

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ



THÈSE DE DOCTORAT EN DROIT
SOUTENUE LE 6 NOVEMBRE 2014

SÛRETÉS ET BIEN CIRCULANT

CONTRIBUTION À LA RÉCEPTION
D'UNE SÛRETÉ RÉELLE GLOBALE

Yannick BLANDIN

- Directeur de thèse -

Monsieur Alain GHOZI

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

- Membres du jury -

Monsieur Jean-Jacques ANSAULT

Professeur à l'Université de Rouen

Monsieur Philippe DUPICHOT

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Antoine HONTEBEYRIE

Professeur à l'Université Evry-Val-d'Essonne

Monsieur Philippe THÉRY

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

SÛRETÉS ET BIEN CIRCULANT

CONTRIBUTION À LA RÉCEPTION
D'UNE SÛRETÉ RÉELLE GLOBALE

L'Université Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

al.	Alinéa
anc.	Ancien
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. plen.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
CA	Cour d'appel
<i>CDE</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
chron.	Chronique
C. monét. fin.	Code monétaire et financier
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Contra</i>	Opinion ou solution contraire
<i>Contrats, conc. consom.</i>	Revue Lexis-Nexis Contrats-Concurrence-Consommation
crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. trav.	Code du travail
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
<i>DH</i>	Dalloz hebdomadaire
dir.	Sous la direction de
<i>DP</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. et patrimoine</i>	Revue Lamy droit et patrimoine
éd.	Édition

Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
in	dans
<i>In fine</i>	À la fin
<i>Infra</i>	Plus bas
IR	Informations rapides
<i>J.-Cl.</i>	Encyclopédie Juris-Classeur
<i>JCP E</i>	Juris-classeur périodique, édition entreprises et affaires
<i>JCP G</i>	Juris-classeur périodique, édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-classeur périodique, édition notariale et immobilière
<i>JDI</i>	Journal de droit international « Clunet »
JO	Journal officiel de la République française
<i>Journ. not.</i>	Journal des notaires et des avocats
<i>Journ. sociétés</i>	Journal spécial des sociétés
jurisp.	Jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit cité
<i>LPA</i>	Les petites affiches
màj	Mise à jour
n°	Numéro
not.	Notamment
Obs.	Observations
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
<i>Option fin.</i>	Option finance
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Préc.	Précité
Préf.	Préface
Rappr.	À rapprocher
<i>RDA</i>	Revue de droit d'Assas
<i>RD aff. int.</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RD bancaire et bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>RD bancaire et financier</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RD imm.</i>	Revue de droit immobilier
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire commercial Dalloz
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé

<i>Rev. dr. soc.</i>	Revue de droit social
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives, civiles et commerciales
<i>RF compt.</i>	Revue française de comptabilité
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Sirey (recueil)
<i>s.</i>	suivant(s)
<i>suppl.</i>	supplément
<i>Supra</i>	Plus haut
<i>t.</i>	Tome
<i>th.</i>	Thèse
<i>UCC</i>	<i>Uniform commercial code</i>
<i>Unidroit</i>	Institut international pour l'unification du droit privé
<i>V.</i>	Voir
<i>V°</i>	Verbo
<i>Vie jud.</i>	La vie judiciaire
<i>vol.</i>	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

- PREMIÈRE PARTIE -

LE BIEN CIRCULANT ASSIETTE MARGINALE DE SÛRETÉ EN DROIT POSITIF

TITRE I - LES CAUSES DE LA MARGINALITÉ DU BIEN CIRCULANT EN ASSIETTE DE SÛRETÉ

CHAPITRE I - LA SINGULARITÉ DU BIEN CIRCULANT

CHAPITRE II - LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DES SÛRETÉS RÉELLES

TITRE II - LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION DU BIEN CIRCULANT EN ASSIETTE DE SÛRETÉ

CHAPITRE I - LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION ISSUS DE LA LOI

CHAPITRE II - LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION ISSUS DE L'INTERVENTION CONVENTIONNELLE

- SECONDE PARTIE -

LE BIEN CIRCULANT ASSIETTE D'UNE SÛRETÉ NOUVELLE DE DROIT COMMUN

TITRE I - RÉCEPTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE

CHAPITRE I - LA SÛRETÉ GLOBALE ÉRIGÉE EN SÛRETÉ NOUVELLE

CHAPITRE II - LES CARACTÈRES DE LA SÛRETÉ GLOBALE

TITRE II - RÉGIME DE LA SÛRETÉ GLOBALE

CHAPITRE I - LA CONSTITUTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE

CHAPITRE II - LES EFFETS DE LA SÛRETÉ GLOBALE

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

1. **À la découverte d'un bien nouveau, source inexploitée de financement.** Le bien circulant, catégorie générique regroupant des biens que le professionnel détruit, incorpore ou aliène et qui ont vocation à être constamment renouvelés, constitue une richesse considérable. Pour autant, son appréhension juridique demeure encore incertaine. Parfois réduit improprement à la notion de stock¹ ou encore au poste comptable des actifs circulants², il n'est pas envisagé comme une entité distincte aux caractères propres. Cette carence du droit des biens resurgit naturellement sur celui des sûretés³ tant les deux matières sont liées⁴. Partant, ce bien n'est appréhendé que de façon résiduelle par le droit des sûretés réelles, et l'édifice légal, qui ignore le plus souvent ses spécificités, le marginalise en assiette de sûreté. Pourtant, la source de crédit qu'il est susceptible de constituer par son engagement en garantie ne saurait être négligée puisqu'elle est de nature à l'ériger en un instrument majeur de financement des professionnels. C'est dire si l'étude de l'affectation du bien circulant en sûreté doit retenir l'attention.

¹Le stock, qui ne reçoit qu'une définition comptable, désigne l'« ensemble des biens, dont l'entreprise est propriétaire, qui interviennent dans son cycle d'exploitation, pour être soit consommés au premier usage soit vendus en l'état ou au terme d'un processus de fabrication » : J. ANTOINE, *Lexique thématique de la comptabilité*, De Boeck, 8^{ème} éd., 2008, V° « Stocks ».

²J. ANTOINE, *Lexique thématique de la comptabilité, op. cit.*, V° « Actifs circulants » : « Ensemble des actifs qui, en raison de leur destination ou de leur nature, n'ont pas vocation à rester durablement dans l'entreprise ».

³Conformément à une formule désormais classique, les sûretés peuvent se définir comme « l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement » : P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995, p. 234, n° 282.

⁴Le droit des sûretés réelles est, selon une formule fréquemment employée, « dans l'orbite du droit des biens ». V. D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2013, p. 287, n° 381 ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Puf, 2^{ème} éd., 2011, spéc. p. 251. Pour une analyse d'ensemble des liens entretenus entre les deux matières, v. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, Paris II, déc. 2012.

2. **Le financement du professionnel : un besoin économique.** La création d'une entreprise⁵ suppose la levée de capitaux. Il faut, avant même de dégager des profits, disposer de fonds pour financer les moyens matériels et humains nécessaires à l'activité professionnelle. L'entreprise doit acquérir les outils de production, louer les locaux d'exploitation, rémunérer les salariés... De la même façon, des capitaux sont nécessaires pour satisfaire les besoins de trésorerie⁶. Il s'agit alors, spécifiquement pour les activités de fabrication ou de commerce, de financer l'acquisition, la production, la culture ou encore l'extraction des marchandises ensuite commercialisées.

Le plus souvent, l'entreprise ne dispose pas de fonds suffisants pour s'auto-financer. Aussi a-t-elle recours à un prêteur professionnel : l'établissement de crédit⁷. Mais si celui-ci finance, il ne peut supporter le risque de l'activité de son débiteur sauf à encourir lui-même la ruine. Aussi, les crédits ne sont accordés qu'à condition que leur remboursement soit assuré ou, tout au moins, que le risque de défaillance soit jugulé. Dès lors, la situation patrimoniale de l'emprunteur est scrutée et l'octroi du financement le plus souvent subordonné à la constitution d'une garantie. De ce lien étroit, presque indissociable⁸, entre crédit et sûretés, résulte le dynamisme de la matière⁹.

⁵Nous retiendrons dans ce propos une définition économique de l'entreprise en se référant, dans une conception large, à « l'unité de décision économique qui peut prendre des formes différentes » utilisant et rémunérant « travail et capital pour produire et vendre des biens et des services sur le marché dans un but de profit et de rentabilité » : C.-D. ÉCHAUDÉMAISON (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, 5^{ème} éd., 2000, V^o « Entreprise ».

⁶J. ANTOINE, *Lexique thématique de la comptabilité*, op. cit., V^o « Trésorerie » : « Ensemble des valeurs dont l'entreprise dispose pour faire face à ses dépenses ».

⁷C. monét. et fin., art. L. 511-1 : « Les établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public [...] et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1 » (C. monét. et fin., art. L. 313-1, al. 1^{er} : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie »).

⁸G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, par P. JESTAZ, Sirey, 2^{ème} éd., 1987, p. 1, n^o 1 : les sûretés « incitent les agents économiques à consentir des crédits : un grand nombre de prêts ne seraient jamais accordés si le prêteur potentiel ne devait bénéficier d'aucune sûreté. Les sûretés sont donc le nerf des affaires [...] » ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, Montchrestien, 7^{ème} éd., par Y. PICOD, 1999, p. 8, n^o 2 : « Les sûretés présentent également un intérêt patrimonial pour le débiteur : celui-ci ne trouvera de crédit (de "confiance") auprès de contractants éventuels, que si ces derniers sont certains d'être payés à l'échéance [...] Ainsi, le crédit est fonction de la possibilité pour un créancier de bénéficier d'une sûreté [...] » ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, p. 6, n^o 3 : « Aujourd'hui, plus que jamais, la formule lapidaire "pas de crédit sans sûretés" exprime une réalité. Le crédit repose sur la confiance [...]. Cette confiance ne peut être aveugle : seules les garanties sérieuses peuvent la susciter » ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010, p. 5, n^o 5 : « Conçues pour ménager le paiement des créances qui ne sont pas réglées sitôt leur naissance ou le remboursement des prêts, les sûretés sont les filles du crédit », rajoutant qu'« il n'y a que peu ou point de crédit là où il n'y a pas ces auxiliaires précieux, voire indispensables, que sont les sûretés ».

⁹Les interventions législatives récentes illustrent ce dynamisme en droit interne. Outre la loi n^o 2007-211 du 19 février 2007 ayant institué la fiducie-sûreté, l'intervention la plus notable est évidemment l'ordonnance n^o 2006-346 du 23 mars 2006 qui a opéré une réforme profonde des sûretés réelles. Sur le plan international, le dynamisme de la matière est également retrouvé comme l'attestent les nombreuses initiatives visant à encourager l'efficacité des sûretés réelles au nombre desquelles figure le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties adopté le 14 décembre 2007 (v. J.-F. RIFFARD, *Droit des sûretés*, Lexifac Droit, 2^{ème} éd., 2012, spéc. p. 27 ; « Le Guide législatif

3. **La satisfaction du besoin économique par le recours aux sûretés personnelles : les insuffisances.** Pour fournir au créancier la confiance indispensable à son soutien, il est possible de recourir à une sûreté personnelle, mécanisme par lequel le créancier se voit reconnaître « un droit personnel contre au moins une personne autre que le débiteur principal initial »¹⁰. Toutefois, cette voie n'apparaît pas pleinement satisfaisante en matière de financement des entreprises, ainsi que l'illustre le cautionnement¹¹.

Concernant le créancier, il se voit reconnaître un droit de gage général sur le patrimoine d'un autre que le débiteur principal, ce qui devrait suffire à le rassurer. Néanmoins, la caution sera le plus souvent l'associée de l'entreprise dont la créance doit être garantie. Elle en sera également, dans l'immense majorité des cas, le gérant et en tirera ses revenus. Ainsi, lorsque la défaillance dans le règlement de la créance garantie résultera d'un état d'insolvabilité de l'entreprise, situation probablement la plus fréquente, celle-ci ne sera également plus en mesure de dégager un revenu pour ses gérants. Privés de ressources et sauf à disposer d'une richesse patrimoniale suffisante, ils ne pourront, pas plus que le débiteur principal, exécuter leur obligation. Par effet de domino, le créancier subira une succession de défaillances et l'objectif de paiement recherché ne sera pas atteint. Par ailleurs, le cautionnement, en tant que sûreté personnelle, ne confère au créancier « ni droit de suite, ni droit de préférence sur les biens de la caution »¹². Dès lors, il ne dispose que d'un rang de chirographaire sur un patrimoine supplémentaire, ceci l'exposant à être primé par des créanciers privilégiés au moment du paiement.

