ». En ce sens, V. : Le Tourneau (P.), *La règle Nemo auditur...*, th. L.G.D.J., 1970, p.15, n°14. Hormis cette distinction, les deux adages semblent avoir la même fonction, à savoir bloquer l'action en restitution des contrats immoraux. En ce sens, V. : Carbonnier (J.), *Droit civil*, T.II, n°1025, p.2105 ; Roland (H.)

454. Une première précision s’impose quant au champ d’application de ces maximes. D’une part, l’action en nullité n’est pas impossible, seules les restitutions se trouvent paralysées¹¹³³. D’autre part, l’exception d’indignité a une portée limitée au contrats immoraux. Autrement dit, une distinction est faite entre l’illicéité et l’immoralité¹¹³⁴. Seul dans le second cas, nous opérons une neutralisation des restitutions. Cette dernière résulte d’une volonté de sanctionner l’indignité du demandeur. M. Goubeaux estime ainsi que « *refuser la restitution à celui qui se prévaut de son propre comportement illicite est une réaction de défense du système juridique contre un résultat aberrant du jeu mécanique des règles applicables. C’est une de ces soupapes de sécurité qui permettent de corriger certains excès que justifierait une stricte logique juridique* »¹¹³⁵. Dans la même logique, la dimension sanctionnatrice de ces règles ne peut être niée¹¹³⁶. La partie qui se place consciemment dans une situation immorale doit en assumer les conséquences et ne peut donc bénéficier de la protection accordée au contractant honnête¹¹³⁷. Cet aspect sanctionnateur de ces adages

et Boyer (L.), *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Paris, Litec, 1999, p.335. *contra* : Le Tourneau (P.), th. préc., p.176 s. ; Le Tourneau (P.), « Exception d’indignité – Règles « Nemo auditor » et « In pari causa » », *J.-Cl. Civil*, app. art.1131 à 1333, 2007, n°123.

¹¹³³ Fréchette (P.), *La restitution des prestations en droit québécois : fondements et régime*, Université Laval, ss. dir. Mme M. Cumyn, p.399 ; Savey-Casard (P.), *Le refus d’action pour cause d’indignité, étude de la maxime nemo auditor...*, p.277 : « *La prononciation de la nullité présente un intérêt indépendant de celui de la répétition, un intérêt de principe. Elle n’est donc pas refusée* ». A partir de ce constat, plusieurs auteurs ont distinguer l’action en nullité de l’action en restitution, V. : Kayser (P.), « Les nullités d’ordre public », *R.T.D. civ. 1933*, p.1115 en particulier p.1137, n°13 ; Weill (A.), « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l’action en nullité », *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, PUT, 1978, p.1165 notamment 1167 : « *La règle nemo auditor propriam turpitudinem allegans, qui vient parfois limiter les effets d’une nullité d’ordre public, empêchant le demandeur d’exercer l’action en répétition des prestations effectuées sur le fondement du contrat immoral ne restreint pas en droit la faculté d’invoquer la nullité contre le cocontractant dès lors que celui-ci n’est pas irréprochable* ». Pour un exemple en jurisprudence : Cass., Civ. 1^{ère}, 17 juil. 1996, *Bull. civ. I*, p.331.

¹¹³⁴ Carbonnier (J.), *Droit civil*, vol.2, n°1022, p.2101 ; Maitre-Arnaud (E.), *La rétroactivité dans le contrat*, th. Université Panthéon-Assas (Paris II), Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2003, p.245, n°895 ; Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., n°895, p.502 ; Le Tourneau (P.), th. préc., p.150 ; Antippas (J.), « Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats » *A.J.D.A 2016*, p.1620. Pour des exemples en jurisprudence, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 1984, *D.1986*, p.448, note J. Penneau ; Cass., Com., 11 juil. 2006, *Bull. civ. IV*, n°180 ; CA Paris, 6 nov. 2020, n°19/17621 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2021, n°19-22.234. Les droits étrangers ne retiennent pas cette distinction : le professeur Le Tourneau cite notamment le cas du droit belge où la Cour de Bruxelles a retenu qu’il ne devait pas « *avoir égard à la discrimination qui peut être faite entre une convention illicite et une convention immorale, cette distinction offrant de sérieuses difficultés de classification* ».

¹¹³⁵ Goubeaux (G.), note sous *J.C.P. 1988.II.20987. Adde* : Jafferli (R.), *La rétroactivité dans le contrat*, 2014, Bruylant, p.620, n°279. *contra* : Demogue (R.), *Traité des obligations en général. Sources des Obligations*, T.II, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p.810, n°878 : selon l’auteur, l’exception d’indignité aurait vocation à protéger le contrat immoral puisque ses conséquences ne se trouveraient pas effacées par le biais des restitutions.

¹¹³⁶ Mercoli (S.), *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-en-Provence, th., PUAM, 2001, p.195, n°173 : « *L’exception d’indignité doit être perçue comme un moyen de renforcer la sanction d’annulation. En effet, de même que la peine ne peut profiter au coupable, de même le contractant turpis ne peut pas tirer avantage de l’effacement rétroactif du contrat et espérer que lui soit restituée sa prestation* ».

¹¹³⁷ Ripert (G.), *ouvr. préc.*, n°110, p.194 : « *le meilleur moyen d’empêcher les actes immoraux, c’est de les exclure de la vie juridique* »

semble prévaloir dans la doctrine¹¹³⁸. La volonté d’éviter les actes immoraux en insistant davantage sur la faute que sur le préjudice subi par la partie turpis sont des arguments allant dans le sens d’une lecture sanctionnatrice de l’exception d’indignité¹¹³⁹. Ainsi, la modulation des restitutions opérées par le biais de ces adages a pour fonction de punir les contractants à l’origine d’une situation contractuelle qui viendrait heurter les bonnes mœurs.

455. La moralisation contemporaine des restitutions : la prise en compte du comportement du contractant. Une seconde hypothèse de modulation des restitutions à des fins de sanction s’opère lorsque la mauvaise foi d’une des parties est prise en compte pour restreindre le droit aux restitutions. Il n’est plus question ici de suppression des restitutions mais davantage de leur limitation. Nous avons déjà vu que le comportement des parties joue un rôle important dans le report de la sûreté sur l’obligation de restitution¹¹⁴⁰. Il est tout aussi déterminant lorsqu’il s’agit d’estimer le montant des restitutions à opérer. En effet, bien que la doctrine majoritaire s’accorde sur une vision objective des restitutions¹¹⁴¹, la pratique semble au contraire privilégier une subjectivisation de ces dernières. La proposition formulée serait la suivante : en cas de bonne foi, les accessoires de la restitution du principal seraient limités. Ils ne seraient dus qu’à compter de la demande en justice. Cette position apparaît comme des plus logiques puisque la demande en justice tend à faire cesser la bonne foi. A l’inverse, la charge des restitutions deviendrait plus importante pour la partie de mauvaise foi qui se retrouverait tenue de restituer les accessoires à compter de la conclusion du contrat. Cette prise en compte du comportement des parties se justifie une nouvelle fois par une volonté de moraliser les relations contractuelles.

456. Ces quelques exemples démontrent qu’il existait des exceptions au principe de restitution intégrale. Pour autant, aucun principe de modulation des restitutions n’avait pu être affirmé. Ce n’est que progressivement que l’inversion du paradigme a pu être faite au point qu’il est dorénavant possible d’admettre que les restitutions peuvent être considérablement limitées et même supprimées, empêchant ainsi l’application effective de l’article 1352-9 du Code civil.

B. La consécration du principe de modulation des restitutions

457. À partir des quelques exceptions au principe de restitution intégrale, une idée a commencé à émerger : il serait possible de restreindre les restitutions. Outre les cas de moralisation de la phase restitutoire ou de limitation des restitutions en raison de la relation initiale, est-il possible d’influencer sur le montant des restitutions par la simple volonté des

¹¹³⁸ Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), *La formation du contrat, L’objet et la cause, Les nullités*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 2013, p.1510, n°2839 ; Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.507, n°907-1.

¹¹³⁹ Fréchette (P.), th. préc., p.399.

¹¹⁴⁰ Cf. *supra* n° 446.

¹¹⁴¹ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.437, n°757. De manière plus générale sur l’objectivité en droit des contrats : Guelfucci-Thibierge (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D civ.* 1997, p.359.

parties ? La consécration du principe de modulation des restitutions s’est faite en deux temps. Elle résulte d’abord d’un élan timide de la jurisprudence (1) avant d’être solidement affirmée par l’ordonnance du 10 février 2016.

1) *La consécration jurisprudentielle en demi-teinte*

458. Un pas en avant : validité de la clause de non-restitution. Dès 1989, la Cour d’appel de Lyon a consacré la validité d’une clause de non-restitution des sommes versées à la suite de l’annulation d’un contrat¹¹⁴². Un auteur s’est saisi de cette opportunité pour proposer la consécration d’un principe de modulation des restitutions. Les parties seraient libres d’aménager conventionnellement les modalités des restitutions réciproques consécutives à l’anéantissement du contrat¹¹⁴³. Cela semble d’autant plus vraie que la validité de la clause de non-restitution a été réaffirmée à différentes reprises, y compris par la CJUE. Cette dernière a, en effet, considéré que cette stipulation contractuelle ne constituait pas une restriction caractérisée à la concurrence¹¹⁴⁴. Pour autant, cette réaffirmation constante de la validité des clauses de non-restitution en matière de contrat de licence suffit-elle à poser un principe général de modulation des restitutions ? Nous pouvons en douter au regard des effets d’espèce de ces arrêts. Il est toujours question d’un contrat de licence anéanti dont on se demande si les redevances perçues en vertu de celui-ci doivent être restituées, étant précisé qu’une clause contractuelle s’oppose à une telle restitution. Les juges optent pour l’application de la clause et rejettent systématiquement la demande de restitution des sommes versées par le licencié au breveté. La compréhension de ces arrêts impose de s’interroger sur la particularité du contrat de licence¹¹⁴⁵. Il s’agit d’un type de contrat dont l’exécution est étalée dans le temps, où à échéance successive, le licencié verse une redevance au concédant pour l’utilisation du brevet. Or, ces formes contractuelles, où l’exécution de la prestation se fait de manière successive dans le temps, sont difficilement compatibles avec l’application aveugle de la rétroactivité et à l’admission des restitutions intégrales qui en sont la conséquence¹¹⁴⁶. Dès lors, la validation des clauses de non-restitution ne serait pas une preuve suffisante de la consécration d’un véritable principe de modulation des restitutions puisque la jurisprudence est plus généralement en faveur d’une restriction du phénomène restitutoire dans ce type de contrat¹¹⁴⁷.

459. Un pas en arrière : inefficacité de la clause de non-restitution. Outre l’interprétation jugée extensive de ces solutions, ces dernières posent également problème

¹¹⁴² CA Lyon, 12 janv. 1989, *D.1990*, somm., p.152.

¹¹⁴³ Mousseron (J.-M.) (ss. dir.), *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 2010, p.660, n°1802 s.

¹¹⁴⁴ CJUE, 1^{ère} ch., 7 juil. 2016, aff. C-567/14, *Genentech Inc./ Hoechst GmbH*. Cette clause avait été attaquée non pas sur le terrain des règles restitutoires mais plutôt sur celui de la libre concurrence puisqu’elle rapprochait d’une clause de non-contestation, inacceptable au regard des règles de l’Union Européenne. V. : Raynard (J.), « Anéantissement du brevet et sort des redevances de licence : efficacité de la clause prévoyant la non-restitutions des redevances acquittées », *Propr. industr. 2017*, comm.41.

¹¹⁴⁵ Ferrier (D.) et Ferrier (N.), *Droit de la distribution*, 8^{ème} éd., LexisNexis, 2017.

¹¹⁴⁶ Cf. *infra* n° 383 et 488 s.

¹¹⁴⁷ Pancrazi-Tian (M.-E.), « Les clauses de rétroactivité », *R.T.D. Civ. 2011*, p.469.

puisque un arrêt récent est venu contredire la portée de la décision de la Cour d'appel de Lyon de 1989. En l'espèce, les faits étaient similaires aux hypothèses jurisprudentielles antérieures : il s'agissait d'un contrat de licence, contenant une clause de non-restitution, qui avait été annulé. Les juges de la Cour d'appel de Lyon ont reconnu la validité de la stipulation contractuelle prévoyant une exclusion des restitutions mais ils n'en ont pas tiré les conséquences. En effet, ils ont estimé que bien qu'elle puisse être reconnue comme valide, son efficacité devait être paralysée¹¹⁴⁸. Les raisons d'une telle inefficacité restent pour le moins obscures¹¹⁴⁹. Nous pourrions penser que celle-ci est due au fait que les magistrats considèrent que l'anéantissement rétroactif du contrat tend à effacer toutes les clauses qui sont contenues en son sein. La pertinence de cette explication interroge : il est admis en jurisprudence que les clauses ayant vocation à aménager la phase post-contractuelle se maintiennent en dépit du jeu de la rétroactivité¹¹⁵⁰. Aucune autre justification ne semble pouvoir être apportée à l'appui de cette solution plus qu'étonnante. En tout état de cause, cette dernière confirme l'idée selon laquelle la jurisprudence ne peut suffire à caractériser à elle seule l'existence d'un principe de modulation des restitutions. Il convient alors de se tourner vers les textes du Code civil pour déterminer si nous pouvons réellement tenir pour acquis un principe de modulation des restitutions.

2) *La consécration légale affirmée*

460. L'interprétation doctrinale divisée. Les articles 1352 et suivants du Code civil n'ont pas été clairement identifiés comme étant impératifs. Pour autant, il a été démontré que cela ne suffit pas à les faire automatiquement basculer dans la catégorie des dispositions supplétives de volonté. A l'inverse, l'article 1352-3 du Code civil, portant sur la restitution des accessoires, admet la possibilité de prévoir des « stipulations contraires ». Une telle mention n'est pour autant pas suffisante à qualifier le reste du chapitre d'impératif. Face au silence des textes, la doctrine semble divisée. Si une majorité doctrinale se revendique favorable à l'aménagement conventionnel des restitutions¹¹⁵¹, quelques auteurs persistent à considérer ces dispositions comme étant d'ordre public¹¹⁵². Un argument a pu être avancé par le professeur Forti, pour rejeter la possibilité d'organiser conventionnellement les restitutions. L'auteur estime que les articles 1352-1, 1352-2 et 1352-7 du Code civil, en faisant référence à la bonne foi du débiteur, doivent être considérés comme étant impératifs. L'article 1104

¹¹⁴⁸ CA Lyon, 1^{ère} ch. Civ., 23 janv. 2020, n°17/03386.

¹¹⁴⁹ Chiariny (A.-C.), « Conséquences de l'annulation du brevet sur le contrat de licence : de la difficile mise en œuvre d'un principe désormais établi », *J.C.P. E.* 2020, p.1569.

¹¹⁵⁰ Cf. *supra* n° 101.

¹¹⁵¹ Pellet (S.), « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *J.C.P. G* 2016, n°24, p.676 ; Klein (J.), « Les restitutions », *Dr. et patr. mai* 2016, p.91 ; Mekki (M.), « Réforme du droit des obligations : le droit des nullités », *J.C.P. N.* 2017, p.9.

¹¹⁵² L'argument principal se centre autour des effets de la rétroactivité qui aurait pour conséquence d'effacer les clauses modulant les restitutions. En ce sens, V. : Forti (V.), fasc. préc., n°10 : « *Il n'est en effet pas certain que les clauses aménageant les conséquences de l'anéantissement du contrat lui survivent* ». Or, il a été vu, à de nombreuses reprises, qu'une telle conception n'est dorénavant plus tenable compte tenu de la volonté affirmée de réduire la portée de la rétroactivité pour laisser subsister certaines stipulations aménageant la phase post-contractuelle. En ce sens, Cf. *supra* n° 101.

alinéa 2 du Code civil pose un devoir de bonne foi des contractants insusceptibles d'être écarté conventionnellement¹¹⁵³. L'influence de cet article se propagerait aux autres dispositions faisant référence à la bonne foi, de sorte que celles-ci devraient être qualifiées d'impératives. Si ce raisonnement nous semble pertinent, nous pouvons douter des conclusions avancées. La raison en est simple : l'aménagement conventionnel des restitutions dépasse la question de la bonne foi du contractant. En effet, les dispositions susmentionnées faisant référence à la bonne ne traitent que de la question de la restitution des accessoires. Ainsi, qu'en bien même ces dernières seraient impératives, l'aménagement de la restitution du principal reste tout à fait admissible. Allons même encore plus loin : l'article 1352-7 du Code civil dispose que « *celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande* ». Ne serait-il pas possible d'envisager une clause prévoyant que la restitution des intérêts et des fruits par le contractant de bonne foi ne serait jamais due ? Une telle stipulation ne semble pas aller à l'encontre du devoir de bonne foi et de la protection reconnue à la partie faisant preuve d'une telle qualité. Dans la même veine, ne serait-il pas envisageable de prévoir que seule la restitution de certaines détériorations/dégradations sera due par la partie de mauvaise foi ? Sans faire échec au devoir de bonne foi, une telle stipulation aurait le mérite de préciser l'article 1352-1 du Code civil, dont la portée pose question en doctrine¹¹⁵⁴. Au vu de ces éléments, conclure au caractère impératif de ces dispositions sur le seul argument de la référence à la bonne foi du contractant nous semble hasardeux. Bien qu'une confirmation jurisprudentielle serait la bienvenue, l'analyse tant textuelle que technique de ces articles, nous invite à conclure à leur caractère supplétif de volonté.

461. L'ordonnance du 10 février 2016, en permettant l'aménagement conventionnel des articles 1352 et suivants du Code civil, consacre indirectement un principe de modulation des restitutions. En vertu de celui-ci, il serait tout à fait possible pour les parties au contrat de prévoir une limitation des restitutions dues et peut être même, de manière plus radicale, une suppression. Cela n'est pas neutre au regard de notre objet d'étude puisqu'en neutralisant les restitutions, les parties empêcheraient une application complète et effective de l'article 1352-9 du Code civil. Pour comprendre de manière plus précise les enjeux, tentons de dresser la mise en œuvre pratique de ce principe de modulation.

¹¹⁵³ Mercadal (B.), *Réforme du droit des contrats*, éd. Francis Lefebvre, 2016, n°1230.

¹¹⁵⁴ Forti (V.), fasc. préc., n°32 : « *La question qui se pose au sujet de ces termes est de savoir s'ils couvrent que les moins-values exceptionnelles ou accidentelles, ou bien s'ils embrassent également l'usure résultant de l'usage normal de la chose* ». En ce sens, l'usure résultant de l'usage normal de la chose pourrait également être mise à la charge de la partie de bonne foi et faire l'objet d'un aménagement conventionnel.

§2. La mise en œuvre du principe de modulation des restitutions

462. La modulation des restitutions peut être réalisée *a priori* par les parties (A) ou *a posteriori* par le juge (B).

A. La modulation des restitutions par les parties

463. Mme Pancrazi a insisté sur l’importance d’anticiper le risque de restitution consécutif à l’anéantissement contractuel. L’auteur a ainsi insisté sur la grande diversité des clauses aménageant les restitutions¹¹⁵⁵. Celles-ci peuvent être de deux natures : elles peuvent influencer le montant des restitutions ou les modalités restitutoires.

464. Les clauses portant sur l’étendue des restitutions. Les clauses jouant sur le montant des restitutions sont celles qui semblent le plus évident. Elles peuvent faire varier la somme des restitutions tant à la baisse qu’à la hausse. En effet, il est tout à fait possible d’envisager que les parties aient entendu limiter ou supprimer les restitutions¹¹⁵⁶. A titre d’exemple, il serait envisageable d’insérer une clause de non-restitution du principal ou, de manière plus restrictive, seule la restitution des accessoires pourrait se trouver conventionnellement paralysée. Ces clauses ne sont pas sans importance quant à l’application de l’article 1352-9 du Code civil. En effet, cette disposition ne trouve à s’appliquer que s’il existe une obligation de restitution valable sur laquelle la sûreté peut venir se greffer. Cependant, si les parties décident contractuellement de faire disparaître cette obligation ou de considérablement

¹¹⁵⁵ Pancrazi-Tian (M.-E.), « Les clauses de rétroactivité », *R.T.D. Civ. 2011*, p.469.

¹¹⁵⁶ Limiter excessivement les restitutions ou à l’inverse prévoir des formes restitutoires démesurées au regard de la situation des parties pourrait toutefois être sanctionné sur le terrain de la proportionnalité. Et ce d’autant plus que cette notion a déjà eu l’occasion de jouer un rôle important en matière de restitution. Dans la célèbre « affaire des cuves », les juges avaient pris le parti de limiter les restitutions en raison de leurs coûts disproportionnés. V. : CA Paris, 5 mai 1988, BOCC 11 mai 1988 ; Cass., Com., 18 fév. 1992, *Bull. civ. IV*, n°78, *D.1992*, somm., p.396, obs. D. Ferrier ; Cass., Com., 18 mai 1992, *D.1993*, p.57, obs. C. Hannoun. L’ordonnance du 10 février 2016 ne semble pas avoir repris explicitement cette idée. *contra* : Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y-M), *ouvr. préc.*, p.923 : les auteurs invoquent le droit européen de la vente qui semble favorable à une prise en compte de la notion de proportionnalité dans les rapports restitutoires. Les juges pourraient également très bien décider d’écarter une clause qu’ils jugeraient excessive quant à ses conséquences pour l’une des parties. Ils ont déjà eu l’occasion de le faire à plusieurs reprises, V. : Cass., Civ. 3^{ème}, 15 oct. 2015, n°14-23.612 ; Cass., Civ. 3^{ème}, 27 mai 2021, n°20-13.204. Selon les circonstances de l’espèce, ces clauses pourraient aussi être contestées sur le terrain de la libre concurrence, argument avancé par les plaideurs pour contester la validité des clauses de non-restitution, précédemment décrites. *Cf. supra* n° 457. Enfin, nous pourrions aussi estimer qu’une telle clause place l’un des contractants dans une position favorable puisqu’il se trouve créancier de restitution sans être débiteur. Sa situation nous conduit à considérer qu’il bénéficie à la fois de l’exécution du contrat et des conséquences de son anéantissement. Au nom d’un principe de cohérence, une telle situation pourrait être neutralisée par le juge. Sur cette notion, V. : Houtcieff (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001. *Adde* : Pancrazi-Tian (M.-E.), « Les clauses de rétroactivité », *R.T.D. civ. 2011*, p.469, n°19.

l’atténuer, le report de la sûreté se trouve paralysé, manifestant ainsi une nouvelle cause d’inefficacité de l’article 1352-9 du Code civil. A l’inverse, pourrions-nous envisager une clause imposant le jeu d’une pleine rétroactivité dont la conséquence serait la mise en œuvre de restitution intégrale ? C’est en matière de prestation de service, rémunérées au fur et à mesure de l’exécution du contrat, que cette question pourrait être amenée à se poser. L’hostilité de la jurisprudence à revenir sur des prestations ayant été correctement exécutées et garantissant un équilibre entre les parties pourrait-elle être tenue en échec par la volonté des parties ? Les éléments précédemment présentés nous invitent à répondre par la positive. Cette hypothèse est très intéressante car elle manifesterait, au contraire de ce qui précède, un regain de vigueur de l’article 1352-9 du Code civil. Prenons un exemple concret pour comprendre ce cas : imaginons un contrat de bail conclu en mars 2021, contenant une clause aux termes de laquelle en cas d’anéantissement du contrat, la rétroactivité jouera son plein effet et les restitutions seront intégrales. Le paiement des loyers est garanti par un cautionnement. En mars 2022, ce contrat vient à être résolu pour défaut de paiement du loyer de mars. En appliquant les solutions jurisprudentielles traditionnelles rendues en matière de contrat à exécution successive, les restitutions seraient en grande partie neutralisées et seul la tranche dont l’exécution n’a pas été satisfaisante devrait faire l’objet d’une restitution de la jouissance du bien de la part du preneur. Le rôle de la caution est alors mineur¹¹⁵⁷. La solution est tout autre si nous faisons application de la clause contractuelle. Il incombe alors au preneur une restitution de la jouissance du bien calculée sur une année – durée de la location –. L’intérêt du cautionnement est alors restauré¹¹⁵⁸. En grande majorité, les clauses modulant les restitutions vont jouer dans un sens de restriction de l’application de l’article 1352-9 du Code civil mais cet exemple nous montre que, de manière très anecdotique, elles peuvent parfois avoir l’effet inverse.

465. Les clauses portant sur les modalités des restitutions. Outre le montant des restitutions, les parties peuvent également choisir d’aménager leur modalité. Il pourrait ainsi être convenu que les restitutions ne se feraient qu’en nature ou à l’inverse que par équivalent. De telles clauses restent toutefois anecdotiques quant à notre objet d’étude. Outre le fait que l’insertion de telle clause est relativement rare, leurs impacts seraient négligeables quant au sort de la sûreté. Illustrons ce propos par deux exemples. Imaginons un contrat de prestation de service contenant une clause de restitution par équivalent. L’utilité de cette clause est des

¹¹⁵⁷ Cf. *infra* n° 488 s.

¹¹⁵⁸ Même dans cette hypothèse, nous pouvons douter d’une réelle « restauration » de l’intérêt du cautionnement. En effet, si le preneur devait restituer la jouissance du bien pendant une année, le bailleur serait lui tenu de la restitution des loyers pendant une année également. Par le biais de la compensation entre ces deux dettes, la dette restitutoire du preneur serait minime voire même inexistante et, la règle du report de la sûreté n’aurait que peu d’utilité. Cf. *infra* n° 490. Imaginons un cas plus problématique, où dans le contrat de bail, il serait stipulé qu’en cas d’anéantissement du contrat, seul le preneur serait tenu à des restitutions. Dans cette situation, la compensation évoquée ne fonctionne plus et l’article 1352-9 du Code civil aurait pleine efficacité et retrouverait toute son utilité. Toutefois, nous pouvons douter de l’efficacité d’une telle clause. Comme nous l’avons vu, les clauses de non restitution ne sont plus sanctionnées sur le terrain de leur validité mais plutôt sur celui de l’efficacité. Cf. *supra* n° 457. Une clause imposant la restitution à une seule des parties serait vraisemblablement neutralisée par le juge en ce fondant sur la notion de proportionnalité, mobilisée en jurisprudence en matière de restitution.

plus réduites puisqu’en réalité elle ne fait que reprendre la règle visée à l’article 1352-8 du Code civil. Or, nous avons déjà amplement détaillé le sort de la sûreté dans cette hypothèse. À l’inverse, l’insertion d’une clause de restitution en nature dans cette même catégorie de contrat serait absurde puisqu’il s’agirait de rendre la prestation de service effectuée, ce qui s’avère illusoire et inutile. Imaginons maintenant un contrat de vente d’un bien dans lequel une clause de restitution en nature serait insérée. À l’issue du processus d’anéantissement du contrat, l’acquéreur devra restituer le bien. Là encore une telle clause ne fait que reprendre les règles visées aux articles 1352 et suivants. Si le débiteur de l’obligation ne s’exécute pas, sa responsabilité contractuelle pourra être engagée sur le fondement de l’article 1217 du Code civil, et il sera tenu de réparer le préjudice subi par le créancier qui correspondra environ à l’équivalent monétaire du prix du bien. La sûreté garantira alors cette obligation et comme elle aurait été amenée à garantir l’obligation de restitution par équivalent du bien si la clause n’avait pas été insérée¹¹⁵⁹. Certes la qualification juridique change mais la sûreté sera aussi durement tenue. Seule une situation a un véritable impact sur le sort du donneur de garantie. Il s’agit du cas d’un contrat de vente où cette fois une clause obligeant à la restitution par équivalent est insérée. Dans cette situation, lors de l’anéantissement du contrat, l’acquéreur conservera la propriété du bien et sera tenu de restituer une certaine somme correspondante à l’évaluation du bien. Alors que la sûreté pourrait être déchargée de la restitution du principal par la remise du bien, elle reste tenue de garantir l’obligation monétaire par équivalent. Certes, la compensation entre la restitution par équivalent du bien et la restitution du prix diminuent le risque d’aggravation du sort du donneur de garantie, toujours est-il que cette clause est celle qui pourrait avoir le plus d’impact sur la situation de ce dernier.

466. Les parties doivent également être à même d’organiser conventionnellement la restitution des accessoires en déterminant ceux qui seraient concernés et en fixant les méthodes de calcul permettant de les déterminer. À titre d’exemple, il serait intéressant d’insérer dans le contrat un index à partir duquel la valeur à restituer des accessoires pourrait être déterminée. Contrairement à l’aménagement de la restitution du principal, ces types de clause peuvent avoir de forts impacts sur le sort du garant. Prenons le cas d’une cession d’actions, pour un montant de 50 000 euros, dont le paiement serait garanti par une sûreté. Après quatre années, la cession est annulée. Les actions ont généré sur cette période des dividendes à hauteur de 100 000 euros et une plus-value de 10 000 euros. Le bien, à savoir les actions, sera restitué au vendeur initial. Mais qu’en est-il de la restitution des accessoires, c’est-à-dire les fruits – dividendes – et les plus-values¹¹⁶⁰ ? L’article 1352-7 du Code civil permet en partie de réduire la dette de restitution des fruits puisque si l’acquéreur est de bonne foi, il ne les devra qu’à compter de la demande en restitution. Supposons que dans notre exemple ce soit le cas, le montant de la restitution des fruits passera donc de 100 000 euros à une somme disons de 1 000 euros. En revanche, la restitution de la plus-value est plus complexe. En vertu de l’article 1352-5 du Code civil, elle sera intégralement due à sa valeur estimée au jour des restitutions, soit dans notre exemple 10 000 euros. À partir de ces

¹¹⁵⁹ Cela est d’autant plus vrai que la créance indemnitaire issue de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle ou délictuelle est couverte par la sûreté. V. : Torck (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », *L.P.A.*, 2004, p.25.

¹¹⁶⁰ Sur ces questions, V. : Randoux (D.), « Résolution d’une cession d’actions et montant des restitutions », *Rev. Sociétés* 1997, p.117.

explications, mesurons l’impact d’une clause portant sur les accessoires. En l’absence de clause, dans le cas exposé, le débiteur de la restitution devra 11 000 euros pour les accessoires. Cette somme sera couverte par la sûreté initiale. En revanche, si maintenant une clause limitant ou même supprimant la restitution des accessoires est stipulée dans l’acte, le débiteur ne serait tenu que pour un montant inférieur voire même nul. Le sort du garant serait alors considérablement amélioré dans le sens où il serait tenu bien deçà de ce qui est prévu par application des textes légaux. Ainsi, ce type de clauses peut avoir une influence non négligeable sur le montant de la dette pesant sur le garant.

467. Le champ d’application des clauses conventionnelles portant sur les restitutions semble donc être des plus larges. Ces dernières ne sont pas neutres quant à l’application de l’article 1352-9 du Code civil puisque certaines d’entre elles peuvent venir réduire la dette restitutoire. Il serait même possible d’envisager une clause venant complètement supprimer les restitutions et privant ainsi d’efficacité la règle du report de sûreté. Toutefois, bien qu’une telle clause serait reconnue comme valide en vertu de la jurisprudence récente, son efficacité pourrait être paralysée sur plusieurs fondements. Il n’en reste pas moins que même si ce cas extrême semble difficilement admissible à l’heure actuelle dans notre corpus juridique, les restitutions peuvent être conventionnellement restreintes – notamment en jouant sur les accessoires – provoquant ainsi une restriction de l’application de l’article 1352-9 du Code civil.

B. La modulation des restitutions par le juge

468. Le juge peut être amené à réduire ou supprimer les restitutions en application des adages « *nemo auditur...* » et « *in pari causa...* » (1) ou au nom de la prise en compte des droits et libertés fondamentaux (2). Ces deux hypothèses nous invitent à nous demander s’il ne serait pas plus simple d’octroyer un droit à la modulation des restitutions au juge (3).

1) L’application « nemo auditur... » et « in pari causa... »

469. Si la présentation de ces adages a d’ores et déjà été faite¹¹⁶¹, une question reste en suspens : sont-ils amenés à s’appliquer en l’état actuel du droit ? En effet, ces règles n’ont d’une part pas été consacrées par l’ordonnance du 10 février 2016¹¹⁶², et, d’autre part, plusieurs auteurs ont émis des doutes quant à leur pérennité¹¹⁶³. Si ces adages trouvent à

¹¹⁶¹ Cf. *supra* n° 452.

¹¹⁶² Alors que le projet Catala avait prévu une disposition en ce sens, V. : Serinet (Y.-M.), « Observations de Yves-Marie Serinet », *L.P.A.* 2009, n°31, p.34.

¹¹⁶³ Chantepie (G.) et Latina (M.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, 1094 p. ; Dissaux (N.) et Jamin (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz 2016, 274 p. ; Klein (J.), « Les restitutions », *Dr. et patr. mai 2016*, p.91.

s’appliquer, ils viendraient bloquer le phénomène restitutionnel et par conséquent l’application de l’article 1352-9 du Code civil.

470. L’absence de mention de ces adages dans les nouvelles dispositions. Un premier argument en faveur d’une inapplicabilité de ces adages réside dans leur absence de consécration dans Code civil. Le simple fait que le chapitre sur les restitutions ne fasse aucune mention de ces règles suffit-il à exclure leur application ? Nous pouvons en douter car plusieurs éléments militent au contraire en faveur d’une prise en compte de l’exception d’indignité en dépit de son absence des textes de la réforme. C’est, tout d’abord, une analyse historique qui nous permet de réfuter l’exclusion de ces règles. En effet, ces adages n’ont jamais été consacrés au sein du Code civil napoléonien. Pour autant, cela n’a pas empêché les tribunaux de s’en saisir pour fonder leurs décisions¹¹⁶⁴. Un argument comparé peut également être mis en avant : les Codes civils italien et espagnol ne font pas mention de ces adages, ce qui ne constitue malgré tout pas un frein à leur mise en œuvre¹¹⁶⁵. Enfin, la nature de ces règles permet de justifier leur application : comme l’ont montré plusieurs auteurs, ces dernières peuvent être qualifiées de règles coutumières. En ce sens, le jeu de ces adages doit se faire de manière automatique¹¹⁶⁶. Il serait ainsi exagéré de conclure à la mise à l’écart de « *nemo auditur...* » et « *in pari causa...* » sur la seule absence de référence à ceux-ci au sein des textes de la réforme.

471. La pertinence du maintien de ces adages. Un second argument, davantage pertinent, mérite notre analyse : certains auteurs ont estimé que la restriction du contrôle des mœurs permettait d’expliquer l’absence de consécration de ces adages dans la réforme. Autrement dit, le droit des obligations se serait progressivement détaché du contrôle de moralité. Les auteurs en veulent pour preuve la disparition des notions de cause et de bonne mœurs¹¹⁶⁷. Dans ce contexte réticent à sanctionner l’immoralité, il semble difficile de maintenir ces adages dont le champ d’application se trouve réduit comme une peau de chagrin¹¹⁶⁸. De nouveau, il est permis de douter d’une telle affirmation. L’article 1719 du Code civil pose la règle suivante : « *lorsque les locaux loués à usage d’habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation* »¹¹⁶⁹. Sur le fond, là où « *nemo auditur...* » prévoit une paralysée des restitutions au nom de la conformité aux bonnes mœurs, cette disposition va encore plus loin en empêchant l’anéantissement contractuel. Conclure à une mise à l’écart de la moralité en droit des contrats, nous semble donc excessif. Dans la même veine, les articles 1102 et 1162 du

¹¹⁶⁴ Guiraudet (P.), *Essai sur la maxime Nemo auditur...*, th. 1913.

¹¹⁶⁵ Alvarez Vigaray (R.), *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 2003.

¹¹⁶⁶ Dissaux (N.) et Jamin (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz 2016, p229.

¹¹⁶⁷ En opposition à cette tendance, V. : Houtcieff (D.), « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *R.T.D. civ.* 2021, p.757.

¹¹⁶⁸ Chantepie (G.) et Latina (M.), *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, p.946, n°1056 ; Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., n°907 s.

¹¹⁶⁹ Toutefois l’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux envisage de supprimer cette règle : Auque (F.), « Quelques remarques sur la location dans l’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *D.2018*, p.423.

Code civil mettent en œuvre un contrôle de l’action des parties ainsi que du but contractuel poursuivi. De telles dispositions démontrent donc que la réforme du droit des obligations n’est pas totalement hermétique à l’esprit porté par l’adage « *nemo auditur...* »¹¹⁷⁰. Certes, l’utilisation de cette règle porte sur des applications que l’on pourrait jugées de datées comme la sanction du concubinage adultérin, des maisons de tolérances ou des jeux d’argent. Pour autant, le renouvellement des problématiques sociétales conduit à intégrer de nouveaux questionnements dans le champ de bonnes mœurs. A titre d’exemple, les conventions de GPA sont sanctionnées sur le terrain de la nullité contractuelle¹¹⁷¹ et pourraient constituer un nouveau champ d’application de l’adage « *nemo auditur...* »¹¹⁷². L’argent versé à la femme s’engageant à porter l’enfant ne serait ainsi pas restituable. Dans la même veine, le professeur Bénabent estime que la pratique des « pots-de-vin » constituerait une seconde application contemporaine de l’adage étudié¹¹⁷³. Un auteur publiciste est allé plus loin en proposant d’élargir le champ d’application de ces adages. Tout en concédant la nécessité de maintenir l’application de ces deux règles, il propose de leur donner une assise calquée sur le droit administratif. Elles seraient alors amenées à jouer non seulement en matière de contrats immoraux mais aussi dans le cadre de situation illicite¹¹⁷⁴.