Du côté de l'entrepreneur, le recours à une sûreté personnelle n'est pas plus satisfaisant. Dans la majorité des cas, celui-ci souhaite éviter une confusion des

de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé », in *Le Droit des sûretés à l'épreuve des réformes* (dir. P. CROCCQ et Y. PICOD), EJT, Droit et procédures, 2006, p. 107 et s. ; « Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », Colloque de l'Université d'Auvergne, *Banque et droit* 2004, n° 97, p. 9 et s.) ou encore l'Acte uniforme portant organisation des sûretés adopté le 15 décembre 2010 par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (v. « Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA », Dossier, *Dr. et patrimoine*, nov. 2010, n° 197, p. 45 et s.).

¹⁰D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 20, n° 19. Dans le même sens, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 5, n° 2 : pour lesquels les sûretés personnelles consistent à conférer au créancier « un droit de poursuite contre une ou plusieurs personnes autres que le principal obligé [...] ».

¹¹Sur cette sûreté, v. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 365 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, op. cit., p. 23 et s. ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 2^{ème} éd., 1998, p. 27 et s. ; P. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4^{ème} éd., 2008, p. 11 et s. ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 35 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 31 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, p. 19 et s. ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, Traité de droit civil, LGDJ, 2010, p. 8 et s. ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 37 et s.

¹²H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, op. cit., p. 9, n° 4.

risques et placer ses biens personnels à l'abri des créanciers professionnels. Pour ce faire, il procède à la création d'une personne morale ou à un fractionnement de son patrimoine pour isoler les dettes de l'entreprise. La constitution d'un cautionnement contourne cette protection, puisque l'entrepreneur s'engage alors sur l'ensemble de son patrimoine. Ainsi, les initiatives légales ayant abouti au développement des formes sociétaires à responsabilité limitée¹³ ou, plus récemment, à la réception du patrimoine d'affectation par la création de l'EIRL¹⁴, ne recouvrent plus guère d'utilités¹⁵. Les créanciers de l'entreprise, sitôt écartés du patrimoine de l'entrepreneur par la forme choisie pour l'exercice de l'activité professionnelle, réapparaissent par l'effet de l'engagement en qualité de caution¹⁶. Pour contourner l'écueil, il demeure possible de recourir à une caution professionnelle¹⁷. Toutefois, le service rendu sera facturé, ce qui augmentera le coût du crédit.

4. La satisfaction du besoin économique par l'affectation en sûreté du bien circulant : les potentialités. Face aux insuffisances des sûretés personnelles, qui ont tout de même connu un « remarquable regain d'intérêt »¹⁸, le recours aux sûretés réelles sur les biens du professionnel pour faciliter les crédits

¹³Le paroxysme de ce mouvement a probablement été la réception de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) qui, de façon très fictive, permet la constitution d'une société, et ce faisant d'une personne morale, alors même qu'il n'y a qu'un seul associé. Pour une appréciation critique de l'EURL, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 21^{ème} éd., 2008, p. 476 et s.

¹⁴Sur le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (issu de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 et codifié aux articles L. 526-6 et s. du Code de commerce), v. not. Dr. et patrimoine avr. 2010, « Le patrimoine d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », Dossier, p. 54 et s. ; B. DONDERO, « L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné », *JCP G* 2010, 679, p. 1274 et s. ; V. LEGRAND, « L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable ? », *LPA* 7 oct. 2011, n° 200, p. 4 et s. ; A. LIENHARD, « Entreprise individuelle à responsabilité limitée : naissance du patrimoine d'affectation », *D.* 2010, p. 252 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Deffrénois*, art. 39134, 2010, p. 1417 et s. ; F. TERRÉ, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *JCP E* 2011, 1011, p. 43 et s. ; A.-M. LEROYER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD civ.* 2010, p. 632 et s.

¹⁵Sur l'incertitude quant à la possibilité pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée de se porter caution, sur la fraction personnelle de son patrimoine, des dettes relevant de la fraction professionnelle, v. H. SYNDET et A. GAUDEMET, « EIRL et sûretés », *LPA* 28 avr. 2011, p. 32 et s., spéc. n° 28 ; A. AYNÈS, « EIRL : La séparation des patrimoines à l'épreuve des sûretés », *RLDC* oct. 2011, p. 28 et s. ; P. THÉRY, « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deffrénois* 2011, art. 39276, p. 569 et s.

¹⁶Certes, l'engagement, notamment en qualité de caution, se restreindra le plus souvent à la garantie des crédits bancaires. Il n'en reste pas moins qu'ils constitueront souvent un endettement considérable : c'est qu'en effet, le financement d'une activité professionnelle coûte cher, bien au-delà, souvent, de ce qu'une fortune personnelle ne peut supporter.

¹⁷G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. III, LGDJ, 1958, p. 5, n° 10 : « Le banquier, au lieu de prêter une somme d'argent, prête son crédit et se fait rémunérer par le versement d'un intérêt comme s'il avait remis un capital ». Sur cette pratique, v. égal. L. AYNÈS et P. CROCCO, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 23, n° 109 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 35 et s. ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 49, n° 55.

¹⁸P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 8, n° 4. Pour une comparaison des intérêts respectifs du cautionnement et de l'hypothèque conventionnelle en matière de crédit immobilier, v. M. DAGOT, « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP N* 1986, I, p. 93 et s. ; P. LANCEREAU, « Les prêts immobiliers cautionnés », *Garç. Pal.* 1987, 2, doct., p. 687 et s. ; M. MOUILLART, « Hypothèque ou caution (de la garantie à la réassurance) », *Banque* 1989, p. 906 et s.

constitue une alternative intéressante. Ces attraits apparaissent d'ailleurs en contrepoint des défauts du cautionnement.

Puisqu'il s'agit d'engager un bien déterminé de l'entreprise, la sûreté réelle ne remet pas en cause la protection recherchée par l'entrepreneur. Par ailleurs, le créancier, qui se voit affecter la valeur d'un bien déterminé en garantie de sa créance, pourra se payer sur la chose spécialement grevée par priorité aux autres créanciers. Ce résultat découle du droit de préférence conféré par la sûreté réelle. Voilà bien ce que ne permet pas la sûreté personnelle et particulièrement le cautionnement qui, s'il est général, ne ménage pas un rang privilégié à son bénéficiaire¹⁹. L'avantage est réel tant on sait qu'il est difficile d'obtenir paiement pour le chirographaire lorsqu'un débiteur est défaillant vis-à-vis de plusieurs créanciers. C'est qu'en effet, en raison des multiples privilèges légaux, la totalité de l'actif disponible est le plus souvent absorbée avant que n'arrive le tour des créanciers de dernier rang.

Le recours aux sûretés réelles pour garantir les créances de l'entreprise s'impose d'autant plus que le professionnel possède fréquemment des biens d'une valeur importante, susceptibles de constituer une garantie efficace. Viennent immédiatement en exemple les immeubles d'exploitation ou encore les machines d'équipement. Mais à ces biens, il faut en ajouter un autre, le bien circulant.

Classiquement, l'activité professionnelle nécessite des moyens matériels pour son déroulement. Aux immeubles, qui servent aux besoins administratifs, à la commercialisation ou encore à la fabrication, s'additionnent nombre de biens, souvent meubles, qui varient selon l'activité exercée : machines de production, matériels agricoles, outils d'extraction, équipements bureautiques... La liste s'allonge et s'enrichit à chaque secteur d'activité. Qu'ils soient meubles ou immeubles, ces biens ont en commun leur vocation pérenne au sein du patrimoine du professionnel. Certes, les locaux peuvent être revendus pour en acquérir de nouveaux, les outils changés en raison de leur usure ou vétusté, mais, pour autant, ils n'ont pas vocation à circuler pour la bonne marche de l'activité. Il en va tout autrement du bien circulant qui, par nature, est en transit au sein du patrimoine de l'entreprise.

Le plus souvent, l'activité professionnelle réside en la commercialisation, l'extraction, la production de biens en tout genre. Pour ce faire, des marchandises

¹⁹H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 9, n° 4 : « Le créancier court à l'égard de la caution le même risque d'insolvabilité qu'à l'égard du débiteur principal ; en effet, le cautionnement n'est qu'une sûreté personnelle ne conférant au créancier ni droit de suite, ni droit de préférence sur les biens de la caution ».

sont acquises pour êtres détruites, incorporées ou commercialisées. Ces biens, en tant qu'individualités, n'ont pas vocation à demeurer au sein du patrimoine professionnel. Ils sont possédés par l'entreprise de quelques heures à quelques mois, uniquement pour les besoins de l'activité. Toutefois, ces biens sont destinés à être constamment remplacés par d'autres : il s'agit même d'un indice de nature à éclairer sur la bonne santé de l'activité professionnelle. Ainsi, plus le commerçant vend et plus il doit fréquemment renouveler les marchandises commercialisées ; plus l'agriculteur fournit et plus il doit intensifier ses récoltes ; plus les matières premières sont demandées et plus elles doivent être extraites.

Cette première description du bien circulant ne va pas sans rappeler un poste que l'on retrouve au sein du bilan comptable, celui des actifs circulants²⁰, qui tend à réunir les biens n'ayant aucune vocation à demeurer au sein du patrimoine. Dès lors, les points de rencontre sont nombreux et le bien circulant sera fréquemment comptablement inscrit comme un actif circulant. Pour autant, nous le montrerons, il ne saurait être réduit à cette notion comptable puisqu'il constitue une entité juridique aux caractères propres, en somme, un bien nouveau caractérisé par sa fonction. Par ailleurs, il faut immédiatement souligner que les créances de l'entreprise n'entreront pas dans le champ de la définition du bien circulant, ici envisagé comme un bien d'exploitation²¹. Elles ne seront pas acquises pour être revendues mais constitueront le fruit de l'activité et notamment de la commercialisation du bien voué à circuler. En somme, le bien qui nous occupe sera l'une des sources de ces créances²².

Au-delà, cette première vue sur le bien circulant montre la place centrale qu'il occupe au sein du patrimoine du professionnel : nécessitant une trésorerie importante dès lors qu'avant de le commercialiser il faut l'acquérir, le fabriquer, l'extraire ou encore le cultiver ce qui engendre un coût, il forme également une richesse patrimoniale considérable. Le bien circulant reçoit donc une vocation naturelle à constituer l'assiette d'une sûreté et, par là même, à s'ériger en un instrument de financement du professionnel. Pour autant, en pratique, cette

²⁰V. not. B. COLASSE et C. LESAGE, *Introduction à la comptabilité*, Economica, 10^{ème} éd., 2007, p. 140 et s. ; B. et F. GRANDGUILLOT, *Comptabilité générale*, Gualino, 10^{ème} éd., 2011, p. 35 et s.

²¹V. *infra*, n° 50.

²²Notons que les créances de l'entreprise pourront être affectées en garantie notamment par le recours à une « cession Dailly » (C. monét. fin., art. L. 313-23 et s.), mécanisme très utilisé en pratique par lequel un ensemble de créances professionnelles seront cédées à un établissement de crédit pour garantir le concours consenti. Sur cette sûreté, v. not. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 359 et s., n° 764 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, Dalloz, *op. cit.*, p. 588 et s., n° 669 et s. ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, Domat, 10^{ème} éd., 2013, p. 495 et s. ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 8^{ème} éd., 2010, p. 415 et s.

utilisation du bien demeure encore résiduelle. Cela tient, principalement, à l'existence de deux difficultés majeures.