472. Nous avons vu que malgré les nombreuses critiques doctrinales, les adages « *nemo auditur...* » et « *in pari cause...* » conservent toute leur pertinence dans notre corpus juridique. Il s’agit de là de la première cause de modulation des restitutions reconnue au juge. Une seconde réside dans la prise en compte des droits et libertés fondamentaux dans le contentieux des restitutions.

2) *La prise en compte des droits et libertés fondamentaux dans le contentieux des restitutions*

473. Les faveurs de la jurisprudence à l’intégration des droits et libertés fondamentaux dans le contentieux restitutoire. La question à l’origine de ces développements est la suivante : les droits fondamentaux peuvent-ils venir paralyser les restitutions découlant de l’anéantissement d’un contrat ? Cette problématique, d’origine prétorienne, est assez récente en pratique. Elle fut abordée pour la première fois dans un arrêt

¹¹⁷⁰ Chantepie (G.) et Latina (M.), ouvr. préc., 2018, p.946, n°1056. En ce sens, V. : Freleteau (B.), « La maxime *Nemo auditur* a-t-elle survécu à la réforme du droit des contrats ? », *D. 2020*, p.1052.

¹¹⁷¹ En droit français, la nullité est fondée sur l’article 6 du Code civil qui dispose que « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs* ». Pour une application jurisprudentielle : Cass., Plén., 31 mai 1991, n°90-20.105. Le droit allemand est encore plus précis puisque la convention de GPA est analysée sur le terrain de l’article §138 du BGB qui prévoit la nullité de toute convention contraire aux bonnes mœurs.

¹¹⁷² Bénabent (A.), *Droit des obligations*, Lextenso, 19^{ème} éd., 2021, n°245, p.216.

¹¹⁷³ Bénabent (A.), ouvr. préc., n°245, p.216. L’auteur appuie sa démonstration sur la jurisprudence suivante : CA Paris, 30 sept. 1993, *D.1993.IR.226*.

¹¹⁷⁴ Antippas (J.), « Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats » *A.J.D.A. 2016*, p.1620. La jurisprudence récente ne semble toutefois pas favorable à une telle extension du champ d’application de ces adages. En ce sens, V. : Cass., Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2021, n°19-22.234 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2021, n°19-22.234, *D. 2022*, p.310, obs. R. Boffa ; *Gaz. Pal. 2021*, obs. D. Houtcieff.

en date du 20 mai 2010. En l’espèce, il était question d’un bail commercial contenant une clause d’adhésion obligatoire à l’association. La Cour d’appel de Paris avait annulé la clause litigieuse et imposé un principe de restitution intégrale des prestations réalisées. Très concrètement, la juges du fond avaient procédé à une compensation entre la restitution des cotisations dues par l’association et la restitution d’une indemnité due au titre de l’enrichissement sans cause par le preneur. Le raisonnement était le suivant : pendant la durée d’application de la clause, le preneur a bénéficié de services mis en œuvre par l’association tels que des actions de publicité ou des animations réalisés dans le centre commercial¹¹⁷⁵. Il semble donc naturel de procéder à la restitution de cette prestation de service fournie par l’association. La Cour de cassation casse et annule l’arrêt d’appel¹¹⁷⁶. Au visa de l’article 11 de la CEDH, la Haute juridiction retient également la nullité de la clause¹¹⁷⁷. En revanche, elle en tire des conséquences différentes de la juridiction d’appel : si la restitution des cotisations versées par le preneur lui semble justifiable, il en est autrement pour la restitution des prestations effectuées par l’association. Au visa des articles 6§1 et 13 de la CEDH, portant sur le droit à un procès équitable et à un recours effectif, les juges suprêmes estiment que la solution de la Cour d’appel conduit certes à reconnaître le principe de liberté d’association mais ne lui en donne pas une efficacité suffisante¹¹⁷⁸. Autrement dit, l’admission de la restitution des prestations exécutée par l’association prive la nullité de la clause de toute utilité. Cette position a par la suite été réitérée manifestant la volonté des juges de prendre en compte les droits et libertés fondamentaux pour moduler les restitutions.

474. Outre l’application des adages « *nemo auditur...* » et « *in pari causa...* », l’intégration de considérations tenant aux droits et libertés fondamentaux constitue la seconde cause de modulation des restitutions à la portée des juges. Il leur est ainsi possible de venir restreindre ou supprimer les restitutions qui seraient contraires aux bonnes mœurs ou aux droits et libertés fondamentales. Cette neutralisation des restitutions constitue une cause supplémentaire d’inefficacité de l’article 1352-9 du Code civil. Allons plus loin en nous demandant s’il ne faudrait pas reconnaître plus généralement un principe de modulation des restitutions à la disposition du juge.

3) *La reconnaissance d’un principe général de modulation des restitutions par le juge*

¹¹⁷⁵ Dumont-Lefrand (M.-P.), « Conséquences de l’annulation de la clause obligeant un locataire à adhérer à une association », *A.J.D.I. 2010*, p.800, obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 20 mai 2010, n°09-65.045.

¹¹⁷⁶ Cass., 1^{ère} Civ., 20 mai 2010, n°09-65.045, *R.T.D. com. 2012*, p.510, obs. J. Monéger ; *D.2011*, p.1786, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *J.C.P. G. 2010*, p.925, obs. F. Planckel ; *J.C.P. E. 2010*, p.1692, obs. J. Raynaud ;

¹¹⁷⁷ Sur cette notion, V. : Alfandari (E.), « La liberté d’association », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2007, p.419.

¹¹⁷⁸ Dumont-Lefrand (M.-P.), art. préc., *A.J.D.I. 2010*, p.800, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n°09-65.045. L’auteur envisage un autre fondement portant sur les conditions de l’action de in rem verso : « *Si la solution n’encourt pas en elle-même la critique, elle aurait aussi pu être justifiée par les règles classiques de l’action de in rem verso dont le succès est subordonné à l’absence de cause de l’enrichissement et de l’appauvrissement. Or, la restitution par l’association des cotisations d’adhésion qui lui avaient été versées par le preneur trouvait sa cause dans la constatation par une décision judiciaire de la nullité d’ordre public de la clause d’adhésion obligatoire* ».

475. La proposition. Nous avons vu que deux outils sont reconnus au juge pour pouvoir moduler les restitutions. Il s’agit d’une part des adages « *nemo auditur...* » et « *in pari causa...* » et d’autre part, la prise en compte des droits et libertés fondamentaux. Plutôt que de cumuler ces différentes hypothèses de modulation des restitutions par le juge, ne serait-il pas plus simple d’admettre un pouvoir discrétionnaire du juge sur les restitutions ? Une telle proposition ne doit pas choquer puisqu’elle est à l’œuvre en droit québécois. En effet, l’article 1699 alinéa 2 du Code civil québécois octroie aux juges la faculté de modifier l’étendue ou les modalités des restitutions. Cette disposition envisage même la possibilité de supprimer intégralement les restitutions. Comme l’a relevé un auteur, cette faculté a été vivement critiquée par la doctrine. Plusieurs auteurs ont exprimé leurs craintes de voir le juge utiliser ce texte de manière excessive et infondée. Toutefois, cette position n’est pas partagée par M. Fréchette qui considère que lesdits risques ont été largement exagérés. Par ailleurs, selon l’auteur le respect de l’esprit des restitutions implique l’octroi d’une certaine marge de manœuvre aux juges. Dès lors, les réticences exprimées par la doctrine semblent largement immotivées¹¹⁷⁹.

476. Les avantages de la proposition. La proposition d’un principe général de modulation de restitution ne semble pas poser de problème. En outre, elle présente même certains avantages indéniables. D’une part, cela permettrait d’éviter le chevauchement des différentes notions. A titre d’illustration, l’admission d’une conception élargie de l’adage « *nemo auditur...* » viendrait chevaucher le champ d’application des droits et libertés fondamentaux. D’autre part, la proposition formulée présente également l’avantage de justifier ce que la doctrine nomme les restitutions unilatérales¹¹⁸⁰. Ce concept intervient notamment lorsqu’une prestation de service a été réalisée de manière insatisfaisante. Le prestataire de service peut être tenu de restituer le prix qui lui a été versé sans pour autant bénéficier de la restitution par équivalent de la prestation de travail effectuée. Ce schéma restitutoire a déjà été admis en jurisprudence¹¹⁸¹ puisque certaines décisions se sont montrées « *réfractaires à faire bénéficier d’une restitution le créancier dont le manquement est à l’origine de la résolution* »¹¹⁸². Si cette solution se trouve parfaitement justifier au regard des exigences de loyauté et de bonne foi contractuelle, elle est davantage contestable du point de vue des règles restitutoires. En effet, aucun texte ne peut fonder ce courant jurisprudentiel. De même, les outils de modulation précédemment relevés sont impuissants à expliquer ces solutions. Une disposition générale octroyant un pouvoir de modulation au juge serait donc bienvenue pour dépasser ces difficultés. Dans cette perspective, l’article 1352-9 du Code civil perdrait de son efficacité puisque les restitutions pourraient être considérablement atténuées voire même supprimées par l’intervention du juge, empêchant ainsi la mise en œuvre du report de la sûreté.

¹¹⁷⁹ Fréchette (P.), th. préc., p.129.

¹¹⁸⁰ Fréchette (P.), th. préc., p.129 ; Génicon (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 2007, p.656, n°907. *Adde* : Terré (F.), Simler (P.) et Lequette (Y.), *ouvr. préc.*, n°655, p.708 ; Serinet (Y.-M.), « L’effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », *préc.*, note 139, n°98, p.650; Ghestin (J.), Jamin (C.) et Billiau (M.), *ouvr. préc.*, n°555, p.607.

¹¹⁸¹ Cass., Com., 14 déc. 1993, n°91-21.937.

¹¹⁸² Fréchette (P.), th. préc., p.411.

477. Synthèse. L’application de l’article 1352-9 du Code civil peut être paralysée en raison de l’absence d’une obligation de restitution à garantir. Il a été démontré que tant les parties que les juges peuvent faire échec à cet élément conditionnant le report de sûreté. Les parties peuvent ainsi stipuler que l’anéantissement du contrat ne donnera pas lieu à restitution. De telles clauses, dont la validité reste controversée, semblent progressivement admises en jurisprudence. Dans la même veine, les tribunaux paraissent enclins à limiter voire supprimer les restitutions pour des raisons tenant au respect des droits et libertés fondamentaux ainsi qu’à l’ordre public. Tous ces éléments conduisent à une suppression des restitutions et, par voie de conséquence à une inefficacité de la règle visée à l’article 1352-9 du Code civil.

478. Conclusion. La paralysie de l’article 1352-9 du Code civil peut résulter de deux phénomènes majeurs. D’abord, une disparition de la sûreté, hypothèse relativement récente, peut justifier une inapplicabilité du report de celle-ci sur l’obligation de restitution. Ensuite, une absence d’obligation de restitution peut également constituer une cause d’inefficacité de la règle de droit étudiée. Ce cas, plus rare en pratique, soulève un certain nombre de questions, de sorte que nous ne pouvons qu’encourager le législateur à prendre une position ferme sur ce point. Il s’agirait notamment de consacrer le caractère supplétif des articles 1352 et suivants du Code civil et de formuler un principe de modulation des restitutions reconnu au profit du juge. En tout état de cause, l’absence de sûreté et d’obligation de restitution constituent les deux cas d’inefficacité de l’article 1352-9 du Code civil. Dans ces deux hypothèses, alors que les éléments essentiels au report de sûreté étaient présents, ils viennent à disparaître avant même que la règle du report de la sûreté n’ait pu s’imposer, paralysant ainsi l’efficacité de l’article 1352-9 du Code civil. Outre la question de l’efficacité de cette disposition, c’est aussi celle de son utilité qui mérite d’être abordée.

CHAPITRE 2

L'UTILITÉ DU REPORT DE SÛRETÉ

« *Pacta sunt servanda* »

479. L'article 1352-9 du Code civil et le phénomène d'érosion de la loi. Cette formule latine insiste sur la force obligatoire de la norme juridique. Ce principe, fondé sur la nature humaine selon Ulpien¹¹⁸³, conduit à créer une société « *ne peut se construire qu'à travers le respect de l'accord de ne pas se nuire mutuellement, en raison du besoin de protection réciproque* »¹¹⁸⁴. Une telle construction n'est tenable tant qu'il existe une confiance dans la norme juridique. Cette dernière s'acquière non seulement « *par la qualité de l'organe dont elle émane formellement* » mais également par « *un certain nombre de propriétés matérielles qu'elle est censée posséder, sinon exclusivement, tout au moins davantage que les normes juridiques qui lui sont subordonnées : rationalité, impérativité, stabilité, généralité, clarté, parcimonie, propriétés qui se trouvent elles-mêmes associées à la réalisation d'un ensemble de valeurs telles que la liberté, l'égalité et la sécurité* »¹¹⁸⁵. Or, ces dernières décennies ont été marquées par un net recul de ces qualités. Certains auteurs sont même allés jusqu'à estimer que la loi subissait une « *érosion constante* »¹¹⁸⁶. En ce sens, un processus d'audit législatif semble s'imposer¹¹⁸⁷. Le « *postulat de rationalité du législateur* »¹¹⁸⁸ étant sans cesse remis en cause, il apparaît nécessaire de pouvoir évaluer les actions de ce dernier. Cette proposition est d'autant plus vraie dans le contexte mondialisé et ultra compétitif, dans lequel le droit évolue actuellement. La volonté de restaurer la perfection de la norme juridique impose entre autres de s'interroger sur l'opportunité de son application. C'est exactement le

¹¹⁸³ Ulpien, D.2.14.1 pr.

¹¹⁸⁴ V. en ce sens le professeur Dario Mantovani, Les Cours du collège de France, Série Usages juridiques du passé, dans la pensée des juristes romains, épisode 4 : *Pacta sunt servanda*. L'utilité et le droit, selon Epicure et ses interprètes latins.

¹¹⁸⁵ Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.* 2000, p.1.

¹¹⁸⁶ Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), art. préc., *R.I.E.J.* 2000, p.1.

¹¹⁸⁷ Mader (L.), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985.

¹¹⁸⁸ Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), art. préc., *R.I.E.J.* 2000, p.1. Adde : Chevallier (J.), « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, in *Revue de droit public*, 1998 p.29 : « *La rationalité du droit ne se présume plus : la norme est désormais passée au crible de l'efficacité, qui devient la condition et la caution de sa légitimité* ».

travail que nous nous proposons de réaliser à ce stade de nos développements. La règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution a déjà fait l’objet d’un certain nombre de critiques quant à sa clarté et à son efficacité. Il a été démontré que la détermination de son champ d’application était source d’interrogations, l’énoncé textuel de la règle ne pouvant suffire à le déterminer à lui seul. Dans la même veine, plusieurs obstacles se dressent à l’application convenable de cette règle. Ainsi, dans un certain nombre de situations, les éléments essentiels au report de sûreté sont présents à l’origine mais disparaissent par un élément fortuit avant même que la règle n’ait pu s’appliquer. Manifestement ces difficultés n’ont pas été pensées par le législateur et conduisent à ternir la qualité de l’article 1352-9 du Code civil, qui apparaît comme étant des plus confus. Cette nouvelle disposition semble donc participer au phénomène d’érosion législative précédemment décrit. En effet, il ne fait donc pas de doute que la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne répond pas aux impératifs d’efficacité et de clarté traditionnellement attendus de ce type de norme juridique. Outre ces deux éléments, il est souvent avancé qu’une loi doit également être nécessaire. La parcimonie des lois constitue l’une des caractéristiques avancées pour jauger leur valeur. Soumettons donc l’article 1352-9 du Code civil à son évaluation au regard du critère de nécessité.

480. Méthode d’étude. MM Ost et Van de Kerchove ont relevé deux éléments qui pourraient constituer de sérieux freins au caractère nécessaire d’une règle de droit. Il s’agit d’une part du processus d’inflation législative et, d’autre part de la prolixité des normes juridiques¹¹⁸⁹. Nous devons donc être particulièrement attentive à ces phénomènes. Il sera notamment question de se demander si le report de la sûreté sur l’obligation de restitution, tel que posé à l’article 1352-9 du Code civil, ne pourrait pas être remplacé par d’autres mécanismes. Afin de mener à bien cette étude, il convient de rappeler que les développements précédents ont mis en lumière un certain nombre de situations où le report de la sûreté ne pouvait être opéré. Si nous essayons de synthétiser les cas qui ne posent pas de difficulté, nous constatons que la règle peut être amenée à jouer dans deux séries d’hypothèses. Premièrement, ce sont les contrats de prestation de service et de bail qui se prêtent le mieux à l’application de ladite règle. L’hypothèse est la suivante : le bénéficiaire de la prestation de service ou le preneur va garantir le paiement du prix par le biais d’une sûreté – qui sera généralement un cautionnement –. Cette dernière ne sera pas remise en cause en phase restitutoire et pourra garantir une éventuelle restitution de la prestation réalisée qui se fera, conformément aux règles précédemment exposées, par le biais d’une obligation monétaire. Deuxièmement, la jurisprudence rendue en matière de groupe de contrats, où une vente se trouve financée par un prêt, lui-même garanti par une sûreté, ne pose pas de difficulté. Dans ce cas, la garantie des restitutions par la sûreté ne sera pas source de débat, à ceci près que d’un point de vue terminologique, il s’agit davantage d’un maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution que d’un report¹¹⁹⁰. Outre ces cas, la règle posée à l’article 1352-9 du Code civil peine à s’appliquer en raison des nombreux obstacles précédemment mis en lumière. À ce stade du raisonnement, il est donc nécessaire de se demander si dans les deux

¹¹⁸⁹ Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), art. préc., *R.I.E.J.* 2000, p.1.

¹¹⁹⁰ Cf. *supra* n° 4.

hypothèses, qui viennent d’être rappelées, il ne serait pas possible d’aboutir à un résultat similaire, à savoir la garantie du créancier des restitutions, sans forcément reporter la sûreté initiale. Une telle démonstration nous conduirait à conclure à l’inutilité du report de la sûreté. À notre sens, deux éléments peuvent venir appuyer cette conclusion. D’une part, le fait que les restitutions soient perçues comme un rapport synallagmatique ouvre droit à certaines protections (**Section 1**). D’autre part, l’existence d’un groupe de contrats permettrait également d’apporter son lot de garanties par la reconnaissance d’une action directe entre le vendeur initial et le prêteur (**Section 2**).

SECTION 1 : LE REPORT DE SÛRETÉ DANS LE CADRE D’UN RAPPORT SYNALLAGMATIQUE

481. Il a été démontré que les restitutions étaient conçues sur la base d’un rapport synallagmatique¹¹⁹¹. Cette caractéristique emporte de nombreuses conséquences quant à

¹¹⁹¹ Aubry (C.) et Rau (C.), *Droit civil français*, vol.1, 7^{ème} éd., par Paul Esmein et André Ponsard, Paris, Librairies techniques, 1961, n°163, p.298 ; Baudry-Lacantinerie (G.) et Barde (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, T.III, 3^{ème} éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908, n°1970, p.331 ; Carbonnier (J.), *Droit civil*, vol.2, n°1022, p.2101. *Adde* : Josserand (L.), *Cours de droit positif*, T.II, p.194, n°379 ; Malaurie (P.) et Aynès (L.), *Droit des obligations*, éd. Cujas, 1997, p.329, n°586 : les auteurs évoquent la notion de « *contrat à l’envers* ». *Adde* : Malaurie (P.), obs. sous Cass., Soc., 8 avr. 1957, *D.1958.J.221* ; Hébraud (P.), Préface à la thèse de C. Dupeyron ; *la régularisation des actes nuls*, Toulouse, 1971, LGDJ 1973, T.127, p.20. Ce dernier voit dans les restitutions un phénomène paracontractuel. *Adde* : Larroumet (C.) et Bros (S.), *Droit civil, les obligations, le contrat*, Economica, T.III, 8^{ème} éd., 2016, p.578, n°574. Ces auteurs voient dans les restitutions, une « *relation contractuelle de fait* ». V. : Jeanprêtre (R.), « Le contrat de fait », *Recueil de jurisprudence neuchâteloise*, 1982, p.9. Sur l’affirmation directe du caractère synallagmatique des restitutions, V. : Malaurie-Vignal (M.), *Les restitutions en droit civil*, th., Cujas, 1991, p.33 : « *Il est un troisième facteur de classification, plus important, qui repose sur la distinction entre la restitution unilatérale, telle la revendication, la répétition de l’indu ou la restitution d’un prêt et les restitutions synallagmatiques, telles celles consécutives à une nullité ou une résolution* ». Cette position prévaut également dans les droits étrangers, V. : Myoung (S.-K.), *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, préf. Ghestin (J.), Paris, L.G.D.J., 1996, p.214 s., n°244 s ; Constantinesco (L.-J.), *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris Rousseau, 1940, p.363, n°209 ; Fréchette (P.), th. préc., p.201. Les textes internationaux font également référence à la réciprocité des restitutions, V. : L’article 4 : 115 des Principes du droit européen des contrats prévoit les conséquences de l’annulation dans les termes suivants : « *En conséquence de l’annulation, chaque partie est en droit de demander la restitution de ce qu’elle a fourni en exécution du contrat, pourvu qu’elle restitue simultanément ce qu’elle a reçu* ». Sur ce point, V. : Prieto (C.) (ss. dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM 2003. *Adde* : Rouchette (G.), De Lamberterie (I.), Tallon (D.) et Witz (C.), *Principes du droit européen des contrats*, S.L.C., vol.2, 2003 ; Wicker (G.) (ss. dir.), *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, S.L.C. 2008. Enfin, l’article 3.17 des Principes UNIDROIT va également dans ce sens, V. : Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 1994, 2004, 2010 et 2016 : Consultable en ligne : <http://www.unidroit.org/fr/> (dernière consultation : 20/08/17). Une telle conception permet de maintenir une forme d’équilibre entre les patrimoines en présence, rôle principal des restitutions. V. : Deprez (J.), th. préc., p.194, n°180 : « *La réciprocité des restitutions aboutit parfois à leur limitation car dans la mesure où elles peuvent être compensées les unes*

l’évaluation des restitutions (§1) et quant à leur exécution (§2). Dès lors, il sera question de démontrer que le report de la sûreté apparaît comme un élément superflu au regard des garanties liées au rapport synallagmatique.

§1. L’évaluation des restitutions et l’inutilité de la règle du report de sûreté

482. La réciprocité des restitutions se manifeste d’abord dans leur évaluation. La doctrine est partie d’un constat pour limiter l’étendue des restitutions : certains contrats ne se prêteraient pas au jeu de la rétroactivité aveugle. En effet, leurs modalités d’exécution feraient que pour garantir un équilibre entre les parties, il ne serait pas nécessaire de revenir sur toute l’exécution effectuée. En ce sens, ce sont les contrats à exécution successive qui posent le plus de difficulté. Dans cette forme contractuelle, le caractère réciproque des restitutions pourrait permettre certaines entorses au principe de restitutions intégrales. Pourquoi vouloir mettre en œuvre un processus aussi complexe que les restitutions lorsqu’une grande partie du contrat a été exécutée sans difficulté et a donné satisfaction aux parties ? Si l’on adhère à ce propos, la réduction des restitutions aurait un impact majeur sur notre objet d’étude : le report de la sûreté s’avérerait inutile dans un certain nombre de situations, puisque le créancier des restitutions trouverait assez de sécurité dans le maintien du passé contractuel. Pour en arriver à cette conclusion, il convient d’abord de déterminer les situations où une atténuation des restitutions est envisageable (A), puis nous nous attacherons à décrire les conséquences de celle-ci quant au report de la sûreté (B).

A. Détermination d’un critère

483. Présentation de l’hypothèse étudiée. La jurisprudence a, de tout temps, cherché à limiter l’ampleur de la rétroactivité attachée à l’anéantissement du contrat. C’est la résolution contractuelle qui a servi de laboratoire d’étude aux procédés de limitation de la rétroactivité. L’idée était la suivante : dans les contrats à exécution successive ou échelonnée¹¹⁹², il ne serait pas nécessaire de remettre en cause les fragments contractuels dont l’exécution n’a pas

avec les autres, les parties restent dans le statu quo et n’ont rien à se restituer ». *contra* : Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.483, n°845 : « *En un mot, les restitutions n’ont pas besoin d’être équilibrées pour être juste* ».

¹¹⁹² Sur la distinction entre ces deux notions, V. : Waltz-Téracol (B.) et Bacache (M.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Indivisibilité – Obligation à prestation indivisible », juill. 2018, n°79 ; Cros (M.-L.), « Les contrats à exécution échelonnée », *D.1989*, chr.49.

entraîné de déséquilibre entre les parties¹¹⁹³. La résolution opérerait sous la forme d'une résiliation qui permettrait de sauvegarder le lien contractuel passé¹¹⁹⁴.

484. Présentation des difficultés posées par l'hypothèse étudiée. Notre hypothèse d'étude ayant été présentée, il convient de s'attacher aux conditions de mise en œuvre de cette notion. L'analyse de deux décisions importantes, en date du 3 novembre 1983 et du 30 avril 2003, permet de mettre en lumière un premier critère tenant au caractère divisible du contrat. Dans la première espèce, il était question d'un contrat à exécution échelonnée portant sur la publication en langue française d'un ouvrage anglais. L'éditeur, moyennant rémunération, était tenu de fournir une traduction dudit ouvrage et d'en assurer la promotion. Une demande de résolution contractuelle a été formée au motif que la maison d'édition avait manqué à ses obligations notamment en omettant d'effectuer la promotion du livre publié. La Cour d'appel avait refusé d'accéder à cette demande en estimant que l'inexécution des obligations contractuelles était mineure et ne justifiait pas la mise en œuvre d'une résolution. La Cour de cassation casse ce raisonnement en considérant que les parties avaient entendu faire de ce contrat un marché indivisible justifiant son anéantissement rétroactif et les restitutions qui en sont la conséquence¹¹⁹⁵. Les juges s'orientent donc vers une décision respectueuse de la volonté contractuelle¹¹⁹⁶ en faisant prévaloir le critère de la divisibilité de la convention.

485. Si la jurisprudence semble manifestement attachée au critère de la divisible, ce dernier n'en est pas pour autant exempt de toutes critiques. Comme le souligne le professeur Génicon, la notion d'indivisibilité est sujette à variation et le risque serait de mettre en place une solution de tout ou rien¹¹⁹⁷. La difficulté provient également du fait que le critère de divisibilité n'est pas fiable. Certaines prestations peuvent être qualifiées de divisibles mais pour autant elles ne se comprennent que dans le cadre d'une opération globale. Tel est le cas des prestations réalisées par un avocat ou par un architecte. Dans le même ordre d'idées, un arrêt en date du 13 janvier 1987 illustre cette difficulté. En l'espèce, il était question d'un

¹¹⁹³ Farjat (G.), *Droit privé de l'économie*, T.II, *Obligations*, p.359 ; Starck (B.), *Obligations*, 3^{ème} éd., 1989, p.657, n°1609 ; Galcher-Baron (M.), *Les obligations*, 3^{ème} éd., 1979, n°432, p.123. *contra* : Cass., Civ. 4 mai 1898, *D.P.* 1898.1.457, note M. Planiol : « *il importe peu que, pendant un certain temps, le contrat ait été loyalement exécuté, cette circonstance ne pouvant donner existence et faire produire effet à un contrat qui a juridiquement disparu* ».

¹¹⁹⁴ Les notions de résolution et de résiliation sont fréquemment confondues en jurisprudence. Ex. : Cass., Com., 30 nov 1983, *Bull. civ. IV*, n°337, p.211. *contra* : Cass., Civ. 1^{ère}, 3 nov 1983, *Bull. civ. I*, n°252, p227.

La résolution a un effet rétroactif indéniable et tend donc à opérer de manière rétroactive. La résiliation, au contraire, ne remet pas en cause le passé contractuel. Elle prend la forme d'une dissolution du contrat. Ce dernier disparaît ainsi pour l'avenir mais se maintient pour le passé. Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T.II, p.499, n°1331 : la résiliation « *fait donc l'office d'un terme introduit après coup dans le contrat* ».

¹¹⁹⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n°252, *R.T.D. civ.* 1985, p.166, obs. J. Mestre.

¹¹⁹⁶ Pancrazi-Tian (M.E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, p.291, n°353. Le critère de la divisibilité est d'ailleurs réemployé dans l'arrêt de 2003. Les faits de l'espèce portaient sur un contrat de bail de locaux à usage professionnel. Il y était stipulé que l'accès à ce dernier serait garanti tant par un ascenseur que par un escalier latéral. Toutefois, cette obligation n'ayant jamais été exécutée, une action en résolution a été menée. La Cour de cassation considère que le contrat litigieux est certes divisible mais le fait qu'il soit question d'une inexécution dès l'origine justifie une application complète de la rétroactivité de la résolution. V. : Cass., Civ. 3^{ème}, 30 avr. 2003, *Bull. civ. III*, n°87.

¹¹⁹⁷ Génicon (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 2007, p.580, n°814.

contrat liant une auto-école et un candidat au permis de conduire. La convention prévoyait qu'en cas d'échec à l'examen, des leçons complémentaires seraient attribuées. Toutefois, l'instructeur refusa de poursuivre le contrat et son cocontractant réclama la restitution de l'intégralité du prix versé. Il est tout à fait possible de considérer que cette convention se découpe en deux phases. D'une part, une première phase peut être identifiée avant l'échec à l'examen du permis de conduire. D'autre part, la seconde partie du contrat correspond aux leçons complémentaires dispensées en vue de repasser ledit examen. La divisibilité de la convention ne présente aucun intérêt puisque les deux phases ne peuvent se concevoir l'une sans l'autre. L'objectif principal du contrat réside dans la réussite à l'examen de sorte qu'il serait inutile de détacher les deux étapes du contrat qui sont orientées vers un but unique. La Cour de cassation a d'ailleurs été sensible à cette argumentation car, dans le cas étudié, elle a opté pour la résolution de l'intégralité des prestations effectuées. Un constat similaire s'impose concernant la prestation de l'avocat. Certes, la convention peut être divisée en plusieurs étapes mais celles-ci ne peuvent se comprendre de manière séparée.

486. Formulation d'un critère. Si le critère de divisibilité ne semble pas suffisamment précis, il convient de proposer une nouvelle approche permettant de dicter efficacement la mise en œuvre de la résiliation. Une première piste de réflexion nous conduit à partir du fondement des restitutions. Il a été démontré que ce dernier se situait dans l'exécution d'une prestation d'un contrat anéanti. De celle-ci résulte un déséquilibre entre les parties sur lequel il convient de revenir. Cette fonction est attribuée aux restitutions qui, outre l'objectif de liquidation d'un contrat anéanti, endossent un rôle de rééquilibrage des patrimoines des parties au contrat remis en question¹¹⁹⁸. Ainsi, c'est ce critère de déséquilibre patrimonial qui doit guider la mise en œuvre de la résiliation. Dans les contrats à exécution successive, tant que les prestations effectuées ne donnent pas lieu à un déséquilibre entre les parties, les restitutions n'ont pas lieu d'intervenir. Cette idée se trouve parfaitement formulée par Jean-Marc Mousseron pour qui « *les prestations obligatoires se répartissent harmonieusement dans le temps avec pour effet l'équilibre, à chaque période sinon à chaque instant, sans doute, de ce que réalise et de ce que reçoit chaque partenaire : ainsi y a-t-il équilibre entre la mise à disposition des biens loués et le règlement mensuel trimestriel du loyer* »¹¹⁹⁹. La résiliation constitue alors l'outil adéquate pour liquider le contrat. En revanche, lorsque l'exécution contractuelle donne lieu à un déséquilibre, le recours aux restitutions s'avère nécessaire¹²⁰⁰. Cette présentation a le mérite de la simplicité et évite les écueils attribués au critère de la divisibilité.

487. Une question reste toutefois à analyser : qu'est-ce qui est susceptible d'entraîner ce déséquilibre ? La première cause facilement identifiable réside dans le caractère divisible de

¹¹⁹⁸ Cf. *supra* n° 66 et 84.

¹¹⁹⁹ Mousseron (J.-M.) (ss. dir.), *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 2010, p.222, n°525.

¹²⁰⁰ Latina (M.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Contrat : généralités – classifications des contrats », mai 2017, n°236 : « *La résolution ne produit donc son effet rétroactif, y compris dans les contrats à exécution successive, que pour compenser le déséquilibre qu'a engendré l'inexécution du contrat. La résolution sera ainsi totalement rétroactive, et détruira par conséquent l'effet du contrat depuis l'origine, lorsque l'inexécution s'est produite ab initio. Elle ne sera que partiellement rétroactive, et épargnera la période d'exécution satisfaisante, lorsque l'inexécution ne se sera produite qu'en cours d'exécution du contrat* »

l'opération. Illustrons notre propos avec le cas du contrat de bail : tant que le preneur jouit du bien et qu'il paie le loyer correspondant, la relation contractuelle ne souffre d'aucun déséquilibre. Toutefois, lorsque l'un des contractants cesse de s'exécuter, les restitutions doivent intervenir pour corriger cette partie divisible non équilibrée. Le contrat peut ainsi avoir été exécuté convenablement pendant plusieurs années et ne subir une inexécution qu'à une seule des échéances. Tant que l'exécution s'est faite sans être source de difficulté, il n'est pas nécessaire de procéder à des restitutions. Tel n'est pas le cas dès lors qu'une échéance n'a pas été ou a mal été exécutée. La seconde cause de déséquilibre peut résulter de l'existence d'une opération globale. Nous retrouvons ici la distinction proposée par le professeur Génicon qui oppose les contrats à utilité continue et les contrats à utilité globale¹²⁰¹. Les premiers sont divisibles en segments indépendants les uns des autres. Les seconds donnent lieu à diverses phases mais qui sont orientées vers un résultat unique et qui ne peuvent donc se concevoir les unes sans les autres. Dans ces cas, même si les différents segments composant la convention sont exécutés de manière satisfaisante et qu'un seul pose problème, il conviendra de procéder à la restitution intégrale. En effet, le déséquilibre n'est pas induit par l'inexécution du seul fragment du contrat mais davantage par l'existence d'une opération, dont la cohérence implique l'exécution de l'ensemble de ce qui était convenu. L'exemple le plus parlant illustrant cette notion est celui d'une formation donnée en plusieurs fois. Bien que chaque session de formation ait été exécutée de manière satisfaisante si la dernière fait défaut, l'ensemble du contrat perd son intérêt.

	Maintien du passé contractuel	Restitutions du passé contractuel
Contrats à exécution échelonnée divisible => situation équilibrée	X	
Contrats à exécution successive qui a été exécutés correctement pendant un certain temps => situation équilibrée	X	
Contrats à exécution échelonnée indivisible => situation déséquilibrée		X
Contrats à exécution successive qui n'a pas été exécutés correctement depuis l'origine => situation déséquilibrée		X

Figure 9 : Tableau récapitulatif des formes contractuelles

¹²⁰¹ Génicon (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 2007, p.609 s., n°855 s.

488. Ce tableau récapitulatif nous permet de conclure que dès lors que l’exécution du contrat a permis un certain équilibre entre les parties, il n’est pas nécessaire de revenir dessus en phase restitutoire. Une telle pratique permet de sécuriser le créancier des restitutions dans la mesure où le maintien du passé contractuel évite de l’exposer au potentiel risque d’insolvabilité de son débiteur en phase restitutoire. Ledit risque est supprimé lorsque l’exécution passée donne lieu à un équilibre parfait entre les patrimoines des parties, de sorte que les restitutions sont superflues. Il n’est qu’atténué lorsque la restitution d’une tranche minimale de l’exécution du contrat s’impose. En tout état de cause, le rôle de la garantie des restitutions peut apparaître superflus en pareille occurrence.

B. Les conséquences quant au report de la sûreté

489. Le maintien du passé contractuel comme sécurité du créancier. Il est donc admis que certaines situations conduisent à un maintien du passé contractuel et, par voie de conséquence, à réduction drastique voire même à une suppression des restitutions. Il convient d’abord de préciser qu’une telle faculté n’est possible qu’en matière de résolution et non lorsqu’il est question d’une nullité contractuelle, cette sanction impliquant d’effacer toute trace d’un contrat n’ayant pas eu accès à la vie juridique. Bien qu’étant cantonnée à la résolution, cette limitation des restitutions n’en est pas pour autant un cas d’école¹²⁰². Certains auteurs vont même jusqu’à considérer qu’elle « *confirme une inversion fondamentale des principes : en matière de contrat à exécution successive, le principe n’est plus l’effet rétroactif de la résolution, mais au contraire l’absence d’effet rétroactif de celle-ci* »¹²⁰³. Dans cette perspective, l’intérêt du report de la sûreté sur l’obligation de restitution se trouve considérablement réduit. Il a été démontré que ce dernier avait pour ambition de sécuriser le créancier de la restitution. Or, le maintien de la relation contractuelle apporte une sécurité suffisante. Autrement dit, la limitation des restitutions a une fonction purement pragmatique dans la mesure où elle permet de réduire les risques liés au phénomène restitutoire, dont la potentielle insolvabilité du débiteur de la créance de restitution¹²⁰⁴. C’est en ce sens que l’on peut affirmer que les solutions précédemment décrites apportent une alternative tout à fait satisfaisante à la règle de report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Prenons un exemple pour illustrer notre propos : imaginons un contrat de bail, conclu le 1 janvier 2018 avec un loyer d’un montant de 500 euros. Le paiement du loyer se trouve garanti par un cautionnement. Le contrat s’exécute sans difficulté jusqu’au 3 décembre 2021, date à laquelle un premier incident de paiement intervient. Le bailleur demande alors la résolution du contrat

¹²⁰² Pour des exemples en jurisprudence, V. : Cass., Civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2008, n° 07-15.338, *Defrénois* 2008, art. 38874-1, note R. Libchaber ; *R.D.C.* 2009, n°1, p.70, obs. T. Génicon ; *R.D.C.* 2009, n°1, p.168, obs. J.-B. Seube. *Adde* : Com. 10 nov. 2009, n° 08-19.990 : « *En cas de résolution judiciaire d’un contrat synallagmatique à exécution successive, celui-ci n’est résolu que pour la période à partir de laquelle l’un des contractants n’a pas rempli ses obligations* ».

¹²⁰³ Constantin (A.), note sous note sous Cass., Civ. 3^{ème}, 30 avril 2003, *Bull. civ. III*, n°87, *J.C.P. G.* 2003.I.170, n°15.

¹²⁰⁴ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., n°293.

pour inexécution¹²⁰⁵, cette dernière étant la conséquence du le non-paiement du loyer du mois de décembre de 2021. En phase restitutoire, le preneur est tenu de restituer la jouissance du bien loué. Celle-ci prendra la forme d’une indemnité fixée par le juge conformément à l’article 1352-3 du Code civil. Les deux parties au contrat ayant eu satisfaction du 1^{er} janvier 2018 au 30 novembre 2021, il apparaît bien plus logique de cantonner le montant de cette indemnité au seul mois de décembre 2021, plutôt que de la calculer sur une durée de trois années. Les conséquences d’une potentielle insolvabilité du preneur seraient ainsi restreintes.

§2. Les éléments liés à l’exécution des restitutions

490. La réciprocité des restitutions se retrouve également sur le plan de leur exécution. Il a été démontré que les restitutions reposent sur un rapport synallagmatique. Il est donc possible d’appliquer certaines institutions du droit des obligations, telle que la compensation (A) et le droit de rétention (B). Ces dernières apportent une sécurité similaire à celle promise par le report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Cette perspective nous invite de nouveau à conclure à l’inutilité de notre objet d’étude dans un certain nombre de cas.

A. La compensation en phase restitutoire

491. La reconnaissance de la possibilité d’invoquer la compensation en phase restitutoire. La doctrine a majoritairement reconnu la possibilité d’invoquer la compensation entre les obligations de restitution, découlant de l’anéantissement du contrat¹²⁰⁶. Il ne s’agit là que d’une conséquence pratique de l’admission du rapport synallagmatique en phase restitutoire. Même Mme Guelfucci-Thibierge, qui a pourtant douté du caractère synallagmatique des restitutions, plaide en faveur de la compensation des dettes de restitutions¹²⁰⁷. L’auteure va même encore plus loin en considérant que l’anéantissement du contrat qui viendrait à engendrer une obligation de restitution et une obligation de réparation ouvre la voie à la compensation entre ces deux dernières¹²⁰⁸. La jurisprudence est également encline à la reconnaissance du jeu de la compensation lors de la liquidation du contrat. Un arrêt récent de la Cour de cassation en date du 16 juin 2021 atteste de la position de la Haute juridiction quant à cette question¹²⁰⁹. En l’espèce, il était question d’un contrat de prêt contracté par un débiteur, faisant par la suite l’objet d’une procédure de liquidation à laquelle la banque avait déclaré sa créance. Le liquidateur obtint la nullité du contrat de prêt. Suite à

¹²⁰⁵ Il est possible de s’interroger sur la pertinence de cette sanction dans la mesure où l’article 1217 CCiv. fixe tout un arsenal de remèdes à l’inexécution contractuelle. La résolution n’en est qu’un parmi d’autres. Après seulement une inexécution constatée, il peut sembler excessif de solliciter la résolution du contrat et ce d’autant que le créancier bénéficie d’une garantie de paiement. Pour plus de détail sur ces questions, *Cf. supra* n° 24.

¹²⁰⁶ Bros (S.), th. préc., p.409, n°666. La solution s’applique également en droit étranger. Tel est le cas en droit allemand, V. : Constantinesco (L.-J.), th. préc., p.364, n°209.

¹²⁰⁷ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.480 s., n°838 s.

¹²⁰⁸ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.480 s., n°383 s.

¹²⁰⁹ Cass., Com., 16 juin 2021, n°20-15.048.

l’anéantissement du contrat, le débiteur doit restituer la fin des sommes prêtées par la banque, et cette dernière se voit mettre à sa charge les sommes qui ont déjà été acquittées par le débiteur principal depuis le début de la procédure collective – ces paiements étant faits en violation de l’article L.622-7 du Code de commerce –. Pour s’opposer au paiement, celle-ci invoque l’exception de compensation, argument qui emporte la conviction des juges du fond. En effet, la Cour d’appel de Grenoble estime que la créance de restitution mise à la charge de la banque se compense avec les sommes dues à la banque et qui ont été déclarées au passif de la liquidation judiciaire¹²¹⁰. Cependant, la Cour de cassation casse l’arrêt d’appel. Elle s’oppose au jeu de la compensation mais non en raison du contexte restitutoire. L’argument invoqué par la Haute juridiction pour rejeter l’exception de compensation résulte de la volonté de donner toute efficacité à la procédure collective. Les juges estiment ainsi que les sommes que la banque doit restituer doivent entrer dans le patrimoine du débiteur dans le but d’être réparties entre tous les créanciers. Autrement dit, le rejet de la compensation s’explique par l’existence d’une procédure de liquidation judiciaire du créancier de l’obligation de restitution plutôt que du contexte restitutoire¹²¹¹. Si l’admission de la compensation en phase restitutoire semble validée, celle-ci impose toutefois le respect d’une condition du droit commun : les dettes compensées doivent être connexes. Or, cette exigence ne fait pas de difficulté dans notre hypothèse d’étude puisque les deux dettes restitutoires susceptibles de se compenser sont issues du même acte juridique anéanti.

492. Les conséquences quant au report de la sûreté. L’admission de la compensation en phase restitutoire n’est pas neutre quant à notre objet d’étude. En effet, cette pratique est susceptible de réduire considérablement la dette restitutoire pesant sur le débiteur de l’obligation de restitution. En ce sens, le rôle assigné à la sûreté se trouve amplement restreint voire devient même superficiel. Pour comprendre l’impact de la compensation prenons un exemple concret. Il convient d’abord de préciser que cette institution s’applique à un double niveau : lors de la détermination du principal de la dette restitutoire et lors de l’évaluation de ces accessoires. Concernant ce second point, prenons le cas d’un contrat de vente d’un véhicule anéanti. L’acquéreur doit restituer au titre du principal le véhicule et au titre de l’accessoire la jouissance que celui-ci lui a procuré, conformément à l’article 1352-3 du Code civil. À l’inverse, il incombe au vendeur de restituer la somme d’argent versée – principal – et les intérêts que celle-ci a pu produire, selon l’article 1352-6 du Code civil – accessoires –. La restitution de la jouissance procurée par le véhicule prendra la forme de l’allocation d’une indemnité, elle sera donc évaluée et payée en monnaie. En ce sens, sa valeur et celle des intérêts sur la somme d’argent versée sont *a priori* proches voire même équivalentes de sorte

¹²¹⁰ CA Grenoble, 16 janv. 2020, n°18/05145 : les créances « résultant des échéances du prêt impayé et celles de la liquidation judiciaire résultant de paiements intervenus en contravention avec l’article L.622-7 du Code de commerce sont connexes, ayant pris naissance à l’occasion d’un ensemble contractuel unique ».

¹²¹¹ De manière plus précise, cette solution résulte de l’articulation des dispositions suivantes : l’article 1347 du Code civil qui dispose que la compensation ne s’applique qu’en cas d’« obligations réciproques entre deux personnes ». Or, selon l’article L.643-8 du Code de commerce les sommes recouvrées à l’issue des actions introduites par le mandataire judiciaire sont « réparties entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances admises ». Outre cette décision récente, certains arrêts assez anciens reconnaissent aussi la compensation entre les dettes de restitution découlant de l’anéantissement du même contrat, V. : Cass., Com., 17 dec. 1980, *Bull. IV*, n°433.

que leurs restitutions réciproques peuvent être neutralisées par le jeu de la restitution¹²¹². Cette règle valable pour les accessoires de la dette restitutoire l’est également pour le principal. Prenons le cas d’un contrat de bail, prévoyant un loyer d’un montant de 800 euros mensuel garanti par un cautionnement, qui se trouve annulé au bout de cinq ans. Le maintien des strates contractuelles équilibrées, précédemment décrit, ne trouve pas à s’appliquer ici puisque cette faculté n’est ouverte qu’en cas de résolution du contrat, où la force de la rétroactivité est atténuée. Le bailleur doit restituer les sommes versées correspondantes aux loyers acquittés, soit un montant de 48 000 euros augmenté d’éventuels intérêts d’un montant de 8 000 euros. Le locataire se trouve quant à lui soumis à la restitution de la jouissance retirée du bien pendant la période de location¹²¹³. Cette dernière sera évaluée par le juge. Afin de faciliter notre exemple, considérons que celle-ci s’élève à 48 000 euros. Comme il a été précédemment démontré en ce qui concerne les accessoires, ces sommes seront souvent relativement proches de sorte que la compensation permet d’atténuer la dette restitutoire. C’est le cas dans notre exemple, en l’absence de compensation, le locataire devrait restituer une somme d’un montant de 48 000 euros, pour laquelle la caution serait tenue de garantir. Si maintenant, nous appliquons l’exception de compensation, les dettes réciproques du bailleur et du locataire seront compensées à hauteur de 48 000 euros. Seul le bailleur se trouvera tenu d’une somme de 8 000 euros au titre des dommages et intérêts. Le locataire et la caution seront ainsi libérés. L’exception de compensation permettrait donc de jouer un rôle de substitution efficace face à la règle du report de la sûreté. Cela est d’autant plus vrai qu’en matière de cautionnement, l’article 1347-6 al. 1^{er} du Code civil énonce que « *la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal* ». Dans l’hypothèse où une obligation de restitution se trouve garantie par une caution, cette dernière aura tout intérêt à faire valoir la compensation de la dette du débiteur principal avec celle de son créancier.

B. L’exécution des restitutions trait pour trait et ses conséquences

493. Compte tenu du maintien d’un rapport synallagmatique en phase restitutoire, les obligations de restitutions s’exécutent trait pour trait. Le droit de rétention (1) et même l’exception d’inexécution (2) trouvent donc à s’appliquer et constituent d’excellents substituts à la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution.

¹²¹² Sana-Chaillé de Néré (S.), « Contrat. – Nullité du contrat. – Régime de la nullité », *J.-Cl. Civil*, art.1304-1314, fasc.50, 18 juin 2018, n°46.

¹²¹³ On distingue la jouissance comme objet principal de la restitution et la restitution de la jouissance complémentaire, comme accessoire de la prestation principale. Le Code civil québécois retient cette distinction à l’article 1704. En ce sens, V. : Fréchette (P.), th. préc., p.248 : « *Le Code civil du Québec fait, à première vue, une distinction appropriée à l’article 1704 C.c.Q. en mentionnant la jouissance comme objet principal d’une prestation donne lieu à une indemnité pour cette jouissance. Cette indemnité est-elle relative à la restitution par équivalent ou à la restitution complémentaire qui peut accompagner la restitution principale ?* ».

1) *L’application du droit de rétention en phase restitutoire*

494. Position du problème. Mme Bousiges est la première auteure à avoir insisté sur le rôle du droit de rétention en phase restitutoire¹²¹⁴. Véritable pouvoir de contrainte¹²¹⁵, le droit de rétention, défini à l’article 2286 du Code civil, permet à un créancier, détenant une chose, de refuser de rendre celle-ci tant qu’il n’aura pas été complètement désintéressé. Prenons l’hypothèse somme toute classique d’un contrat de réparation d’un véhicule. Imaginons que cette convention fasse l’objet d’une nullité alors que le garagiste s’est d’ores et déjà exécuté, contrairement à son cocontractant. L’anéantissement du contrat conduit à la restitution par équivalent de la prestation réalisée par le garagiste. Dans notre exemple, ce dernier ne doit quant à lui rien restituer compte tenu du fait que le propriétaire du véhicule ne s’était pas exécuté antérieurement au prononcé de la nullité du contrat. Il doit toutefois rendre le véhicule réparé. Ici, le garagiste détient ce dernier et peut donc s’en servir comme moyen de pression pour obtenir la restitution de la prestation exécutée. Une telle faculté s’avère tout aussi redoutable que la couverture des restitutions par la sûreté initiale. Toutefois, pour être effective, elle est soumise au respect de certaines conditions.

495. Les conditions d’application du droit de rétention en phase restitutoire. Au-delà du fait que Mme Bousiges ait plaidé en faveur de l’application du droit de rétention en phase de restitution, elle en a également dressé les contours en listant les conditions nécessaires à l’exercice d’un tel droit. L’auteure estime ainsi que « *ce droit de rétention peut jouer au profit du créancier de restitution à deux conditions : d’une part, il faut qu’un bien corporel ait été remis au créancier en exécution du contrat afin qu’il soit détenteur après l’annulation ou la résolution ; d’autre part, il est nécessaire qu’un lien de connexité matérielle entre le bien et la créance soit constaté* »¹²¹⁶. Cette seconde condition pose question et mérite que l’on s’y intéresse davantage¹²¹⁷, et ce d’autant que certains auteurs ont affirmé que cette dernière ferait défaut dans le cadre du contexte restitutoire¹²¹⁸. À l’époque où Mme Bousiges rédige sa thèse de doctorat, seule la connexité matérielle pouvait fonder un droit de rétention. La réforme du droit des sûretés opérée par l’ordonnance du 23 mars 2006, qui introduit l’article 2286 du Code civil, facilite la reconnaissance de cette garantie en permettant de caractériser une connexité juridique à l’appui de l’exercice de ce droit. Cette dernière est amenée à jouer lorsque le rétenteur détient la chose « *à l’occasion du rapport de droit qui l’a rendu créancier du propriétaire de la chose* »¹²¹⁹. Une telle définition permet de considérer que la connexité

¹²¹⁴ Bousiges (A.), th. préc., p.386.

¹²¹⁵ Catala (N.), « De la nature juridique du droit de rétention », *R.T.D. civ.* 1967, p.10.

¹²¹⁶ Bousiges (A.), th. préc., p.386.

¹²¹⁷ Mercoli (S.), th. préc., n°198 s. Pour un exemple jurisprudentiel cité par l’auteur, V. : Cass., Civ., 17 déc. 1928, *D.H.* 1929, p.52.

¹²¹⁸ Lopez Beltran de Heredia (C.), *La nulidad de los contractos*, 2009. L’auteur estime que la nullité du titre initial empêche la reconnaissance d’un fondement au droit de rétention. Pour autant, elle considère qu’il est tout à fait possible de retenir la chose d’autrui en phase restitutoire jusqu’au complet paiement. Il ne s’agira toutefois pas d’un droit de rétention à proprement parlé mais d’une forme d’exception d’inexécution.

¹²¹⁹ Marmayou (J.-M.), « Privilèges. – Droit de rétention, régime », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 9 déc. 2013, n°63.

juridique existe dans le cas d’un contrat mais également d’un quasi-contrat¹²²⁰. Or, il a été démontré que les restitutions avaient une nature quasi-contractuelle¹²²¹, de sorte qu’il est possible dans cette hypothèse de fonder un droit de rétention sur une connexité juridique. Ainsi, les éléments essentiels à l’exercice du droit de rétention – une chose, une détention et lien de causalité – étant caractérisés, il est tout à fait possible de faire jouer cette garantie en phase de restitution. Dans cette hypothèse, nous ne pouvons pas invoquer la qualification de report de la sûreté sur l’obligation de restitution, faute d’antériorité du droit de rétention. Celui-ci ne s’exerce qu’à la suite de l’anéantissement du contrat et la condition de double garantie de l’obligation initiale et des restitutions ne se retrouve donc pas¹²²². Ainsi, il ne s’agit pas à proprement parler d’un cas de report de la sûreté sur l’obligation de restitution, pour autant la sécurité apportée au créancier est similaire. Autrement dit, lorsque cela est possible, l’exercice d’un droit de rétention en phase restitutoire pourrait efficacement suppléer un report de la sûreté initiale sur l’obligation de restitution. La règle posée à l’article 1352-9 du Code civil apparaît donc superflue dans un certain nombre de situations. Allons même plus loin en reprenant l’exemple précédemment cité de la vente d’un bien immobilier, sans emprunt, garanti par une hypothèque sur ce bien. Nous avons vu que dans cette hypothèse, le report de la sûreté sur l’obligation de restitution s’avère complexe dans la mesure où celle-ci bénéficiait lors de l’exécution du contrat au vendeur. Or, en phase restitutoire, cette dernière serait plus utile à l’acheteur, créancier de l’obligation de restitution du prix. Nous nous étions demandé, en vain, si la sûreté ne pouvait pas être inversée, c’est-à-dire, jouer à l’encontre de celui à qui elle profitait lors de la phase d’exécution du contrat¹²²³. Nous avons répondu par la négative. Toutefois, force est de constater que l’acheteur se trouve ici en position privilégiée du fait de la détention du bien. Par le biais de celle-ci, il peut aisément exercer une forme de pression à l’égard de son ancien cocontractant. Cette faculté ne doit pas être confondue avec le report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Elle correspond à l’exercice du droit de rétention qui vient d’être décrit. Cette similarité pose la question de savoir s’il n’y aurait pas eu confusion dans l’esprit des rédacteurs de la réforme entre ces deux situations. Ces derniers auraient pu voir, dans ce cas précis, l’application de l’article 1352-9 du Code civil alors que la réalité est tout autre : il ne s’agit que de l’exercice du droit de rétention, prévu à l’article 2286 du Code civil. Cette distinction ayant été posée, il convient de conclure que la règle du report de sûreté, souvent confondue avec l’application du droit de rétention, est supplantée par cette institution qui permet d’accorder une sécurité similaire au créancier de la restitution.

496. Le droit de rétention n’étant qu’une application de l’exception d’inexécution, cette institution peut également venir au secours du créancier en phase de restitution et ainsi rendre inutile le report de la sûreté.

¹²²⁰ Aubry (C.) et Rau (C.), *Cours de droit civil français*, T.III, Dalloz, 6^{ème} éd., 1938, par Bartin, §256 bis : « Il suffit pour justifier l’extension, par analogie, du droit de rétention, comme aussi il est nécessaire pour l’autoriser, que la détention se rattache à la convention, ou tout au moins à un quasi-contrat, et que la dette, connexe à la chose détenue, ait pris naissance à l’occasion de cette convention ou de quasi-contrat ».

¹²²¹ Cf. *supra* n° 233 s.

¹²²² Cf. *supra* n° 96.

¹²²³ Cf. *supra* n° 352 s.

2) *L'application de l'exception d'inexécution en phase restitutoire*

497. Exception d'inexécution et droit de rétention. L'exception d'inexécution et le droit de rétention ont régulièrement été confondus en doctrine¹²²⁴ et en jurisprudence¹²²⁵. Ces deux institutions impliquent l'existence d'un rapport synallagmatique¹²²⁶ et l'intention d'imposer une forme de pression à son cocontractant pour le pousser à s'exécuter. Bien qu'étant très similaires, ces deux notions sont à distinguer¹²²⁷. La différence principale porte sur les conditions d'application de celles-ci puisque le droit de rétention impose de manière évidente l'existence d'un objet matériel sur lequel la rétention peut s'exercer. Au contraire, l'exception d'inexécution tend à s'appliquer à tout type de prestation¹²²⁸ du moment que l'inexécution invoquée soit suffisamment grave¹²²⁹.

498. La reconnaissance doctrinale et jurisprudentielle de l'exception d'inexécution en phase restitutoire. Nous avons tracé la frontière entre le droit de rétention et l'exception d'inexécution. Toutefois, ces deux institutions restent très proches de sorte que si nous admettons que le droit de rétention puisse jouer en phase restitutoire, la solution doit logiquement être transposée au cas de l'exception d'inexécution. C'est dans cette direction que se sont orientées la doctrine et la jurisprudence. En effet, comme le rappelle Mme Bousiges, l'exception d'inexécution ne s'applique pas seulement à la matière contractuelle ; elle peut également être amenée à jouer dans l'hypothèse de quasi-contrat¹²³⁰. Par voie de conséquence, elle concerne de manière évidente les restitutions découlant d'un anéantissement contractuel¹²³¹. Les juges valident ainsi la mise en œuvre de l'exception d'inexécution en phase restitutoire à la double condition que les dettes de restitution soient issues d'un même contrat annulé ou résolu et que le créancier de la restitution soit de bonne foi. Ces décisions ont conduit certains auteurs à estimer que la « *jurisprudence contrôle l'exécution trait pour trait des restitutions avec davantage de rigueur que l'exécution normale du contrat* »¹²³². Cela n'est pas choquant car « *quand il s'agit de restituer et non plus d'exécuter, aucune tolérance ne se justifie* »¹²³³. C'est pourquoi, il ne fait pas de doute que l'exception d'inexécution s'applique aux restitutions quand bien même celles-ci n'émanent

¹²²⁴ Aubry (C.) et Rau (C.), *Cours de droit civil français*, T.III, Dalloz, 6^{ème} éd., 1938, par Martin, §256 bis.

¹²²⁵ Cass., Civ., 5 déc. 1934, S.1934, 1, p.46.

¹²²⁶ Beudant (C.), *Cours de droit civil français*, T. XIII, par P. Voirin, 1948, n°273.

¹²²⁷ Catala (N.), art. préc., *R.T.D. civ.* 1967, p.9 ; Mandé-Djapou (J.), « La notion étroite du droit de rétention », *J.C.P. G.* 1976, I, 2760 ; Dross (W.), « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *R.T.D. civ.* 2014, p.1.

¹²²⁸ Marmayou (J.-M.), « Privilèges. – Droit de rétention, notion et domaine d'application », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 10, 12 nov. 2013, n°29.

¹²²⁹ Pillebout (J.-F.), *Recherches sur l'exception d'inexécution*, préf. Raynaud, L.G.D.J., 1971, n°96.

¹²³⁰ Bousiges (A.), th. préc., p.391.

¹²³¹ Marty (G.), Raynaud (P.), ouvr. préc., n°295 ; Terré (F.), Simler (P.) et Lequette (Y.), ouvr. préc., n°614 ; Cassin (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, th. Paris, 1914, p.163 ; Pillebout (J.-F.), th. préc., p.146, n°150 ; Bousiges (A.), th. préc., p.390 s.

¹²³² Bousiges (A.), th. préc., p.393. *Adde* : Pillebout (J.-F.), th. préc., p.146, n°150.

¹²³³ Bousiges (A.), th. préc., p.393.

pas directement de la volonté des parties¹²³⁴. La possibilité offerte au créancier des restitutions de suspendre temporairement son exécution jusqu’à ce que son ancien cocontractant s’exécute constitue une mesure de protection permettant une certaine sécurité face à l’éventuelle insolvabilité du débiteur. En ce sens, l’exception d’inexécution joue un rôle de garantie des restitutions comme le rappelle Mme Bousiges. Pour autant, la mise en œuvre d’une telle faculté ne saurait être qualifiée de report de la sûreté sur l’obligation de restitution puisque cette dernière ne joue qu’en phase restitutoire et ne s’applique pas lors de l’exécution initiale du contrat. Quand bien même, l’exception d’inexécution ne peut prétendre à la qualification de report de sûreté, force est de constater qu’elle apporte une sécurité similaire au créancier avec des difficultés moindres dans la mesure où cette institution est davantage maîtrisée, comparée à la règle posée à l’article 1352-9 du Code civil. Par l’application de l’exception d’inexécution aux restitutions, la règle du report de la sûreté se trouve donc de nouveau priver d’utilité. Toutes les fois où cette notion du droit des obligations trouvera à s’appliquer, elle sera privilégiée sur le report de la sûreté initiale.

499. Synthèse. Les restitutions reposant sur un rapport synallagmatique, plusieurs institutions issues de la théorie générale du droit des obligations peuvent venir au secours du créancier des restitutions afin de se prémunir contre l’éventuelle impossibilité de son débiteur de procéder aux restitutions. Tout d’abord, dans l’évaluation des restitutions, celles-ci ont tendance à être limitées par la restriction des effets de la rétroactivité dans les contrats à exécution successive et échelonnée. La limitation des restitutions à la seule tranche du contrat inexécuté permet de réduire considérablement le montant des restitutions en conservant les exécutions qui ont donné satisfaction aux deux parties. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution devient alors inutile. Il en est de même lorsque l’on s’intéresse à l’exécution des restitutions. Compensation, droit de rétention et exception d’inexécution sont autant de garanties qui peuvent apporter au créancier des restitutions une sécurité similaire à celle promise par l’article 1352-9 du Code civil. Dès lors, les cas où la règle du report de la sûreté s’applique avec toute sa vigueur se trouvent réduits à une peau de chagrin et ce d’autant que l’existence d’un groupe de contrats constitue une entrave supplémentaire à l’application utile de ladite règle.

SECTION 2 : LE REPORT DE LA SÛRETÉ DANS LE CADRE DES GROUPES DE CONTRAT

500. À ce stade du raisonnement, nous sommes contrainte d’exprimer notre scepticisme quant à la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Nous avons, en effet, vu que cette dernière ne s’appliquait pas dans un certain nombre de situations et les cas où elle

¹²³⁴ Cassin (R.), th. préc., p.165 ; Capitant (H.), préc., p.279. *contra* : Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.482, n°843.

pourrait techniquement être amenée à jouer, elle s’avère inefficace ou inutile. L’avant-projet de réforme Terré semblait avoir perçu ces difficultés puisqu’il limitait la garantie des restitutions par la sûreté initiale à la seule hypothèse du contrat de prêt¹²³⁵. La généralisation réalisée par l’ordonnance du 10 février 2016 paraît donc des plus mystérieuses car nos recherches nous conduisent à nous ranger derrière la vision proposée par l’avant-projet Terré. La règle ne fonctionne convenablement que dans le cas d’un contrat de prêt et toute généralisation serait excessive et inutile. Pour être tout à fait exacte, précisons que cette situation ne peut juridiquement être qualifiée de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » en raison de la nature particulière du contrat de prêt¹²³⁶. Elle mérite toutefois notre attention. Il s’agit surtout de se demander si dans cette hypothèse, qui est à l’origine de l’article 1352-9 du Code civil, la couverture des restitutions par la sûreté initiale est pertinente et se trouve justifiée. Cette question est importante car si l’on y répond par la positive, l’article 1352-9 du Code civil mériterait d’être reformulé pour ne limiter son champ d’application qu’au seul contrat de prêt, à l’instar de ce que prévoyait l’avant-projet Terré. À l’inverse, si nous considérons que même dans le cas du contrat de prêt, la garantie des restitutions par la sûreté initiale est inutile, car il est possible d’atteindre un résultat similaire par des voies plus classiques du droit des obligations, nous serions amenée à proposer l’abrogation de l’article 1352-9 du Code civil.

501. Annonce du plan. Dans le cas du sort des restitutions issues de l’anéantissement du contrat de prêt, l’existence d’un groupe de contrat pourrait constituer une garantie efficace en phase restitutoire. En effet, il serait question de reconnaître une action directe en paiement qui permettrait d’éviter un transit des sommes à restituer dans un patrimoine intermédiaire. Cette dernière pourrait activement supplanter la règle du report de la sûreté en apportant une sécurité équivalente voire même plus performante à l’égard du créancier des restitutions. Toutefois, l’admission de cette action directe se heurte à deux obstacles majeurs : d’une part, elle doit être fondée (§1) et, d’autre part, elle doit être prévue dans notre corpus juridiques (§2).

§1. Le fondement de l’action directe en phase de restitution

502. L’existence du groupe de contrats pourrait constituer un fondement efficace à l’action directe en phase de restitution¹²³⁷. Nous nous heurtons toutefois à un obstacle : le principe de

¹²³⁵ L’article 3 alinéa 2 disposait ainsi que « les sûretés du prêt d’argent sont reportées de plein droit sur l’obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme »

¹²³⁶ Cf. *supra* n° 64 s.

¹²³⁷ Gijsbers (C.), « Le privilège de prêteur de deniers survit à l’annulation de la vente financée », *Defrénois* 2018, p.35 : « Tout cela conduit à se demander, une nouvelle fois, si le même résultat ne pourrait être obtenu par une voie plus orthodoxe. Philippe Théry avait habilement suggéré la reconnaissance d’une action directe du prêteur contre le vendeur, qui pourrait trouver son fondement dans l’ensemble contractuel constitué par le prêt et la vente ». *Adde* : Théry (P.), « Les sanctions en droit des sûretés. Entre cycles politiques et désordres techniques », in *La sanction en droit contemporain, entre technique et politique*, 2012, Dalloz, L’esprit du Droit, p. 275 et s., n° 53.

l’identité des parties en phase restitutoire. Ce dernier impose de ne pas tenir compte de l’imbrication des liens contractuels initiaux. Autrement dit, pendant les restitutions, les contrats sont analysés de manière indépendante quand bien même ils participent tous à une opération unique en phase d’exécution. Si certaines tentatives ont été menées pour assouplir ce principe (A), il demeure régulièrement affirmé avec vigueur (B).

A. Les tentatives de reconnaissance du groupe de contrat en phase restitutoire

503. Présentation du principe guidant la phase restitutoire. La schématisation de l’analyse spatiale des restitutions, précédemment menée, nous a permis de conclure que les liens constitués lors de l’exécution des divers contrats ne se retrouvent pas en phase de restitution¹²³⁸. Ce constat se traduit par un principe simple qui est celui de **l’identité des parties en phase de restitution**¹²³⁹. La jurisprudence classique est en ce sens. C’est ainsi que l’anéantissement d’un contrat de vente implique pour le vendeur de restituer l’intégralité des sommes reçues à l’acheteur même si une partie provient d’une aide personnalisée au logement. C’est, dans un second temps, à l’acheteur qu’incombe la restitution de ces sommes à l’organisme payeur¹²⁴⁰. Autrement dit, l’origine des fonds est indifférente dans le processus de restitution¹²⁴¹, le débiteur de la restitution doit rendre l’intégralité à son créancier originaire. Dans le même ordre d’idées, l’affectation des fonds reçus lors de l’exécution du contrat n’a pas de conséquence sur les restitutions. À titre d’exemple, il a été jugé que le vendeur devait restituer à l’acquéreur la TVA déboursée quand bien même il n’aurait lui-même pas encore obtenu la restitution de ces sommes par le Trésor public¹²⁴². De même, l’acquéreur n’a pas à actionner le Trésor public pour obtenir la restitution de l’impôt foncier acquitté puisque celle-ci est à la charge du vendeur initial¹²⁴³. Il n’est guère utile de multiplier les exemples pour comprendre que la rétroactivité empêche les liens entre les contrats de se refléter en phase de restitution. Le groupe de contrats initial n’aurait donc plus d’influence en phase restitutoire et serait insusceptible de fonder une action directe.

504. Les tentatives d’assouplissements doctrinaux et jurisprudentiels. Face aux solutions excessives auxquelles conduisait l’application aveugle du principe de rétroactivité, plusieurs auteurs ont proposé de mettre en place certains assouplissements dans le règlement des restitutions. Une telle démarche est porteuse d’espoir puisqu’elle permettrait de maintenir

¹²³⁸ Cf. *supra* n° 238.

¹²³⁹ Chang (M.P.-H), *La résolution du contrat pour inexécution. Etude comparative du droit français et du droit chinois*, préf. Légier (G.), Aix-en-Provence, PUAM, 2005. *Adde* : Cass., Com. 6 dec. 2011, n°10-17.051.

¹²⁴⁰ Cass., Civ. 3^{ème}, 2 mars 1994, n°92-19.356., *R.T.D civ. 1994*, p.858, obs. J. Mestre, *C.C.C. 1994*, n°133, obs. L. Leveneur ; *R.D.I. 1995*, p.116, obs. J.-C. Groslière. Voir également dans le cadre de la restitution d’un dépôt de garantie : Cass., Civ. 3^{ème}, 29 mai 2013, n°12-10.070.

¹²⁴¹ Mestre (J.), « Des restitutions consécutives à l’annulation ou la résolution d’un contrat », obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 2 mars 1994, n°92-19.356, *R.T.D. civ. 1994*, p.858.

¹²⁴² Cass., Civ. 3^{ème}, 26 janvier 1994, *R.T.D. civ. 1994*, p.858, obs. J. Mestre, *C.C.C. 1994*, n°133, obs. L. Leveneur. De manière plus générale, V. : Gelot (B.), « La charge des frais dans la vente d’immeuble », *Defrénois 1999*, p.963, n°11 ; Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M), *ouvr. préc.*, T.II, L.G.D.J., 4^{ème} éd., p.1545, n°2891.

¹²⁴³ Cass., Com., 26 juin 1990, n°88-17.892.

les liens initiaux entre les protagonistes lors des restitutions et, éventuellement de fonder des actions directes en paiement. C'est le professeur Teyssié qui a ouvert la voie à cette proposition en invitant à prendre en compte le groupe de contrats en phase de restitution¹²⁴⁴. L'auteur prend pour hypothèse de réflexion, celle qui nous intéresse à savoir un contrat de vente financé par un prêt. Il propose donc de conserver la triangulation en phase de restitution par l'instauration d'une action directe entre le vendeur initial et le prêteur¹²⁴⁵. Une idée similaire se retrouve dans les écrits de Mme Guelfucci-Thibierge qui attribue aux restitutions un fondement autonome basé sur « *l'exécution de la prestation fournie en exécution du contrat entaché d'une cause de nullité puis annulé* »¹²⁴⁶. L'auteur poursuit en affirmant que le fondement choisi permet de déterminer la qualité de défendeur et de demandeur à l'action en restitution. Ainsi, le créancier de l'obligation de restitution n'est pas forcément le cocontractant, il peut s'agir de l'auteur de l'accomplissement de la prestation¹²⁴⁷. L'exemple classique est celui du prêteur qui, pour le compte de l'acquéreur, va directement verser les sommes au vendeur. Sans être lié contractuellement à ce dernier, le prêteur est bien celui qui a exécuté la prestation et à ce titre, le créancier de la restitution des sommes.

505. La jurisprudence a, à plusieurs reprises, fait application de ces propositions doctrinales¹²⁴⁸. L'application jurisprudentielle des actions directes¹²⁴⁹ et obliques¹²⁵⁰ en phase de restitution contribuait à rompre avec la vision classique des restitutions, où chaque obligation serait traitée de manière indépendante. Les liens initiaux venaient à être pris en compte lors de l'exécution des restitutions, manifestant ainsi une atténuation des conséquences draconiennes de la rétroactivité. Cette vision audacieuse des restitutions s'éloignait de la doctrine classique qui prêchait une application aveugle de la rétroactivité. C'est pourquoi, la haute juridiction s'empressa de rappeler le schéma traditionnel de l'anéantissement contractuel : l'application de la rétroactivité conduit à nier les liens initiaux et à imposer un dénouement entre les seules parties au contrat.

B. L'impossibilité de reconnaître l'existence d'un groupe de contrats en phase restitutoire

506. Le retour au rigorisme initial : la jurisprudence de 1995. Par un arrêt de principe du 5 décembre 1995, les juges ont rappelé l'effectivité de la rétroactivité de la nullité ou de la

¹²⁴⁴ Teyssié (B.), th. préc., p.186, n°365.

¹²⁴⁵ Teyssié (B.), th. préc., p.259 s., n°521 s. *contra* : Bros (S.), *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001, p.414, n°669 ; Malaurie (P.), obs. sous Cass., Com., 18 nov. 1974, *D. 1975*, p.625.

¹²⁴⁶ Cf. *supra* n° 65.