5. **Bien circulant et affectation en sûreté : les facteurs en opposition.**

Le bien circulant, nous le détaillerons, peut être un meuble ou un immeuble, une chose corporelle ou incorporelle, fongible ou non fongible. Il ne se caractérise pas par sa nature physique mais par la fonction qu'il remplit au sein du processus d'activité de l'entreprise. Il y a ici un point d'opposition majeur avec notre droit qui, pour distinguer les biens et, par prolongement, les sûretés réelles, s'appuie invariablement sur leur nature physique²³. Partant, le bien circulant ne peut faire l'objet d'une sûreté unique proposant un régime uniforme. Son affectation en garantie ne peut que se diviser tant pour la constitution que pour le régime : l'immeuble circulant ne pourra être engagé qu'en hypothèque, le meuble corporel circulant qu'en gage²⁴. Bien évidemment, cet état du droit complexifie l'affectation en sûreté du bien envisagé, ce qui doit conduire à s'interroger sur la pertinence de la distinction invariable des biens, et au-delà des sûretés réelles, autour de la nature physique des choses. Aussi, en complément de la *summa divisio* légale entre les meubles et les immeubles, l'émergence du bien circulant ne serait-elle pas de nature à rendre opportune une distinction complémentaire des biens au regard de leur fonction ? Voici une interrogation que l'étude à venir devra approfondir.

Ce premier écueil sur le chemin de l'affectation du bien circulant en sûreté se trouve, en outre, largement renforcé par un second. La fonction du bien envisagé lui confère une nature particulière : il doit circuler. Voilà d'ailleurs pourquoi, par une locution descriptive, nous le dénommons bien circulant. C'est qu'en effet, il n'a pas vocation à demeurer durablement au sein du patrimoine du professionnel. Certes, la

²³C. civ., art. 516 : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ». Sur cette *summa divisio* légale des biens, v. not. C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. II, par P. ESMEIN, 7^{ème} éd., 1961, p. 16 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, t. III, par M. PICARD, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952, p. 67 et s. ; G. CORNU, *Les biens*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, p. 23 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. 2, Puf, 1^{ère} éd. « Quadrige », 2004, p. 1591 et s. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2013, p. 27 et s. ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, p. 36 et s.

²⁴H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 11, n° 5 : pour lesquels « les parties ne sauraient soumettre une sûreté réelle à des conditions autres que celles définies par la loi » ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 416, n° 569 : « Il est bien certain que la loi du concours place le droit des sûretés sous le signe de l'interprétation stricte et que les parties ne peuvent modifier une sûreté existante en lui enlevant un élément considéré comme fondamental ou étendre une sûreté en dehors du domaine que le législateur lui a tracé ». Cela découle de l'ordre public le plus souvent attaché aux dispositions encadrant les sûretés réelles encore que le pouvoir des volontés individuelles en la matière semble connaître un développement croissant (v. P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse, préf. M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2005, spéc. p. 417 et s.).

valeur de l'ensemble des biens circulants d'une entreprise reste stable, mais les biens envisagés individuellement quittent le patrimoine sitôt, ou presque, qu'ils l'ont intégré. Ainsi, le fabricant de mobilier aliène les produits finis et les remplace par d'autres issus de sa production. De la même façon, le producteur de pneumatiques utilise caoutchouc et adjuvants pour la fabrication du produit commercialisé et renouvelle constamment ses stocks de matières premières pour le cycle de sa production. Ce renouvellement est de l'essence du bien circulant et le contredire reviendrait à l'exclure de sa fonction.

En transparence, ce sont les prérogatives que le professionnel doit impérativement avoir sur ce bien qui émergent : puisqu'il faut pouvoir le vendre, le détruire ou l'incorporer, l'entreprise doit nécessairement le posséder au sens matériel. Il faut que la chose vouée à circuler demeure entre ses mains sans qu'une dépossession, même temporaire, ne soit envisageable. Mais, au-delà, il ne saurait lui être reproché la destruction ou l'incorporation du bien circulant et encore moins sa vente. En cette dernière hypothèse, les acquéreurs et sous-acquéreurs ne doivent pas être troublés dans leur propriété, notamment par le risque d'une éventuelle revendication. Il en va de la sécurité des affaires.

La confrontation des impératifs découlant de la fonction du bien circulant avec la conception traditionnelle des sûretés réelles éclaire les raisons de sa marginalité actuelle en assiette de garantie. De façon traditionnelle, et avant que la réforme du 23 mars 2006 n'intervienne²⁵, les sûretés conventionnelles sur les meubles imposaient la dépossession du constituant²⁶. Or, nous avons évoqué qu'il est impossible de faire l'économie d'une emprise matérielle du professionnel sur le bien voué à circuler. Au-delà, la mise en œuvre de la dépossession est également contraignante pour le créancier, qui ne dispose pas des locaux de stockage nécessaires, pas plus que des compétences de nature à mener convenablement la conservation du bien que nous envisageons.

²⁵Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Sur cette réforme, v. not. « La réforme du droit des sûretés », *D.* 2006, n° 19, dossier, p. 1289 et s. ; « La réforme des sûretés après neuf mois de pratique », *RLDA* 2007, n° 7, p. 67 et s. ; « Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *Contrats, conc. consom.* juin 2006, p. 17 et s. ; « Sûretés mobilières : du nouveau » *Dr. et patrimoine* 2007, n° 161, p. 46 et s. ; « Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés » *JCP G* 2006, suppl. au n° 20 ; P. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 2006, 124, p. 597 et s. ; G. NOTTE, « Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », art. préc., p. 603 et s. ; S. CABRILLAC, C. ALBIGÈS et C. LISANTI (dir.), *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Litec, Colloques et débats, 2007 ; Y. PICOD et P. CROCQ (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Collection Droit et Procédures, Édition juridiques et techniques, 2006.

²⁶V. E. PUTMAN, « Sur l'origine de la règle : " meubles n'ont point de suite par hypothèque" », *RTD civ.* 1994, p. 543 et s.

Outre ce premier obstacle, un second surgit. Par essence, la sûreté réelle aboutit à la création d'un droit réel sur la chose engagée au profit du créancier²⁷. Ce droit confère quelques prérogatives à son titulaire au nombre desquelles figure le droit de suite qui lui permet de revendiquer le bien engagé en quelques mains qu'il se trouve²⁸. En somme, l'affectation en sûreté malmène la disponibilité juridique du bien grevé : voilà qui est fort logique, car si le créancier est dépourvu de tout moyen d'action à la première aliénation, la sûreté devient largement inutile. Pour autant, il y a là une contradiction majeure avec la fonction du bien circulant qui, nous le savons désormais, doit demeurer pleinement disponible.

Faut-il pour autant conclure que la fonction du bien circulant est définitivement incompatible avec son affectation en sûreté, l'une étant nécessairement exclusive de l'autre ? N'existe-t-il pas quelques instruments, quelques concepts, inconnus du droit positif, ou d'ores et déjà reçus mais insuffisamment exploités en matière de sûretés réelles, de nature à concilier la fonction du bien circulant avec son affectation en garantie ? Il semble, en effet, tant à l'examen du droit interne qu'à celui de certains systèmes juridiques étrangers, que des pistes de convergence existent.

6. Bien circulant et affectation en sûreté : les pistes de convergence.

Si le droit commun des sûretés réelles conçu par les rédacteurs du Code civil de 1804 est longtemps resté figé, la réforme intervenue le 23 mars 2006²⁹ a contribué à son évolution et à sa modernisation. En premier lieu, cette réforme, généralisant l'apport de nombreux régimes spéciaux consacrés au cours du XX^{ème} siècle³⁰, a abandonné le principe traditionnel de dépossession impérative de l'assiette mobilière. Désormais, le gage de droit commun permet aux parties de laisser la possession des biens grevés au constituant³¹, l'opposabilité de la sûreté s'obtenant par son enregistrement au sein

²⁷Du moins, « si l'on veut bien définir les sûretés réelles comme celles qui confèrent un droit réel à leur titulaire » : P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patrimoine*, avr. 2001, n° 92, p. 58 et s., spéc. p. 60.

²⁸G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p. 52, n° 20 : « À la différence du droit personnel, le droit réel est assorti d'un droit de suite prolongement naturel du *jus in re*. Sous cette expression évocatrice, le titulaire d'un droit réel est investi du droit de suivre la chose sur laquelle porte son droit entre les mains des tiers qui l'auraient acquise par d'autres voies ».

²⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

³⁰Ex : Le gage automobile, les hypothèques sur engins de transport, le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement ou encore les warrants (agricoles, hôteliers, pétroliers...) (v. *infra*, n° 148).

³¹Sur le nouveau gage de droit commun issu de la réforme du 23 mars 2006, v. not. R. DAMMANN, « La réforme des sûretés réelles mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, n° 19, dossier, p. 1298 et s. ; P. CROCQ, « La réforme des sûretés réelles mobilières », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Collection Droit et Procédures, Édition juridiques et techniques, 2006, p. 17 et s. ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le gage de meubles corporels », in *Evolution*

d'un registre public³². Voilà qui laisse entrevoir la possibilité générale de l'hypothèque mobilière, ce qui serait à même, du moins sur le plan matériel, de concilier la fonction du bien voué à circuler avec son affectation en sûreté.

Outre l'abandon du principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière, les interventions légales récentes ont permis l'avènement de l'assiette fluctuante. D'abord par quelques régimes particuliers³³, puis par la réforme de 2006³⁴, le législateur a permis, lorsque les meubles engagés sont fongibles, de les renouveler alors que la sûreté est pendante³⁵. En pareille hypothèse, les biens venant en remplacement se substituent à ceux initialement grevés par le mécanisme de la subrogation réelle. Dès lors, le gage initialement constitué ne disparaît pas et le droit réel conféré au créancier bénéficiaire se reporte sur les biens de remplacement³⁶. Ce régime devra évidemment retenir notre attention : ménageant la disponibilité des biens grevés sans que les intérêts du gagiste ne soient méconnus, il aboutit au résultat recherché lorsqu'il s'agit d'engager en garantie le bien circulant.

Si la fluctuation des meubles grevés peut résulter de leur interchangeabilité objective, n'y a-t-il pas toutefois matière à généraliser le champ de l'assiette fluctuante en la détachant de la fongibilité ? La recherche d'une telle possibilité intéresse particulièrement, puisque si le bien circulant grevé doit invariablement demeurer disponible pour le professionnel et, partant, s'inscrire au sein d'une assiette fluctuante, il ne sera pas nécessairement un meuble fongible. En somme, pour le bien que nous envisageons, la fluctuation de l'assiette doit intervenir invariablement, quelle que soit la nature physique de ses composants. À cet égard, l'universalité de

des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat, Litec, 2007, p. 31 et s. ; G. NOTTE, « Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *JCP E* 2006, 158, p. 603 et s. ; P. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », art. préc., spéc. n° 19 ; L. AYNÈS, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patrimoine* juill.-août 2007, dossier, p. 48 et s. ; D. LEGEAIS, « Le gage de meubles corporels », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20, p. 12 et s. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La pluralité des régimes de gage », *RLDA* mars 2007, p. 73 et s.

³²C. civ., art. 2337, al. 1^{er} : « Le gage est opposable par la publicité qui en est faite ».

³³Ex : le warrant agricole sur choses fongibles, le warrant pétrolier (v. *infra*, n° 180).

³⁴Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

³⁵C. civ., art. 2342 : « Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes ». V. S. TORCK, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *RD bancaire et fin.* juill.-août 2006, p. 39 et s.

³⁶Voilà qui distingue l'assiette fluctuante de la substitution de garanties prévue en matière de procédures collectives, où il s'agit de remplacer une garantie par une autre, équivalente, et non pas de renouveler les composants de l'assiette d'une sûreté unique. V. C. com., art. L. 622-8, al. 3 : « Le débiteur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes » (procédure de sauvegarde) ; et art. L. 626-22, al. 3 : « Si un bien est grevé d'un privilège, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une autre garantie peut lui être substituée en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents » (procédure de redressement judiciaire).

fait³⁷ semble fournir des potentialités considérables. C'est qu'en effet, cette institution singulière, classiquement définie comme un « ensemble de biens constitutif d'un bien »³⁸, permet le renouvellement de sa composition par la subrogation réelle d'éléments successifs. Ce résultat ne saurait trop étonner : il découle de la structure de l'universalité qui, en tant qu'enveloppe juridique, ménage la disponibilité des biens qu'elle réunit³⁹ et recouvre une vocation naturelle à la fluctuation de son contenu⁴⁰. Cette fluctuation des éléments de l'ensemble n'est d'ailleurs pas remise en cause par son affectation en sûreté. Nous le verrons, le régime proposé par le nantissement de compte-titres⁴¹, compte dont la qualification en universalité n'est plus douteuse⁴², l'atteste. Dans la recherche d'une sûreté adaptée à la fonction du bien circulant, on cerne immédiatement l'intérêt de qualifier l'assiette le recevant en universalité de fait. En tant que bien, celle-ci permet de constituer l'objet déterminé du droit réel conféré par la sûreté. En tant qu'enveloppe, elle ménage la disponibilité de ses composants qui demeurent soumis à leur propre loi.