¹²⁴⁷ Guelfucci-Thibierge (C.), th. préc., p.386, n°663 voir également p.411, n°711 : « *Fondée sur un tel accomplissement, elle (l'action en restitution) ne peut être dirigée que contre son bénéficiaire. En effet, celui-ci est débiteur d'une obligation de restitution envers l'auteur de la prestation* ».

¹²⁴⁸ Cass., Com., 13 nov. 1984, *G.P. 1985.1*.Pan 112.

¹²⁴⁹ Bros (S.), th. préc., p.414, n°669.

¹²⁵⁰ Cass., Com., 27 avril 1971, n°69-10.400.

résolution et ses conséquences sur l’appréhension spatiale des restitutions¹²⁵¹. Les faits de l’espèce étaient relativement classiques : un contrat de vente avait été conclu, financé par un prêt bancaire, lui-même garanti par un cautionnement. La vente avait été résolue et la caution avait été activée pour rembourser les sommes à l’établissement de crédit. La caution, se trouvant subrogée dans les droits de ce dernier, pouvait-elle actionner le vendeur de l’immeuble en restitution des fonds ? À cette question, les juges considérèrent qu’« *après la résolution de la vente, qui remplaçait les parties en leur état antérieur, ces fonds devaient être restitués aux anciens acquéreurs et non au prêteur de deniers ; que c’est donc à bon droit que l’arrêt retient que ces fonds ne pouvaient être affectés par préférence à la banque* ». Saluée par une partie de la doctrine¹²⁵², cette décision opère un retour au rigorisme de la conception traditionnelle, et démontre l’absence de prise en compte lors des restitutions des liens contractuels antérieurs à l’anéantissement. Cette position jurisprudentielle n’est pas sans difficulté quant à notre objet d’étude. En effet, comme l’avaient proposée les professeurs Gijssbers et Théry, la mise en œuvre d’une action directe reposant sur le groupe de contrats initial aurait pu aisément prendre la place de la règle du report de la sûreté en garantissant une efficacité similaire. Il est ainsi question de « *supprimer la partie intermédiaire et de placer face à face le « vrai débiteur » et le « vrai créancier* » »¹²⁵³. Cette réduction des protagonistes permet de limiter les risques d’insolvabilité qui viendraient compliquer les restitutions. Reprenons notre hypothèse d’étude, à savoir l’anéantissement en cascade d’un contrat de vente et d’un contrat de prêt le finançant. En admettant, en phase de restitution, l’admission d’une action directe, entre le vendeur initial et le prêteur, permet d’éviter le transit des sommes dans le patrimoine de l’acheteur, protagoniste intermédiaire. Cette faculté permet donc de se prémunir contre les risques d’insolvabilité de l’acheteur puisque le schéma classique fait courir le risque que les sommes restituées par le vendeur à l’acheteur soient appréhendées par les créanciers de ce dernier avant même qu’il n’ait pu procéder aux restitutions à l’égard du prêteur. Toutefois, le rigorisme des juges semble mettre à mal les espoirs de simplification de la garantie des restitutions portés par ces auteurs. Il ne reste qu’à espérer que cette jurisprudence, relativement ancienne, ne soit pas maintenue à la suite de la réforme du droit des obligations qui prévoit une application atténuée et réfléchie de la rétroactivité¹²⁵⁴.

¹²⁵¹ Cass., Com., 5 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n°286, p.264, *Defrénois 1996*, p.479, obs. P. Delebecque ; *R.T.D. civ. 1996*, p.906, obs. J. Mestre ; *D. 1996*, p.388, obs. S. Piedelièvre. Pour une solution similaire antérieure, V. : Cass., Com., 17 dec. 1980, *Bull. civ. IV*, n°433.

¹²⁵² Delebecque (P.), « Le caractère synallagmatique de la résolution », obs. sous Cass., Com., 5 déc. 1995, n°93-17.702, *Defrénois 1996*, n°11, p.749 : « *La solution n’est pas contestable puisque les fonds prêtés étaient venus alimenter en pleine propriété le patrimoine des acquéreurs et avaient, ensuite été transférés, également en pleine propriété, dans le patrimoine du vendeur.* ». Toutefois, l’auteur son propos en expliquant que la solution pourrait être différente si, lors de l’exécution du contrat de prêt, l’établissement de crédit avait transmis les fonds directement au vendeur en tant que débiteur d’une action directe. Dans le même sens, V. : Piedelièvre (S.), « *En cas de résolution d’une vente d’un immeuble acquis au moyen de fonds prêtés, la résolution de ladite vente entraîne la restitution des fonds aux anciens acquéreur et non au prêteur de deniers* », obs. sous Cass., Com., 5 déc. 1995, n°93-17.702, *D.1996*, p.388 : l’auteur, tout en saluant la décision reconnaît l’existence de possible dérogation lorsque les liens entre les contrats initiaux sont légaux ou conventionnellement affirmés.

¹²⁵³ Gijssbers (C.), art. préc., *Defrénois 2018*, p.35.

¹²⁵⁴ Cf. *supra* n° 236.

507. Pour qu'une action directe en phase restitutoire soit reconnue, elle doit d'abord être fondée. Il s'agit là de la première difficulté que nous rencontrons. Un auteur a proposé que ce soit le groupe de contrats initial qui serve d'appui à l'action directe. Si cette suggestion est des plus séduisantes, elle semble difficilement applicable dans le contexte jurisprudentiel actuel qui réfute la prise en compte du groupe de contrats en phase de restitution. Un espoir reste tout de même permis : ces décisions sont antérieures à la réforme du droit des obligations qui prévoit plus d'assouplissements dans la mise en œuvre de la rétroactivité attachée à l'anéantissement du contrat. À notre connaissance ces questions n'ont pas été traitées par la jurisprudence depuis l'ordonnance du 10 février 2016. Reste à penser que les juges feront preuve de sagesse et opéreront un revirement permettant la prise en compte des groupes de contrats en phase restitutoire et ouvrant donc la voie à la reconnaissance d'une action directe. Cependant, cette difficulté étant en partie surmontée, une seconde survient : comment consacrer un caractère légal à cette action directe ?

§2. Le caractère légaliste de l'action directe en phase de restitution

508. La détermination de l'action directe par la loi et ses conséquences. Comme l'a démontrée le professeur Gijsbers, la reconnaissance d'une action directe en phase restitutoire ne peut s'effectuer en l'état actuel du droit étant donné que l'article 1341-3 du Code civil impose que les actions directes soient limitées aux « *cas déterminés par la loi* »¹²⁵⁵. Selon cette vision, tant que le législateur ne sera pas intervenu pour consacrer une nouvelle action directe en paiement, ayant pour objet les restitutions, il sera difficilement possible d'apporter une solution de substitution à la règle du report de la sûreté sur l'obligation de restitution. Toutefois, cette conception légaliste de l'action directe connaît certaines limites. En effet, comme le relève M. Gréau, il est possible de tracer la voie à la reconnaissance de nouvelles formes d'actions directes, qui n'en sont pas à proprement parler si l'on s'en tient aux critères classiquement reconnus et notamment au caractère légaliste de celles-ci¹²⁵⁶. Cette idée est reprise des écrits de M. Jamin qui considère qu'il est possible de reconnaître une action en paiement, indépendamment de tout texte, à l'égard du créancier qui « *fournit sans contrepartie, mais sans esprit libéral, une valeur dans le patrimoine de son débiteur et que ce dernier dispose d'une créance envers un tiers* »¹²⁵⁷. En ce sens, la pratique consacre des actions directes qui ne disent pas leur nom¹²⁵⁸. Ces dernières prennent la forme d'un mode

¹²⁵⁵ Julienne (M.), *Le régime général des obligations après la réforme*, 2017, L.G.D.J., p. 25, n°427 ; Gréau (F.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Actions directes », oct. 2019, n°47 : « Cette idée a toutefois été rejetée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, qui consacre la conception légaliste de l'action directe en paiement à l'article 1341-3 du Code civil ».

¹²⁵⁶ Gréau (F.), fasc. préc., n°80.

¹²⁵⁷ Jamin (C.), th. préc., n°319.

¹²⁵⁸ Gréau (F.), fasc. préc., n°80.

simplifié de paiement et peuvent s’apparenter à des voies d’exécution¹²⁵⁹. Elles sont admises dans la tradition juridique sans trouver d’assise légale, si bien que leurs fondements sont parfois relégués au second plan au profit de la technicité qu’elles apportent. L’action directe mise en place en phase restitutoire entre le prêteur et le vendeur initial appartient à cette catégorie. En effet, elle a vocation à simplifier l’organisation des restitutions en limitant l’intermédiation. C’est pourquoi, une approche technique de la notion nous conduit à valider cette action en dépit de son absence de mention dans les textes législatifs. Ainsi, les deux obstacles empêchant la reconnaissance d’une action directe en phase restitutoire semblent levés. Dans les groupes de contrats, une telle institution serait admissible et constituerait un outil efficace de garantie de la phase restitutoire. Le prêteur bénéficierait ainsi d’une sécurité assez proche, voire similaire à celle apportée par la sûreté initiale reportée. Une fois de plus la règle posée à l’article 1352-9 du Code civil apparaît inutile. Toutefois, par souci de clarté et pour éviter de tomber dans les écueils dont on a fait état à l’égard de la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution, il serait souhaitable de préciser le régime de cette action directe de deux manières. Il s’agit, d’une part, de reconnaître les liens contractuels initiaux en phase restitutoire et, d’autre part de donner une assise légale à ladite action directe. Un tel travail présente un intérêt majeur puisque l’admission de cette action directe permettrait définitivement de supplanter l’article 1352-9 du Code civil dans son dernier bastion, à savoir la restitution d’un contrat de prêt. Autrement dit, il serait préférable de consacrer une action directe, mécanisme relativement bien appréhendé en droit des obligations, plutôt que de laisser persister la règle du report de la sûreté sur l’obligation, dont son application efficace et utile semble difficilement concevable.

509. Synthèse. Nous avons vu que le domaine du report de la sûreté sur l’obligation de restitution se limitait au cas des restitutions d’un contrat de prêt anéanti. Du point de vue du vocabulaire, il ne s’agit même pas d’un cas de report de sûreté mais plutôt de maintien de la sûreté à suivre la distinction précédemment proposée. Notre questionnement à l’initiative de ces développements était de savoir si dans ce cas bien précis, nous ne pouvions pas arriver à des résultats similaires par des voies plus orthodoxes. Comme l’ont suggérée plusieurs auteurs, la mise en place d’une action directe pourrait être une alternative intéressante. Toutefois, deux difficultés semblaient se poser : l’action directe doit être fondée et elle doit être prévue dans le corpus légal. Or, ces deux éléments font défaut dans notre cas d’étude. Cependant, nous avons montré que l’atténuation de la rétroactivité à la suite de la réforme du droit des obligations permettrait de reconnaître l’existence de groupe de contrats en phase restitutoire. De même, la pratique est encline à admettre l’existence d’actions directes en dépit de leur absence dans les textes légaux, lorsque ces dernières ont vocation à simplifier les paiements. Par voie de conséquence, la mise en œuvre d’une action directe dans cette hypothèse apparaît tout à fait possible et permettrait d’apporter une sécurité équivalente au report de la sûreté sur l’obligation de restitution. Dans cette perspective, le caractère inutile de l’article 1352-9 du Code civil ressort de nouveau de manière évidente. Pour permettre la

¹²⁵⁹ Gréau (F.), fasc. préc., n°80 : « si l’on s’en tient à la dogmatique juridique, elles peuvent continuer à être reléguées dans une sous-catégorie marginale, celle des modes de paiement simplifiés ». Adde : Ghestin (J.), Jamin (C.) et Billiau (M.), *ouvr. préc.*, n°1142.

restauration de la qualité du droit, nous invitons tout de même le législateur à consacrer cette action directe afin de dissiper toutes difficultés et doutes.

510. Conclusion. Nous avons vu que la formulation de l'article 1352-9 du Code civil se voulait très large alors qu'en pratique cette règle n'a pas vocation à s'appliquer dans un certain nombre de situations. Pour les cas où elle pourrait fonctionner, elle apparaît bien souvent inutile comme en attestent les hypothèses étudiées. En effet, la limitation de la rétroactivité dans les contrats à exécution échelonnée et successive, la compensation, l'exception d'inexécution, le droit de rétention et l'action directe sont autant de mécanismes bien connus du droit des obligations qui permettent d'apporter une certaine sécurité au créancier des restitutions équivalentes à celle proposée par le report de la sûreté. Il serait plus logique de favoriser ces mécanismes familiers au juriste plutôt que de conserver la règle du report de la sûreté dont l'origine et le fonctionnement restent mystérieux. Dans l'objectif de restauration de la qualité du droit, nous sommes donc encline à proposer l'abrogation de l'article 1352-9 du Code civil, pour le remplacer par l'admission d'une action directe en phase restitutoire.

CONCLUSION TITRE II

511. Le raisonnement effectué nous a permis de mettre en lumière le champ d'application restreint de l'article 1352-9 du Code civil. Une telle démonstration n'est pas sans conséquences : elle nous indique que l'intérêt de consacrer un report général de la sûreté sur l'obligation de restitution est discutable. Cela est d'autant plus vrai lorsque nous nous penchons sur la mise en oeuvre pratique de l'article 1352-9 du Code civil. Dans les quelques cas, où cette règle peut s'appliquer correctement ses effets sont illusoires.

D'une part, les conséquences du report de la sûreté sur l'obligation de restitution se trouvent parfois neutralisées par des circonstances extérieures. Volonté des parties, extinction de la sûreté, modulation des restitutions sont autant d'éléments entraînant une inefficacité de la règle.

D'autre part, certaines situations restent propices à l'application de l'article 1352-9 du Code civil. La garantie des contrats à exécution successive ou la couverture d'un contrat de prêt en sont de bons exemples. Toutefois, dans ces hypothèses, la règle du report de la sûreté sur l'obligation de restitution se trouve supplanter par d'autres institutions à l'efficacité similaire et aux moindres difficultés.

CONCLUSION PARTIE II

512. M. Terré affirmait que « *le droit fournit un certain nombre de règles de conduite destinées à faire régner, tout à la fois, l’ordre, le progrès et la justice (...), l’égnime du droit consistant dans le dosage de ces trois finalités* »¹²⁶⁰. Si l’objectif de justice semble être atteint par la règle posée à l’article 1352-9 du Code civil, compte tenu du fait qu’elle permet un équilibre entre les intérêts en présence, il n’en est pas de même pour les deux autres exigences.

513. L’article 1352-9 du Code civil ne satisfait pas à l’impératif d’ordre. Une première difficulté surgit lorsque l’on tente de dresser le champ d’application de la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution. L’article 1352-9 du Code civil fait preuve d’une grande imprécision à deux niveaux. Certaines hypothèses prévues par cet article ne peuvent conduire à un report de la sûreté. Tel est le cas par exemple lorsque ladite sûreté est une clause de réserve de propriété ou une garantie non accesoire. À l’inverse, certaines situations non expressément entrées dans le champ de l’article 1352-9 du Code civil pourraient donner lieu à un report de la sûreté. Ainsi, l’extension de la solution aux garanties serait tout à fait pertinente au regard de l’objectif de protection du créancier porté par cette disposition.

514. L’article 1352-9 du Code civil ne satisfait pas à l’impératif de progrès. Une fois que le champ d’application a pu être cerné, nous sommes confrontée à une seconde difficulté : dans les hypothèses où le report de la sûreté sur l’obligation peut s’appliquer, celui-ci est-il véritablement efficace et utile ? L’analyse pratique de ces différentes situations nous conduit à dresser un constat des plus décevants : bien souvent, alors que les éléments nécessaires au report de la sûreté sont présents, cette règle ne s’appliquera pas efficacement. De manière encore plus préoccupante, nous sommes arrivée à la conclusion que l’article 1352-9 du Code civil n’avait rien d’original quant à son objectif de protection du créancier. D’autres institutions, bien connues du droit des obligations – droit de rétention, compensation... – aboutissent à un résultat similaire en étant moins attentatoires aux principes juridiques solidement établis.

515. Proposition. Conformément à la pensée de M. De Moy, une exception doit être insérée lorsqu’elle est véritablement nécessaire pour mettre en adéquation un principe juridique avec une réalité extra-juridique. Or, ici si la protection du créancier des restitutions est un objectif tout à fait louable, force est de constater que la règle du report de la sûreté ne parvient pas à l’atteindre de manière efficace et se trouve même supplanter par d’autres institutions. Ainsi, nous proposons la suppression de cette règle par l’abrogation de l’article 1352-9 du Code civil et la reconnaissance des autres modes de garantie des restitutions, notamment l’action directe dans les groupes de contrats en phase restitutoire.

¹²⁶⁰ Terré (F.), *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd., 2000, p.8, n°8.

CONCLUSION GÉNÉRALE

516. L’ambition de l’étude. Le travail mené était motivé par la volonté d’éclaircir la portée l’article 1352-9 du Code civil, introduit par l’ordonnance du 10 février 2016. Pour employer une terminologie plus technique, il était question de proposer un travail d’audit de cette nouvelle disposition, tant son contenu apparaît des plus surprenants au premier abord. Une telle étude se trouvait alors motivée par plusieurs raisons.

517. D’abord, **le caractère nouveau** de cette règle justifiait que l’on s’y intéresse de près. Certes la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des obligations avait déjà consacré la garantie des restitutions, découlant d’un anéantissement contractuel, par la sûreté initiale. Toutefois, elle ne l’avait fait que dans un contexte bien précis. En effet, cette règle n’avait vocation à s’appliquer que dans le cadre d’un contrat de prêt ou de contrats issus du droit de la distribution. Elle concernait par ailleurs deux types de sûretés : le cautionnement et l’hypothèque. L’ordonnance du 10 février 2016 opère donc une rupture avec cette situation antérieure en faisant le choix d’une formule générale, s’appliquant à tout type de contrat et à toute forme de sûreté. Cette généralisation, imprévue¹²⁶¹, interroge et constitue la première raison de notre intérêt pour l’article 1352-9 du Code civil.

518. La seconde s’inscrit dans la logique de la première. Comme indiqué précédemment, **le report de la sûreté sur l’obligation de restitution est une règle issue du droit spécial – contrats bancaires et commerciaux – et intégrée dans la théorie générale des obligations.** Autrement dit, cette nouvelle disposition de droit commun tire son origine des droits spéciaux. Ce cheminement est source d’étonnement et traduit une nouvelle façon de faire du droit. Alors que traditionnellement, le droit commun innervait les droits spéciaux afin de permettre une spécialisation et une précision de la règle, la tendance semble actuellement s’inverser. Il est possible d’observer des cas où les droits spéciaux fournissent des règles qui sont ensuite généralisées et élevées au rang du droit commun. Cette démarche n’est pas exempte de difficultés puisque ce qui fonctionne dans un domaine spécial n’est pas forcément transposable à un cadre plus général. Une telle remarque permet d’afficher notre scepticisme quant à l’application de l’article 1352-9 du Code civil. Une règle conçue pour le contrat de prêt et les contrats de la distribution est-elle si aisément transposable à d’autres hypothèses ? Des aménagements ne sont-ils pas à prévoir ? Voire même peut-on être certain qu’elle trouvera toujours à s’appliquer ? Ce sont ces questionnements qui nous ont poussé à nous pencher sur l’article 1352-9 du Code civil.

519. Enfin, cette disposition est introduite dans un titre consacré aux restitutions. Or, la codification de cette matière constitue l’une des grandes avancées de l’ordonnance du 10

¹²⁶¹ Pour rappel, le projet Terré limitait la règle de la garantie des restitutions au seul cautionnement.

février 2016. Le droit français est en effet très loin des droits anglo-saxons qui voient dans les restitutions une matière à part entière. Antérieurement à la réforme du droit des obligations, ces dernières étaient pour le moins délaissées dans notre corpus juridique. Leur grande variété les déservait dans le sens où il semblait difficile de dresser un ensemble de règles générales les concernant. La jurisprudence, au cas par cas, apportait donc des réponses aux questions soulevées, sans forcément garantir une cohérence générale de la matière. Les articles 1352 et suivants ont ainsi le mérite de constituer un cadre de référence. Toutefois, la pertinence de ce dernier est à questionner. **L’analyse du report de la sûreté sur l’obligation de restitution fournit donc un excellent motif pour se pencher plus généralement sur les règles restitutoires.**

520. Nos intuitions de départ et notre méthode de travail. Une première lecture rapide de notre sujet nous invite à relever deux constats *a priori* complémentaires : l’absence d’intérêt pour l’article 1352-9 du Code civil et l’absence d’intérêt de l’article 1352-9 du Code civil. En effet, la doctrine ne s’est que peu attardée sur cette nouvelle disposition n’y voyant simplement qu’une méconnaissance du caractère accessoire de la sûreté et de rétroactivité attachée à l’anéantissement contractuel. La réalité est tout autre, le concept de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » est bien plus complexe qu’il n’y paraît au premier abord et son évolution peut être résumée à la façon d’un poème de Raymond Queneau :

521. « Aussi noir que le ciel ». Notre première approche de la notion de report de sûreté sur l’obligation de restitution s’avère complexe en raison de son absence de définition. De manière assez triviale, nous considérons que celle-ci s’articule autour de deux éléments clé, essentiels à son existence, à savoir une sûreté constituée antérieurement à l’anéantissement du contrat et garantissant l’obligation de restitution et une obligation de restitution valable. Si une telle définition peut paraître des plus prosaïques, elle permet en réalité d’exclure de notre champ d’étude un certain nombre de situations qualifiées à tort de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». Tel est le cas de la jurisprudence antérieure à l’ordonnance du 10 février 2016 prévoyant la garantie des restitutions découlant de l’anéantissement d’un contrat du droit de la distribution. Nous avons démontré, dans cette hypothèse, que la structure de ces formes contractuelles ne permettait pas de qualifier la créance garantie d’obligation de restitution. Autrement dit, dans ce courant jurisprudentiel, les juges avaient admis la garantie d’une exécution contractuelle et non d’une restitution. L’obligation de restitution faisant ici défaut, une telle situation ne peut être analysée comme « un report de la sûreté sur l’obligation de restitution ». De même, la jurisprudence du contrat de prêt, où il était question de garantir les restitutions découlant de l’anéantissement d’un prêt couvert par une sûreté, ne peut endosser la qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » en raison de la nature particulière de cette forme contractuelle. Ce travail définitionnel nous conduit donc à deux constats : d’une part, la doctrine a régulièrement rangé des situations bien différentes sous la même qualification de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » alors que celles-ci ne leur correspondaient pas. D’autre part, contrairement à ce qui a pu être affirmé en doctrine, l’ordonnance du 10 février 2016 opère une véritable rupture avec la jurisprudence antérieure. En effet, avant l’article 1352-9 du Code civil, il était possible de relever des hypothèses de garantie de restitution mais celles-ci ne pouvaient prétendre à la qualification

de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » en raison de l’absence d’un des deux éléments essentiels, précédemment mis en lumière, nécessaires à une telle qualification. En introduisant l’article 1352-9 du Code civil, l’ordonnance opère bien qu’une généralisation des solutions prétorienne, elle consacre un nouvel outil qui n’était pas appréhendé précédemment.

522. « *La vie est un songe dit-on* ». La rupture opérée par l’ordonnance du 10 février 2016 interroge donc. Si son origine ne peut être trouvée dans la jurisprudence antérieure, quels sont les éléments qui peuvent expliquer la consécration de l’article 1352-9 du Code civil ? Si nous regardons du côté de la technique juridique, force est de conclure que celle-ci ne peut justifier cette nouvelle disposition. En effet, comme la doctrine l’a régulièrement relevé, la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution, telle que consacrée à l’article 1352-9 du Code civil, constitue une méprise des principes fondateurs du droit des restitutions et du droit des sûretés. En permettant à la sûreté de survivre à l’anéantissement de l’obligation principale garantie, cette règle méconnaît le principe de l’accessoire, clé de compréhension du droit des sûretés. Dans le même ordre d’idées, en transférant la garantie d’une obligation de nature contractuelle à une obligation de restitution détachée du contrat, l’article 1352-9 du Code civil fait fi du principe de rétroactivité de l’anéantissement rétroactif. La règle du report de sûreté sur l’obligation de restitution implique donc une survie fictive de la sûreté doublée d’un transfert fictif de celle-ci. Dès lors, nous sommes forcée de conclure que l’origine de cette disposition ne se trouve pas dans la technique juridique.

523. Un changement de perspective s’impose donc. La matière juridique n’a pas apporté les réponses satisfaisantes à notre recherche des origines de l’article 1352-9 du Code civil, nous sommes conduite à nous tourner vers des considérations économiques et morales. Il est indéniable que cette garantie des restitutions représente une forme de sécurité pour le créancier. Or, comme le sociologue Max Weber l’exposait en 1913, cette exigence de sécurité semble s’imposer dans les échanges commerciaux¹²⁶². Un siècle plus tard, ce constat est plus que jamais d’actualité avec le processus de mise en compétition des droits opéré par les classements *Doing Business*. Un droit performant est un droit qui attire les investisseurs et qui leur offre par conséquent une certaine sécurité. La proposition de renforcer l’efficacité du droit des sûretés, dont l’article 1352-9 du Code civil n’est qu’une application, participe à ce mouvement. En permettant d’étendre l’efficacité de la sûreté au-delà de l’obligation initiale, cette disposition promet d’apporter une sécurité bienvenue au créancier, titulaire de la sûreté. Autrement dit, « le report de la sûreté sur l’obligation de restitution » ne serait qu’une réaction au besoin pathologique¹²⁶³ de sécurité manifesté dans les relations commerciales.

524. Outre cette idée de restaurer l’efficacité des droits, le droit des affaires est également traversé par un courant recommandant l’équilibre entre les différentes parties. L’ordonnance

¹²⁶² Weber (M.), *Sociologie du droit*, PUF, coll. Quadrige, 315 p. Sur cette notion de sécurité et son importance en droit, V. : Roubier (P.), *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005, 334 p. Selon l’auteur, ce n’est pas la valeur de justice qui guide le juriste mais celle de sécurité. Adde : Carbonnier (J.), *Flexible droit, La part du droit dans l’angoisse contemporaine*, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 1983.

¹²⁶³ Sur ce qualificatif, V. : Verdo (Y.), « Une société malade de sa peur du risque ? », *Les échos*, 17 juin 2016. A travers ce titre provocateur, l’auteur tend à démontrer que l’aversion aux risques manifestés dans nos sociétés contemporaines conduit à limiter le progrès, attitude qui n’est elle-même pas sans risque.

du 15 septembre 2021 témoigne de ce constat en s’assignant trois objectifs à la réforme des sûretés : simplifier le droit des sûretés, renforcer son efficacité et préserver l’équilibre entre les intérêts en présence. Un tel but est d’autant plus louable en droit des sûretés car la matière est traversée par un fort antagonisme entre les deux acteurs principaux : le donneur de garantie et le créancier. La jurisprudence tout comme la doctrine n’ont eu de cesse de favoriser tour à tour ces deux protagonistes allant jusqu’à des solutions jugées parfois excessives. Pour autant, est-il possible de concilier ces intérêts contradictoires ? Cette équation, à première vue insoluble, semble trouver une solution au sein de l’article 1352-9 du Code civil. Tout en renforçant la position du créancier en lui permettant d’être couvert par la sûreté pendant la phase restitutoire, cette disposition prête un regard bienveillant à l’égard du donneur de garantie en veillant à ne pas aggraver son sort. En effet, la couverture des restitutions apparaît des plus logiques de sorte que le garant pouvait dès son engagement s’estimer tenu au-delà de l’anéantissement du contrat principal. L’extension de sa garantie aux restitutions était donc prévisible lors de la conclusion du contrat de sûreté. De plus, le garant bénéficie d’un certain nombre de protections – bénéfice du terme notamment – similaires à celles qui lui sont octroyées lors de la garantie de l’obligation initiale. L’origine du report de la sûreté sur l’obligation de restitution se trouverait donc dans ces considérations morales et économiques. Il s’agirait d’une règle répondant aux deux principales exigences du droit des affaires actuel.

525. Toutefois, notre étude serait incomplète si nous ne mesurons pas l’application concrète de cette disposition. Dès lors, une question surgit immédiatement à l’esprit : l’article 1352-9 du Code civil est-il à la hauteur de ses ambitions ?

526. « *La chanson du néant* ». Lorsque nous nous intéressons à la mise en œuvre pratique du report de sûreté sur l’obligation de restitution, nous arrivons à la conclusion que celui-ci n’est qu’un **leurre de sécurité**. En effet, si l’article 1352-9 du Code civil est symptomatique d’un besoin de sécurité presque maladif, il l’est également d’une tendance à la perte significative de qualité de notre droit. Densification normative, intellegibilité de la règle de droit, chevauchement des règles de droit... sont autant de défauts, auxquels le report de la sûreté sur l’obligation de restitution ne semble pas échapper. S’intéresser à la mise en œuvre concrète d’une règle, c’est à la fois déterminer son champ d’application et sa vigueur. Sur ces deux aspects, l’article 1352-9 du Code civil est bien en deça de ses promesses. Si sa rédaction laisse à penser que son champ d’application est des plus larges, la réalité est tout autre. Dans un certain nombre de situations, cette règle ne peut s’appliquer convenablement. Par ailleurs, dans les cas où elle pourrait techniquement fonctionner, elle s’avère inefficace voire même inutile, supplée par des mécanismes bien plus simples. Le tableau suivant dresse l’étendue de la défektivité de la règle du report de la sûreté sur l’obligation de restitution :

	Inapplicabilité de l'article 1352-9 du Code civil	Inefficacité de l'article 1352-9 du Code civil	Inutilité de l'article 1352-9 du Code civil
Les sûretés non accessoires	X		
La clause de réserve de propriété	X		
Sûretés judiciaires	X		
Sûretés réelles	X		
Obligation de restitution découlant de la répétition de l'indu	X		
Obligation de restitution découlant d'une action en revendication	X		
Sûreté éteinte antérieurement aux restitutions		X	
Sûreté non reportée du fait de la volonté des parties		X	
Sûreté non reportée en guise de sanction du créancier des restitutions		X	
Limitation/suppression des restitutions en raison du caractère immoral de l'opération initiale		X	
Limitation/suppression des restitutions en raison de la méconnaissance des libertés fondamentales		X	
Limitation/suppression des restitutions par la volonté des parties		X	
Contrats à exécution successive et contrats à exécution échelonnée			X
Existence d'un groupe de contrat : contrat de vente, contrat de prêt et cautionnement (hypothèse d'un maintien de la sûreté)			X

527. Au vu de ce qui précède, force est de reconnaître que la règle du report de sûreté sur l'obligation de restitution présente un caractère inadapté. Sa consécration à l'article 1352-9 du Code civil reste des plus mystérieuse car même si l'on perçoit ses buts principaux, sa mise en œuvre pratique de manière satisfaisante s'avère impossible.

PROPOSITIONS

- **Sur le report de sûreté :**

1. Définition de la notion de report de sûreté sur l’obligation de restitution autour de deux éléments : une sûreté constituée antérieurement à l’anéantissement du contrat et garantissant initialement l’obligation de restitution et une obligation de restitution valable.
2. Admission de la distinction entre « report de la sûreté sur l’obligation de restitution » et « maintien de la sûreté sur l’obligation de restitution ».
3. Reconnaissance d’une rupture entre la jurisprudence antérieure à l’ordonnance du 10 février 2016 et l’article 1352-9 du Code civil, les solutions antérieures à cette disposition ne pouvant être qualifiées de « report de la sûreté sur l’obligation de restitution ».
4. Abrogation de l’article 1352-9 du Code civil.
1. galisation d’une action directe en phase restitutoire.

- **ur le droit des obligations et les restitutions :**

1. Reconnaissance d’une distinction entre contrat réel et contrat de restitution.
2. Adoption d’un fondement quasi-contractuel aux restitutions.
3. Admission de la restitution d’une obligation de ne pas faire.
4. Reconnaissance du caractère supplétif des articles 1352 et suivants du Code civil.
5. Validation d’un pouvoir de modulation des restitutions reconnu au juge.

- **Sur les sûretés :**

1. Reconnaissance d’un principe d’efficacité qui dicte la lecture actuelle du droit des sûretés. Le report de la sûreté sur l’obligation de restitution s’increrait d’ailleurs dans ce processus.
2. Redéfinition de la notion de principe de spécialité des sûretés réelles : la sûreté est attachée à une relation et non pas à une créance. Il convient donc dans l’acte de sûreté réelle d’identifier une relation de base sur laquelle la sûreté peut se greffer.
3. Le donneur d’une sûreté personnelle garantirait une personne tandis que le donneur d’une sûreté réelle garantirait une obligation.

BIBLIOGRAPHIE

- I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies
- II. Traités, manuels et cours
- III. Thèses
- IV. Mémoires
- V. Etudes, rapports et débats parlementaires
- VI. Fascicules et encyclopédies
- VII. Articles de doctrine
- VIII. Notes de jurisprudence
- IX. Références de droit étranger
- X. Références non juridiques

I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies

Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* -Les obligations.

Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016.

Tallon (D.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, PUF, 2012, p.1185.

II. Traités, manuels et cours

Andre (M.E.), Dumont (M.P.) et Grignon (P.), *L'après-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2005.

Association Henri Capitant, *La mondialisation*, T.LXVI, 2016, éd., Bruylant.

Aubert (J.-L.), *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, répertoire du notariat, 5^{ème} éd., 2008.

Aubert de Vincelles (C.) et Terré (F.) (ss. dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz 2009.

Aubry (C.), Rau (C.),

- *Cours de droit civil français*, T.III, Dalloz, 6^{ème} éd., 1938, par Martin.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T.IV, 4^{ème} éd., Paris, 1871.
- *Droit civil français*, éd. techniques, 6^{ème} éd. par E. Martin, 1942, T.XI.

Baudry-Lacantinerie (G.), Barde (L.),

- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, T.VII, Librairie de la société du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1906.
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, T.X, Librairie de la société du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1906.

- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, T.XII, Librairie de la société du Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1906.
- *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, T.III, 3^{ème} éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908.

Bastide (G.), *Traité de l'action morale, T.I : Analytique de l'action morale*, PUF, 1961.

Bénabent (A.),

- *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014.
- *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, 19^{ème} éd., 2021.

Beudant (C.), *Cours de droit civil français*, T. XIII, par P. Voirin, 1948.

Battifol (H.) et Lagarde (P.), *Droit international privé*, 5^{ème} éd., T.II, 1971.

Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2012.

Bey (E.-M.), *De la symbiotique dans le leasing et le crédit-bail mobilier*, Dalloz, 1970.

Biguenet-Maurel (C.), *Responsabilité civile du notaire*, Francis Lefebvre, 2017.

Bourassin (M.), Brémond (V.),

- *Droit des sûretés*, Sirey, 6^{ème} éd. 2018.
- *Droit des sûretés*, Sirey, 7^{ème} éd. 2019.

Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.), Pétel (P.), *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2015, 852 p.

Calais-Auloy (J.), Temple (H.) et Depincé (M.), *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., 2020, Dalloz, 778 p.

Canivet (G.), Frison-Roche (M.-A.) et Klein (M.) (ss. dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, L.G.D.J., 2005.

Capitant (H.), *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.

Capitant (H.) et Colin (A.), *Cours élémentaire de droit civil français*, T.II, 1930, Dalloz.

Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.), *GAJC, T.II, Les obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^e éd., p.840 s.

Carbonnier (J.),

- *Flexible droit, La part du droit dans l'angoisse contemporaine*, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 1983.
- *Droit civil, les biens, les obligations*, T.II, PUF, coll. Quadrige 2004.
- *Droit civil, T. I, Introduction – Les personnes – La famille*, PUF, Quadrige, 2004.

Caudal (S.) (ss. dir.), *Les principes en Droit*, Economica, 2008.

Chantepie (G.) et Latina (M.),

- *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, 1094 p.
- *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, 1133 p.

Collart-Dutilleul (F.) et Delebecque (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2019.

Demogue (R.), *Traité des obligations en général. Sources des Obligations*, T.II, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923.

Demolombe (C.), *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations en général*, T.XXVII, A. Durant, L. Hachette et Cie, 1878.

Deroussin (D.), *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica 2007.

- Deshayes (O.), Génicon (T.) et Laithier (Y-M)**, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, 1080 p.
- Deumier (P.)**, *Le Raisonnement Juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, Méthodes du Droit, 2013.
- Dissaux (N.) et Jamin (C.)**, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Dalloz, 2016, 274 p.
- Dissaux (N.) et Loir (R.)**, *Droit de la distribution*, L.G.D.J., 1^{ère} éd., 2017.
- Domat (J.)**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694.
- Farjat (G.)**, *Droit privé de l'économie*, T.II, Obligations.
- Fabre-Magnan (M.)**, *Les obligations*, PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2012.
- Fenet (P-A.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T.I, Videcoq, 1827.
- Ferrier (D.) et Ferrier (N.)**, *Droit de la distribution*, 8^{ème} éd., LexisNexis, 2017.
- Ferrière (J.) et De Chillaz (E.)**, *Les opérations de banque*, 6^e éd., 1980, Dalloz, n°473.
- Flour (J.), Aubert (J.), Savaux (E.)**
- *Droit civil, les obligations – l'acte juridique*, vol. 1, Sirey Université, 16^{ème} éd., 2014.
 - *Droit civil, les obligations – le rapport d'obligation*, vol. 3, Sirey Université, 9^{ème} éd., 2015.
- Galcher-Baron (M.)**, *Les obligations*, 3^{ème} éd., 1979.
- Gallet (L.)**, *le S.c. de l'Asclepiade et le problème des origines de l'integrum restitutio*, R.H.D., 1937.
- Gaudemet (E.)**, *Théorie générale des obligations*, publié par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1965.
- Ghestin (J.)**, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, L.G.D.J., 1993, 3^{ème} éd., p.867.
- Ghestin (J.) et Billiau (M.)**, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990.
- Ghestin (J.), Jamin (C.), Billiau (M.)**, *Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2001.
- Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y-M)**, *La formation du contrat, L'objet et la cause, Les nullités*, T.II, L.G.D.J, 4^{ème} éd., 2013.
- Ghestin (J.) et Marchessaux-Van Melle (I.) (ss. dir.)**, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., T.CCLXI, fév. 1996.
- Ghestin (J.), Viney (G.), Joudain (P.) et Carval (S.)**, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd., 2013.
- Guillouard (L.)**
- *Traité du cautionnement et des transactions*, 2^{ème} éd., 1895.
 - *Traité des privilèges et hypothèques*, A. Pédone 1899.
- Huc (T.)**, *Traité théorique et pratique de la cession et transmission des créances*, F. Pichon, 1891.
- Jacquemin (A.) et Schrans (G.)**, *Le droit économique*, PUF, Paris, 1970.
- Jestaz (P.)**, *Le droit*, Dalloz, collection « connaissance du droit », 10^{ème} éd., 2018.
- Josserand (L.)**, *Cours de droit positif*, T.II., *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3^{ème} éd., 1939
- Jouanneau (V.) et Solon (V.-H.)**, *Discussions du Code civil dans le Conseil d'Etat*, T.II, éd. Demonville, 18025, p.652.
- Julien (J.)**, *Droit de la consommation*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., Lextenso, 2017.

- Julienne (M.)**, *Le régime général des obligations après la réforme*, 2017, L.G.D.J.
- Kassoul (H.) et Gantschnig (D.) (ss. dir.)**, *L’offre de réforme des contrats spéciaux*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2021.
- Kelsen (H.)**, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962.
- Lambert-Faivre (Y.) et Leveneur (L.)**, *Droit des assurances*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2011.
- Laurent (F.)**, *Principe de droit civil français*, T.XVIII.
- Larroumet (C.) et Bros (S.)**,
- *Droit civil, les obligations, le contrat*, Economica, T.III, 8^{ème} éd., 2016.
 - *Droit civil, les obligations, le contrat*, Economica, T.III, 9^{ème} éd., 2018.
- Malaurie (P.) et Aynès (L.)**,
- *Sûretés. Publicité foncière*, éd. Cujas, 10^{ème} éd., 2000.
 - *Droit des obligations*, éd. Cujas, 1997.
- Marcadé (V.)**, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l’analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, T.IV, 5^{ème} éd., 1859.
- Marty (G.), Raynaud (P.), Jestaz (P.)**,
- *Droit civil, les obligations*, T.I, Sirey, 2^{ème} éd., 1988.
 - *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2^{ème} éd., 1987.
- Mazeaud H., L. et Chabas (F.)**,
- *Leçon de droit civil, Obligations, théorie générale*, T.II, vol.1, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998.
 - *Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière* : Montchrestien, 6^{ème} éd., 1988.
 - *Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière* : Montchrestien, 7^{ème} éd., 1999, par Y. Picod.
- Mercadal (B.)**, *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016.
- Mercadal (B.) et Janin (P.)**, *Les accords de coopération interentreprises*, Paris, 1974.
- Mestre (J.), Putman (E.) et Billiau (M.)**,
- *Droit spécial des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996.
 - *Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996.
- Mestre (J.), Putman (E.) et Vidal (D.) (ss. dir.)**, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995.
- Mousseron (J.-M.) (ss. dir.)**, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 2010.
- Mousseron (J.-M.), Burst (J.-J.), Chollet (N.), Lavabre (C.), Leloup (J.-M.), Seube (A.)**, *Droit de la distribution*, Librairies techniques, 1974.
- Ost (F.) et Van de Kerchove (M.)**, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Saint Louis, Faculté Universitaire.
- Pellier (J.-D.)**, *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., 2021.
- Picod (Y.)**,
- *Droit des sûretés*, coll. Thémis, PUF, 3^{ème} éd., 2016.
 - *Droit de la consommation*, 4^{ème} éd., Sirey, 2018.
- Piedelièvre (S.)**, *Droit des sûretés*, 2^{ème} éd., 2015, Ellipses.
- Planiol (M.), Ripert (G.)**,
- *Traité pratique de droit civil français*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1953, T.XIII.

- *Traité pratique de droit civil français*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1954, T.XI.
- Pontier (J.-M.), (ss. dir.)**, *Les principes et le droit*, PUAM, 2007.
- Porchy-Simon (S)**, *Droit civil* 2^{ème} année, Les obligations, 14^{ème} éd., 2022, Dalloz.
- Portalis (J.-E.-M.)**, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Extrait de ce discours, présenté le 1^{er} pluviôse an IX.
- Pothier (R.-J.)**, *Traité des obligations*, réédition Dalloz, 2011, préf. de J-L Halpérin.
- Poulpiquet (J.), Brun (P.), Crône (R.), Pierre (P.)**, *Responsabilité des notaires 2009-2020*, Dalloz Référence, 3^{ème} éd., 2018.
- Raymond (G.)**, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2019.
- Ripert (G.)**,
- *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949.
 - *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 2014.
- Ripert (G.) et Boulanger (J.)**,
- *Traité élémentaire de droit civil*, T.II, 4^{ème} éd., 1952.
 - *Traité de droit civil, d’après le traité de Planiol*, T.III, Sûretés réelles, publicité foncière, contrats civils, principaux contrats, Paris, L.G.D.J., 1958.
- Recueil de la société Jean Bodin**, *Les sûretés personnelles*, T.XXX.
- Rochfeld (J.)**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., 2013.
- Roland (H.), Boyer (L.)**, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999.
- Roubier (P.)**, *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005, 334 p.
- Rouchette (G.), De Lamberterie (I.), Tallon (D.) et Witz (C.)**, *Principes du droit européen des contrats*, SLC, vol.2, 2003.
- Schmidt (J.)**, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1992.
- Seube (J.-B.)**, *Droit des sûretés*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2020.
- Simler (P.)**,
- *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 1991.
 - *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2008.
 - *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015.
- Simler (P.) et Delecque (P.)**, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière* : Dalloz, 7^{ème} éd., 2016.
- Starck (B.)**, *Obligations*, 3^{ème} éd., 1989.
- Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.)**, *Droit civil – Les obligations*, Litec, 6^{ème} éd., 1998.
- Strickler (Y.)**, *Droit des biens*, L.G.D.J., 2017.
- Tafforeau (P.)**, *Droit des sûretés*, coll. Paradigme, 2020.
- Tallon (D.) (ss. dir.)**, *La détermination du prix dans les contrats*, Etude de droit comparé, Paris, 1989.
- Terré (F.)**, *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd., 2000.
- Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.)**, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018.

- Terré (F.) et Simler (P.)**, *Droit civil. Les biens*, 10^{ème} éd., 2018, Dalloz.
- Toullier (C. B. M.)**, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T.VI, n°222, p.233.
- Théry (P.)**, *Sûreté et publicité foncière*, Paris, PUF, 1998.
- Thibierge (C.) (ss. dir.)**, *La densification normative, découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013.
- Treilhard (J.-B.)**, *Présentation au corps législatif du titre V du livre III du projet de Code civil*, le 3 fév. 1804, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, 1836.
- Viney (G.) (dir.)**, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruyant-L.G.D.J., 2001, p.589.
- Weill (A.) et Terré (F.)**, *Droit civil, les obligations*, 3^{ème} éd.
- Wicker (G.) (ss. dir. de)**, *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, S.L.C. 2008.

III. Thèses

- Albiges (C.)**, *De l'équité en droit privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.
- Ancel (M.-E.)**, *La prestation caractéristique du contrat*, L.G.D.J., Economica, 2002.
- Ancel (P.)**, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, th. Dijon 1981.
- Andreu (L.)**, *Du changement de débiteur*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.92.
- Ansault (J.-J.)**, *Le cautionnement réel*, Doctorat et Notariat, 2009.
- Arbellot (F.)**, *Les relations entre les sûretés personnelles et le rapport de base en droit français*, th. Poitiers, 1997.
- Attard (J.)**, *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique*, th. Aix-Marseille, 1999, ss. dir. P. Delebecque.
- Aynès (A.)**, *Le droit de rétention – Unité ou pluralité*, th., Economica, 2005.
- Bacache-Gibeili (M.)**, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCLXVIII, 1996.
- Balat (N.)**, *Essai sur le droit commun*, th. Paris, 2014.
- Bastian (D.)**, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929.
- Bibalou Moussodji (M.-A.)**, *Recherche théorique sur l'efficacité des sûretés réelles*, th. Nancy, 2019.
- Bicheron (F.)**, *La dation en paiement*, th. Paris II, 2006.
- Blanc-Jouvain (G.)**, *L'après-contrat*, thèse Paris II, 2002.
- Blum (A.)**, *De la restitutio in integrum*, th. Nancy, 1877.
- Bonjean (J.)**, *De la restitutio in integrum accordée aux mineurs de 25 ans en droit romain ; Des actions en nullité ou rescision des actes intéressant les mineurs en droit français*, th. Paris, 1883.
- Borga (N.)**, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, nouv. bibl. des thèses, vol.82, 2009.
- Bourassin (M.)**, *L'efficacité des garanties personnelles*, Bibl. dr. privé, T.CDLVI, 2006.

- Bourgeon (P.)**, *De la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français*, th. Dijon, 1885.
- Bousiges (A.)**, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, th. Poitiers, 1982.
- Boyer (L.)**, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Toulouse, 1947.
- Bros (S.)**, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001.
- Buffelan-Lanore (Y.)**, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, T.XVIII, 1963, L.G.D.J.
- Cassin (C.)**, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses rapports avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, 1914, Sirey.
- Catala (N.)**, *La nature juridique du paiement*, th. 1960, L.G.D.J., 1961.
- Cermolacce (A.)**, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 2001.
- Chaaban (V.R.)**, *La caducité des actes juridiques. Etudes de droit civil*, th. Paris II, préf. Lequette (Y.), L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CDXLV, 2006.
- Charbonnel (V.L.)**, *La hiérarchie des normes conventionnelles*, coll. th. institut universitaire Varenne, 2012.
- Charvet (L.)**, *Evolution de la restitution des majeurs en droit privé romain*, th. Strasbourg, 1920.
- Condomine (P.)**, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, th. Lyon, 1912.
- Cottet (M.)**, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, n°544, 2013.
- Crocq (P.)**, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibl. dr. privé, T.CCXLVIII, L.G.D.J., 1995.
- De Moy (J.-M.)**, *L'exception en droit privé*, th. Aix-Marseille, 2011.
- Deprez (J.)**, *Etude sur la rétroactivité dans les actes juridiques* ; th. Rennes, 1953.
- Dimitresco (G.)**, *De la condition résolutoire dans les contrats*, th. Université de Paris, 1906, p.62.
- Dodou (B.)**, *Le report des garanties accessoires sur l'obligation de restitution en cas d'anéantissement du contrat principal : étude des droits privés français et de l'OHADA*, th. Strasbourg, 2018.
- Dupichot (P.)**, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, th., 2005.
- Etiennay (A.)**, *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. dr. privé, T.CDLXXV.
- Fabre-Magnan (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, Anthologie du droit, L.G.D.J., 2015.
- Gallet (A.)**, *Etude de la fiction de rétroactivité dans le droit français*, th. Poitiers, 1903.
- Gambier (M.)**, *Du cautionnement dans le très ancien droit romain et le très ancien droit français*, th. Caen 1896.
- Garnier (M.)**, *Le prêt à usage*, th. Nancy II, 2002.
- Garron (F.)**, *La caducité du contrat (Etude de droit privé)*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre, p.292.

- Gatsi (J.)**, *Le contrat-cadre*, préf. M. Behar-Touchais, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCLXXIII, 1996.
- Geisenberger (B.)**, *L’aval des effets de commerce*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.
- Génicon (T.)**, *La résolution du contrat pour inexécution*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 2007.
- Ghozi (A.)**, *La modification de l’obligation par la volonté des parties*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.XXXIII, 1980.
- Gijsbers (C.)**, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016.
- Goldie-Génicon (C.)**, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 2009.
- Goubeaux (G.)**, *Règle de l’accessoire en droit privé*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.XCIII, 1969, préf. D. Tallon.
- Gout (O.)**, *Le juge et l’annulation du contrat*, préf. Ancel (P.), Aix-en-Provence, PUAM, 1999.
- Grandmoulin (J.)**, *De l’unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, th. Rennes, 1892.
- Grignon-Dérenne (F.-X.)**, *Contribution à l’étude des accessoires de la créance*, th. Paris II, 1999.
- Grimaud (D.)**, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001.
- Grimonprez (B.)**, *De l’exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers, L.G.D.J., 2006.
- Grosser (P.)**, *Les remèdes à l’inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris, 2000.
- Guelfucci-Thibierge (C.)**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th., L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 1992.
- Guiraudet (P.)**, *Essai sur la maxime Nemo auditur...*, th. 1913.
- Habbassi-Mebarkia (S.)**, *La protection de la caution*, th. Valenciennes, 2016.
- Houin (B.)**, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris, 1973.
- Houin-Bressand (C.)**, *Les contre-garanties*, nouv. bibl. des thèses, 2006.
- Houtcieff (D.)**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th. Paris XI, 2001.
- Jacob (F.)**, *Le constitut*, th. Strasbourg, 1995.
- Jacques (P.)**, *Regards sur l’article 1135 du Code civil*, th. Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.46, 2005.
- Jafferali (R.)**, *La rétroactivité dans le contrat*, 2014, Bruylant.
- Jamin (C.)**, *La notion d’action directe*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCXV, 1991.
- Janville (T.)**, *La qualification juridique des faits*, PUAM, 2002.
- Jean-Baptiste (W.)**, *L’espérance légitime*, Institut universitaire de Varenne, th. 2011.
- Japiot (R.)**, *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, th. Dijon, Rousseau (A.), Paris, 1909.
- Laithier (Y.-M.)**, *Etude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, préf. Muir Watt (H.), Paris, éd. L.G.D.J., 2004.
- La Pradelle (G.)**, *Les conflits de lois en matière de nullités*, th. Paris, 1965, L.G.D.J. 1967.
- Laroche (M.)**, *Revendication et propriété : du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. P. Théry, coll. Doctorat et notariat, Defrénois, 2007.

- Latina (M.)**, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, Bibl. dr. privé, T.DV, 2009.
- Lebeau (M.)**, *De l'interprétation stricte des lois – Essai de méthodologie*, th. Paris II, 2007.
- Le Calvez (J.)**, *Evolution et rôle des clauses d'exclusivité. Les aspects juridiques des conventions de concession exclusive*, th. Paris, 1979.
- Ledain Santiago (R.)**, *La circulation du cautionnement, contribution à l'étude du transfert à titre particulier et de la transmission à titre universel du contrat de cautionnement*, Promoculture, Larcier, 2014.
- Le Gallou (C.)**, *La notion d'indemnité en droit privé*, Bibl. dr. privé, T.CDLXXXVI, 2007.
- Le Gueut (T.)**, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, T.DLXXII, L.G.D.J., 2016.
- Le Tourneau (P.)**, *La règle Nemo auditur...*, th. L.G.D.J., 1970.
- Leroyer (A-M.)**, *Les fictions juridiques*, th. Paris I, 1995.
- Leveneur (L.)**, *Situations de fait et droit privé*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CCXII, 1990.
- Libchaber (R.)**, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- Louis-Lucas (P.)**, *Volonté, cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, th. Dijon, 1913.
- Lutzesco (G.)**, *Essai sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial*, th. Paris, 1938.
- Maitre-Arnaud (E.)**, *La rétroactivité dans le contrat*, th. Université Panthéon-Assas (Paris II), Lille.
- Malaurie-Vignal (M.)**, *Les restitutions en droit civil*, th. Cujas, 1991.
- Marmayou (J.-M.)**, *La pluralité contractuelle entre les mêmes parties : méthode de distinction*, th. Aix-Marseille, 2001.
- Maubru (B.)**, *La transmissibilité de l'hypothèque*, th. Toulouse, 1979.
- Mazeaud (V.)**, *L'obligation de couverture*, Bibl. Institut A. TUNC, T.XXVII, IRJS éd., 2010, préf. P. Jourdain.
- Mercoli (S.)**, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-en-Provence, th. PUAM, 2001.
- Merle (R.)**, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, th. Toulouse, Rousseau & Cie, 1948.
- Mestre (J.)**, *La subrogation personnelle*, th. Aix-Marseille, 1976.
- Michel (C.-A.)**, *La concurrence entre les sûretés*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.DLXXX, 2018.
- Mignot (M.)**, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol.17.
- Mouly (C.)**, *Les causes d'extinction du cautionnement*, th. Litec, 1979, préf. M. Cabrillac.
- Mouly-Guillemaud (C.)**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, Bibl. dr. privé, L.G.D.J., T.CDLX.
- Néret (J.)**, *Le sous contrat*, th. L.G.D.J., Bibl. dr. privé, T.CLXIII, 1979.
- Netter (E.)**, *Les garanties indemnitaires*, th. Strasbourg, 2010.
- Nicolas (V.)**, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préf. J. Héron, L.G.D.J., 1996.
- Oury-Brulé (M.)**, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, Bibl. dr. privé, T.CCCLXXII, L.G.D.J., 2002.

- Overstacke (J.-F.)**, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de La Gressaye, Litec, Bibl. dr. privé, T.XCI, 1969.
- Pancrazi-Tian (M.E.)**, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996.
- Pellé (S.)**, *La notion d'interdépendance contractuelle contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol. 64.
- Pelletier (C.)**, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'harmattan, th. Paris XII, 2004, n°308.
- 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*, Bibl. dr. privé, T.DXXXIX, L.G.D.J., 2012.
- Pérès (C.)**, *La règle supplétive*, Bibl. dr. privé, T.CDXXI, L.G.D.J., 2004.
- Perrin (M.)**, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, th. Paris, 1931.
- Perrot (R.)**, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. Le Balle, Sirey, 1953.
- Perrouin (J.)**, *La hiérarchie des conventions en droit privé*, Th. Toulouse, 2000.
- Pillebout (J.-F.)**, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, préf. Raynaud, L.G.D.J., 1971.
- Pize (J.)**, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, th. Lyon 1897.
- Poulet (Y.)**, *L'abstraction de la garantie bancaire automatique : étude de droit civil comparé*, th. Louvain, 1982.
- Putman (E.)**, *La formation des créances*, th. dactyl. Aix-Marseille III, 1987.
- Ravel d'Esclapon (T.)**, *Le droit commun des sûretés : contribution à l'élaboration de principes directeurs en droit des sûretés*, th. Strasbourg, ss. dir. F. Jacob, 2015.
- Richet (A.-C.)**, *L'après-contrat*, th. Toulouse, 2021.
- Rigalle-Dumetz (C.)**, *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, nouv. bibl. des thèses, vol. 30, 2003.
- Rochfeld (J.)**, *Cause et type de contrat*, Bibl. dr. privé, T.CCCXI, 1999.
- Rouhette (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965.
- Roujou de Boubée (M.F.)**, *Essai sur la notion de réparation*, Toulouse I, 1973, Paris, L.G.D.J., 1974, 493p.
- Rouland (M.)**, *La qualité de la créance*, th. Paris X, ss. dir. V. Brémond, 2007.
- Saintelette (C.)**, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*, Bruyland-Christophe et Chevalier Marescq, 1884.
- Savey-Casard (P.)**, *Le refus d'action pour cause d'indignité, étude de la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, th. Paris, L.G.D.J., 1930.
- Séjean (M.)**, *La bilatéralisation du cautionnement – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, Bibl. dr. privé, T.DXXIII, L.G.D.J., 2011, préf. D. Houtcieff.
- Seube (A.)**, *Le contrat de fourniture*, th. Montpellier.
- Seube (J.-B.)**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. Cabrillac (M.), Paris, Litec, 1999.
- Sigalas (P.)**, *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, th. Aix-en-Provence, 1959.
- Terré (F.)**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 1957, T.II, préf. R. Le Bale.

- Teyssié (B.)**, *Les groupes de contrats*, préf. J.-M Mousseron, L.G.D.J., 1975.
- Vasquez (J.G.)**, *La vengeance comme prototype légal dans l’Illiade d’Homère*, th. de doctorat, Université du Rosaire, Colombie, publiée en 2011.
- Verdier (J.-M.)**, *Les droits éventuels : contribution à l’étude de la formation successive des droits*, th. Paris, 1955.
- Vouin (R.)**, *La bonne foi, notion et rôle actuels en Droit Privé Français*, Bordeaux, 1939.
- Westendorf (H.)**, *Le transfert de sûretés*, th. Paris, L.G.D.J.
- Wicker (G.)**, *Les fictions juridiques contribution à l’analyse de l’acte juridique*, L.G.D.J., Bibli. dr. privé, T.CCLIII, 1997.
- Woodland (P.)**, *Le procédé de fiction dans la pensée juridique*, th. Paris II, 1981.

IV. Mémoires

- Bejerimi (A.)**, *L’équité dans la tradition juridique musulmane, la tradition juridique civiliste et la tradition juridique de common law : étude comparée*, Mémoire Master II Recherche Droit Européen Comparé, Université Paris II, année universitaire 2015/2016, ss. dir. Monsieur le professeur L. Vogel.
- Borga (N.)**, *La qualification de garantie autonome*, Mémoire D.E.A Droit privé Fondamental Université Jean Moulin Lyon, année universitaire 2000/2001, ss. dir. Madame le professeur S. Porchy-Simon.
- Com (V.D.)**, *L’étendue du cautionnement*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre.
- Dardenne (A.)**, *L’ordonnance du 10 février 2016 et ses impacts en droit des sûretés*, Mémoire Master II Droit des Affaires, Paris II, 2017.
- Durand-Jamis (B.)**, *La distinction entre précédent et analogie chez Frederick Schauer*, Mémoire Master II, Nanterre, 2014-2015.
- Labro (G.)**, *La question du transfert de propriété en droit français et en droit allemand sous l’angle de l’obligation de donner*, Mémoire Master II Droit européen comparé, Paris II, 2011.

V. Etudes, projets de réformes, rapports et débats parlementaires

- Association Henri Capitant**, *Les droits de traditions civiliste en question. A propos des rapports Doing business de la Banque mondiale*, Société de législation comparée, vol. 1, 2006, 140 p. Consultable en ligne : www.henricapitant.org/.
- Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, remis au Garde des Sceaux en 2005 et consultable sur le site du Ministère de la Justice. Consulté le 12/10/2021 : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
- Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* par l’association Henri Capitant. Consultable en ligne : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/contrats-spe-def-2020.pdf>
- Avant-projet de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens* par l’association Henri Capitant. Consultable en ligne : <http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/Avant-projet de reforme du droit des biens 19 11 08.pdf>

Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par J.-J. Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016. Consultable en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Consultable en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539>.

Rapport remis au Président de la République sur l'ordonnance du 15 septembre 2021. Consultable en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044044504>

Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique. Consultable en ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_FR.html

Résolution du Parlement européen du 12 février 2019 européen sur une politique européenne globale sur l'intelligence artificielle et la robotique. Consultable en ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_FR.html.

VI. Fascicules et encyclopédies

Andreu (L.), « Cession de dette, cession de contrat », *J.-Cl. Civ. Code*, art. 1689 à 1695, fasc. 40, 2014.

Atias (C.) et Kaigl (P.), « Action en revendication immobilière », *J.-Cl. Civil*, art. 711 et 712, fasc. 20.

Aubert (J.-L.) et Goldie-Génicon (C.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Novation », juin 2017.

Aubert de Vincelle (C.) et Noblot (C.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Bail », sept. 2018.

Bacache (M.) et Waltz-Téracol (B.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Indivisibilité », juil. 2018 (actualisation : juin 2021).

Bonnet (V.), « Sûretés personnelles et réelles », *J.-Cl Droit international*, fasc. 555, 12 juin 2020.

Boucard (H.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Responsabilité civile », mars 2014 (actualisation : août 2017).

Brun (P.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Responsabilité du fait personnel », mai 2015.

Chantepie (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Le contrat », janv. 2018 (actualisation fév. 2020).

De Quenaudon (R.), « Dépôt -Obligation du dépositaire. -Obligation de restitution », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 2018 (actualisation : sept. 2021).

Dissaux (N.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Contrat : formation – Sanctions des conditions », avr. 2017 (actualisation : mars 2021).

Djoudi (J.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Revendication », juil. 2017 (actualisation : déc. 2021).

Forti (V.), « Régime général des obligations – Restitutions », *J.-Cl. Notarial*, fasc. unique, 2018 (actualisation : 9 sept. 2021).

Fournier (A.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Hypothèque conventionnelle », avr. 2007 (actualisation janv. 2015).

Gavalda (C.), *Rép. int.*, Dalloz, v° « Etablissement de crédit et banque », 1998.

Gibirila (D.), *Rép. Com.*, Dalloz, v° « L'aval », juil. 2018.

Gréau (F.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Actions directes », oct. 2019.

Grua (F.),

- « Prêt ; distinction entre le prêt à usage et le prêt de consommation », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 21 déc. 2015 (actualisation 25 mars 2020).
- « Nature de la monnaie », *J.-Cl. Civil*, art. 1235-1270, fasc. 14.

Hage-Chachine (N.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Résolution – Résiliation », fév. 2021.

Hamelin (J.-F.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Dation en paiement », avr. 2016.

Juillet (C.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Hypothèque conventionnelle », fév. 2021, n°32.

Koering (C.) et Rontchevsky (N.), « Lettre de confort (ou d'intention) », in *Lamy droit des sûretés*, fasc.145, mars 2009.

Lasserre (V.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Loi et règlement – Naissance des lois et des règlements », juil. 2015.

Latina (M.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Contrat : généralités – classifications des contrats », mai 2017 (actualisation : nov. 2021).

Legeais (D.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Sûretés », janv. 2016 (actualisation : mars 2019).

Le Tourneau (P.),

- « Exception d'indignité – Règles « Nemo auditor » et « In pari causa » », *J.-Cl. Civil*, app. Art. 1131 à 1333, 2007.
- *Rép. com.*, Dalloz, v° « Dépôt », avr. 2018 (actualisation : oct. 2020).

Marmayou (J.-M.),

- « Privilèges. – Droit de rétention, notion et domaine d'application », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 10, 12 nov. 2013.
- « Privilèges. – Droit de rétention, régime », *J.-Cl. Notarial*, fasc. 20, 9 déc. 2013.

Mathey (N.), « Hypothèques conventionnelles – Transmission et cession », *J.-Cl. civ.*, fasc. unique, 29 oct. 2015.

Pelichet (M.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Garanties indépendantes », déc. 1998, (actualisation : mars 2009).

Pellier (J.-D.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Privilèges généraux », juil. 2020.

Petit (B.) et Rouxel (S.), « Classification des contrats », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 15 nov. 2016 (actualisation 31 août 2019).

Picod (Y.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Nullité », mars 2013 (actualisation : fév. 2019).

Piédelièvre (S.),

- *Rép. com.*, Dalloz, v° « Crédit à la consommation », 2018 (actualisation : mai 2020).
- *Rép. com.*, Dalloz, v° « Garantie à première demande », mars 2021

Piette (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Cautionnement », juin 2016.

Pignarre (G.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Prêt », janv. 2016 (actualisation sept. 2020).

Ponsard (A.) et Blondel (P.), *Rép. int.*, Dalloz, v° « Nullité », 1975.

Raymond (G.), « Crédit à la consommation – Régime du Code de la consommation », *J.-Cl. Banc.*, fasc. 719, 2018 (actualisation : avr. 2020).

Rochfeld (J.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Cause », sept. 2012 (actualisation : juin 2021).

Sana-Chaille de Nere (S.), « Contrat. – Nullité du contrat. – Effets de la nullité », *J.-Cl. Civil*, art.1304-1314, fasc.50, 18 juin 2018 (actualisation : 27 oct. 2021).

Savaux (E.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Subrogation personnelle », juin 2017 (actualisation : déc. 2019).

Schütz (R.-N.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Crédit-bail », oct. 2015 (actualisation : fév. 2019).

Simler (P.),

- « Cautionnement : Conditions de validité – conditions propres au cautionnement », *J.-Cl. Notarial*, fasc.25, 2013 (mise à jour : 2 juin 2015).
- « Synthèse – Opérations sur obligations (novation et délégation) », *J.-Cl. Civil*, fasc.10, 5 déc. 2016.
- « Garanties autonomes et lettres d'intention », *J.-Cl. Banc.*, fasc. 743, 15 nov. 2015 (actualisation : 28 fév. 2019).
- « Cautionnement - définition, critère distinctif et caractères », *J.-Cl. Civil*, fasc. 10, 1er oct. 2019.
- « Cautionnement – extinction par voie accessoire », *J.-Cl. Civil*, fasc. 60, 15 déc. 2019 (actualisation : 24 nov. 2021).
- « Cautionnement – Etendue », *J.-Cl. Civil*, fasc. 30, 1^{er} déc. 2019.
- « Lettes d'intention », *J.-Cl. Civil*, art. 2322, fasc. unique, 20 janv. 2022.

Strickler (Y.), « Autres sources d'obligations – Paiement indu », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 27 août 2018.

Toledo-Wolfsohn (A.-M.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Compensation », avr. 2017 (actualisation : mai 2018).

Veaux (D.), « Nullité ou rescision des conventions, les effets de la nullité », *J.-Cl. Civil*, art. 1304 à 1314 du Code civil, fasc.4, fasc.131 et 132.

Voinot (D.) et Ghandour (B.), *Rép. com.*, Dalloz, v° « Réserve de propriété », janv. 2021.

Waltz-Téracol (B.) et Bacache (M.), *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Indivisibilité – Obligation à prestation indivisible », juill. 2018.

VII. Articles de doctrine

Albiges (C.), « L'inexécution du contrat », *La régormé du droit des contrats : actes de colloque, 1^{ère} journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier*, Université de Montpellier, 2015, p.181.

Amrani-Mekki (S.), « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois 2002*, p.355.

Ancel (N.), « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *R.D.C. 2016/2*, p.408.

Ancel (P.),

- « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudées », *J.C.P. E. 1989*, suppl. n°5.
- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. civ. 1999*, p.771.
- « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *R.D.C. 2008*, p.35.

Andreu (L.), « L'hypothèque rechargeable ressuscitée », *J.C.P. G. 2015*, p.78.

Antippas (J.), « Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats » *A.J.D.A. 2016*, p.1620.

Arbellot (F.), « L'exercice de l'action en garantie des vices cachés par le crédit-preneur », *L.P.A. 1998*, p.4.

Arhab (F.), « Les conséquences de la nullité ou de la résolution d'un contrat au sein d'un groupe de contrats », *R.R.J.* 1999, p.167.

Aubert de Vincelles (C.), « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *R.D.C.* 2007, n° 3, p.983.

Auque (F.), « Quelques remarques sur la location dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *D.*2018, p.423.

Avena-Robardet (V.), « Notion de restitution en cas d'exécution d'une décision cassée », *D. actu.*, 24 mars 2011.

Aynès (L.),

- « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.*1993, chr. p.25.
- « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », *Liber Amicorum Christian Larroumet*, *Économica*, 2009, p.1.

Ballot-Beaupré (A.), « Discours de M. Ballot-Beaupré-premier président de la Cour de cassation », *Le centenaire du Code civil – 1804-1904*, Imprimerie Nationale, Paris, 1904 (donné dans l'amphithéâtre de la Sorbonne le 29 oct. 1904).

Barbier (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *R.T.D. civ.* 2016, p.247.

Barbieri (J.-J.), « La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusifs », *R.J. com.* 1983, p.329.

Bassano (M.), « Sur la fiction. En guise d'accroche », in *Les artifices du droit : les fictions*, p. 17.

Becque (P.) et Vialla (F.), « Pour qui sonne le glas ? A propos de la nullité pour indétermination du prix », *Rev.huiss.* 1996, p.794.

Behar-Touchais (M.), « La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application », *J.C.P.* 1994, I, n°3800.

Belot (J.), « La détermination judiciaire du prix dans les contrats », *R.R.J.* 1982, p.351.

Bénabent (A.), « La « digestion » de la réforme (entrée en vigueur) », *R.D.C.* 2016, p.608.

Bensamoun (A.) et Loiseau (G.), « L'intelligence artificielle : faut-il légiférer ? », *D.*2017, p.581.

Bergel (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *R.T.D. civ.* 1984, p.255.

Berlioz (P.), « Article 1338 : la cession de dette », *R.D.C.* 2015, p.803.

Bermond de Vaulx (V.), « Les problèmes juridiques posés par l'expiration de contrats de concession exclusive », *J.C.P. E.* 1984, 14246.

Bernard (A.), « La confusion des ordres », *D.*1997, chr. p.274.

Bey (E.-M.), « Du transfert de la garantie du vendeur au locataire dans le contrat de crédit-bail ou réflexions sur l'arrêt de la Cour d'Agen du 15 janvier 1969 », *R.J. com.* 1973, p.28.

Blanc (N.), « Les restitutions », *Gaz. Pal.* 2015, n°155.

Blandin (Y.), « De la réforme des sûretés après adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi Pacte », *D. actu.*, 24 oct. 2018.

Boillot (C.), « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *R.T.D. com.* 2010, p.243.

- Bondon (M.-S.), Dagory (A.) et Pauls (A.),** « La notion d'attente légitime des parties », *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1^{ère} Journée Cambacérès, 3 juil. 2015, Montpellier*, Université de Montpellier, 2015, p. 265.
- Boronad-Lesoin (E.),** « La survie de la personne morale dissoute », *R.T.D. com. 2003*, p.1.
- Boucard (H.),** « Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle (rapport français) », *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, ss. dir. R. Schulze et alii, S.L.C., 2015, p.153
- Bouix (C.),** « La référence aux précédents externes à l'ordre de juridictions », p.70, in Deumier (P.), *Le Raisonnement Juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, Méthodes du Droit, 2013.
- Bourassin (M.),** « Vers un droit commun des sûretés ? », *D.2006*, pan., p.1386.
- Bouteiller (P.),** « La faute du banquier et les moyens de défense de la caution poursuivie », *J.C.P. E. 2008*, p.1495.
- Briatte (A.-X.),** « Circulation des créances et pratique notariale de la mention en marge », *RD. banc. fin. 2014*, Etude 22.
- Brière (C.),** « La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit », *R.C.A. 2004*, étude 17.
- Brière de l'Isle (G.),** « De la notion de contrat successif », *D.1957*, chr.25, p.153.
- Brochier (M.),** « Les nouveaux rôles du juge dans l'inexécution du contrat », *Dr. et patr.*, n°259, juin 2016, p.153.
- Bros (S.),**
- « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.2009*, p.960.
 - « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.2016*, p.29.
- Brousseau (E.),** « Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ? », in *Concurrence et régulation des marchés, cahiers français, Doc. fr. 2003*, p. 64.
- Burst (J.-J.),** « La nullité des ventes à crédit pour dépassement du crédit autorisé », *D.1970*, chr.68.
- Cabrillac (M.),**
- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges G. Marty*, Toulouse, 1978, p.235.
 - « Les accessoires de la créance », *Etudes dédiées à A. Weill 1983*, p.107.
- Cabrillac (M.) et Teyssié (B.),** « Crédit. Sûretés », *R.T.D. com. 1994*, p.329.
- Cadiet (L.),** « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats, travaux de recherches de la Faculté de sciences juridiques de Rennes*, Economica, 1987, n°1, p.7.
- Caire (A.-B.),** « Les fictions en droit », in *Les artifices du droit : les fictions*, p.136.
- Calais-Auloy (M.-Th.),** « Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le « prêt lié » », *J.C.P. 1984*. I.3144.
- Canivet (G.),** « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in *De l'injustice au juste*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1997, p.101.
- Carbonnier (D.),** « Le crédit-bail : du bail au crédit », *Deffrénois 1991*, art.35102, p.1025.
- Cassin (R.),** « La résolution judiciaire pour inexécution », *Journée de droit civil de Mons de l'Association Henri Capitant*, p.82.