En complément du droit interne, c'est au sein de systèmes juridiques étrangers qu'il faut également chercher les instruments permettant de concilier la fonction du bien circulant avec son affectation en garantie. Confrontés aux mêmes impératifs économiques, les solutions consacrées par quelques droits étrangers fournissent des pistes intéressantes. Tout particulièrement, c'est la réception par les droits nord-américain, anglais et québécois d'une figure de sûreté dite globale qui

³⁷Pour une étude d'ensemble de la notion d'universalité de fait, v. not. N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, thèse, préf. A. GHOZI, éd. Panthéon-Assas, 2008, p. 222 et s. ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, thèse, préf. R. LIBCHABER, Fondation Varenne, 2008.

³⁸T. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Les biens*, Puf, 3^{ème} éd., 2008, spéc. p. 204, n° 133.

³⁹En ce sens, v. C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, t. I, DURAND, 4^{ème} éd., 1870, p. 30, n° 66 ; A. BELLON, *Du nantissement d'un fonds de commerce*, thèse, Paris, 1901, p. 45 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 125, n° 198.

⁴⁰J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, p. 1624, n° 724 : « Il est de la nature d'une universalité de fait de n'être pas immobile dans sa composition. Pour durer, pour vivre, elle doit s'adapter aux circonstances changeantes du dehors et, partant, changer elle-même ».

⁴¹Pour une présentation de cette sûreté, v. not. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.*, p. 361 et s. ; S. PRAICHEUX, *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. Alain GHOZI, Revue Banque, 2004, p. 243 et s. ; A. COURET et H. LE NABASQUE, *Droit financier*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012, p. 876 et s.

⁴²V. Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041, *Bull. civ.* I, n° 315, p. 217 ; D. 1999, jurispr., p. 167, note L. AYNÈS ; *JCP N* 1999, II, p. 351, obs. H. HOVASSE ; *JCP G* 1999, 10027, p. 336, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G* 1999, I, 120, n° 29, p. 524, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *JCP E* 1999, II, p. 426, note S. ROUXEL ; *RTD civ.* 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; D. 1999, jurispr., p. 633, note D. FIORINA.

doit retenir l'attention. Par la *floating charge*⁴³ ou l'hypothèque ouverte⁴⁴, il est possible d'engager des biens de toute nature physique par une sûreté unique ménageant au constituant la disponibilité matérielle et juridique des éléments grevés. Le *security interest*⁴⁵ du droit nord-américain aboutit à un résultat similaire, à cette réserve près qu'il ne peut recevoir que des meubles⁴⁶. Il y a là une source d'inspiration pour notre étude : ne serait-il pas possible de recevoir au sein de notre droit une sûreté semblable puisqu'elle semble s'accorder pleinement à la fonction et à la nature du bien voué à circuler ?

7. **Démarche de l'étude.** Au regard des difficultés soulevées, l'étude du bien circulant en assiette de sûreté doit conduire à un effort de définition et d'identification.

De définition, d'abord, dès lors que l'imprécision qui entoure encore la notion même de bien circulant doit être levée. Aussi faut-il dégager la définition de cette richesse patrimoniale des entreprises en tant que bien. Ce faisant, c'est sa singularité qui émergera et, au-delà, son autonomie par rapport aux distinctions des choses proposées par le droit positif.

D'identification, ensuite, des causes majeures d'opposition entre la fonction du bien circulant et son affectation en sûreté. Pour ce faire, l'examen de la conception traditionnelle des sûretés réelles ne se révèlera pas inutile puisqu'à de nombreux égards, elle encadre encore la matière en dépit de quelques assouplissements récents. C'est néanmoins l'examen de ces assouplissements, et notamment l'étude de l'abandon du principe de la dépossession impérative de

⁴³Sur cette sûreté du droit anglais, v. not. F. DAIGRE, « La reconnaissance en France de la "*floating charge*" sûreté couramment utilisée en Grande-Bretagne dans les relations d'affaires », *JDI* 1996, p. 381 et s. ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RD aff. int.* 1995, n° 2, p. 145 et s. ; C. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », *RD bancaire et bourse* juill.-août 1992, p. 143 et s. ; M.-F. PANPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, thèse, préf. C. WITZ, LGDJ, 2004, spéc. p. 391 et s. ; J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, thèse, préf. J. STOUFFLET, LGDJ, 1997, p. 249 et s., n° 697 et s. ; B. TESTON, « Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », *Dr. et patrimoine* juin 2001, p. 69 et s.

⁴⁴Pour une présentation de cette sûreté de droit québécois, v. not. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 251 et s., n° 703 et s. ; M. DESCHAMPS, « Le droit des sûretés au Québec », in *Repenser le droit des sûretés mobilières* (dir. M.-E. ANCEL), LGDJ, 2005, p. 73 et s., spéc. p. 77 ; D. LEGEAI, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 300, n° 412.

⁴⁵V. D. LEGEAI, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, préf. P. REMY, Economica, 1986, p. 295 et s. ; A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, thèse, préf. H. S. SCOTT, LGDJ, 1990 ; « Les techniques de sûretés sur les marchés étrangers : l'exemple américain », *Banque et droit* juill.-août 2000, p. 30 et s. ; J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 132 et s. ; B. TESTON, « Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », art. préc., spéc. p. 72 et s.

⁴⁶Encore que l'immeuble par destination sera également reçu. Sur ce point, v. D. LEGEAI, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 298, n° 407.

l'assiette mobilière ou de la refonte du principe de spécialité des biens grevés, qui révélera la possibilité de concilier les principes gouvernant les sûretés réelles avec la fonction du bien circulant.

En somme, il résultera de la définition du bien circulant et de l'identification des facteurs d'opposition avec son affectation en sûreté, la nécessité d'améliorer l'existant. Mais il émergera également que le droit actuel, notamment en raison de la refonte récente des principes qui le gouvernent, arrive à maturité pour recevoir une institution nouvelle de sûreté pleinement adaptée au bien envisagé.

Aussi, l'étude s'orientera naturellement vers une démarche prospective et il conviendra de s'intéresser non plus au droit tel qu'il est mais tel qu'il pourrait être. Pour autant, cette vision prospective n'ignorera pas le droit positif. Tout à l'inverse, il s'agira d'exploiter les instruments de généralisation du bien circulant en assiette de sûreté d'ores et déjà reçus, en les libérant, toutefois, du carcan dans lequel ils sont encore enfermés. Ce faisant, il sera proposé la réception d'une sûreté nouvelle recevant l'ensemble des biens circulants : la sûreté globale.

Si cette démarche se nourrira largement du droit positif, elle devra également conduire à exploiter les apports des systèmes juridiques construits hors de nos frontières. Le *security interest* de droit nord-américain, la *floating charge* de droit anglais ou encore l'hypothèque ouverte de droit québécois fourniront, à quelques égards, des éléments d'inspiration. Toutefois, il ne s'agira en aucun cas d'une transposition de ces modèles : d'abord parce qu'ils sont perfectibles et que leurs défauts doivent être écartés ; ensuite parce que la sûreté globale proposée devra se fondre au sein des principes régissant le droit positif, ce qui exclut le simple transport d'une institution étrangère.

8. **Plan.** Finalement, l'examen des sûretés sur le bien circulant doit constituer l'occasion de mieux cerner l'existant pour proposer son amélioration. Aussi faut-il restituer ce bien en droit positif et, par là-même, révéler sa marginalité en assiette de sûreté (Première partie). Chemin faisant, ce sont les insuffisances de l'édifice légal qui émergeront mais également de nombreuses perspectives d'amélioration. Fort des enseignements acquis, il deviendra possible de proposer l'enrichissement du droit positif par l'esquisse d'une sûreté nouvelle de droit

commun invariablement adaptée au bien voué à circuler, la sûreté globale (Seconde Partie).

- PREMIÈRE PARTIE - LE BIEN CIRCULANT ASSIETTE MARGINALE DE SÛRETÉ EN DROIT POSITIF
- SECONDE PARTIE - LE BIEN CIRCULANT ASSIETTE D'UNE SÛRETÉ NOUVELLE DE DROIT COMMUN

- PREMIÈRE PARTIE -

LE BIEN CIRCULANT ASSIETTE MARGINALE DE SÛRETÉ EN DROIT POSITIF

9. **Obstacles à l'affectation du bien circulant en sûreté.** En raison de divers facteurs, le bien circulant, richesse patrimoniale des entreprises pourtant considérable, ne constitue encore qu'un instrument résiduel de crédit par son affectation en garantie.

Le bien voué à circuler, faute d'être envisagé en une entité autonome, c'est à dire en un bien nouveau, ne peut faire l'objet d'un traitement unitaire par le droit des sûretés réelles. Si le professionnel dispose cumulativement de biens circulants meubles et immeubles, corporels et incorporels, il ne pourra les engager ensemble, par une sûreté unique, en raison de la structure légale des sûretés réelles organisée autour de la nature physique des biens grevés. Par ailleurs, la fonction du bien circulant est largement contrariée par les effets découlant traditionnellement de la création d'une sûreté réelle. Ainsi, là où pour les besoins du professionnel, ce bien doit être librement aliéné, incorporé ou encore détruit, la matière tend à immobiliser matériellement et juridiquement l'assiette de sûreté. Il en résulte de la conception classique du gage, qui impose au constituant de se dessaisir de l'assiette mobilière, mais également de l'interprétation stricte du principe de spécialité quant à l'assiette, qui aboutit à restreindre considérablement la disponibilité juridique des biens grevés.

Immanquablement, ces insuffisances de l'édifice légal conduisent à marginaliser le bien circulant en assiette de sûreté.

Toutefois, on ne saurait se contenter de considérer la fonction du bien circulant et son engagement en sûreté comme inconciliables. D'abord parce que ce bien, envisagé en assiette de sûreté, constitue une force de crédit remarquable et, partant, un instrument de nature à permettre ou faciliter le financement des entreprises qu'il faut exploiter. Ensuite parce qu'il serait inexact de présenter le droit des sûretés réelles comme invariablement contraire à la fonction du bien circulant. C'est qu'en effet, par des innovations successives, tour à tour du législateur et de la pratique, il est apparu des instruments de nature à adapter la matière aux spécificités de ce bien. Viennent en exemple les initiatives ayant permis de limiter les inconvénients classiques résultant de l'existence d'une sûreté : limitation des inconvénients matériels d'abord, par le détachement des sûretés sur les meubles de l'impératif de dépossession en faveur du créancier ; limitation des inconvénients juridiques ensuite, par la possibilité, du moins dans certaines hypothèses, de ménager la disponibilité des biens grevés en permettant leur remplacement sans que la sûreté ne disparaisse.

10. **Plan.** Ainsi, en contrepoint des causes de la marginalité du bien circulant comme assiette de sûreté (Titre I), émergent les leviers de sa généralisation en objet de garantie (Titre II).

- TITRE I - LES CAUSES DE LA MARGINALITÉ DU BIEN CIRCULANT EN ASSIETTE DE SÛRETÉ
- TITRE II - LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION DU BIEN CIRCULANT EN ASSIETTE DE SÛRETÉ

- TITRE I -

LES CAUSES DE LA MARGINALITÉ DU BIEN CIRCULANT EN ASSIETTE DE SÛRETÉ

11. **Causes principales.** Les professionnels possèdent tous, ou presque, des biens circulants. Dans tous les cas, leur fonction est identique : l'entreprise ne les détient que pour les incorporer, les détruire ou les aliéner, dans le cadre et pour les besoins de son activité. Néanmoins, la nature physique du bien circulant est variable. Selon le secteur économique envisagé, il pourra être un meuble ou un immeuble, une chose corporelle ou incorporelle, un bien fongible ou non fongible. Dépassé par cette singularité du bien voué à circuler, le droit des sûretés réelles ne parvient pas à l'appréhender de façon unitaire. Cela tient à la structure légale de la matière qui ne reçoit pas la possibilité d'une sûreté conventionnelle sur un ensemble de biens de toute nature physique. Dès lors, les régimes varient selon la nature physique du bien circulant grevé, et il est impossible, alors qu'il le faudrait pourtant, d'engager par une unique sûreté au régime uniforme, des biens circulants de toute nature.

Outre ce premier obstacle, l'affectation en sûreté du bien circulant aboutit à des conséquences inopportunes. Nous le détaillerons, ce bien doit pouvoir être librement détruit ou incorporé par le professionnel. Par ailleurs, lorsqu'il est l'objet d'une commercialisation, la sécurité des affaires commande sa libre circulation sans que les acquéreurs successifs ne soient exposés au risque d'une revendication par le créancier bénéficiaire. La conception traditionnelle des sûretés réelles, manifestant

une rigueur excessive, contredit largement ces nécessités. La dépossession de l'assiette mobilière empêche le constituant d'intervenir sur les biens engagés pour les besoins de son activité. De surcroît, la création d'un droit réel sur le bien grevé, par l'effet du droit de suite, s'oppose à ce qu'il soit librement transmis.

12. **Plan.** Ainsi, la marginalité du bien circulant en assiette de sûreté résulte principalement de deux causes : sa singularité d'abord (Chapitre I) ; la conception traditionnelle des sûretés réelles ensuite (Chapitre II).

- CHAPITRE I - LA SINGULARITÉ DU BIEN CIRCULANT

- CHAPITRE II - LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DES SÛRETÉS RÉELLES

- CHAPITRE I -

LA SINGULARITÉ DU BIEN CIRCULANT

13. **Le bien circulant envisagé en entité juridique autonome.** Le bien doit recevoir la qualification de circulant en raison de la place qu'il occupe au sein du processus d'activité du professionnel. Aussi, une chose peut emprunter cette qualification indifféremment de sa nature physique puisqu'au gré des activités économiques, le bien circulant sera tour à tour un meuble ou un immeuble, une chose corporelle ou incorporelle. Partant, ce bien ne peut se fondre dans les distinctions reçues par le droit positif dès lors qu'elles s'articulent autour de la nature physique des choses, difficulté ressurgissant en droit des sûretés réelles puisque le critère de leur distinction est identique. Aussi, le régime applicable varie selon que le bien circulant est un meuble ou un immeuble, une chose fongible ou non, un bien corporel ou incorporel. Ce faisant, aucun traitement unitaire du bien circulant assiette de sûreté n'est possible, alors même qu'il constitue une entité aux caractères propres revêtant invariablement les mêmes exigences.

14. **Plan.** En somme, l'identification du bien circulant (Section 1) montre qu'il constitue une entité juridique autonome, caractérisée par sa fonction et non par sa nature physique. En raison de cette singularité, il ne peut trouver sa place au sein du droit positif, ainsi que le révèle sa restitution au sein de la structure légale des sûretés réelles (Section 2).

SECTION 1. IDENTIFICATION DU BIEN CIRCULANT

15. **Bien circulant et actifs circulants : les identités.** Au sein du bilan comptable, l'actif regroupe deux catégories principales⁴⁷. Ainsi, trouve-t-on les actifs immobilisés, ayant vocation à une utilisation durable dans l'entreprise, et les actifs circulants⁴⁸, objets d'un renouvellement constant dans le cadre d'un cycle d'exploitation⁴⁹ et regroupant – la liste étant limitative – les stocks⁵⁰ et en-cours⁵¹, les avances et acomptes versés sur commande⁵², les créances⁵³, les valeurs mobilières de placement⁵⁴, les instruments de trésorerie⁵⁵, les disponibilités⁵⁶. À n'en pas douter, le bien circulant et actifs circulants arborent des similitudes : dans les deux cas, on désigne des biens insérés dans le cycle d'exploitation et sujets à un renouvellement constant. D'ailleurs, nombre de biens circulants sont comptablement inscrits comme actifs circulants, ainsi des matières premières destinées à être manufacturées ou encore des marchandises possédées pour être commercialisées.

16. **Bien circulant et actifs circulants : les différences.** Toutefois, le bien circulant ne saurait se résumer aux actifs circulants qui ne constituent qu'une inscription comptable. Ils ne se présentent en aucun cas comme une entité juridique

⁴⁷Conformément au Plan comptable général (PCG). Celui-ci, construit sous l'égide du Conseil national de la comptabilité fait l'objet d'un règlement n° 99-03 du 29 avril 1999 du Comité de la réglementation comptable (créé par la loi n° 98-261 du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable et adaptation du régime de la publicité foncière). L'Autorité des normes comptables, créée par l'ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009, regroupe désormais les compétences qui étaient jusqu'alors partagées entre le Conseil national de la comptabilité et le Comité de la réglementation comptable. Si le PCG n'est pas, par principe, obligatoire, des textes réglementaires y font références, l'imposant ainsi souvent aux entreprises. Il constitue en outre la normalisation comptable française de référence. Pour plus de détails, v. B. COLASSE et C. LESAGE, *Introduction à la comptabilité*, Economica, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁸Encore appelés actifs cycliques. V. not. B. COLASSE et C. LESAGE, *Introduction à la comptabilité*, *op. cit.*, p. 140 et s. ; B. et F. GRANDGUILLOT, *Comptabilité générale*, *op. cit.*, p. 35 et s.

⁴⁹Définis comme « l'ensemble des biens, dont l'entreprise est propriétaire, qui interviennent dans son cycle d'exploitation pour être soit consommés au premier usage soit vendus » : J. ANTOINE, *Lexique thématique de la comptabilité*, *op. cit.*, V° « Stocks ».

⁵⁰Identifiés par référence à une nomenclature correspondante à celle des activités et produits.

⁵¹Biens ou services en cours d'élaboration.

⁵²Sommes acquittées par les entreprises à ses fournisseurs d'exploitation avant l'exécution ou pour la réalisation partielle de commandes d'éléments du stock.

⁵³Sommes dues à l'entreprise par ses clients, son personnel, l'Etat, ses associés.

⁵⁴Titres acquis en vue de réaliser un gain à une brève échéance.

⁵⁵Conséquences financières des contrats de couverture de l'entreprise. S'ils sont assimilables à une dette potentielle, ils figureront au passif du bilan.

⁵⁶Ou liquidités, comprenant, conformément au Plan comptable général 1982, p.I.34, les espèces ou valeurs assimilables à des espèces et, d'une manière plus générale, toutes valeurs, qui en raison de leur nature, sont immédiatement convertibles en espèces pour leur montant nominal. Il s'agira ainsi des avoirs en caisse et des dépôts à vue, mais également des bons remboursables à tout moment dès leur souscription, ainsi que des dépôts bancaires à terme disponibles par anticipation. Sur ce point, v. B. COLASSE et C. LESAGE, *Introduction à la comptabilité*, *op. cit.*, p. 142.

nouvelle, tout à l'inverse du bien circulant, identifié par sa spécificité économique (§1) et son autonomie juridique (§2).

§1. La spécificité économique du bien circulant

17. **Plan.** Le bien circulant s'inscrit au coeur de l'activité économique de l'entreprise. Richesse en mouvement, le professionnel ne la possède que pour les nécessités de son cycle d'activité. Aussi, sa fonction économique le singularise, l'identifie et le caractérise en tant que bien.

Au-delà, les opérations économiques l'affectant modifient sa situation juridique dès lors qu'elles conduisent à sa destruction, son incorporation ou encore son aliénation. En tout état de cause, le bien circulant distrait doit être remplacé ; il en va de la bonne marche de l'activité du professionnel, à laquelle il participe.

Dès lors, la fonction économique du bien circulant (A) soulève invariablement le même enchaînement de conséquences : il doit être disponible et renouvelé (B).

A. Contours de la fonction économique du bien circulant

18. **Le bien circulant, apanage du professionnel.** Étant à fonction économique et s'inscrivant dans le cycle d'activité de l'entreprise, le bien circulant n'existe que dans un patrimoine professionnel⁵⁷. Il convient d'entendre par celui-là, le patrimoine se rattachant à une personne juridique dite professionnelle. Ainsi, réconcilie-t-on la proposition de « patrimoine professionnel » avec le caractère juridique principal du patrimoine dégagé par AUBRY et RAU : le lien avec la

⁵⁷M. GRIMALDI et B. REYNIS, « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Deffrénois* 1987, I, art. 33947, p. 587 et s. La situation peut se révéler confuse notamment lorsque le titulaire de biens circulants est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL issu de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010). Celui-ci revêt alors la qualité juridique de particulier et de professionnel, sur un unique patrimoine. La difficulté se trouve néanmoins contournée, le droit considérant alors que l'entrepreneur est titulaire de deux patrimoines, ce qui ne va pas sans quelques heurts avec le principe d'unité du patrimoine (v. F. TERRÉ, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », art. préc., p. 43 et s. ; A.-M. LEROYER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD civ.* 2010, p. 632 et s.). Dans cette hypothèse résiduelle, la fraction dite professionnelle du patrimoine pourra alors recevoir des biens circulants.

personnalité⁵⁸. Au-delà de cette rectification terminologique pointilleuse, peu importe que cette personne juridique soit physique ou morale.

La véritable difficulté survient à la définition du « professionnel ». Au risque d'une lapalissade, il ne saurait s'agir d'un particulier, ni d'un consommateur. Toutefois, cette opposition ne manifeste pas une grande utilité, la loi ne nous éclairant pas sur la définition qu'il convient d'en retenir⁵⁹. Par ailleurs, la notion de commerçant, certes définie par le législateur⁶⁰, ne lève pas plus les incertitudes. En effet, si tout commerçant est un professionnel, tout professionnel n'est pas nécessairement commerçant : en somme, « le professionnel est le genre, le commerçant l'espèce »⁶¹.

19. Définitions proposées du professionnel. Classiquement, le professionnel s'entend de celui qui agit « à titre de profession »⁶², celle-ci étant définie comme « l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence »⁶³. Plus particulièrement, et par opposition au consommateur, le professionnel regroupe « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats de vente ou de prestations de services, agit dans le cadre de son activité professionnelle privée ou publique »⁶⁴. Ces définitions n'apparaissent pas pleinement satisfaisantes. La première reste descriptive. Quant à la seconde, elle ne se place qu'à travers le prisme de la prohibition de certaines clauses dites abusives, lorsqu'elles interviennent dans des contrats de « ventes » ou de « prestations de services » conclus entre consommateurs et professionnels⁶⁵. Cette limitation est doublement réductrice : d'une part, le professionnel, dans ses relations avec les personnes, doit s'envisager au-delà de la simple opposition avec le consommateur ;

⁵⁸C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IX, par E. BARTIN, Librairie Marchal et Billard, 1917, § 573 : « L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Quelle que soit la variété des objets sur lesquels l'homme peut avoir des droits à exercer, quelle que soit la diversité de leur nature constitutive, ces objets, en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée, n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir juridique [...] ».

⁵⁹Pas même le Code de la consommation pour le consommateur.

⁶⁰L'article L. 121-1 du Code de commerce dispose que « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle », l'acte de commerce étant défini et précisé par les articles L. 110-1 à 4 du même code.

⁶¹J.-P. CHAZAL, *V°* « Les clauses abusives », *Rép. com.*, sept. 2002 (maj. juin 2012), n° 15.

⁶²G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT*, Puf, 10^{ème} éd., 2014, *V°* « Professionnel », sens 1, a/.

⁶³G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, *V°* « Profession », sens 1.

⁶⁴G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, *V°* « Professionnel », sens 2 (définition issue de la Directive 93/13 CEE du CCE, en date du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs).