- Catala (N.),** « De la nature juridique du droit de rétention », *R.T.D. civ.* 1967, p.10.
- Cattalano (G.),** « Les obligations communes aux contrats de restitution – le mythe aux prises de la réalité », in *l'offre de réforme des contrats spéciaux*, p.58.
- Cerles (A.),** « L'hypothèque rechargeable », *R.L.D.A mars 2007*, p.100.
- Cerles (A.) et Séjean (M.),** « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », *Etudes offertes au Doyen P. Simler*, Dalloz-Litec, 2007, p.273.
- Chazal (J.-P.),**
- « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *R.I.E.J.* 2001, vol. 46, p.39.
 - « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », in Dross (W.) (ss. dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, *Mare et Martin 2014*, p.227.
- Chénéde (F.),**
- « La cause est morte... vive la cause ? », *C.C.C. 2016*, dossier 4.
 - « Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives », *Dalloz 2016*.
- Chevallier (J.),**
- « L'ordre juridique », *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p.7.
 - « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, in *Revue de droit public*, 1998 p.29.
- Chiariny (A.-C.),** « Conséquences de l'annulation du brevet sur le contrat de licence : de la difficile mise en œuvre d'un principe désormais établi », *J.C.P. E.* 2020, p.1569.
- Cholet (D.),** « La novation de contrat », *R.T.D. civ.* 2006, p.467.
- Cohet-Cordey (F.),**
- « Nullité et restitutions », *A.J.D.I.* 2005, p.331.
 - « L'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés », *A.J.D.I.* 2021, p.813.
- Crocq (P.),**
- « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *R.L.D.C. oct. 2005*, p.27.
 - « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges Ph. Malaurie*, éd. Defrénois 2005, p.173.
 - « Droit des sûretés », *D.2018*, p.1884.
- Cros (M.-L.),** « Les contrats à exécution échelonnée », *D.1989*, p.49.
- Cumyn (M.) et Gosselin (F.),** « Les catégories, la classification et la qualification juridique : réflexions sur la systématité du droit », *Cah. dr. l'entr.*, vol. 52, p.351.
- Dagot (M.),**
- « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *J.C.P. N* 1999, p.381.
 - « La notion de privilège », *Mélanges Mouly*, T.II, 1998, Litec, p.335.
- Danet (J.) et Lorvellec (L.),** « Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6 juillet 1964 », *D.1982*, chr.211.
- Danos (F.),** « La notion d'exception inhérente à la dette », *D.2017*, p.1319.

Dargent (L.), « Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *D.2008*, p.1815.

Debruyne (F.), « Table ronde présidée par M. P. Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, ss. dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p.138.

Deffains (B.), « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *L.P.A. 2005*, p.6.

Delebecque (P.), « La notion de groupe de contrats : quels critères ? », *Cah. dr. l'entr.*, 1989/4, p.25.

Delpech (X.), « Vers un droit des robots », *AJ. contrat 2017*, p.148.

Delvaux (P.-H.), « Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, étude de droit comparé*, ss. dir. de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant et L.G.D.J., 2001, p.674.

Demogue (R.),

- « Valeur et base de la notion de rétroactivité », *Mélanges Del Vecchio, Modène*, 1930, T.I, p.163.
- « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *R.T.D. civ. 1905*, p.723.

Dissaux (N.), « Les mystères du contrat cadre », *AJ. contrat 2017*, p.104.

Donnier (M.), « Réflexion sur l'hypothèque judiciaire conservatoire », *D.1961*, chr.79.

Dubout (E.), « La primauté du droit de l'Union européenne et le passage au pluralisme constitutionnel », *R.T.D.E. 2018*, n°3, p.563.

Dupeyroux (O.), « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury*, T.II, Dalloz-Sirey, 1960, p.347.

Dupichot (P.),

- « L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles », *Fondation pour le droit continentale*, p.1.
- « La réforme du cautionnement, entre rénovation et réanimation », *D.2022*, p.231.

Dross (W.), « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *R.T.D. civ. 2014*, p.1.

Encinas de Munagorri (R.), « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », *R.T.D. civ. 2006*, p.505.

Esmein (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *R.T.D. civ. 1933*, p.627.

Fabre-Magnan (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *R.T.D. civ. 1995*, p.85.

Ferrier (D.),

- « Indétermination du prix et annulation du contrat d'approvisionnement exclusif », *Cah. dr. l'entr. 1982*, p.12.
- « La détermination par le juge du contenu du contrat », *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1^{ère} journée Cambacérès*, 3 juil. 2015, Université de Montpellier, 2015, p.109.

Fontaine (M.),

- « Les contrats de contre-achat », *D.P.C.I. 1982*, p.161.

- « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble », *Revue droit uniforme* 2008, p.203.
- « Le rayonnement international du droit français des contrats, le cas particulier de l'OHADA », *D.2016*, p.2008.

François (J.), « Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.2012*, p.1493.

Freleteau (B.), « La maxime *Nemo auditur a-t-elle survécu à la réforme du droit des contrats ?* », *D. 2020*, p.1052.

Frémaux (E.), « Pour l'hypothèque rechargeable. Libres propos », *J.C.P. N. 2016*, p.1102.

Frison-Roche (M.-A.),

- « L'indétermination du prix », *R.T.D. civ. 1992*, p.269.
- « Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », *L.P.A. 1993*, p.15.
- « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *L.P.A. 2005*, p.15.

Galimi (F.M.), « Franchise : l'indétermination du prix et la régularité du contrat (réflexions sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1992) », *J. not. 1992*, p.881.

Gaudemet-Tallon (H.), « Le nouveau droit international privé des contrats », *R.T.D.E. 1981*, p. 215.

Gavalda (C.) et Stoufflet (J.), « Chronique de droit bancaire », *J.C.P. E. 1983*, II. 14001.

Gelot (B.), « La charge des frais dans la vente d'immeuble », *Defrénois 1999*, p.963.

Ghestin (J.),

- « Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix », *D.1993*, chr., p.251.
- « La notion de contrat », *D.1980*, chr., p.150.
- « L'utile et le juste dans le contrat », *D.1982*, chr., p.1.

Gijsbers (C.),

- « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *R.L.D.C. 2014*, n°5341.
- « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 déc. 2014 », *D.2015*, p.62.
- « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », *R.D.I. 2016*, p.342.
- « Le privilège de prêteur de deniers survit à l'annulation de la vente financée », *Defrénois 2018*, p.35.

Ginestet (C.), « La qualification de sûretés », *Defrénois 1999*, art. 36927 (1^{ère} partie) et 36940 (2^{ème} partie).

Goldie-Génicon (C.), « Droit commun et droit spécial », *R.D.A. n°7*, fév. 2013, p.29.

Goltzberg (S.), « De quoi la fiction est-elle l'absence ? », in *Les artifices du droit : les fictions*, p.103-108.

Gomy (M.), « Nullité de la clause de non-concurrence pour absence de contrepartie financière », *D.2004*, p.1161.

Gouzel (A.), « Les opérations translatives », *A.J.C.A. 2016*, p.135.

Gourio (A.), « Feu l'hypothèque rechargeable », *J.C.P. E. 2014*, p.185.

Gout (O.), « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », *R.T.D. Civ. 2013*, p.255.

Grimaldi (C.),

- « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *R.D.C.* 2008, p.207.
- « La durée des droits : péremption ou prescription », *D.2012*, p.514.

Grimaldi (M.),

- « L'acte uniforme portant organisation des sûretés », *L.P.A.* 13 oct. 2004, p.30.
- « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *J.C.P. N.* 2006, 1195.

Grosser (P.), « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.*, n°258, mai 2016, p.70.

Grua (F.),

- « Le prêt d'argent consensuel », *D.2003*, chr., p.1492.
- « L'obligation et son paiement », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p.481.

Guelfucci-Thibierge (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D. civ.* 1997, p.359.

Hamel (J.), « Réflexion sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama, Tokyo*, Maison Franco-japonaise, p.83.

Haravon (M.), « Le rapport Doing Business de la Banque mondiale : mythes et réalités d'un rapport sans nuance », *J.C.P. E.*, n°41, p.1478.

Harichaux-Ramu (M.), « Le transfert des garanties dans le crédit-bail mobilier », *R.T.D. com.* 1978, p.219.

Hélaine (C.),

- « Réforme du droit des sûretés : les privilèges mobiliers », *D. actu.*, 2021.
- « Réforme du droit des sûretés : les sûretés réelles immobilières », *D. actu.*, 2021.
- « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode final) : les sûretés réelles immobilières », *D. actu.*, 24 sept. 2021.

Hervas Hermida (C.), « Le régime des restitutions dans la réforme du droit des obligations », *J.C.P. N.* 2016, n°13, 1116.

Hiez (D.), « La nature juridique de la dation en paiement », *R.T.D. civ.* 2004, p.199.

Houin-Bressan (C.), « Les contre-garanties des sûretés bancaires », *RD. banc. fin.* 2009, dossier 2.

Houtcieff (D.),

- « Contribution à l'étude de l'intuitus personae, remarques sur la considération de la personne du créancier de la caution », *R.T.D. civ.* 2003, p.3.
- « Le droit des sûretés hors le Code civil », *L.P.A.* 2005, p.8, n°4.
- « Les sanctions des règles de formation des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (ss. dir.), Dalloz 2009, p.223.
- « L'incompressible casuistique de la protection du consentement de la caution », *AJ. contrat* 2017, p.122.
- « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *R.T.D. civ.* 2021, p.757.

Hugon (C.), « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », *J.C.P. G.* 1994, I, 3790.

Jambu-Merlin (R.), « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *R.T.D. civ.* 1948, p.273.

Jamin (C.),

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges Ghestin (J.)*, L.G.D.J. 2001, p.441.
- « Le solidarisme contractuel : une réalité », in *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?*, Colloque organisé par la Faculté de Droit de la Rochelle les 3 et 4 mai 2002.

Jeanprêtre (R.), « Le contrat de fait », *Recueil de jurisprudence neuchâteloise*, 1982, p.9.

Jehl (J.), « Fondation pour le droit continental - Droit uniforme OHADA : entre consolidation et nouvelle avancée sur le droit des obligations », *J.C.P. G. 2016*, p.95.

Jéol (M.), « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} déc. 1995 », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux*, *R.T.D. com. 1997*, p.1.

Jestaz (P.),

- « Les sources du droit, le déplacement d'un pôle à un autre », *R.T.D. civ. 1996*, p.299.
- « La réserve de propriété ou la vente éclatée », *Mélanges dédiés à D. Holleaux 2000*, p. 227.

Jobard-Bachellier (M.-N.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *R.T.D. civ. 1985*, p.1.

Jobard-Bachellier (M.-N.) et Brémont (V.), « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires », *R.T.D. com. 1999*, p.327.

Josserand (L.), « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », *D.H. 1940*, chr., p.5.

Jouanjan (O.), « Ce que « donner une constitution à l'Europe veut dire », *Cités*, 2003/1, n°13, p.21.

Jourdain (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Etudes offertes au professeur P. Malinvaud*, Litec 2007.

Juillet (C.), « L'article 60 de la loi Pacte, coup d'envoi de la réforme du droit des sûretés », *J.C.P. N. 2019*, p.1208.

Julienne (M.),

- « Obligation naturelle et obligation civile », *D.2009*, p.1709.
- « Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir », *R.P.C. n°4*, juil. 2018, dossier 16.

Juredieu (F.), « Les restitutions après annulation du contrat dans l'avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription », in *La théorie des Nullités*, Faculté de droit de Poitiers, dir. M. Boudot et P-M. Vecchi, L.G.D.J., 2008, p.111.

Kanayama (N.),

- « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir », donner, faire, ne pas faire...et garantir ? », in *Mélanges C. Mouly*, T.II, éd. Litec, 1998, p.375.
- « Donner et garantir – un siècle après ou une autre histoire », *Etudes offertes à J. Ghestin – Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, L.G.D.J., 2001, p.473.

Kayser (P.), « Les nullités d'ordre public », *R.T.D. civ. 1933*, p.1115.

Kitaëff (R.), « Prendre les principes au sérieux : introduction à la théorie du droit de Ronald Dworkin », in *Les principes et le droit*, ss. dir. de J.-M. Pontier, PUAM, 2007, p.305.

Klein (J.), « Les restitutions », *Dr. et patr. mai 2016*, p.91.

Lagarde (X.),

- « Retour sur les annulations consécutives à l'annulation d'un contrat », *J.C.P. G. 2012*, I. 504.
- « Economie, indivisibilité et interdépendance des contrats », *J.C.P. G. 2013*, doct. 1255.

Laithier (Y.-M.), « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *R.D.C. 2016*, Hors-série avr. 2016, p.39.

Larroumet (C.), « L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels », *J.C.P. 1991.I.* 3531.

Lasserre-Capdeville (J.), « Un prêteur ne saurait, en principe, verser une rémunération à un emprunteur suite à l'application d'un indice devenu négatif », *D.2020*, p.1501.

Le Cannu (P.), « La lettre d'intention conquise par le Code civil », *R.T.D. com. 2006*, p.421.

Le Corre-Broly (E.), « Les biens susceptibles de revendication », *R.P.C. 2017*, n°6, dossier 16.

Lécuyer (H.),

- « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. Terré 1999*, Dalloz-PUF-Litec, p.643.
- « L'inexécution du contrat », *C.C.C. 2016*, doss.7, n°5, p.38.

Leduc (F.), « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle », *J.C.P. 1992*, I. 13601.

Legeais (D.),

- « La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu », *J.C.P. E. 1992*, chr.135.
- « Distinction entre lettre d'intention et constitut », *J.C.P. E. 1998*, p.810.
- « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr. avr. 2001*, p.68.
- « Prêt annulation », *R.T.D. com. 2006*, p.888.
- « Le droit des sûretés à la recherche de repères ? », *RD. banc. fin. mars-avr. 2012*, p.1.
- « Le droit français, modèle ou anti-modèle », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles 2016*, L.G.D.J., p.27.
- « Commentaires du projet de réforme du droit des sûretés soumis à la consultation », *RD. banc. fin. 2021*, étude 2.

Lepeltier (D.), « Prêt viager hypothécaire et hypothèque rechargeable », *B.R.D.A oct. 2006*, p.16.

Le Tourneau (P.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Mélanges P. Raynaud*, p.349.

Leveneur (L.), « Le forçage du contrat », *Dr. et patr. 1998*, p.69.

Libchaber (R.),

- « Réflexion sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes du droit civil, Mélanges offerts à J-L. Aubert*, p.211.
- « Le malheur des quasi-contrats », *Dr. et patr. n° 258*, mai 2016, p. 73.

Lisanti-Kalczynski (C.), « Dix ans après l'arrêt Besse, que reste-t-il de l'action directe dans les contrats », *J.C.P. G. 2002*, I, 102.

Macorig-Vernier (F.), « Les sûretés et l'ordonnance du 10 février 2016 », *R.J. com.* 2016, p.495.

Mainguy (D.), « L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats », *Mélanges J. Beguin*, Litec, 2004, p.449.

Mandé-Djapou (J.), « La notion étroite du droit de rétention », *J.C.P. G.* 1976, I, 2760.

Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (A.), « Règlement CE n°596/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *R.T.D. com.* 2008, p.892.

Martin (D.-R.), « De la revendication des sommes d'argent », *D.*2002. chr.3279.

Martin (R.), « Aller et retour de Kelsen à Aristote », *R.T.D. civ.* 1997, p.387.

Mastrullo (T.) et Menjucq (M.), « Procédure collective du mandataire et revendication des sommes d'argent spécialement affectées au paiement du mandant », *R.P.C.* 2016. Étude 11.

Mazeaud (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?*, Colloque organisé par la Faculté de Droit de la Rochelle les 3 et 4 mai 2002.

Mechri (F.), « Voyage dans l'espace du temps juridique », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p.427.

Mekki (M.),

- « La protection de la caution : propos conclusif », *RD. banc. fin.* 2012, p.89.
- « L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *D.*2016, p.608, n°26.
- « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *R.D.C.* 2016, p.400.
- « Réforme du droit des obligations : le droit des nullités », *J.C.P. N.* 2017, p.9.

Mélédou-Briand (D.), « A propos des restitutions », *Revue Judiciaire de l'Ouest* 1984, p.37.

Mercadal (B.), « La détermination du prix dans les contrats en droit français », *D.P.C.I.* 1979, p.443.

Mercoli (S.), « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », *L.P.A.* 2016, n°175-176, p.7.

Mestre (J.),

- « Nouvelle zone de turbulence pour l'article 1129 du Code civil », *R.T.D. civ.* 1991, p.322.
- « Double facette de l'indivisibilité entre contrats », *R.T.D. civ.* 1995, p. 363.

Meyer (P.), « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : innovations et débats », *R.D.A.I.* 2008, p. 291.

Mignot (M.),

- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV) », *L.P.A.* 2016, p.6.
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VII) », *L.P.A.* 2016, p.7.

- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *L.P.A. 2016*, p.6.
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (X) », *L.P.A. 2016*, p.10.
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *L.P.A. 2016*.

Mouly (C.),

- « Abus de caution », *Rev Jurisp spécial, févr. 1982*, p.13.
- « Fourniture exclusive, prêt et cautionnement », *J.C.P. E 1983, Cah. dr. l'entr.*, p.7.
- « Les sûretés personnelles traditionnelles en France », in *Les sûretés*, Colloque Feduci, Bruxelles, 1984.

Moury (J.), « De l'indivisibilité entre les obligations et les contrats », *R.T.D civ. 1994*, p.276.

Mousseron (J.-M.),

- « La durée dans la formation des contrats », in *Etude Jauffret*, p.509.
- « Madame la Cour de cassation : merci », *La lettre de la distribution 1995*, p.1.

Mousseron (J.-M.), Seube (A.), « A propos des contrats d'assistance et de fourniture », *D.1973*, chr.197, spéc., p.198.

Najjar (I.),

- « La notion d'ensemble contractuel », in *Mélanges Decocq*, Litec 2004, p.509.
- « L'ensemble contractuel sur sa lancée... », *D.2005*, p.1105.

Oppetit (B.), « La décodification du droit commercial », *Mélanges Rodière*, p.197.

Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J. 2000*, p.1.

Pailier (P.), « Indivisibilité ou autonomie du contrat de « swap » à l'égard d'un contrat principal de crédit-bail », *RD. banc. fin. 2015*, étude 8.

Pairault (S.), « L'interdépendance du contrat de prêt du contrat principal », *L.P.A. 1997*, n°86, p.15.

Pancrazi-Tian (M.-E.), « Les clauses de rétroactivité », *R.T.D. civ. 2011*, p.469.

Pellet (S.),

- « Le contenu licite et certain du contrat », *Dr. et patr.*, n°258, mai 2016, p.61.
- « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *J.C.P. G 2016*, n°24, p.676.

Pellier (J.-D.),

- « Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable », *L.P.A. 2008*, p.3.
- « La réforme des sûretés est en marche ! », *D. actu.*, 25 juin 2018.
- « Une certaine idée du cautionnement », *D.2018*, p.686.
- « La réforme du droit des sûretés est lancée », *D. actu.*, 2 juil. 2019.
- « La réforme du droit des sûreté (Saison 2, Episode 1) : le cautionnement (dispositions générales) », *D. actu.*, 20 sept. 2021.
- « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 1) : le cautionnement (dispositions générales) », *D. actu.*, le 20 sept. 2021.

- « L'hypothèque ne survit pas à la prescription », *D.2021*, p.1367.
- Pérès (C.)**, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *J.C.P. G. 2016, act. 454, Libres propos.*
- Pérochon (F.)**, « Le droit de revendication du propriétaire en droit des affaires », *Dr. et patr. 2018, n°278.*
- Piedelièvre (A.)**, « Quelques réflexions sur la maxime *Quod nullum est, nullum producit effectum* », *Mélanges Voirin, 1967*, p.638.
- Piedelièvre (S.)**, « Le retour de l'hypothèque rechargeable », *J.C.P. N. 2015, act.135.*
- Piquet (S.)**, « L'indivisibilité des contrats », *D.1996*, p.142, n°8.
- Poisson-Drocourt (E.)**, « Les restitutions entre les parties après l'annulation d'un contrat », *D. 1983, chr.85*, p.15.
- Pollaud-Dulian (F.)**, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p.925.
- Pollaud-Dulian (F.) et Ronzano (A.)**, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *R.T.D. com. 1996*, p.179.
- Pousson (A.)**, « Les effets produits par un contrat atteint d'une nullité totale », *R.R.J. 1996*, p.733.
- Previsani (A.)**, « Coopération industrielle et compensation », *D.P.C.I. 1982*, p.222.
- Prigent (S.)**, « L'hypothèque rechargeable », *Deffrénois 2007*, art. 38650, p.1268.
- Pros-Phalippon (C.)**, « La référence aux précédents de la juridiction », in Deumier (P.), *Le Raisonnement Juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, Méthodes du Droit, 2013 p.36.
- Puig (P.)**, « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats », *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.913.
- Putman (E.)**, « Le temps et le droit », *Dr. et patr. 2000*, p.43.
- Randoux (D.)**, « Résolution d'une cession d'actions et montant des restitutions », *Rev. Sociétés 1997*, p.117.
- Ravanas (J.)**, « De l'interdépendance dans l'exécution des contrats », in *Le droit du crédit au consommateur*, préf. I. Abdallah, Litec 1992, p.448.
- Raynard (J.)**, « Anéantissement du brevet et sort des redevances de licence : efficacité de la clause prévoyant la non-restitutions des redevances acquittées », *Prop. industr. 2017*, comm.41.
- Rémy (P.)**, « Brève histoire du caractère accessoire du cautionnement en droit français », *Congreso Internazionale ARISTEC, La garanzia nelle prospettiva storico-comparatistica*, G. Giappichelli editore, Torino, 2003, p.105.
- Revet (T.)**, « Le contrat-règle », in *Mélanges P. Le Tourneau*, 2008, Dalloz, p.919.
- Reygrobellet (A.)**, « L'anéantissement du contrat », in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Bull. joly société 2016*, n°9, p.547.
- Riassetto (I.)**, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », *R.L.D.C. 2006*, p.26, n°27.
- Rivero (J.)**, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *D.1951*, chr.23, p.99.
- Rocher (A.) et He (L.)**, « A propos du rapport Doing Business 2012 : comparaison n'est pas raison », *J.C.P. E.*, n°17, p.1262.

Rodière (R.) et Champaud (C.), « A propos des pompistes de marque », *J.C.P.* 1966, I. 8.

Rontchevsky (N.), « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D.2006*, p.1303.

Rousseau (S.), « L'analyse économique du droit », *D.2009*, p.352.

Rouvière (F.),

- « L'envers du paiement », *D.2006*, p.481, n°1.
- « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente », *R.T.D. civ.* 2009, p.617.
- « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *R.T.D. com.* 2011, p.689.

Sacco (R.), « Un cryptotype en droit français : la remise abstraite ? », in *Mélanges R. Rodière*, Dalloz 1981, p.273.

Sagaut (J.-F.), « Variation autour d'une sûreté personnelle sui generis : la promesse de portefort de l'exécution », *R.D.C.2004*, p.840.

Savaux (E.), « Obligations, protection du consommateur, responsabilité notariale – A la recherche de la cause de l'obligation de l'emprunteur », *Defrénois* 2008, n°17, p.1967.

Sayag (A.),

- « La nullité des ventes non conformes à la réglementation du crédit », *J.C.P. G.* 1972, I, 2451.
- « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *R.T.D. civ.* 2004, p.225.

Schmidt (J.), « Le prix du contrat de fourniture », *D.1985*, chr.176.

Schmidt-Szalewski (J.), « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *J.C.P.*, 1989, I.3397.

Schwintowski (H.-P.), « Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : conceptions et limites », *R.R.J.* 1993, 758.

Sériaux (A.),

- « La distribution du crédit mobilier », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p.255.
- « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *R.T.D. civ.* 2004, p.225.

Serinet (Y.-M.),

- « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », in Fontaine (M.), Viney (G.) (ss. dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruyant-L.G.D.J., 2001, p.589.
- « Restitution après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7), » in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Documentation française 2006, p.56.
- « Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation », in *Etudes G. Viney*, L.G.D.J, 2008, p.871.
- « Observations de Yves-Marie Serinet », *L.P.A.* 2009, n°31, p.34.

Seube (J.-B.), « L'article 1186 du projet : la caducité », *R.D.C.* 2015, p.769.

Sévely-Fournié (C.), « Survie de l'hypothèque à l'annulation du prêt pour lequel elle a été consentie », *R.L.D.C. juil.-août 2009*, p.25.

Simler (P.),

- « Le juge et la caution. Excès de rigueur et excès d'indulgence », *J.C.P. N. 1986*, I, p. 169.
- « Les solutions de substitution au cautionnement », *J.C.P. G. 1990*, I, 3427, n°29.
- « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *RD. banc. bourse 1997*, p.223.
- « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles », in *Code civil 1804-2004, le livre du bicentenaire*, p.372.
- « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », in *Mélanges Goubeaux, 2009*, Dalloz-L.G.D.J., p.497.
- « Sûretés – 2006 : une occasion manquée pour le cautionnement », *J.C.P. G. 2016*, p.1109.
- « L'action en revendication et le régime des restitutions issu de l'ordonnance du 10 fév. 2016 », *D.2018*, p.1923.
- « Réforme du droit des sûretés », *A.J. famille 2021*, p.673.

Sossa (C.-D.), « Pour une harmonisation du droit des contrats dans les pays membres de l'OHADA », *J.C.P. G. 2016*, doct. 101, n°4.

Stoffel-Munck (P.), « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et patr. 2012*, n°213.

Stoufflet (J.), « La garantie bancaire à première demande », *J.D.I. 1987*, p.265.

Strowel (A.), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », *Archives phil. dr. 1992*, T.XXXVII, p.142.

Synvet (H.), « Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p.344.

Terray (J.), « Le cautionnement : une institution en danger », *J.C.P. G. 1987*.

Terré (F.) (ssdir.), « Le système juridique », *Archives phil. dr.*, 1986, 31, p.1.

Tétard (S.), « Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du Code civil (ou les risques de la simplification) », *D.2017*, p.777.

Thaller (E.), « Les méthodes en droit commercial », in *Les méthodes juridiques*, 1911.

Théry (P.),

- « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr. 2007*, p.44.
- « Les sanctions en droit des sûretés. Entre cycles politiques et désordres techniques », in *La sanction en droit contemporain, entre technique et politique*, 2012, Dalloz, L'esprit du Droit, p. 275.

Thibierge (C.-A.), « La convention d'antériorité dans les prêts d'acquisition immobilière », *Defrénois 1967*, art.28947.

Torck (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », *L.P.A., 2004*, p.25.

Turpin (D.), « La notion juridique de personne : début et fin », *D.2017*, p.2042.

Vedel (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *J.C.P. G. 1950*, I, 851.

Véricel (V.M.), « Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort », *D.1988*, chr., p.12.

Vermeille (S.), « Règle de droit et développement des modes de financement alternatifs au crédit bancaire... Ou l'inadaptation du droit français à l'évolution de l'économie et de la finance », *R.T.D.F.* 2012, n°2, p.28.

Vermeille (S.) et Bézert (A.), « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », *D.*2014, p.289.

Vermeille (S.), Bourguenil (R.) et Bézert (A.), « L'affaire *Belvédère* ou les effets contre-productifs du droit français des entreprises en difficulté - Plaidoyer pour une réforme ambitieuse », *R.T.D.F.* 2013, p.17.

Vermeille (S.) et François (T.), « Le « feuilleton Technicolor » : et si rien n'était vraiment réglé ? », *J.C.P. E.* 2012, p.1582.

Viatte (V.J.), « La transmission de l'hypothèque sans la créance garantie », *Gaz. Pal.* 1975, 2, doct., p.513.

Viney (G.), « L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats », *Mélanges Holleaux*, p.398.

Vogel (L.), « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.*1995, chr., p.155.

Weill (A.), « Connaissance du motif illicite ou immoral », *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, PUT, 1978, p.1165.

Weill (A.) et Maus (R.), « Le nantissement judiciaire de fonds de commerce », *D.*1956, chr. 87.

Wicker (G.) et Boucard (H.), « Les sanctions relatives à la formation du contrat. Articles 1178 à 1187 », *J.C.P. G.* 2016, p.32.

Wintgen (R.),

- « Regard comparatiste sur les effets de la résolution pour inexécution », *R.D.C.* 2006, n°2, p.543.
- « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *R.D.C.* 2008, p.73.

Zénati (F.),

- « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », *R.T.D. civ.* 1992, p.361.
- « Les principes généraux en droit privé », in *Les principes en Droit*, ss. dir. de S. Caudal, Economica, 2008, p.257.

VIII. Notes de jurisprudence

Albiges (C.), note sous Cass., Civ. 3^{ème}, 7 janv. 2016, n°14-18.360, *Gaz. Pal.*2016, p.32.

Amrani-Mekki (S.),

- note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *D.*2006, p.2638.
- note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *D.*2015, p.529.

Amrani-Mekki (S.) et Fauvarque-Cosson (B.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *D.*2006, p.2638.

Ancel (P.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16.335, *Bull. civ. I*, n°309, *D.*2000, p.407.

Andreu (L.), « La caution et le dol subi par le débiteur », *D.*2008, p.514, obs. sous Cass., *Mix.*, 8 juin 2007, n°03-15.602.

Ansault (J.-J.) et Gijbers (C.), obs. sous Cass., Com. 17 juin 2020, n° 19-13.153, *D.2020*, p.1917.

Aubert (J.-L.),

- obs. sous Cass., 1^{ère} Civ., 20 déc. 1976, n°75-12.439, *Bull. civ. I*, n°415, *Deffrénois 1977*, p.921.
- obs. sous Cass., Com., 20 juil. 1983, *Bull. civ. IV*, n°230, *D.1984*, p.422.
- « Réaffirmation du principe de l'effet relatif du contrat : le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage », *D.1991*, p.321, obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602.
- obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *D.1991*, p.321.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, n°96-10.207, *Bull. civ. I*, n°330, *Deffrénois 1998*, p.349.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1999, n°97-14.063, *Bull. civ. I*, n°184, *Deffrénois 1999*, 1340.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *Deffrénois 2000*, art.37188, n°41.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 18 juin 2002, n°99-17.122, *Deffrénois 2002*, p.1630.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n°00-21.278, *Bull. civ. I*, n°218, *D.2003*, p.369.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003, n°99-21.174, *Bull. civ. I*, n°189, *Deffrénois 2003*, p.1579.

Avena-Robardet (V.),

- obs. sous Cass., Mix., 2 déc. 2005, n°03-18.210, *D.2006*, p.61.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *D.2007*, p.1782.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772, *D.2015*, p. 1837.

Aynès (L.),

- obs. sous Cass., Com., 4 fév. 1986, n°84-13.496, *Bull. civ. IV*, n°1, *D.1987*, somm.45.
- « Maintien du cautionnement malgré la nullité du contrat-cadre », obs. sous Cass., Com., 13 juin 1989, *Bull. civ. IV*, n°183, *Deffrénois 1990*, art.34761.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 20 déc. 1989, *Bull. civ. III*, n°246, *D.1990*, p.389.
- obs. sous Cass., Com., 2 nov. 1994, n°92-14.487, *Deffrénois 1995*, n°6, p.423.
- obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *D.1996*, p.13.
- « Groupe de contrats : effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement », *D.1998*, p.32, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 1997, n°95-15.642.
- obs. sous Cass., Mix., 2 déc. 2005, n°03-18.210, *D.2006*, p.733.

Aynès (L.) et Dupichot (P.), obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *Dr. et patr. janv. 2008*, p.514.

Bacache (M.), obs. sous Cass., Plén., 13 janv. 2020, n°17-19.963, *D.2020*, p.394.

Bandrac (M.),

- obs. sous Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ. 1982, IV*, n°357, *R.T.D. civ. 1992*, p.799.
- obs. sous Cass., Com., 15 mars 1988, *R.T.D. civ. 1988*, p.791.

- « Etendue du cautionnement d'un bail. Exclusion de l'indemnité d'occupation », *R.T.D. civ. 1990*, p.528, obs. sous Cass., Com., 3 avr. 1990, n°87-14.091.
- obs. sous Cass., Com., 12 fév. 1991, *Bull. civ. 1991*, IV, n°61, *R.T.D. civ. 1991*, n°2, p.371.
- obs sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°90-21.031, *R.T.D. civ. 1992*, p.799.
- obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *J.C.P. E. 1996*, p.38.

Barbier (H.),

- obs. sous Cass., Mix., 17 mai 2013, n° 11-22.768 et 11-22.927, *R.T.D. civ. 2013*, p.597.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *R.T.D. civ.2015*, p.121.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772, *R.T.D. civ.2016*, p.111.
- « La responsabilité en cascade des intermédiaires contractuels en cas d'échec contractuel », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016, n°14-26.474, *R.T.D. civ. 2016*, p.351.
- obs. sous Cass., Com., 18 janv. 2017, n° 14-16.442, *R.T.D. civ. 2017*, p.651.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *R.T.D. civ. 2017*, p.651.
- obs. sous Cass., Com., 8 juin 2017, n°15-28.438, *R.T.D. civ. 2017*, p.660.
- obs. sous Cass., Com., 6 déc. 2017, n°16-21.180, *R.T.D. civ. 2018*, p.109.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2017, n°16-24.170, *J.C.P. N. 2018*.
- obs. sous Cass., Com., 7 fév. 2018, n°16-20.352, *R.T.D. civ. 2018*, p.401.
- note sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *D.2018*, p.1185.

Barthez (A.-S.), obs. sous Cass., Com., 21 oct. 2004, *Bull. civ. II*, n°464, *Defrénois 2005*, art. 38206.

Bazin (E.), note sous Cass., Com., 8 mars 1994, n° 92-11.854, *Bull. civ. IV*, n° 96 ; *D.1994*, p.557.

Behar-Touchais (M.), « Contrats commerciaux », note sous Cass., Com., 23 juin 1992, n°90-18.951, *J.C.P. G. 1992*, II, 21974.

Bénabent (A.),

- obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *D.1992*, p.119.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 4 mars 1998, n°95-21.560, *Defrénois 1998*, p.1460.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 31 mars 1998, n°96-16.637, *Defrénois 1998*, p.1460.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 24 mars 1999, n°97-12.982, *Defrénois 1999*, p.804.

Bey (E.-M.), obs. sous CA Dijon, 2 sept. 1986, *J.C.P. G. 1987*, II, n°20866.

Bihr (P.), obs. sous CA Paris, 11 oct. 1989, *D.1990*, somm.310.

Billiau (M.), obs. sous Cass., Com., 8 mars 1994, n° 92-11.854, *Bull. civ. IV*, n° 96 ; *J.C.P. G. 1994*, I, 3781.

Bloch (B.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *R.C.A. 2017*.

Boccaro (B.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 nov. 1973, *J.C.P. G. 1974*, IV, p.433.

Boffa (R.),

- « Cause, caducité, indivisibilité : un bel ensemble notionnel », *D.2006*, p.2656, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277.

- « Les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un prêt », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 2 juil. 2014, n°12-28.615 et n°13-17.280, *R.D.C. 2015*, p.61.

Bonnet (V.), note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n° 97-15.378, *Bull. civ. I*, n° 144, *D. 2000*, p.302.

Boré (J.), note sous Cass., Com., 27 avr. 1971, *J.C.P. G. 1972*, II. 16975.

Borel (J.-P.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 19 mai 2016, n°15-11.441, *A.J.D.I. 2016*, p.860.

Borghetti (J.-S.), obs. sous Cass., Plén., 13 janv. 2020, n°17-19.963, *D.2020*, p.416.

Boulanger (D.), obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *J.C.P. N. 1996*, p.493.

Bouli (B.), obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *R.D.I. 1992*, p.27.

Bouloc (B.),

- obs. sous Cass., Com., 4 janv. 1994, n°90-21.446, *Bull. civ. IV*, n°5, *R.T.D. Com. 1994*, p.546.
- obs. sous Cass., Com., 3 fév. 1998, *Bull. civ. IV*, n°61, *R.T.D. com. 1998*, p.910, n°7.
- obs. sous Cass., Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, *Bull. civ. IV*, n°156, *R.T.D. civ. 2008*, p.173.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n°10-17.691, *R.T.D. com. 2012*, p.393.
- obs. sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *R.T.D. Com. 2018*, p.420.

Bruschi (M.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, n°96-17.312, *Bull. civ. I*, n°186, *D.1999*, p.194.

Bucher (C.-E.),

- obs. sous Cass., Com., 6 déc. 2017, n°16-21.180, *AJ. contrat 2018*, p.277.
- obs. sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *AJ. contrat 2018*, p.277.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2017, n°16-24.170, *AJ. contrat 2018*, p.193.

Bureau (D.) et Molfessis (N.), obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *L.P.A. 1995*, p.21.

Buy (F.), obs. sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *J.C.P. G. 2018*, p.543.