⁶⁵C. consom., art. L. 132-1.

par ailleurs, le professionnel, dans son activité contractuelle, se confronte à un cadre bien plus étendu que celui constitué par les contrats de ventes ou de prestations de services. Une définition rigoureuse impose donc d'envisager le professionnel dans un champ plus large.

À cet égard, la jurisprudence a pu adopter une position intéressante. Au détour d'un contentieux relatif à la mention manuscrite obligatoire lors de la conclusion de cautionnements soumis au régime des articles L. 341-2 et 3 du Code de la consommation, la Cour de cassation a défini le professionnel comme « celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale »⁶⁶. Le critère ici retenu n'est plus la relation contractuelle consommateur-professionnel mais les conditions de naissance de la créance garantie. Il en résulte une définition moins étroite et partant plus fidèle.

Toujours dans la recherche d'une définition du professionnel détachée des seules relations avec le consommateur, le droit des entreprises en difficulté propose également une approche intéressante. Ainsi, les procédures collectives bénéficient à « toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »⁶⁷. Cette largeur de champ est opportune dès lors qu'elle permet d'inclure l'ensemble des entreprises, quel que soit leur secteur d'activité ou leur forme juridique d'exploitation.

20. **Définition retenue du professionnel.** À l'aune de ses différentes définitions, une nouvelle peut être proposée, combinant les apports de chacune. Dès lors, le professionnel, au sens de celui titulaire de biens circulants, sera toute personne, physique ou morale, exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou encore indépendante comprenant les professions libérales ; et, plus généralement, tout autre personne agissant dans l'exercice ou pour les besoins de sa profession

⁶⁶Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910, *Bull. civ.* I, n° 173 ; *D.* 2009, p. 2032, note X. DELPECH ; *RTD civ.* 2009, p. 758, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 2009, n° 35, 1776, p. 13, obs. D. LEGEAIS. Plus généralement, S. PIEDELIÈVRE, « La notion de créancier professionnel en matière de contrat de cautionnement », *D.* 2009, p. 2198 et s.

⁶⁷Conformément aux articles L. 620-2 alinéa 1 (pour la sauvegarde), L. 631-2 (pour le redressement judiciaire) et L. 640-2 (pour la liquidation judiciaire) du Code de commerce.

entendue comme l'activité habituellement exercée pour se procurer les ressources nécessaires à son existence, que celle-ci soit à titre principal ou non.

21. **Plan.** Le professionnel au sens de celui titulaire du bien circulant défini, le propos peut à présent s'intéresser aux contours de sa fonction. En tout état de cause inséré dans le cycle d'exploitation⁶⁸, le bien envisagé intégrera, pour l'essentiel, le processus de commercialisation (I) ou de production⁶⁹ (II).

I. Le bien circulant inséré dans le processus de commercialisation

22. **Secteurs économiques concernés.** Le processus de commercialisation doit s'entendre, de manière large, comme l'ensemble des opérations de mise en vente d'un bien ou d'un service⁷⁰.

L'entreprise, notamment lorsqu'elle pratique une activité commerciale, va, dans le cadre de son cycle d'exploitation, posséder des biens en nombre, dans le but unique de les revendre marge faite. Concrètement, cela renvoie aux importateurs, aux exportateurs, aux distributeurs allant de la centrale d'achat aux détaillants, ou encore, aux producteurs commercialisant en direct. En somme, la situation concerne une part non négligeable des entreprises du secteur secondaire⁷¹.

Les entreprises du secteur primaire⁷² sont également régulièrement titulaires de biens circulants. Ainsi en va-t-il du céréalier de la Beauce ou encore du viticulteur du Bordelais. Les récoltes ne s'ancrent pas durablement dans le patrimoine de l'agriculteur et sont destinées à une revente à court terme⁷³. Le cycle d'exploitation, si les éléments changent, fonctionne à l'identique en matière d'élevage : le croît du troupeau se commercialise à court terme. Les activités d'exploitation de ressources

⁶⁸Se définissant comme l'ensemble des opérations réalisées, de l'achat à la vente du produit, dans le but de réaliser des bénéfices, ou, plus globalement comme, « la période qui s'écoule entre l'achat de matières premières ou de marchandises et l'encaissement de la vente des produits fabriqués ou des marchandises » : Y. DE LA VILLEGUERIN (dir), *Dictionnaire comptable et financier*, Groupe Revue Fiduciaire, 10^{ème} éd., 2010, V^o « Cycle d'exploitation ».

⁶⁹Le processus de production s'entend de « l'ensemble des étapes et des procédures pour la fabrication d'un bien ou d'un service » : M. LAKEHAL, *Dictionnaire d'économie contemporaine*, Vuibert, 3^{ème} éd., 2002, V^o « Processus de production ».

⁷⁰V. M. LAKEHAL, *Dictionnaire d'économie contemporaine, op. cit.*, V^o « Commercialisation ».

⁷¹Secteur regroupant « l'ensemble des activités économiques visant à transformer des matières premières en produits élaborés » : P. BEZBAKH et S. GHERARDI, *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, 2011, V^o « Secteur secondaire ».

⁷²Ce secteur recouvrant « l'ensemble des activités économiques fondées sur l'exploitation d'une ressource naturelle avant toute transformation » : P. BEZBAKH et S. GHERARDI, *Dictionnaire de l'économie, op. cit.*, V^o « Secteur primaire ».

⁷³Les cultures sont même parfois vendues sur pieds, c'est à dire avant récolte.

naturelles s'inscrivent encore dans un schéma similaire, les richesses extraites n'étant présentes dans le patrimoine du professionnel que pour les besoins et pendant le temps de leur commercialisation.

23. **Identité de fonction.** Ainsi, que l'on se situe dans un cycle d'achat pour revente, ou de production pour commercialisation, les biens entrant dans ce cycle répondent de la même fonction. En transit dans le patrimoine, leur présence permet le développement ou pour le moins la perpétuation de l'activité lucrative, qui le devient précisément par la rotation des biens circulants.

Élément du processus de commercialisation, le bien circulant peut également en intégrer un autre, celui de production.

II. Le bien circulant utilisé dans le processus de production

24. **Hypothèses principales.** Cette situation, probablement aussi fréquente que la précédente, recouvre deux hypothèses principales : celle des matières premières et celle des produits manufacturés.

25. **Matières premières.** Le bien circulant acquis, extrait ou cultivé, constitue souvent une matière première. Les exemples ne manquent pas, au nombre desquels nous pouvons citer le producteur de sucre achetant des récoltes de betteraves, ou encore le fabricant de meubles s'approvisionnant en pins. Dans ces cas, la matière première est consommée ou manufacturée pour les besoins de la production.

26. **Produits manufacturés.** Il est d'autres situations où les biens circulants sont des produits déjà manufacturés, mais ont vocation à être incorporés, permettant ainsi la création d'un produit fini finalement commercialisé. L'industrie des nouvelles technologies nous en donne de nombreux exemples. Ainsi en est-il d'un smartphone, d'une télévision, ou encore d'un ordinateur portable. Constitué d'un assemblage de composants manufacturés, l'ensemble forme le produit fini et les différents composants disparaissent, intégrés dans un tout, constitutif du bien objet de la commercialisation.

27. **Identité de conséquences.** Que le bien circulant soit une matière première ou un produit manufacturé, et au-delà, qu'il soit inséré dans le processus de commercialisation ou de production, sa fonction économique aboutit invariablement aux mêmes conséquences.

B. Conséquences de la fonction économique du bien circulant : disponibilité et renouvellement

28. **Plan.** Utilisé ou transmis à court terme, le bien circulant doit être disponible pour remplir sa fonction. Si cette disponibilité s'entend dans sa dimension matérielle⁷⁴, dès lors que le professionnel doit matériellement modifier ou transmettre le bien circulant, sa dimension juridique (I) ne saurait être ignorée.

Par essence, les biens circulants se succèdent au sein du patrimoine du professionnel. Cela tient à la continuation du cycle d'exploitation et impose un renouvellement fréquent (II).

I. La disponibilité nécessaire du bien circulant

29. **Typologies des actes entrepris.** L'activité économique exige une liberté complète sur le bien circulant⁷⁵. C'est qu'en effet, au gré de l'activité concernée, il fera l'objet d'actes de transformation ou de transmission.

30. **Actes de transformation.** L'acte de transformation, locution descriptive de l'utilisation économique du bien circulant, désigne l'ensemble des modifications matérielles l'affectant. Concrètement, cette transformation, constitutive d'un acte de disposition, recouvrera deux modalités principales : la transformation par utilisation ou la transformation par incorporation. Ainsi en va-t-il d'un stock de carburant consommé pour les besoins de la production, ou encore de cartes à puces, incorporées au sein d'un ordinateur. Dans la même idée, le bien

⁷⁴Ceci est particulièrement vrai lorsque le bien circulant est partie prenante du processus de fabrication.

⁷⁵Matérielle et juridique.

circulant peut être modifié alors qu'il est manufacturé⁷⁶, ou encore détruit, pour les besoins de la production⁷⁷.

En tout état de cause, ces actes de transformation constituent une intervention fondamentale sur le bien puisqu'il disparaît juridiquement⁷⁸. Le corollaire nécessaire de ces opérations, réside en une propriété libre de tout obstacle, celle-ci ne devant être affectée d'aucun démembrement, ni grevée d'aucun droit concurrent. Si le démembrement de propriété n'appelle pas plus d'observations, l'hypothèse d'un bien circulant incorporé ou détruit, dont la propriété est postérieurement revendiquée par un tiers⁷⁹, doit être développée.

Cette situation, loin de constituer un cas d'école, a connu un développement corrélatif à celui des propriétés-sûretés. En effet, il est de pratique courante d'aménager le transfert de la propriété, le vendeur se la réservant jusqu'à complet paiement. Dans une telle hypothèse, le créancier reste libre de revendiquer sa propriété sur l'objet de la vente en cas de défaillance du débiteur. La difficulté se manifeste lorsqu'avant défaillance le bien a été détruit ou incorporé. Si le bien a été détruit, il disparaît juridiquement, son existence s'évanouissant avec sa réalité matérielle. Il ne peut être revendiqué sauf à ce que la disparition, accidentelle, donne lieu à une indemnité d'assurance⁸⁰. En ce cas, celle-ci se subroge au bien et intègre le patrimoine du propriétaire qui peut en demander restitution. Cette situation demeure toutefois marginale, le bien circulant étant détruit par l'effet de la volonté⁸¹ et non par accident. Dans l'hypothèse d'une incorporation du bien, ce dernier n'existe plus en nature. Il ne peut alors être revendiqué⁸², sauf à ce qu'il soit récupéré sans dommages pour le bien siège de son incorporation⁸³.

L'exemple montre que seule la transmission sans réserve de la propriété s'adapte à la fonction du bien circulant. À défaut, la situation semble défavorable tant pour le vendeur, qui risque de ne pouvoir revendiquer son bien, que pour l'acquéreur, qui encourt une restitution forcée. Satisfaire à une telle obligation n'ira

⁷⁶Ex : des ressources de cuivre manufacturées en canalisations.

⁷⁷Ex : des matières premières consommables (pétrole, charbon, adjuvants...).

⁷⁸Par sa destruction suite à sa consommation ou par son incorporation dans un bien nouveau.

⁷⁹L'hypothèse la plus courante réside dans une aliénation de biens circulants assortie d'une clause de réserve de propriété.

⁸⁰En ce sens, Cass. com., 22 avr. 1997, n° 03-10.114, *Bull. civ.* IV, n° 103, p. 89. Solution codifiée à l'article 2372 du Code civil.

⁸¹En raison de leur intégration et leur fonction dans le cycle d'exploitation.

⁸²En ce sens, Cass. com., 2 mars 1999, n° 95.18-643, *Bull. civ.* IV, n° 50, p. 41. Solution codifiée à l'article 2370 du Code civil.

⁸³En ce sens, Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-17.585, *Bull. civ.* IV, n° 48, p. 48. Solution codifiée à l'article 2370 du Code civil.

pas sans désagréments pour le cours normal de son d'activité⁸⁴. L'opposition entre la fonction du bien et le transfert différé de sa propriété se retrouve plus largement, comme il le sera détaillé⁸⁵, pour l'ensemble des cas où le bien circulant constitue l'assiette d'une sûreté, ceci en raison de la création d'un droit réel de garantie.

31. **Actes de transmission.** Outre sa transformation, le bien circulant fera souvent l'objet d'actes de transmission⁸⁶, dès lors qu'en raison de sa fonction, il est fréquemment acquis pour revendre. Il conviendra donc qu'il puisse être librement vendu, l'acquéreur, qu'il soit d'ailleurs le consommateur final ou un professionnel, ne pouvant se satisfaire que d'un droit absolu, proposition qu'il convient d'explicitier.

Le bien circulant s'inscrivant au sein d'une chaîne économique, il est souvent transmis et modifié à plusieurs reprises. Aussi, la possession paisible de la chose doit être assurée aux propriétaires successifs et il apparaît inconcevable, ou pour le moins contre-productif, qu'un tiers se manifeste et revendique un droit alors que le bien a été transmis ou transformé⁸⁷. À défaut, la sécurité des affaires s'en trouve affaiblie. Il s'agira donc, pour les acteurs économiques, de s'assurer et d'assurer la disponibilité absolue du bien circulant. Pour des raisons identiques, et quand bien même le droit concurrent⁸⁸ serait porté à la connaissance de l'acquéreur⁸⁹, la fonction et les exigences économiques du bien circulant s'opposent à l'existence d'un droit concurrent l'affectant. Se dessinent d'ores et déjà les difficultés – que nous ne manquerons pas d'approfondir – d'une utilisation du bien envisagé comme instrument de garantie, ce qui implique précisément la création d'un droit réel de garantie sur la chose grevée en sus de celui de propriété.

⁸⁴Il faudra alors démonter le produit fini, puis de nouveau le manufacturer.

⁸⁵V. *infra*, n° 115 et s.

⁸⁶En accord avec la réalité économique du bien, les transmissions à titre gratuit ne seront pas envisagées dès lors qu'elles ne s'ancrent pas dans le cycle normal d'exploitation. Il en va de même pour la transmission d'entreprise, qui, si elle constitue une cession à titre onéreux, opère la transmission universelle du patrimoine et non une aliénation particulière de biens circulants.

⁸⁷Notons, d'ailleurs, que la revendication du droit par le tiers se trouvera largement contrariée lorsque le bien circulant aura été détruit ou incorporé pour les besoins de la production.

⁸⁸Ex: un droit d'usufruit dans le cadre d'une propriété démembrée ; un droit réel accessoire découlant de l'affectation du bien en garantie.

⁸⁹Ce qui exclut le jeu de la garantie d'éviction de l'article 1626 du Code civil.

II. Le renouvellement du bien circulant

32. **Nécessité du renouvellement.** Le renouvellement du bien circulant est consubstantiel à l'activité du professionnel. La récolte de l'année en cours vient en remplacement de celle de l'année précédente ; les matières premières sont reconstituées au fil de leur utilisation dans le processus de production ; les produits finis sont remplacés par d'autres au fur et à mesure de leur aliénation⁹⁰. Invariable donc, sauf à ce que le professionnel cesse son activité, le renouvellement du bien circulant peut néanmoins emprunter différentes modalités.

33. **Modalités du renouvellement.** En premier lieu, les biens circulants se succédant au sein du patrimoine peuvent être en tous points identiques. Le renouvellement se produit alors par la substitution de choses fongibles⁹¹ ou de choses consommables⁹². En pratique, il s'agit probablement de la situation la plus fréquente⁹³, notamment rencontrée en présence d'un stock de matières premières⁹⁴, de denrées alimentaires⁹⁵, de biens d'ameublement ou encore de prêt-à-porter.

Toutefois, l'activité économique du professionnel peut également le conduire à renouveler ses biens circulants par d'autres non identiques, mais seulement semblables. L'hypothèse est récurrente en matière de produits informatiques : le

⁹⁰Cet état de fait soulève une incertitude en terme de qualification : s'agit-il d'une fluctuation d'éléments au sein d'une enveloppe juridique unique ou d'une succession patrimoniale de biens différents ? La première proposition renvoie évidemment à la notion d'universalité de fait. S'il est envisageable que des universalités de fait soient des biens circulants, ou même, que des ensembles de biens circulants constituent une universalité de fait, celle-ci n'est pas automatiquement constituée en raison du seul renouvellement (sur les critères de qualification de l'universalité de fait, v. *infra*, n° 205). Toutefois, la qualification de l'assiette d'une sûreté sur biens circulants en universalité de fait devra être approfondie, dès lors qu'elle constitue l'un des leviers de conciliation entre les exigences du bien voué à circuler et le droit des sûretés réelles (v. *infra*, n° 210 et n° 255 et s.).

⁹¹P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consommabilité et la fongibilité », *RTD civ.* 1945, p. 75 et s. ; pour une étude plus récente, A. LAUDE, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 307 et s.

⁹²Ces deux catégories de biens, évoquées par le Code civil (article 1291 pour les choses fongibles et 587 pour les choses consommables), ont été définies par la doctrine. Sont fongibles les choses qui, n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement (v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V° « Fongible »). Les choses consommables regroupent, quant à elles, celles qu'on ne peut utiliser sans les aliéner ou les détruire au premier usage (v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V° « Chose », sens 1, « Consommable »). Le plus souvent, les choses qui sont consommables par le premier usage sont en même temps fongibles entre elles. Aussi beaucoup d'auteurs confondent-ils les deux distinctions, et certains Codes étrangers ont fait de même (v. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, t. III, par M. PICARD, *op. cit.*, p. 64, n° 60). Néanmoins, il échet de constater que si les choses consommables seront fréquemment fongibles, tel ne sera pas toujours le cas (ex : un grand vin à la datation ancienne est un corps certain consommable). Inversement, de nombreux biens fongibles n'en seront pas pour autant consommables (ex : un ouvrage littéraire produit et publié en série). Autre différence significative, si la qualification de fongible d'un bien peut être retenue ou refusée par la volonté individuelle (Cass. req., 30 mars 1926, *DH* 1926, p. 217 ; *Garç. Pal.* 1926, II, p. 51), tel n'est pas le cas de la qualification de consommable.

⁹³Notons qu'un professionnel aux activités diversifiées, se trouvera titulaire de différents stocks de marchandises consommables ou fongibles au sein de chaque stock, l'ensemble constituant tout ou partie de ses biens circulants.

⁹⁴Ex : du pétrole, du cuivre.

⁹⁵Ex : une récolte de blé, de maïs ou encore de melon.

nouveau modèle commercialisé recouvre des qualités et caractéristiques proches de celles du modèle précédent, sans pour autant lui être parfaitement identique.

Enfin, le renouvellement pourra être détaché de toute idée de similarité en nature, les biens circulants successifs n'entretenant qu'une identité de valeur. Un exemple permet de fixer le propos. Voici un importateur qui acquiert un stock de prêt-à-porter d'une valeur de 100000 euros pour les besoins d'un distributeur. Par la suite, et pour un autre distributeur, il importe un stock d'appareils électroménagers, également d'une valeur de 100000 euros. En ce cas, les biens sont invariablement achetés pour être revendus : ils constituent immanquablement des biens circulants. Néanmoins, les biens successifs n'entretiennent aucune identité objective entre eux⁹⁶.

34. **Maintien de la richesse par le renouvellement.** Par cette présentation du renouvellement du bien circulant, c'est la place qu'il occupe au sein du patrimoine de l'entreprise qui est mise en lumière. Si la rotation s'opère parfois par des biens successifs aux qualités naturelles hétéroclites, la valeur patrimoniale qu'ils constituent demeure stable. Ce faisant, les biens circulants se présentent comme une richesse constante du professionnel, de nature à permettre la sécurisation du crédit.

§2. L'autonomie juridique du bien circulant

35. **Plan.** Le bien circulant est caractérisé par sa fonction. Aussi, sa nature physique apparaît indifférente : un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel peut recevoir la qualification de circulant. Voilà qui le rend inconciliable avec les distinctions existantes en droit des biens (A), cette autonomie révélant la nécessité de dégager une distinction nouvelle, fondée sur la fonction économique des biens (B).

⁹⁶Cette hypothèse intéresse surtout les intermédiaires de commerce, tels que les importateurs et exportateurs.

A. Le bien circulant inconciliable avec les distinctions existantes en droit des biens

36. **Distinctions fondées sur la nature physique.** Il est de la nature même du droit, et au-delà du juriste, d'ordonner. C'est en distinguant les objets de droit que l'on peut déterminer des catégories juridiques auxquelles sera attaché un régime spécifique. Mais pour toute distinction, il est nécessaire d'adopter un critère. Concernant les biens, le législateur a, de longue date, retenu celui de la nature physique des choses.

37. **Plan.** En tant que bien nouveau, le bien circulant doit être confronté aux distinctions légales existantes, qu'il s'agisse d'ailleurs de la principale (I) ou des secondaires (II).

I. Confrontation du bien circulant à la distinction principale des biens

38. **Présentation de la *summa divisio*.** En droit positif, la distinction principale des biens découle de leur fixité. Ainsi, l'immeuble⁹⁷ s'entend du bien qui par sa nature ne peut être déplacé, le meuble⁹⁸, quant à lui, le pouvant. Si cette opposition retenue par le Code civil constitue la division fondamentale de notre droit, elle n'a pas toujours formé l'étalon de référence. Le droit romain, bien que la connaissant en des termes proches⁹⁹, ne lui conférait que peu d'intérêt lui préférant la distinction entre les choses susceptibles d'appropriation individuelle et celles hors de pareille appropriation¹⁰⁰, ou encore, la distinction séparant les choses corporelles de celles incorporelles¹⁰¹. C'est par l'ancien droit, et particulièrement l'ancien droit coutumier, que cette division a connu son essor, probablement impulsé par des considérations économiques¹⁰². Le Code Napoléon a finalement érigé cette

⁹⁷Du latin *immobilis* signifiant immobile.

⁹⁸Du latin *mobilis*, contraction de *movibilis* signifiant susceptible d'être mû.

⁹⁹Les immeubles recouvraient le sol et ce qui y repose directement ou indirectement. Ceci correspond aux immeubles par nature du droit actuel. Les meubles constituaient une catégorie d'exclusion, tous les biens non immeubles étant considérés comme des meubles.

¹⁰⁰V. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 290 et s. ; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Puf, 1^{ère} éd., 1989, p. 89, n° 75.

¹⁰¹V. *infra*, n° 44.

¹⁰²À cette époque, la terre constituait le coeur de la puissance économique de la France. Sur la genèse de la distinction meubles et immeubles en tant que *summa divisio*, v. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, spéc. p. 90 et s. : pour lequel cette division devient la plus importante et la mieux établie dès le XIII^{ème} siècle.

distinction en *summa divisio*, énonçant que « tous les biens sont meubles ou immeubles »¹⁰³.

Précisant le principe fermement ancré¹⁰⁴, le Code civil précise que les biens sont meubles ou immeubles par « leur nature »¹⁰⁵. La fixité ou la mobilité sont expressément érigées comme critères de distinction, dès lors que les meubles par nature se définissent comme ceux pouvant « se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère »¹⁰⁶.

39. **Insuffisances de la *summa divisio*.** Hier comme aujourd'hui, la pertinence de la distinction légale des biens entre ceux immeubles et ceux ne l'étant pas a été contestée. Au XIX^{ème} siècle, déjà, on lui reprochait d'être fondée sur une économie terrienne disparue – celle de l'ancien régime – ceci ne pouvant qu'aboutir à une césure entre le droit et la réalité sociétale¹⁰⁷. À une époque plus récente, elle a pu être qualifiée d'inutile¹⁰⁸, ou jugée sur le déclin¹⁰⁹, en raison des rapprochements du régime des meubles et des immeubles¹¹⁰. C'est qu'en réalité, la *summa divisio* peine à appréhender certains biens en raison d'insuffisances qu'illustre le bien circulant.

40. **Première insuffisance.** Le bien circulant ne peut se fondre au sein de la division, puisqu'il peut être meuble ou immeuble. Évidemment, un bien envisagé dans son individualité ne saurait être, à la fois et dans le même temps, l'un et l'autre. Il sera l'un ou l'autre. Cependant, au gré des diverses activités économiques des professionnels, ceux-ci pourront être titulaires de biens circulants mobiliers ou

¹⁰³C. civ., art. 516.