Cabrillac (M.),

- obs. sous Cass., Com., 8 mars 1994, n° 92-11.854, *Bull. civ. IV*, n° 96, *J.C.P. G. 1994*, I, 3799.
- note sous Cass., Com., 21 nov. 1995, *J.C.P. E. 1996*, I, p.554.
- obs. sous Cass., Com., 18 mai 1999, n°95-21.539, *Bull. civ. IV*, n°102, *R.T.D. com. 1999*, p.734.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *R.T.D. com. 2000*, p.991.

Cabrillac (M.) et Rives-Lange (J.-L.), obs. sous CA Metz, 8 nov. 1978, IV, p. 278, *R.T.D. com. 1979*, p.300.

Cabrillac (M.) et Teyssié (B.), obs. sous Cass., Com., 20 déc.1982, *Bull. civ. IV*, n°348, *R.T.D. com. 1983*, p.446.

Cagnoli (P.), obs. sous Cass., Com., 22 mai 2013, n°11-23.961, *Bull. civ. IV*, n°87, *A.P.C. 2013*, comm.135.

Calais-Auloy (J.), obs. sous Cass., Com., 20 nov. 1974, *Bull. civ. IV*, n°311, *J.C.P. 1975*, II, n°18109.

Cayol (A.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 19 mai 2016, n°15-11.441, *D. actu. 2016*.

Cercle (A.), obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *RD. banc. fin. 2007*, p.145.

Chartier (Y.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n°99-10.633, *D.2002*, p.119.

Chénéde (F.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *AJ. contrat 2017*, p.377.

Chevrier (E.), obs. sous Cass., Com., 3 juil. 2001, n°98-16.691, *Bull. civ. IV*, n°131, *D.2001*, p.2826.

Cohet-Cordey (F.),

- obs. sous Cass., Mix., 9 juil. 2004, n°02-16.302, *A.J.D.I. 2005*, p.331.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2005, n° 03-10.456, *Bull. civ. I*, n° 108, *A.J.D.I. 2005* p.746.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *A.J.D.I. 2008*, p.699.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2017, n°16-24.170, *A.J.D.I. 2018*, p.378.

Constantin (A.), note sous note sous Cass., Civ. 3^{ème}, 30 avril 2003, *Bull. civ. III*, n°87, *J.C.P. G. 2003.I.170*, n°15.

Contamine-Raynaud (M.), note sous Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ. 1982, IV*, n°357, *D.1983*, p.527.

Cornu (G.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 nov. 1973, *Bull. civ. III*, n°579, *R.T.D. civ. 1974*, p.633.

Couret (A.), obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *Dr. et patr. 1996*, p.48.

Crocq (P.),

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n°97-15.378, *Bull. civ. I*, n°144, *R.T.D. civ. 1999*, p.880.
- obs. sous Cass., Mix., 2 déc. 2005, n°03-18.210, *R.T.D. civ. 2006*, p.594.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *D.2008*, p.2104.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *R.T.D. civ. 2008*, p.331.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *R.T.D. civ. 2009*, p.148.
- « Réaffirmation du caractère unilatéral du cautionnement : l'obligation d'information annuelle de la caution n'est pas une obligation civile stricto sensu », *R.T.D. civ. 2015*, p.432, obs. sous Cass., Com., 8 avr. 2015, n°13-14.447.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 12 avr. 2018, n° 17-17.542, *D.2018*, p.1884.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 12 avr. 2018, n° 17-17.542, *R.T.D. civ. 2018*, p.461.

Damas (N.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 juin 2018, n°17-13.422, *A.J.D.I. 2019*, p. 201.

Danos (F.), note sous Cass., Com., 22 mai 2013, n°11-23.961, *Bull. civ. IV*, n°87, *D.2013*, p.1594.

Dammann (R.) et Malavielle (K.), obs. sous Cass., Com., 25 nov. 2020, n°19-11.525, *D.2021*, p.532.

Delebecque (P.),

- obs. sous Cass., Com., 12 fév. 1991, *Bull. civ. 1991, IV*, n°61, *J.C.P. E. 1991*, p.197.

- obs. sous Cass., Com., 5 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n°286, p.264, *Defrénois 1996*, p.479.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16.335, *Bull. civ. I*, n°309, *Defrénois 2000*, n°37188-40, p.718.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *D.2000*.
- obs. sous Cass., Com., 3 juil. 2001, n°98-16.691, *Bull. civ. IV*, n°131, *D.2001*, p.3245.

Delpech (X.),

- obs. sous Cass., Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, *D.2007*, p.1723.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 8 juil. 2010, n°07-17.788, *D. actu. 2010*, 1869.
- obs. sous Cass., Mix., 17 mai 2013, n°11-22.768 et 11-22.927, *D.2013*, p.1658.
- obs. sous Cass., Com., 22 mars 2011, n°09-16.660, *D. actu. 30 mars 2011*.

Delpérier (J.-M.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2017, n°16-24.170, *J.C.P. N. 2018*.

Demeester-Morançais (M.-L.), obs. sous Cass., Com., 15 mars 1988, *J.C.P. G. 1989*, II, 21348.

D'Harcourt (P.), obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *J.C.P. E. 1996*, p.12.

Djoudi (J.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *RD. banc. fin. 2015*.

Dondero (B.) et Le Cannu (P.), obs sous Civ. 3^{ème}, 17 nov. 2010, n° 09-70.452, *Bull. civ. III*, n°204, *R.T.D. com. 2011*, p.131.

Dross (W.), obs. sous Cass., Com., 22 mai 2013, n°11-23.961, *Bull. civ. IV*, n°87, *R.T.D. civ. 2013*, p.649.

Dumont-Lefrand (M.-P.), obs. Cass., Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2009, n°08-15.433, *Gaz. Pal. 6 mai 2010*, n°126

Dupuis-Toubol (F.),

- note sous Cass., Mix., 3 mars 1989, n°86-11.941, *Bull. ch. mixte*, n°1, *D.1990*, p.301.
- « La garantie dans les contrats de crédit-bail : la Cour de cassation semble s'orienter vers une solution de compromis », obs. sous Cass., Com., 9 janv. 1990, n°87-13.397, *R.T.D. civ. 1990*, p.302.

Epstein (A.-S.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *D.2015*, p.242.

Fabre-Magnan (M.), obs sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n°90-21.031, *J.C.P. G. 1992*, p.3608.

Faddoul (J.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *D.2000*, p.239.

Fages (B.),

- obs. sous Cass., Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, *R.T.D. civ. 2007*, p.569.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 8 juil. 2010, n°07-17.788, *R.T.D. civ. 2010*.

Ferrier (D.),

- obs. sous Cass., Com., 18 fév 1992, *Bull. civ. IV*, n°78, *D.1992*, somm., p.396.
- obs. sous Cass., Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n°249, *J.C.P. E. 1993*.I, p.231.

François (J.), obs. sous Cass., Com., 8 juin 2017, n°15-28.438, *D.2017*, p.1689.

Francon (A.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, *J.C.P. G. 1996*, II, 22581.

Gallet (C.-H.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 31 mars 1998, n°96-16.637, *A.J.D.I. 1998*, p.1103.

Gaudemet Tallon (H.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 janv. 1983, *Rev. crit. DIP 1983*, p.516.

Gautier (P.-Y.), obs. sous Cass., Com., 8 juin 2017, n°15-28.438, *R.T.D. civ. 2017*, p.679.

Gavalda (C.) et Stoufflet (J.), obs. sous Trib. inst. Laval, 28 mars 1977, *J.C.P. 1979*, I, 2965, n°63, chr. de droit bancaire, *J.C.P. 1979*, I, 2965.

Génicon (T.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2008, n° 07-15.338, *R.D.C. 2009*, n°1, p.70.

Ghestin (J.),

- note sous Cass., Com., 27 avr. 1971, *D.1972*, p.353.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1979, *Bull. civ. I*, n°279, *D.1980*, IR, p.264.

Ghilain (F.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *Gaz. Pal. 2000*, p.21.

Gijsbers (C.),

- obs. sous Cass., Com., 7 avr. 2016, n°14-24.164, *Deffrénois 2016*, p.934.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 26 oct. 2017, n°16-15.754, *Deffrénois 2018*, p.35.
- obs. sous Cass., Com. 17 juin 2020, n° 19-13.153, *R.T.D. civ. 2020*, p.671.
- obs. sous Cass., Com., 25 nov. 2020, n° 19-11.525, *R.T.D. civ. 2021*, p.183.

Gouezel (A.), note sous Cass., Civ. 3^{ème}, 12 avr. 2018, n° 17-17.542, *D.2018*, p.1540.

Gout (O.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2012, n°11-22.815, *R.T.D.I. 2013*, p.27.

Grimaldi (C.), obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *R.D.C. 2008*, p.702.

Groslière (J.-C.),

- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 2 mars 1994, n°92-19.356., *R.D.I. 1995*, p.116.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 13 fév. 1996, n°93-20.894, *Bull. civ. I*, n°82, *R.D.I. 1996* p.389.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, n°96-10.207, *Bull. civ. I*, n°330, *R.D.I. 1998*, p.109.

Grossen (J.-M.) et Guillod (O.), obs. sous T.F., 5 sept. 1984, *R.T.D. civ. 1985*, p.824.

Grosser (P.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, n°01-16.382, *J.C.P. E. 2005*, I, p.114.

Guegan-Lécuyer (A.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n° 02-11.759, *Bull. civ. I*, n°205, *D.2006* p.1156.

Guevel (D.), obs. sous Cass., Com., 12 fév. 1991, *Bull. civ. 1991*, IV, n°61, *L.P.A. 1992*, p.27.

Gulphe (P.), concl. sous Cass., 1^{ère} Civ., 20 déc. 1976, n° 75-12.439, *Bull. civ. I*, n° 415, *J.C.P. 1977*. II. 18611.

Hannoun (C.), obs. sous Cass., Com., 18 mai 1992, *D.1993*, p.57.

Hauser (J.), note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *R.T.D. civ. 2015*, p.102.

Heugas-Darraspen (H.),

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2005, n° 03-10.456, *Bull. civ. I*, n°108, *R.D.I. 2005*, p.436.
- « La caution ne peut reprocher au créancier de ne pas avoir rendu effective une simple promesse d'hypothèque », *R.D.I. 2010*, p.144, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, n°08-19.173.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2017, n°16-14.428, *R.D.I. 2017*, p. 402.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 12 avr. 2018, n° 17-17.542, *R.D.I. 2018*, p.385.

Hocquet-Berg (S.), Cass., Civ. 3^{ème}, 9 juin 2010, n°09-15.361, *J.C.P. G. 2010*, p.968.

Honorat (A.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1992, n° 90-18.151, *Bull. civ. I*, n°316, *Deffrénois 1993*, p.1133.

Hontebeyrie (A.), obs. sous Cass., Com., 22 mars 2011, n°09-16.660, *D.2011*, p.2179.

Houin (R.), note sous Cass., Com., 11 oct. 1978, *D.1979*, p.135.

Houtcieff (D.),

- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *D.2007*, p.2201.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *R.D.C. 2007*, p.1226.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *R.D.C. 2009*, p.205.
- note sous Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *D.2017*, p.1225.
- obs. sous Cass., Com., 8 juin 2017, n°15-28.438, *R.D.C. 2017*, p.51.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 12 avr. 2018, n° 17-17.542, *AJ. contrat 2018*, p.241.

Jacob (F.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n° 97-15.378, *Bull. civ. I*, n°144, *Banque et droit*, n°66, juil.-août 1999.

Jacquemont (A.),

- note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 8 fév. 1977, *J.C.P. G. 1979*, II. 19095.
- note sous Cass., Com., 20 déc.1982, *Bull. civ. IV*, n°348, *J.D.I. 1983*, p.811.

Jamin (C.),

- « Une restauration de l'effet relatif du contrat », *D.1991*, p.257, obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602.
- « Protection des consommateurs », *J.C.P. G. 1994*, II, 22325, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1993, n°91-20.539.
- note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1993, n°91-20.539, *J.C.P. G 1994* II, n° 22325.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, *J.C.P. G. 1996*, I, 3914.
- obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *J.C.P. G. 1996*, chr. 3959.
- note sous Cass., Civ. 3^{ème}, 30 avril 2003, *Bull. civ. III*, n°87, *J.C.P. G. 2004*.II.10031.

Jéol (M.), obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *D.1996*, p.13.

Jobard-Bachelier (M.-N.),

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, n°96-17.312, *Bull. civ. I*, n°186, *D.1999*, p.28.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *D.2001*, p.1615.

Jourdain (P.),

- note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, n°85-12.609, *Bull. civ. I*, n°202, *J.C.P. 1988*. II. 21125.
- obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *R.T.D. civ. 1991*, p.750.
- obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *D. 1992*, p.149.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1992, n° 90-18.151, *Bull. civ. I*, n° 316, *R.T.D. civ. 1993* p.362.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n°97-10.105, *R.T.D. civ. 1999*, p.840.
- « Préjudice consécutif à l'annulation d'une vente : l'acquéreur peut-il demander au notaire réparation d'un préjudice correspondant à sa créance de restitution du prix ? » obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1 juin 1999, n°97-14.063, *R.T.D. civ. 2000*, p.121.
- obs. sous Cass., Com., 8 oct. 2002, n°98-22.858, *Bull. civ. III*, n°160, *R.T.D. civ. 2009*, p.121.

- obs. sous « Préjudice et responsabilité notariale : suite », obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003, n°99-21.174 *R.T.D. civ. 2004*, p.99.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, n°01-16.382, *R.T.D. civ. 2005*, p.401.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 2 juil. 2014, n°12-28.615, *R.T.D. civ. 2000*, p.121.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *R.T.D. civ. 2017*, p.666.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2017, n°16-24.170, *R.T.D. civ. 2018*, p.421.

Karila (J.-P.), obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *Gaz. Pal.* 8 janv. 1992.

Larroumet (C.),

- note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, n°85-12.609, *Bull. civ. I*, n°202, *D.1989*, p.5.
- obs. sous Cass., Mix., 23 nov. 1990, *D.1991*, p.121.
- note. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *J.C.P. E. 1991*, II, 218.

Latina (M.), obs. sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *R.D.C. 2018*, p.1.

Le Cannu (P.), note sous Cass., 21 fév. 1995, n° 93-11.874, *Bull. Joly 1995*, p.404.

Lecourt (A.), obs. sous Cass., Com. 18 janv. 2017, n° 14-16.442, *AJ. contrat 2017*. p.191.

Lécuyer (H.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2017, n°16-14.428, *Defrénois 2017*, p. 33.

Le Gac Pech (S.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772, *J.C.P. E. 2016*, p. 1548.

Legeais (D.),

- note sous Cass., Mix., 23 nov. 1990, *J.C.P. E. 1991*, n°5, p.111.
- obs. sous Cass., Com., 22 oct. 1993, *J.C.P. E. 1994*, II, n°548.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2005, n° 03-10.456, *Bull. civ. I*, n°108, *R.T.D. com. 2005*, p.576.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n° 02-11.759, *Bull. civ. I*, n°205, *R.T.D. com. 2005*, p.577.
- obs. sous Cass., Mix., 2 déc. 2005, n°03-18.210, *R.T.D. com. 2006*, p.465.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n°02-20.374, *Bull. civ. I*, n°128, *R.T.D. com. 2006*, p.460
- obs. sous Cass., Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, *Bull. civ. IV*, n°156, *R.T.D. com. 2008*, p.404.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *R.T.D. com. 2007*, p.585.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Bull. civ. I*, n°167, *RD. banc. fin. janv.-fév. 2009*, comm.13.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772, *R.T.D. com.2015*, p.723.
- « Mise en garde et proportionnalité », *R.T.D.com. 2016*, p.174, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 12 nov. 2015, n°14-21.725.
- obs. sous Cass., Com., 8 juin 2017, n°15-28.438, *RD. banc. fin. 2017*.
- obs. sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *R.T.D. Com. 2018*, p.434.

Lemouland (J.-J.) et Vigneau (D.), obs. sous Cass., Mix., 2 déc. 2005, n°03-18.210, *D.2006*, p.1414.

Leveueur (L.),

- obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *C.C.C. 1991*, comm.200.
- « Contrats commerciaux », obs. sous Cass., Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n°249, *J.C.P. E. 1993.II*, p.407.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 2 mars 1994, n°92-19.356., *C.C.C. 1994*, n°133.
- obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *C.C.C. 1996*, p.1.
- obs. sous Cass., Com., 5 mars 1996, *Bull. civ.*, *C.C.C. 1996*, p.135.
- obs. sous Cass., Com., 26 mars 1996, n°93-16.849, *C.C.C. 1996*, n°136.
- obs. sous Cass., Com. 28 mai 1996, n°94-11.766, *Bull. civ. IV*, n°146, *C.C.C. 1996*, p.135.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 16 fév. 1999, *C.C.C. 1999*, n°70.
- obs. sous Cass., Com., 23 fév. 1999, *C.C.C. 1999*, p.9.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *C.C.C. 2000*, p.106.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n°02-20.374, *Bull. civ. I*, n°128, *C.C.C. 2006*.
- obs. sous Cass., Plén., 6 oct. 2006, n°05-13.255, *C.C.C. 2007*, comm.63.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *C.C.C. 2007*, comm.269.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *C.C.C.2015*.

Libchaber (R.),

- note sous Cass., Com., 5 mars 1996, n°93-20.778 *D.1996*, somm., p.327.
- « Chronique de jurisprudence civile générale – Pour les contrats réels, quand même ! », *Defrénois 2002*, p.259, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n°99-10.633.
- obs. sous Cass., Mix., 9 juil. 2004, *Defrénois 2004*, p.1402.
- note sous Cass., Civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2008, n° 07-15.338, *Defrénois 2008*, art. 38874-1.

Lienhard (A.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 17 nov. 2010, n°09-70.452, *Bull. civ. III*, n°204, *D.2010*, p.2835.

Loiseau (G.), note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *J.C.P. G. 2015*, p.1170.

Loussouarn (Y.),

- obs. sous Cass., Com., 12 nov. 1968, *Bull. civ. IV*, n°316, *R.T.D. civ. 1969*, p.563.
- note sous Cass., Com., 11 oct. 1978, *J.C.P. 1979.II.19034*.

Lucas (F.-X.) et Cagnoli (P.), obs. sous Cass., Com. 17 juin 2020, n° 19-13.153, *D.2020*, p.1857.

Mainguy (D.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *D.2015*, p.246.

Malaurie (P.),

- note sous Cass., Soc., 8 avr. 1957, *D.1958*, p.221.
- note sous Cass., Com. 4 juil. 1972, n° 71-11.194, *Bull. civ. IV*, n°2131, *D.1972*, p.732.

Malinvaud (P.),

- obs. sous Cass., Plén., 6 oct. 2006, n°05-13.255, *R.D.I. 2006*, p.504.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *R.D.I. 2017*, p.349.

Martial-Braz (N.),

- note sous Cass., Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, *R.L.D.C. 2008*, p.6.
- « Obligation d'information annuelle de la caution : l'arme fatale de la caution ! », *Rev. Sociétés 2015*, p.435, obs. sous Cass., Com., 9 fév. 2016, n°14-22.179.

Martin (D.R.),

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *D.2002*, p.640.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *D.2008*, p.871.

Martin-Serf (A.),

- obs. sous Cass., Com. 8 mars 1994, n°92-11.854, *Bull. civ. IV*, n°96, *R.T.D. com. 1995*, p.204.
- obs. sous Cass, Com., 20 juin 2000, *R.T.D. com. 2000*, p.1010.
- note sous Cass., Com., 4 fév. 2003, n°00-13.356, *R.T.D. com. 2003*, p.572.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *R.T.D. com. 2007*, p.835.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 12 avr. 2018, n°17-17.542, *R.T.D. com. 2018*, p.773.
- obs. sous Cass., Com., 17 juin 2020, n°19-13.153, *R.T.D. com. 2020*, p.951.
- obs. sous Cass., Com., 25 nov. 2020, n°19-11.525, *R.T.D. civ. 2021*, p.183.

Mazeaud (D.)

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1993, n°91-20.539, *Defrénois 1994*, art. 35.845, p.823.
- « L'interdépendance du contrat de prêt et du contrat de vente au stade de leur exécution », *Defrénois 1994*, p.823, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1993, n°91-20.539.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1994, n°92-21.317, *Defrénois 1995*, art.34145, n°102.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 13 fév. 1996, n°93-20.894, *Bull. civ. I*, n°82 ; *Defrénois 1996* p.1367.
- « Groupe de contrats : effets de l'annulation de la vente sur le prêt et le cautionnement », *D.1998*, p.110, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 1997, n°95-15.642.
- « L'effet extinctif du groupe de contrats », obs. sous Cass., Com., 15 juin 1999, n°97-12.122, *D.2000*, p.363.
- « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.2005*, p.1828, obs. sous Cass., Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ. I*, n° 190.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *R.D.C. 2006*, p.700.
- note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n°10-17.691, *D.2012*. p.659.
- « L'indivisibilité des contrats de vente et de prêt conduit à la résolution du prêt en cas de résolution de la vente », *AJ. contrat 2015*, p.469, obs. sous Cass., Civ.1^{ère}, 14 sept. 2015, n°14-13.658 et n°14-17.772.
- note sous Cass., Com., 18 janv. 2017, n°14-16.442, *D.2017*, p.1036.

Mekki (M.),

- obs. sous Cass., Com., 18 janv. 2017, n°14-16.442, *D.2018*. p.371.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *D.2018*, p.371.

- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2017, n°16-24.170, *D.2018*, p.371.

Mercadier-Francisci (M.-F.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 1997, n°95-15.642, *L.P.A. 1998*, p.20.

Mestre (J.),

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n°252, *R.T.D. civ. 1985*, p.166.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 7 déc. 1983, *Bull. civ. I*, n°291, *R.T.D. civ.1984*, p.717.
- obs. sous Cass. Com., 17 déc. 1985, *Bull. civ. IV*, n°296, *R.T.D. civ. 1987*, p.319.
- obs. sous Cass., Civ.1^{ère}, 8 mars 1988, n°86-12.182, *R.T.D. civ. 1989*, p.74.
- obs. sous Cass., Com., 9 oct. 1990, n°98-13.384, *R.T.D. civ. 1991*, p.325.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1990, n°89-13.899, *Bull. civ. I*, n° 255, *R.T.D. civ. 1991*, p.333.
- obs. sous Cass., Mix., 23 nov. 1990, *R.T.D. civ. 1991*, p.121.
- obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *R.T.D. civ. 1992*, p.90.
- obs. sous Cass., Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n°249, *R.T.D. civ. 1993*, p.350.
- obs. sous CA. Paris, 19 mars 1993, *R.T.D. civ. 1995*, p.363.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 2 mars 1994, n°92-19.356., *R.T.D civ. 1994*, p.858.
- obs. sous Cass., Com., 21 fév. 1995, n°93-13.302, *R.T.D. civ. 1996*, p.391.
- obs. sous Cass., Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15578 (et trois autres arrêts), *R.T.D. civ. 1996*, p.153.
- obs. sous Cass., Com., 5 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n°286, p.264, *R.T.D. civ. 1996*, p.906.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n°00-21.278, *R.T.D. civ. 2003*, p.284.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2005, n°03-10.456, *Bull. civ. I*, n°108, *R.T.D. civ. 2005*, p.391.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n°02-11.759, *Bull. civ. I*, n°205, *R.T.D. civ. 2005*, p.596.

Mestre (J.) et Fages (B.),

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, *R.T.D. civ. 2003*, p.284.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 13 nov. 2003, n°01-12.646, *R.T.D. civ. 2004*, p.506.
- obs. sous Cass., Mix., 9 juil. 2004, n°02-16.302, *R.T.D. civ. 2005*, p.125.
- obs. sous Cass., Com., 21 oct. 2004, *Bull. civ. II*, n°464, *R.T.D. civ. 2005*, p.398.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n°02-18.277, *R.T.D. civ. 2007*, p.105.

Mignot (M.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *L.P.A. 2014*.

Mortier (R.), obs. sous Cass., Com., 22 mars 2011, n°09-16.660, *J.C.P. E. 2011*, p.1410.

Mouly (C.) et Delebecque (P.), obs. sous Cass., Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ. 1982, IV*, n°357, *J.C.P. 1984, II*, 20216.

Mourier (R.), concl. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *R.J.D.A. 1991*, n°771.

Moury (J.), obs. sous Cass., Com., 8 juin 2017, n°15-28.438, *R.T.D. com. 2017*, p.929.

Muller (A.-C.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *R.D.C. 2009*, n°1, p.7.

Noval (P.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *J.A.C. 2014*, p.12.

Pédamon (M.), obs. sous Cass., Com., 10 mai 1982, *R.T.D. com. 1983*, p.275.

Pellet (S.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n°16-19.389, *R.D.C. 2018*, p.201.

Penneau (J), note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 1984, *D.1986*, p.448.

Pérochon (F.),

- obs. sous Cass., Com., 15 mars 1988, *D.1988*, p.330.
- note sous Cass., Com., 21 nov. 1995, *D.1996*, somm.214.

Perrot (R.), obs. sous Cass., Civ. 2^{ème}, 12 mai 1976, *Bull. civ. II*, n°159, *R.T.D. civ. 1977*, p.834.

Picod (Y.),

- note sous Cass., Com., 18 mai 1999, n°95-21.539, *Bull. civ. IV*, n°102, *D.2000*, p.112.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16.335, *Bull. civ. I*, n°309, *J.C.P. G. 2000*, II, 10403.

Piedelièvre (A.), obs. sous Cass., Com., 20 déc.1982, *Bull. civ. IV*, n°348, *Gaz. Pal. 1983*, 1, pan.146.

Piédelièvre (S.),

- obs. sous Cass., Com., 5 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n°286, p.264, *D. 1996*, p.388.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 18 juin 1996, n°94-16.456, *Bull. civ. I*, n°262, *Gaz. Pal. 1997*, 1, somm.205.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n°97-15.378, *Bull. civ. I*, n°144, *Defrénois, 2000*, art.37202, p.831.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *D.2000*, p.482.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n°99-10.633, *J.C.P. G. 2002*, II, 10050.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n°02-20.374, *Bull. civ. I*, n°128, *J.C.P. E 2006*, II, 10109.
- obs. sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *J.C.P. E. 2007*, p.1861.

Pizzio (J.-P.), obs. sous Cass., civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, n°96-17.312, *Bull. civ. I*, n°186, *D.2000*, p.50.

Planiol (M.), note sous Cass., Civ. 4 mai 1898, *D.P. 1898*.1.457.

Quézel-Ambrunaz (C.),

- obs. sous Cass., Com. 18 janv. 2017, n°14-16.442, *D.2018*. p.35.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n°16-11.203, *D.2018*, p.35.

Ravel d'Esclapon (T.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2017, n°16-14.428, *AJ. contrat 2017*, p.298.

Raymond (G.), note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2003, n°01-11.760, *C.C.C. 2004*, n°86.

Regnaut-Moutier (C.),

- note sous Cass., Com., 21 nov. 1995, *D.1996*, p.211.
- obs. sous Cass., Com., 4 fév. 2003, n°00-13.356, *A.P.C.2003*, n°128.

Rémy (P.),

- obs. sous Cass., Civ.1^{ère}, 8 mars 1988, n°86-12.182, *R.T.D. civ. 1988*, p.551.
- obs. sous Cass., Mix., 3 mars 1989, n°86-11.941, *Bull. ch. mixte*, n°1, *R.T.D. civ. 1990*, p.302.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 7 juin 1989, n°87-14.083, *A.J.D.I. 1990*, p.95.

Robert (J.), note sous Cass., Civ. 2^{ème}, 25 nov. 1966, *Bull. civ. II*, n°927, *D.1967*, p.359.

Robine (D.), note sous Cass., Com., 25 nov. 2020, n°19-11.525, *D.2021*, p.555.

Roussel Galle (P.), note sous Cass., Com., 22 mai 2013, n°11-23.961, *Bull. civ. IV*, n°87, *Rév. Sociétés 2013*, p.526.

Roussille (M.), obs. sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *Gaz. Pal. 2018*, p.5.

Rouvière (F.),

- « Hypothèque et nullité », obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Dr. immo et urb. 2008*, n°2, p.3.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 28 janv. 2015, n°13-27.397, *D.2015*, p.657.

Sainte-Rose (J.),

- concl. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-21.422, *Bull. civ. I*, n°105, *J.C.P. G. 2000*, II, n°10296.
- concl. sous Cass., Mix., 2 déc. 2005, n°03-18.210, *D.2006*, p.729.

Savaux (E.),

- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Deffrénois 2008*, p.2513.
- obs. sous Cass., Com., 22 mars 2011, n°09-16.660, *R.D.C. 2011*, p.826.

Sayag (A), note Cass., Com., 21 mars 1972, *Bull. civ. IV*, n°97, p. 94, *J.C.P. 1973*, II, 17400.

Serinet (Y.-M.),

- note sous Cass., Soc., 28 oct. 1997, *D.1998*, somm., p.220, *J.C.P. G. 1998*.II.10092.
- « Effets de l'anéantissement en cascade d'un ensemble contractuel complexe et indivisible », *J.C.P. G. 2007*.II.10184, obs. sous Cass., Com. 5 juin 2007, n°04-20.380.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *J.C.P. G. 2009*, I, p.138.

Serra (Y.), obs. sous CA Aix-en-Provence, 10 mai 1989, *D.1990*, somm., p.333.

Seube (J.-B.),

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, *J.C.P. E. 1997*, I, n°617.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2008, n° 07-15.338, *R.D.C. 2009*, n°1, p.168.
- obs. sous Cass., Com., 8 juin 2017, n°15-28.438, *Deffrénois 2017*, p.25.

Sévély-Fournié (C.), « Survie de l'hypothèque à l'annulation du prêt pour lequel elle a été consentie », *R.L.D.C. 2009*, n°62, obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357.

Simler (P.),

- note sous CA Paris, 8 nov. 1975, *J.C.P.G.1978*, II, 18908.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n°97-15.378, *Bull. civ. I*, n°144, *J.C.P. G 1999*. I. 156, n°5.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16.335, *Bull. civ. I*, n°309, *J.C.P. G. 2000*, I, 209.
- note sous Cass., Com., 13 déc. 2005 et Cass., Civ. 1^{ère}, *J.C.P. G. 2006*, I, 10021.
- obs. sous Cass., Com., 23 janv. 2007, n°05-13.189, *Bull. civ. IV*, n°12, *J.C.P.G. 2007*, I, 152, n°12.
- note sous Cass., Mix., 8 juin 2007, n°03-15.602, *J.C.P. 2007*. II. 10138.
- obs. sous Cass., Com., 12 juil. 2011, n°09-71.113, *J.C.P. 2011*, p.1259.

Stoffel-Munck (P.),

- note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 11 mars 2003 et Cass., Civ. 3^{ème}, 12 mars 2003, *R.D.C. 2004*, p.265.

- obs. sous Cass., Mix., 9 juil. 2004, n°02-16.302, *R.D.C. 2005*, p.280.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n°10-17.691, *J.C.P. G. 2012*, p.530.

Stoufflet (J.), note sous Cass., Com., 18 mai 1999, n°95-21.539, *Bull. civ. IV*, n°102, *J.C.P. G. 1999*, II. 10199.

Tap (J.-B.), obs. sous Cass., Civ. 2^{ème}, 2 juil. 2020, n°17-12.611, *R.L.D.C. 2020*, n°186.

Thaller (E.), obs. sous Cass., Req., 17 janv. 1905, *D.P. 1906*, 1, 169.

Théry (P.),

- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 1999, n°97-15.378, *Bull. civ. I*, n°144, *R.D.I. 1999*, p.450.
- obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, n°07-17.357, *Defrénois 2009*, art.39025.

Tomasin (D.), obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1992, n° 90-18.151, *Bull. civ. I*, n°316, *R.D.I. 1993*, p.236.

Tournafond (O.),

- obs. sous Cass., Com., 5 mars 1996, *Bull. civ., D.1997*, p.343.
- note sous Cass., Com, 3 fév 1998, *Bull civ IV*, n°61, *D.1999*, somm, p. 15.

Tuailion (C.), obs. sous Cass., Mix., 9 juil. 2004, n°02-16.302, *D.2004*, p.2175.

Valette (E.) et Cann (L.), obs. sous Cass., Mix., 13 avr. 2018, n°16-21.345 et n°16-21.947, *J.C.P. E. 2018*.

Vareille (B.), obs. sous Cass., Mix., 2 déc. 2005, n°03-18.210, *R.T.D. civ. 2006*, p.357.

Vasseur (M.),

- note sous T.G.I. Montluçon, 9 janv. 1981, *D.1981*, p.390.
- note sous CA Paris, 29 janv. 1981, *D.1981*, p.336.
- note sous Cass., Com., 20 déc.1982, *Bull. civ. IV*, n°348, *D.1983*, p.365.
- note sous Cass., Com., 13 déc. 1983, *D.1984*, p.420.

Viatte (J.), obs. sous Cass., Civ. 3^{ème}, 14 nov. 1973, *Rev. loyers 1974*, p.328

Viney (G.),

- note sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *J.C.P. G. 1991*, II, 21743.
- obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, n°01-16.382, *J.C.P. G. 2005*, I, p.132.

Virassamy (G.), obs. sous Cass., Com., 3 juil. 2001, n°98-16.691, *Bull. civ. IV*, n°131, *J.C.P. 2002*, I.134, n°10.

Zénati (F.), obs. sous Cass., Plén., 12 juil. 1991, n°90-13.602, *R.T.D. civ. 1992*, p.593.

IX. Références de droit étranger

Alvarez Vigaray (R.), *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 2003.

Ancel (P.), *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois – Approche comparative*, éd. Larcier, 2015.

Anoukaha (F.), *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme*, Ohada, collection Droit Uniforme Presses Universitaires d'Afrique, 1998, Crocq (P.) ss. dir., *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés – La réforme du droit des sûretés de l'ohada*, Lamy Axe Droit, 2012.

Atiyah (P.S.), *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1961.

Birks (P.),

- *An introduction to the Law of Restitution*, Claredon Paperbacks 1985.
- *Unjust Enrichment*, 2nd éd., 2005.

Burrows (A.), « In defence of unjust enrichment », *C.L.J.* 2019, p.521.

Chang (M.P.-H.), *La résolution du contrat pour inexécution. Etude comparative du droit français et du droit chinois*, préf. Légier (G.), Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

Cherpillod (Y.), « Les causes d'extinction des contrats en droit suisse », in *Les clauses de résiliation dans les contrats internationaux*, R.D.I.A./IBL 1997, n°7, p.918.

Coleman (J.), « Efficiency, Utility and Wealth Maximization », *Hofstra Law Review*, p.509.

Constantinesco (L.-J.), *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris Rousseau, 1940 p.

Cumyn (M.) et Gosselin (F.), « Les catégories juridiques et la qualification, une approche cognitive », *Mc. Gill Law Journal*, p.329.

Cumyn (M.) et Samson (M.), « La méthodologie juridique en quête d'identité », *R.I.E.J.*, vol.71, p.1.

Dagan (H.) et Kreitner (R.), « Economic analysis in law », *Yale Journal on Regulation*, p.566.

De Page (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruylant, Bruxelles, T.II, 1934.

Dworkin (R.), *Talking rights seriously*, VII et IX, 1977.

Fréchette (P.), *La restitution des prestations en droit québécois : fondements et régime*, Université Laval, ss. dir. de Mme M. Cumyn.

Garner (B.-A.), *Black's Law Dictionary*, 8^{ème} éd., St. Paul, Thomson West, 2004.

Goff (R.) et Jones (G.), *The Law of Unjust Enrichment*, Sweet and Maxwell, 1966.

Hart (H.L.A.), « American Jurisprudence through English Eyes: the nightmare and the noble Dream », *Georgia Law Review*, p.987.

Hedley (S.),

- « Implied contact and restitution », *C.L.J.* 2004, 63 (2), p.435.
- « Unjust enrichment as the Basis of Restitution – an Overworked Concept », 1985 *5LS* 56 ;
- « Farewell to Unjustified Enrichment: a common law Response », 2016, 20 *Edin L.R.* 326.

Jhering (R.), *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Oeuvres choisies, trad. O. de Meulanaere, T.II, 1893

Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Eisenmann, Bruylant-L.G.D.J., 1999.

Kucherenko (K.) et Lassen (T.), « Länderbericht Ukraine », *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, VdP Schriftenreihe, T.XXXII, 2007.

Larenz (K.), *Schuldrecht AT* 14^{ème} éd., 1987.

Levi (E.H.), *An introduction to legal reasoning*, Chicago, University of Chicago, Press, 1948.

Lluelles (D.), **Moore (B.)**, *Droit des obligations*, Thémis 2^{ème} éd., 2012 (droit québécois).

Lopez Beltran de Heredia (C.), *La nulidad de los contractos*, 2009.

Mader (L.), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985.

- Mignault (P.-B.)**, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil » de Frédéric Mourlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux, T...*, Montréal, C. Théoret, 1901.
- Monod (M.)**, *La résolution des contrats synallagmatiques parfaits, Etude comparative de droit suisse et de droit français*, th. Lausanne, 1987.
- Myoung (S.-K.)**, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, préf. Ghestin (J.), Paris, L.G.D.J, 1996.
- Posner (A.)**, *Economic analysis of Law*, Wolters Kluwer, 7th éd. 2007.
- Prieto (C.)** (ss. dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM 2003.
- Ott (C.) et Schäfer (H.-B.)**, *The Economic Analysis of Civil Law*, Cheltenham, UK, 2004.
- San Miguel Pradera (L.-P.)**, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, 2004.
- Scyboz (G.)**, *Traité de droit privé suisse*, T. VII, 2, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Edition universitaires de Fribourg, 1979.
- Shelley (M.)**, *Frankenstein ou le Prométhée moderne*, 1931.
- Smith (L.)**, « Restitution: a new start ? » in *Devonshire and Havelock*, *The Impact of Equity and Restitution in Commerce*, 2018, ch. 5.
- Stevens (R.)**, « The Unjust Enrichment Disaster », 2018, *134 LQR* 574.
- Stolfi (G.)**, « Natura giuridica del negozio d’accertamento », *Rivista di diritto processuale*, 1933, I, p.172.
- Stone (R.)**, *Principles of Contract Law*, 4^{ème} éd., 2000, p.298.
- Vazquez de Casto (E.)**, «Consecuencias del cobro excesivo de intereses», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, 2003, p.678.
- Veljanovski (C.G.)**, « The economic approach to law: a critical introduction », *British journal of law and society*, 1980, p.160.
- Virgo (G.)**, *The principles of the Law of Restitution*, New York, Oxford University Press, 2006.
- Wolf (E.)**, « Vertretenmüssen und Verschulden », *Archiv für die civilistische Praxis*, T.CLIII (1953), p.97.
- Zappuli (U.)**, « Retroattività », *Nuovo Digesto Italiano*, T.XII.

X. Références non juridiques

- Asimov (I.)**, *Cercle vicieux -Runadround*, 1942.
- Barreau (H.)**, *Le temps*, PUF, 1996.
- Bentham (J.)**, *Introduction aux principes de la morale et de la législation, Analyse et philosophie*, Vrin.
- Boileau (N.)**, *L’art poétique*, Chant III, vers 256.
- Bouveresse (J.)**, *Prodiges et vertiges de l’analogie*, éd. Raisons d’agir, 1999.
- Delmas (P.)**, *Un pouvoir implacable et doux : la Tech ou l’efficacité pour seule valeur*, Fayard, 2019, 327 p.
- De Toledo (C.)**, *Le fleuve qui voulait écrire : les auditions du Parlement de Loire*, éd. Liens Libertrent, 2021, 304 p.

- Dewey (J.)**, *Expérience et nature*, éd. Gallimard, 2012.
- Elias (N.)**, *Du temps*, Coll. Agora, Pocket, éd. Fayard, 1996.
- Friedman (T.)**, *La terre est plate : Une brève histoire du XXI^{ème} siècle*, Saint-Simon, 2005.
- Klein (E.)**, *Le temps*, coll. Dominos, Flammarion, 1995.
- Kuhn (T.)**, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.
- Laing (R.D.)**, *Soi et les autres*, Paris, Gallimard, 1971.
- La Rochefoucauld (F.)**, *Réflexion ou sentences et maximes morales*, Les Classiques de Poche.
- Morin (E.)**,
- *Introduction à la pensée complexe*, éd. du Seuil, 2015.
 - *Dialogue sur le sujet qui écrit*, in « Cahiers Pierre-Baptiste », 13 déc. 1984.
- Ormesson (J.)**, *Presque rien sur presque tout*, Gallimard, 1996.
- Rabelais (F.)**, *Pantagruel*, coll. Points, 1996.
- Ramonet (I.)**, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard (Folio), 2001.
- Verdo (Y.)**, « Une société malade de sa peur du risque ? », *Les échos*, 17 juin 2016.
- Weber (M.)**, *Sociologie du droit*, PUF, coll. Quadrige, 315 p.

LISTE DES AUTEURS

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Ancel (P.) : 18, 26, 318, 319, 420
Aquin (T.) : 264
Asimov (I.) : 194
Attard (J.) : 72
Aubert (J.-L.) : 61
Aynès (L.) : 130, 268

B

Bacache-Gibeilli (M.) : 49
Balat (N.) : 219
Ballot-Beaupré (A.) : 302
Behar-Touchais (M.) : 131
Bénabent (A.) : 471
Bentham (J.) : 145
Bergel (J.-L.) : 34, 135
Bibalou Moussodji (M.-A.) : 152, 157, 158, 163
Boileau (N.) : 1
Borga (N.) : 18, 286, 439, 440
Boulangier (J.) : 162
Bourassin (M.) : 143, 151, 157, 158, 163
Boyer (L.) : 159
Bros (S.) : 165, 280

C

Cabrillac (M.) : 60, 203, 207, 211
Carbonnier (J.) : 67, 365, 407
Catala (N.) : 340
Chaaban (V.-R.) : 206, 209, 348
Chantepie (G.) : 148, 273, 278, 288
Charbonnel (V.L.) : 132
Chazal (J.-P.) : 264
Contamine-Raynaud (M.) : 252
Cornu (G.) : 339
Cottet (M.) : 20, 173, 178, 207, 210, 211, 275
Crocq (P.) : 5, 306, 316, 324, 325, 326

D

Dagot (M.) : 275, 296
De Quenaudon (R.) : 83
Delebecque (P.) : 93, 186, 207, 253, 299, 327
De Moy (J.-M.) : 259, 515

Deprez (J.) : 237
Deshayes (O.) : 138
Dewey (J.) : 139
Dissaux (N.) : 132
Dodou (B.) : 24
Dupichot (P.) : 150, 157, 404, 439

F

Fabre-Magnan (M.) : 170
Forti (V.) : 273, 344, 373, 374, 435, 460
Fréchette (P.) : 339, 341, 475
Friedman (T.) : 47

G

Gambier (M.) : 10
Garnier (M.) : 83
Garron (F.) : 347
Gavalda (C.) : 60
Génicon (T.) : 138, 485, 487
Gijssbers (C.) : 316, 373, 506, 508
Ginestet (C.) : 142
Goubeaux (G.) : 201, 246, 454
Grimaud (D.) : 80
Grosser (P.) : 389
Grua (F.) : 72, 393
Guelfucci-Thibierge (C.) : 66, 362, 374, 385, 491, 504

H

Houtcieff (D.) : 19, 165, 176

I

Ihering (R.) : 382

J

Jacques (P.) : 173
Jafferalli (R.) : 423
Janville (T.) : 266, 267, 331
Japiot (R.) : 11, 227, 228
Jestaz (P.) : 32, 169
Jourdain (P.) : 50

K

Kanayama (N.) : 420
Kelsen (H.) : 32, 412
Kuhn (T.) : 259

L

Laithier (Y.-M.) : 138, 414
Lambert-Faivre (Y.) : 420
Latina (M.) : 148, 273, 278, 288
Le Gallou (C.) : 384
Lécuyer (H.) : 172
Legeais (D.) : 61
Leveneur (L.) : 297, 420
Libchaber (R.) : 79, 82, 398, 399

M

Malaurie (P.) : 268
Malaurie-Vignal (M.) : 6, 65, 66, 67, 82, 141, 176, 177, 225, 231, 238
Martin-Serf (A.) : 423
Maubru (B.) : 243, 246, 254, 255, 256
Mazeaud (D.) : 49, 56
Mazeaud (V.) : 426
Mekki (M.) : 437
Mercoli (S.) : 445
Merle (R.) : 229
Mestre (J.) : 54
Michel (A.-C.) : 61, 206, 207, 209, 210, 253
Mignot (M.) : 344, 349, 381
Mouly (C.) : 186, 253, 419, 420, 421

N

Netter (E.) : 17, 289

O

Ost (F.) : 412, 413, 414, 480

P

Pancrazi (M.-E.) : 163
Pellé (S.) : 46, 265
Pellet (S.) : 180
Pellier (J.-D.) : 10, 201, 297
Perrot (R.) : 194
Petit (B.) : 69
Piedelièvre (S.) : 60
Piette (G.) : 366
Pignarre (G.) : 72
Pignarre (L.-F.) : 318, 397, 398
Pollaud-Dulian (F.) : 131
Pontier (J.-M.) : 162

Posner (R.) : 145, 146
Pothier (R.-J.) : 10, 199, 200
Putman (E.) : 422

R

Ramonet (I.) : 259
Ravel d'Esclapon (T.) : 163
Reygrobellet (A.) : 285
Richter (A.-C.) : 382
Rigalle-Dumetz (C.) : 226, 318, 319
Ronzano (A.) : 131
Rouvière (F.) : 393
Rouxel (S.) : 69

S

Seube (J.-B.) : 419
Sévély-Fournié (C.) : 335, 336, 337, 442
Simler (C.) : 350
Simler (P.) : 83, 84, 92, 93, 151, 299, 327, 394
Stolfi (G.) : 229
Strowel (A.) : 145

T

Tafforeau (P.) : 5
Terré (F.) : 512
Teyssié (B.) : 48, 49, 60, 239, 504
Théry (P.) : 306, 506
Treilhard (J.-B.) : 17

V

Van de Kerchove (M.) : 412, 413, 414, 480
Vedel (G.) : 20
Verdier (J.-M.) : 425
Vogel (L.) : 131

W

Westendorf (H.) : 178, 328

INDEX DES DISPOSITIONS

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

Il s’agit des dispositions citées dans la thèse, à l’exclusion de l’article 1352-9 du Code civil

- Avant-projet de réforme Terré, relatif au régime de l’obligation**
- art. 3 al. 2 : 24, 38, 138
- Convention européenne des droits de l’Homme :**
- art. 6§1 : 473
 - art. 11 : 473
 - art. 13 : 473
- Code civil québécois :**
- art 1699 al. 2 : 475
 - art. 1701 al.2 : 445
- Code des assurances**
- art. L.121-13 : 356
- Code civil**
- ancien art. 1184 : 53
 - ancien art. 1591 : 119
 - ancien art. 2012 : 251, 253
 - ancien art. 2315 : 429
 - art. 1102 : 471
 - art. 1104 al. 2 : 460
 - art. 1109 : 69
 - art. 1111 : 132
 - art. 1135 : 172
 - art. 1143 : 401
 - art. 1162 : 471
 - art. 1178 : 83
 - art. 1178 al. 3 : 344, 381
 - art. 1186 : 57
 - art. 1187 : 103, 348
 - art. 1194 : 172, 173
 - art. 1216-3 : 369
 - art. 1217 : 26, 381, 466
 - art. 1231-1 : 399
 - art. 1278 : 247
 - art. 1299 : 428, 430
 - art. 1302-3 : 349
 - art. 1304-2 : 73
 - art. 1319 : 288
 - art. 1328-1 : 369
 - art. 1329 : 216
 - art. 1334 : 216, 256, 303
 - art. 1341-3 : 508
 - art. 1342 al. 1^{er} : 393
 - art. 1346-4 : 214
 - art. 1347-6 al. 1^{er} : 392
 - art. 1352 : 235, 337, 339, 340, 342, 343, 344, 345, 348, 350, 355, 356, 373, 375, 381, 384, 389, 407, 434, 460
 - art. 1352-1 : 460
 - art. 1352-2 : 231, 384, 460
 - art. 1352-3 : 355, 384, 460, 489, 492
 - art. 1352-5 : 466
 - art. 1352-6 : 339, 492
 - art. 1352-7 : 183, 231, 460, 466
 - art. 1352-8 : 340, 400, 465
 - art. 1719 : 471
 - art. 1892 : 72
 - art. 1901 : 73
 - art. 2012 : 127
 - art. 2279 : 361
 - art. 2286 : 291, 494, 495
 - art. 2287-1 : 273, 278
 - art. 2288 : 393
 - art. 2289 : 124
 - art. 2292 : 92
 - art. 2293 : 116, 206
 - art. 2294 : 177
 - art. 2298 : 25
 - art. 2321 : 278
 - art. 2322 : 279
 - art. 2323 : 368
 - art. 2325 : 187
 - art. 2393 : 313, 314
 - art. 2415 : 327
 - art. 2422 : 328
 - art. 2425 : 305
 - art. 2461 : 314
 - art. 2488 : 248
- Code du commerce**
- art. L.511-5 al. 2 : 219
 - art. L.511-21 al. 8 : 218
 - art. L.622-7 : 491
- Code de la consommation**
- art. L.311-21 : 101
 - art. L.311-32 : 56
 - art. L.312-55 : 52

- art. L. 331-1 : 191

Code des procédures civiles

- art. L.531-1 : 298

**Projet de texte d'Acte uniforme portant
droit général des obligations (OHADA)**

- art. 210 al. 1 : 13

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

-A-

Accessoire :

- définition conceptuelle : 198 s., 205, 208
- définition fonctionnelle : 202 s., 206, 210
- notion : 1, 2, 4, 5, 9, 19, 24, 26, 34, 185, 195 s., 212 s., 242 s.

Action directe : 500 s.

Action en revendication : 280, 349, 356 s.

Analyse économique du droit : 19, 26, 143 s.

Ancien droit : 9 s., 198, 285

Aval : 217 s.

Avant-Projet Catala : 137, 267, 284, 293, 340

-B-

Bonne foi : 230, 383, 427, 443 s., 459 s.

-C-

Caducité :

- notion : 54, 102
- restitution : 346 s.
- rétroactivité : 56 s., 82,

Cautionnement :

- bénéfice du terme : 185 s., 523
- exceptions invocables : 24

Compensation :

- des restitutions : 490 s.
- sort de la sûreté : 427

Contrat :

- acte de prévision : 171
- effet relatif : 40, 44 s.
- protection de la partie faible : 168 s.

Contrat-cadre :

- notion : 120, 131 s.
- qualification : 127

Contrat d'application :

- absence d'obligation de restitution : 129 s.
- exécution : 122
- indépendance : 117, 129 s., 131

Contrat de prêt :

- aménagement conventionnel : 72
- bilatéralisation : 71
- ensemble contractuel : 47
- obligation de restitution : 74 s.

Contrats à exécution échelonnée : 482 s.

Contrats à exécution successive : 482 s.

Crédit-bail :

- garantie de la bonne exécution : 100 s.

-D-

Dation en paiement : 427 s.

Droit de rétention : 96 s., 492 s.

Droit des sûretés :

- caractère cyclique : 140
- crise : 17

Droit romain : 9 s., 198, 285

Droit spécial : 18, 51 s., 128, 218

Droits éventuels : 424 s.

-E-

Echanges économiques :

- complexification : 20, 258
- imbrication : 20, 40, 45 s.
- mondialisation : 19, 46

Enrichissement sans cause : 216, 234

Exception d'inexécution : 496 s.

-G-

Gage automobile : 274

Garantie indemnitaire : 288, 402 s.

Groupe de contrats :

- action directe : 507 s.
- chaîne de contrats : 47, 238
- définition conceptuelle : 47
- définition fonctionnelle : 48
- ensembles contractuels : 47 s., 238, 335

-I-

Indivisibilité :

- Code de la consommation : 51
- reconnaissance jurisprudentielle : 52
- reconnaissance législative : 51

Inexécution contractuelle : 25, 381, 422

Inexistence :

- conséquence sûreté : 273, 274, 295
- distinction nullité : 10
- droit romain : 10

In pari causa : 452 s.

-L-

Liberté contractuelle :

- volonté hypothétique : 177
- volonté réelle : 176

-M-

Monnaie :

- outil de paiement : 398
- outil d'évaluation : 397

-N-

Nemo auditur : 452 s.

Nullité :

- émergence : 10
- rétroactivité : 4, 9 s., 81, 228 s., 236 s., 343

-O-

Obligation :

- de couverture : 418 s.
- de donner : 317, 338 s., 399
- de faire : 338 s., 390 s.
- de ne pas faire : 340
- de règlement : 418

Obligation de restitution : V. Restitution

-P-

Politique juridique : 139, 192, 371

Privilège :

- définition traditionnelle : 295
- du prêteur de deniers : 296, 505
- redéfinition : 296

Projet-Terré : 23, 37, 137, 267, 284, 337, 499

-R-

Répétition de l'indu : 234, 339, 348

Report : 4

Report de la sûreté sur l'obligation de restitution :

- accueil : 22 s.

- analyse économique : 142 s.
- analyse morale : 170 s.
- contexte : 15 s.
- droit allemand : 12, 216
- droit coréen : 12, 37, 61, 63
- droit espagnol : 12, 37, 61 63
- droit luxembourgeois : 12
- maintien de la sûreté : 4, 37 s.
- notion : 4 s.
- OHADA : 12, 23

Réserve de propriété : 279 s.

Résiliation : 482 s.

Résolution :

- émergence : 10
- intérêt : 25
- résiliation : 482 s.
- rétroactivité : 77, 81, 230, 238, 310, 317, 344, 482 s.

Restitution :

- accessoires : 403 s., 454, 465, 491
- anormale : 77 s.
- clause de non-restitution : 457, 462 s.
- contrat synallagmatique inversé : 66, 105, 457, 481 s.
- définition : 6
- dépendance au rapport principal : 6, 9, 65 s.
- d'un bien : 338, 358
- en nature : 189, 338, 354, 464
- flux/reflux : 6, 65, 224, 230, 387
- fondement : 222 s.
- garantie par un tiers fautif : 404 s.
- normale : 69, 77 s.
- obligation : 6
- par équivalent : 464 s., 493
- principal : 454, 459, 463 s.
- responsabilité : 230 s., 279 s., 402
- unilatérale : 475
- variété : 65

Restitution in integrum : 10

Rétroactivité : 10, 34, 57, 224 s., 236 s., 295, 310, 450 s., 481 s.

-S-

Solidarité passive : 198, 287

Sûreté :

- critère de l'antériorité : 59 s., 89 s.
- définition : 5

- distinction garantie : 283 s.
- efficacité : 17, 19, 153 s.
- existence : 59 s., 269 s., 416 s.,
- intérêt : 352
- judiciaire : V. sûreté judiciaire
- légale : V. privilèges
- liberté contractuelle : 91 s.
- non accessoire : 17
- obligation d'information : 180 s.
- rang : 304
- sûreté créance : 327
- sûreté relation : 327
- titre exécutoire : 305
- transfert : 240 s.

Sûreté judiciaire :

- définition : 297
- hypothèque judiciaire conservatoire : 297
- report sur les restitutions : 298

Sûreté personnelle : 186, 365 s., 447

Sûreté réelle :

- bien d'autrui : 309 s.
- spécialité : 321 s.

Sûreté réelle pour autrui : 186

-T-

Technique juridique : 193

-U-

Utilité : 478 s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	III
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	V
SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION.....	1
I – Premières vues sur le report de la sûreté sur l’obligation de restitution	2
A. Eléments de définition.....	2
B. Eléments de comparaison.....	6
II- L’accueil du report de la sûreté sur l’obligation de restitution	9
A. Un contexte favorable.....	9
B. Un accueil mitigé.....	15
III- Méthode d’analyse du report de la sûreté sur l’obligation de restitution.....	19
PREMIÈRE PARTIE	21
ANALYSE THÉORIQUE DU REPORT DE SÛRETÉ.....	21
<i>TITRE I.....</i>	<i>24</i>
<i>L’ORIGINE PRÉTORTIENNE DU REPORT DE SÛRETÉ SUR L’OBLIGATION DE RESTITUTION.....</i>	<i>24</i>
CHAPITRE 1	27
« LE MAINTIEN DE LA SÛRETE »	27
SECTION 1 : LES CONDITIONS DE LA GARANTIE DES RESTITUTIONS DU PRÊT ...	29
§1. L’existence d’une obligation de restitution valable	29
A. L’identification du contrat générateur de restitution	30
1) Premier temps : la gloire de la simplicité	30

2) Deuxième temps : le temps des difficultés	33
B. La notion d’indivisibilité comme nouvelle grille de lecture	37
1) La lente reconnaissance de l’indivisibilité de l’ensemble contractuel	38
2) Les suites de l’application de l’indivisibilité	41
§2. L’existence d’une sûreté constituée antérieurement à l’anéantissement contractuel.....	44
SECTION 2 : LA STRUCTURE DE LA GARANTIE DES RESTITUTIONS DU PRÊT.....	47
§1. Les particularités du contrat de prêt.....	47
A. La classification des restitutions posée par Mme Malaurie	47
B. Le contrat de prêt, contrat de restitution	49
1) La définition du contrat de restitution.....	49
2) Les conséquences de la définition de contrat de restitution.....	52
§2. Les conséquences de la particularité du contrat de prêt.....	54
A. Le rejet de la thèse dualiste.....	54
1) Les conditions nécessaires à la reconnaissance de la thèse dualiste	55
a) L’autonomie de la restitution anormale.....	55
b) Le rapprochement entre les deux obligations de restitution	56
2) La remise en cause de la thèse dualiste	59
B. L’adhésion la théorie unitaire	60
CHAPITRE 2	65
LES FAUSSES HYPOTHESES DE « REPORT DE LA SÛRETE »	65
SECTION 1 : L’ANTÉRIORITÉ DE LA SÛRETÉ	67
§1. L’affectation initiale de la sûreté à la couverture de l’obligation de restitution	67
§2. La garantie exclusive des restitutions.....	70
A. La constitution d’une sûreté garantissant exclusivement les restitutions.....	70
1) Le cas général	70
2) La particularité de la garantie de la bonne exécution des restitutions par le vendeur en matière de crédit-bail	72
B. La garantie des restitutions par un tiers fautif.....	76
SECTION 2 : L’OBLIGATION DE RESTITUTION À GARANTIR	81
§1. Présentation de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution.....	82
A. Les faits à l’origine de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution.....	82
1) La distinction entre la « jurisprudence des contrats du droit de la distribution » et la « jurisprudence des contrats de prêt ».....	82
2) Les difficultés inhérentes aux opérations de distribution	84
B. La portée de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution	87

§2. L’exclusion de la jurisprudence des contrats du droit de la distribution de notre champ d’étude.....	89
A. L’explication fournie par le droit commun des contrats.....	89
B. L’explication fournie par le droit spécial de la distribution.....	91
1) À la recherche du principe d’indépendance perdu.....	91
2) Le principe d’indépendance retrouvé	94
CONCLUSION TITRE I.....	97
<i>TITRE II.....</i>	99
<i>LA CONSÉCRATION LÉGALE DU REPORT DE SÛRETÉ SUR L’OBLIGATION DE RESTITUTION.....</i>	99
CHAPITRE 1	101
L’ANALYSE DU REPORT DE SÛRETÉ AU REGARD DES PRINCIPES EXTRA-JURIDIQUES.....	101
SECTION 1 : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DU CRÉANCIER	103
§1. La lecture économique du contrat de sûreté	103
A. L’émergence d’une analyse économique du droit français.....	104
B. La prise en compte de l’analyse économique du droit en matière de sûreté.....	106
§2. Le principe d’efficacité de la sûreté et son application par le report de la sûreté	109
A. L’énoncé d’un principe d’efficacité de la sûreté	109
1) La notion de « sûreté efficace ».....	109
2) La qualification de principe.....	112
B. Le report de la sûreté : application du principe d’efficacité de la sûreté	114
SECTION 2 : L’ABSENCE D’AGGRAVATION DU SORT DU DONNEUR DE SÛRETÉ	116
§1. La garantie de l’obligation de restitution, prolongement de la garantie de l’obligation initiale.....	117
A. Le phénomène d’intensification du contenu obligationnel.....	117
B. L’application de « l’intensification du contenu obligationnel » à la sûreté reportée sur les restitutions.....	119
1) Position du problème	119
2) Eléments de solution.....	120
§2. Les protections accordées au donneur de garantie en phase de restitution.....	123
A. La mise en place d’une nouvelle obligation d’information : la protection exclue .	123

B.	Les protections du donneur de garanties admises.....	125
1)	Le maintien du terme de l’obligation principale en faveur de la caution.....	125
2)	La limitation de l’engagement du donneur de garantie	129
CHAPITRE 2		132
LE REPORT DE SÛRETÉ ET LES PRINCIPES JURIDIQUES GÉNÉRAUX ...		132
SECTION 1 : LA SURVIE FICTIVE DE LA SÛRETÉ		134
§1.	La définition du principe de l’accessoire des sûretés.....	134
A.	Les éléments de définition de l’accessoire	134
1)	La définition conceptuelle de l’accessoire.....	135
2)	La définition fonctionnelle de l’accessoire	137
B.	La négation du rattachement de l’article 1352-9 du Code civil et de l’accessoire ..	138
1)	Le rattachement de l’article 1352-9 du Code civil à l’accessoire	138
2)	La contestation du rattachement de l’article 1352-9 du Code civil avec l’accessoire	140
§2.	Les entorses classiques au principe de l’accessoire.....	141
SECTION 2 : LE TRANSFERT FICTIF DE LA SÛRETÉ.....		146
§1.	Le détachement de l’obligation de restitution du contrat initial	147
A.	Le fondement des restitutions.....	147
1)	Les fondements écartés.....	147
a)	Le rejet du fondement contractuel des restitutions	147
b)	Le rejet du fondement délictuel des restitutions.....	152
2)	Le fondement quasi-contractuel des restitutions	153
B.	Les conséquences du régime quasi-contractualiste des restitutions	155
§2.	Le transfert fictif de la sûreté initiale sur une obligation détachée du contrat	158
A.	La notion de transfert de la sûreté	158
1)	Le principe de transfert de la sûreté avec la créance garantie.....	158
2)	Les hypothèses de transmission de la sûreté sans la créance garantie	160
B.	Le transfert fictif de la sûreté opéré par l’article 1352-9 du Code civil.....	163
1)	L’absence de justification par le caractère accessoire de la sûreté	163
2)	L’absence de justification par la théorie de la sûreté comme objet principal du commerce juridique	165
CONCLUSION TITRE II		167

CONCLUSION PARTIE I.....	169
DEUXIÈME PARTIE.....	171
MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DU REPORT DE SÛRETÉ	171
<i>TITRE I.....</i>	<i>174</i>
<i>LE CHAMP D’APPLICATION DU REPORT DE SÛRETÉ</i>	<i>174</i>
CHAPITRE 1	176
LA DÉTERMINATION DU CHAMP D’APPLICATION QUANT À LA SÛRETÉ	176
SECTION 1 : LES SÛRETÉS CONCERNÉES PAR LA RÈGLE.....	177
§1. La nécessaire existence d’une sûreté.....	177
A. Un champ d’application limité à certaines sûretés	177
1) Le principe : l’application de l’article 1352-9 du Code civil à toutes sûretés.....	177
2) Les exceptions : exclusion de certaines sûretés du champ de l’article 1352-9 du Code civil	181
B. L’extension de l’article 1352-9 du Code civil aux garanties	189
1) La thèse défavorable à l’extension de l’article 1352-9 du Code civil aux garanties	189
2) Admission des garanties dans le champ d’application de l’article 1352-9 du Code civil	190
§2. Une sûreté « constituée pour le paiement de l’obligation principale ».....	194
A. L’application de l’article 1352-9 du Code civil aux sûretés non conventionnelles. 194	
1) L’application de l’article 1352-9 du Code civil aux sûretés légales	195
2) L’application de l’article 1352-9 du Code civil aux sûretés judiciaires.....	197
B. La condition d’antériorité de la sûreté.....	199
1) La double garantie successive	199
2) Les conséquences de l’antériorité de la sûreté.....	200
SECTION 2 : LA QUESTION DE LA VALIDITÉ DE LA SÛRETÉ RÉELLE	202
§1. L’assiette de la sûreté reportée sur l’obligation de restitution	202
A. La constitution d’une sûreté réelle sur le bien d’autrui.....	203
1) L’exposé du problème	203
2) Les justifications proposées.....	204
B. Les tentatives d’explications du report de la sûreté réelle au regard du droit des	

obligations	206
§2. La conformité de l’article 1352-9 du Code civil au regard du principe de spécialité....	208
A. Les difficultés liées au principe de spécialité	208
1) La définition du principe de spécialité.....	208
2) Les tentatives de dépassement de la difficulté.....	209
B. L’émergence d’une conception élargie du principe de spécialité	211
CHAPITRE 2	215
LA DÉTERMINATION DU CHAMP D’APPLICATION QUANT À L’OBLIGATION DE RESTITUTION	215
SECTION 1 : LA DÉTERMINATION DE L’OBLIGATION DE RESTITUTION GARANTIE.....	216
§1. La détermination de l’obligation de restitution garantie quant à son origine	216
A. Le support à l’origine de l’obligation de restitution	216
1) Les opérations à l’origine des restitutions	217
2) Les obligations à l’origine des restitutions	219
a) La restitution d’une obligation de donner ou d’une obligation de faire	219
b) L’admission progressive de la restitution des obligations de ne pas faire.....	222
B. L’institution à l’origine de l’obligation de restitution.....	223
1) Les sanctions dites classiques.....	223
2) L’extension du champ des institutions génératrices des restitutions	225
a) L’extension à la caducité.....	225
b) L’absence d’intégration de sanctions extracontractuelles	227
§2. La détermination de l’obligation de restitution quant aux parties	230
A. Les solutions rejetées : l’inversion de la sûreté	230
1) L’impossible garantie de la restitution du bien.....	231
a) Les hypothèses évincées.....	231
b) La chose cédée	232
2) La garantie de la restitution du prix	235
a) Présentation de la théorie de l’inversion de la sûreté.....	235
b) La réfutation de la théorie de l’inversion de la sûreté	237
B. La thèse retenue : l’identité des parties	240
SECTION 2 : LA COMPATIBILITÉ DES RÈGLES DES RESTITUTIONS ET DU DROIT DES SÛRETÉS	243
§1. Typologie des restitutions.....	243
A. La phase d’observation : la frontière floue entre restitutions et institutions voisines	

243	
1)	Définition des notions juridiques liées aux suites de l’anéantissement contractuel 244
2)	Les critères de distinction proposés par la doctrine 246
B.	La phase d’organisation : la restitution-rétablissement et la restitution-indemnisation 248
§2.	La compatibilité des formes de restitution avec le droit des sûretés..... 249
A.	La garantie d’une obligation de faire..... 250
1)	La réponse du droit des sûretés..... 250
2)	La réponse du droit des obligations 252
B.	La garantie d’une dette indemnitaire 255
CONCLUSION TITRE I.....	258
<i>TITRE II</i>.....	260
<i>L’APPRÉCIATION DU REPORT DE SÛRETÉ</i>.....	260
CHAPITRE 1.....	262
L’EFFICACITÉ DU REPORT DE SÛRETÉ.....	262
SECTION 1 : LA DISPARITION DE LA SÛRETÉ ANTÉRIEUREMENT AUX RESTITUTIONS.....	263
§1. La sûreté éteinte.....	263
A. L’absence de couverture de l’obligation de restitution.....	263
1) La notion d’obligation de couverture.....	264
2) L’inapplicabilité de la notion d’obligation de couverture aux restitutions.....	266
3) L’absence de droit éventuel antérieurement à l’anéantissement du contrat.....	269
B. L’impossible « renaissance légale de la sûreté ».....	270
§2. La sûreté non reportée.....	273
A. Le refus de report de la sûreté par la volonté des parties.....	273
1) Le rejet de l’argument textuel.....	274
2) L’insuffisance de l’argument <i>a contrario</i>	275
3) La question de la place de l’ordre public en droit des sûretés.....	276
B. Le refus du report de la sûreté en guise de sanction des parties.....	277
1) Détermination des hypothèses.....	277
2) La perte de l’avantage, sanction du créancier fautif.....	279

SECTION 2 : LA MODULATION DES RESTITUTIONS	281
§1. L’émergence d’un principe de modulation des restitutions.....	281
A. Les prémisses du principe de modulation des restitutions.....	282
B. La consécration du principe de modulation des restitutions.....	284
1) La consécration jurisprudentielle en demi-teinte.....	285
2) La consécration légale affirmée.....	286
§2. La mise en œuvre du principe de modulation des restitutions.....	288
A. La modulation des restitutions par les parties.....	288
B. La modulation des restitutions par le juge.....	291
1) L’application « <i>nemo auditur...</i> » et « <i>in pari causa...</i> »	291
2) La prise en compte des droits et libertés fondamentaux dans le contentieux des restitutions	293
3) La reconnaissance d’un principe général de modulation des restitutions par le juge	294
CHAPITRE 2.....	297
L’UTILITÉ DU REPORT DE SÛRETÉ	297
SECTION 1 : LE REPORT DE SÛRETÉ DANS LE CADRE D’UN RAPPORT SYNALLAGMATIQUE.....	299
§1. L’évaluation des restitutions et l’inutilité de la règle du report de sûreté.....	300
A. Détermination d’un critère.....	300
B. Les conséquences quant au report de la sûreté	304
§2. Les éléments liés à l’exécution des restitutions	305
A. La compensation en phase restitutoire.....	305
B. L’exécution des restitutions trait pour trait et ses conséquences	307
1) L’application du droit de rétention en phase restitutoire	308
2) L’application de l’exception d’inexécution en phase restitutoire	310
SECTION 2 : LE REPORT DE LA SÛRETÉ DANS LE CADRE DES GROUPES DE CONTRAT	311
§1. Le fondement de l’action directe en phase de restitution	312
A. Les tentatives de reconnaissance du groupe de contrat en phase restitutoire.....	313
B. L’impossibilité de reconnaître l’existence d’un groupe de contrats en phase restitutoire	314
§2. Le caractère légaliste de l’action directe en phase de restitution.....	316
CONCLUSION TITRE II	319

CONCLUSION PARTIE II.....	320
CONCLUSION GÉNÉRALE	321
PROPOSITIONS.....	326
BIBLIOGRAPHIE	328
I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies	328
II. Traités, manuels et cours	328
III. Thèses.....	333
IV. Mémoires.....	338
V. Etudes, projets de réformes, rapports et débats parlementaires.....	338
VI. Fascicules et encyclopédies.....	339
VII. Articles de doctrine.....	341
VIII. Notes de jurisprudence	355
IX. Références de droit étranger	369
X. Références non juridiques	371
LISTE DES AUTEURS	374
INDEX DES DISPOSITIONS.....	377
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	379
TABLE DES MATIÈRES	385

Résumé

En 1982, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence en considérant que le cautionnement initial est amené à garantir les restitutions découlant de l'anéantissement du contrat. Cette solution, des plus étonnantes, a dans un premier temps été considérée comme un épiphénomène par la doctrine. Toutefois, elle s'est maintenue et même étendue à d'autres sûretés comme l'hypothèque ou le privilège du prêteur de denier. Par l'ordonnance du 10 février 2016, une étape supplémentaire est franchie : la règle se trouve consacrée à l'article 1352-9 du Code civil.

L'analyse théorique de la règle nous apprend que celle-ci rentre en contradiction avec les principaux principes guidant notre droit des contrats et notre droit des sûretés. En effet, cette disposition opère une survie fictive de la sûreté, réalisée au mépris du principe de l'accessoire et un transfert fictif de celle-ci d'une obligation à l'autre, qui méconnaît le principe de rétroactivité de l'anéantissement du contrat. L'explication de la généralisation doit donc se trouver ailleurs, dans la politique juridique : le report de la sûreté sur l'obligation de restitution permet d'aborder une sécurité au créancier des restitutions sans aggraver le sort du garant.

Cependant, l'analyse pratique de la règle contredit cette conclusion. Le champ d'application de l'article 1352-9 du Code civil est d'abord mal défini. Dans un certain nombre de cas, la règle ne peut s'appliquer et dans les hypothèses où elle pourrait fonctionner, elle s'avère bien souvent inefficace voire même inutile.

Mots-clés : Restitution – contrat – nullité – résolution – rétroactivité – quasi-contrat – répétition de l'indu – enrichissement sans cause – accessoire – sûretés – garantie – cautionnement – hypothèque – privilèges – droit des contrats – droit des sûretés – responsabilité contractuelle – efficacité – analyse économique du droit.

Abstract

In 1982, the Court of cassation decided to extend the scope of payment guarantee to the restitutions, which are the consequences of a void contract or of the termination of contract. This solution was quite unexpected as it conflicted with two important rules of our legal system. Firstly, it goes against the retroactivity of contract cancellation. Secondly, it is opposed to the « accessory rule », which is a frame of our proprietary security interest law. In spite of these criticisms, this rule was not only introduced in the French civil Code in 2016, but also generalized at all kind of security rights.

What could explain this generalization? We show that this rule aims for the security of the creditor in the restitutory phase. In accordance with this statement, we can link this solution with the analysis of law's current trend. In other words, the article 1352-9 of French civil Code is a way of restoring the efficiency of security rights.

However, in practical application, this goal is not achieved. The article 1352-9 of French civil Code is inaccurate as the application field isn't well defined. In many cases, the rule can't be applied and in other, it is simply inefficient or useless.

Keywords : Law of restitution – contract – invalidity – termination of contract – retroactivity – quasi-contract – repetition of the undue – unjust enrichment – the accessory follows the principal – security right – guarantee – payment guarantee – mortgage – privilege – contract law – proprietary security interest – contractual liability – efficiency – economic analysis of law.