¹⁰⁴Le groupe de travail, constitué par l'association Henri CAPITANT et dirigé par le Professeur Hugues PÉRINET-MARQUET, chargé de réfléchir à ce que pourrait être une réforme du droit des biens, ne remet d'ailleurs pas cette division en cause, la réaffirmant même dans les termes du Code civil, à l'article 526 de l'avant-projet de réforme présenté en 2008. L'avant-projet est consultable à l'adresse suivante : http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf.

¹⁰⁵C. civ., art. 517 et art. 527.

¹⁰⁶C. civ., art. 528.

¹⁰⁷E. ACOLLAS, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*, 2^{ème} éd., Paris Guillaume et C^e éditeurs, 1866, spéc. p. 50 ; R. DE LA GRASSERIE, *Mémoire sur la distinction des biens en meubles et immeubles*, Paris Impr. Nat., 1896, spéc. p. 23.

¹⁰⁸R. LIBCHABER, *V^o « Biens », Rép. civ.*, sept. 2009 (maj sept. 2011), spéc. n^o 126 : « Telle est peut-être la critique la plus décisive que l'on puisse adresser à la distinction des meubles et des immeubles : plutôt que nocive ou simplement archaïque, elle est bien davantage inutile ».

¹⁰⁹C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, th. préc., spéc. p. 590, n^o 590.

¹¹⁰En ce sens, R. LIBCHABER, *V^o « Biens », art. préc.*, spéc. n^o 125 : « On le voit, la protection immobilière est bien moins importante qu'elle ne le fut autrefois, et bien d'autres objets sont aujourd'hui le siège d'une certaine protection, par des voies qui s'apparentent souvent à celles qui se sont d'abord appliquées à l'immeuble. D'où l'on pourrait être tenté de penser que, sinon de façon taxinomique, la distinction des biens en meubles et immeubles a vécu : elle survit, mais ne donne pas lieu à des différences de régime qui soient profondes ou spécifiques ; en tout cas, l'écart entre les biens protégés et ceux qui ne le sont pas ne relève plus du caractère mobilier ou immobilier ».

immobiliers. Concrètement, le bien circulant sera par priorité un meuble : il est plus courant de rencontrer un stock de blé ou de matériels électroniques, qu'un stock de terrains à bâtir¹¹¹. Pour autant, l'hypothèse ne peut être exclue et si les biens circulants, dans leur réalité physique, seront meubles ou immeubles, le bien circulant, envisagé en bien nouveau, ne sera exclusivement ni l'un ni l'autre. Dès lors, il transcende cette classification des biens et montre ses limites puisqu'il existe des éléments du patrimoine ne pouvant se fondre dans l'organisation générale binaire proposée. En creux, cette insuffisance en révèle deux autres : d'une part, l'absence de prise en compte par la *summa divisio* de l'évolution de la valeur des biens, et d'autre part, de la fonction des biens.

41. **Deuxième insuffisance.** La fortune mobilière a connu un essor considérable¹¹², démontrant la valeur des meubles qu'ils soient d'ailleurs corporels¹¹³ ou incorporels¹¹⁴. Le bien circulant illustre parfaitement cette évolution : le patrimoine mobilier des entreprises, lorsque leur activité nécessite des stocks importants, constitue une richesse largement supérieure à celle formée par leurs biens immobiliers. Cette réalité rend la *summa divisio* passablement archaïque dès lors qu'elle repose sur le postulat contestable d'une valeur nécessairement supérieure des immeubles¹¹⁵.

42. **Troisième insuffisance.** Outre les insuffisances déjà soulevées, la distinction légale entre les meubles et les immeubles ne prend pas en compte la fonction des biens. Le Code civil n'envisage pas différemment le bien d'un particulier, s'ancrant de façon stable au sein du patrimoine, et celui de l'entreprise, partie prenante de son cycle d'exploitation. À la marge, quelques dispositions forment l'exception, ainsi notamment de l'article 524 du Code civil proposant que « les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et

¹¹¹Ex : un entrepreneur commercialisant des lots de parcelles pour la construction de maisons à usage d'habitation, ces lots se renouvelant dans le cadre de son activité économique.

¹¹²Si le mouvement est unanimement souligné à l'époque moderne, il a été identifié dès le milieu du XIX^{ème} siècle. Pour une illustration, v. P. ROSSI, « Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société », *Revue de Législation et de Jurisprudence*, 1840, t. II, p. 6 et s., spéc. p. 23.

¹¹³Ex : Tableaux de maîtres, bijoux, mais encore, dans la sphère industrielle, stocks de matières premières.

¹¹⁴Ex : Brevets d'inventions, titres boursiers.

¹¹⁵*Res mobilis res vilis*, l'ancien droit qualifiant ainsi les meubles de choses viles, c'est à dire dénués de valeur significative.

l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination »¹¹⁶. Ainsi en va-t-il des animaux attachés à la culture¹¹⁷, montrant une volonté d'unifier le régime juridique à l'aune de la fonction du bien par le biais d'une fiction : la destination de la loi. Toutefois, cette tentative ne suffit pas à rendre compte de la spécificité de certains biens, notamment lorsqu'ils sont circulants.

L'insuffisance se retrouve à l'identique si l'on confronte le bien voué à circuler aux distinctions secondaires des biens.

II. Confrontation du bien circulant aux distinctions secondaires des biens

43. **Distinctions secondaires envisagées.** Les distinctions secondaires des biens sont nombreuses¹¹⁸. Deux en particulier, fondées sur la nature physique des choses et au sein desquelles on retrouve de nombreux biens circulants, doivent être envisagées : d'abord celle qui distingue les biens corporels de ceux incorporels ; puis celle opposant les biens fongibles à ceux ne l'étant pas.

44. **Biens corporels ou incorporels.** Evoquer la distinction des biens sous l'angle de la matérialité ne va pas sans soulever quelques difficultés. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter la littérature juridique¹¹⁹. Ce propos n'a pas pour objet de trancher les débats affectant cette classification. Il convient toutefois de la présenter, préalable nécessaire à sa confrontation avec le bien circulant.

Assurément, toute valeur n'est pas nécessairement corporelle. Il existe donc des choses, allons d'ores et déjà plus loin, des biens, dénués de *corpus*. Les juristes

¹¹⁶L'article 524 du Code civil propose, en son alinéa 2, une liste d'exemples majoritairement agricoles qu'il faut interpréter comme non exhaustive.

¹¹⁷C. civ., art. 522, al. 1^{er} : qui précise que « les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention ».

¹¹⁸Ex : biens dans et hors commerce ; biens publics et biens privés ; choses appropriées et choses non appropriées. Certaines ont disparu avec l'ancien régime (ex : biens nobles et biens roturiers, v. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., spéc. p. 304, n° 218) alors que d'autres émergent, avec l'avènement des sociétés consuméristes (ex : biens de capitalisation et biens de consommation, v. G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p. 43 et s.)

¹¹⁹Pour une approche générale, v. not. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, *Les biens*, t. III, op. cit., p. 60 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, *Les biens*, *Les obligations*, op. cit., p. 1602 et s. ; T. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Les biens*, op. cit., p. 91 et s. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, op. cit., p. 62 et s. ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les biens*, op. cit., p. 50 et s. ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses, Le droit et l'immatériel », *APD*, t. 43, Sirey, 1999, p. 79 et s. ; A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse, préf. M. CABRILLAC, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001, spéc. p. 1 et s., n° 2 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, thèse, préf. L. AYNÈS, LGDJ, 2008, p. 6 et s.

romains, sous l'impulsion de la philosophie stoïcienne, distinguaient les *res corporales*¹²⁰ des *res incorporales*¹²¹, opposant ainsi les choses pouvant être touchées aux droits¹²². Le droit de propriété était alors considéré comme corporel¹²³ et les biens incorporels ne s'envisageaient que comme des rapports de droit.

Se détachant de la conception romaine, le droit positif reconnaît non seulement l'existence de biens incorporels, mais aussi la possibilité qu'ils soient l'objet d'un droit de propriété. Ils pourraient même, comme il l'a été récemment soutenu, faire l'objet d'une possession¹²⁴. Si les biens incorporels sont appréhendés par le droit, constituent-ils une distinction des biens à l'instar de celle entre meubles et immeubles ? Sur ce point les avis divergent. Certains auteurs considèrent cette distinction comme un sous-ensemble de la distinction meubles-immeubles¹²⁵. Cette analyse ne s'exprime avec justesse qu'en l'hypothèse de biens incorporels constitués par des droits portant sur des choses corporelles¹²⁶. Dans cette situation, les droits sont alors immeubles ou meubles par destination de la loi¹²⁷. Leur incorporalité est finalement reléguée au second plan, puisque restituée dans la *summa divisio*. Toutefois, l'essor de l'économie industrielle, particulièrement depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, a fait ressortir la diversité des biens incorporels dépassant largement la construction juridique limitée aux seuls droits. Ce mouvement est d'abord intervenu avec l'encadrement juridique du fonds de commerce. Par la suite, connaissant une véritable explosion depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, ce sont les idées, les créations de l'esprit, qui, par les prérogatives et la protection fournies par le droit à leur propriétaire, sont devenues d'authentiques biens, autrement nommés biens incorporels absolus¹²⁸ puisqu'ils ne correspondent « directement ou indirectement à aucun bien matériel »¹²⁹.

¹²⁰Choses corporelles.

¹²¹Choses incorporelles.

¹²²Ces droits se subdivisaient entre les *droits réels*, tels que les servitudes, les *droits personnels*, c'est à dire les créances, et l'*hérédité*, regroupant l'ensemble du patrimoine.

¹²³Cette conception le plaçait ainsi « tout à fait à part des autres droits réels ». Ainsi, « au lieu d'être un droit sur un objet, elle [la propriété] se confondait avec l'objet lui-même » : J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p. 293. Sur ce point, v. égal. M. VILLEY, « Le "*jus in re*" du droit romain classique au droit moderne », Conférences faites à l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, Sirey, VI, 1950, p. 187 et s.

¹²⁴V. A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, th. préc., p. 83, n° 177 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, th. préc., p. 67 et s.

¹²⁵En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, p. 1603 ; ou encore, G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁶Il s'agira ici des droits réels démembres, tels que l'usufruit ou les servitudes.

¹²⁷Article 526 du Code civil pour les immeubles et article 527 du Code civil pour les meubles, la mention consacrée étant « par la détermination de la loi ».

¹²⁸J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, p. 1605.

¹²⁹G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p. 32.

Finalement, les biens incorporels, qu'ils soient un droit sur un chose corporelle ou un élément détaché de toute corporalité, constituent, en tout état de cause, une catégorie à part entière¹³⁰.

Au sein de cette distinction des biens, celui circulant pourra être, tour à tour, corporel ou incorporel. En effet, l'humain est ainsi constitué qu'il aime posséder des biens au sens premier, c'est à dire, être le maître de la chose. Nous détenons des biens corporels en tout genre, nécessaires aux besoins du quotidien¹³¹. Ceux-ci, regroupés en stocks, constitueront en volume et en valeur la majorité des biens circulants lorsqu'avant d'entrer en possession du consommateur final, ils seront la propriété du professionnel le fabricant ou le commercialisant.

Pour autant, le bien circulant sera parfois une chose incorporelle¹³². Les entreprises des secteurs de la science, de l'industrie ou encore du commerce seront régulièrement propriétaires de biens immatériels insérés au sein du processus de production ou de commercialisation. Ceux susceptibles de recevoir la qualification de circulants seront principalement les brevets d'invention, les bases de données, les logiciels ou encore les dessins et modèles¹³³. En revanche, les biens incorporels constitués par des droits seront presque invariablement exclus de la qualification. En effet, les monopoles d'exploitation, autorisations administratives, ou encore les appellations, en tant qu'autorisations accordées par l'État, ne sauraient faire l'objet d'une commercialisation. Par ailleurs, les droits réels modifiant le régime de la propriété seront tout autant écartés : il ne peut exister des stocks d'usufruits, de servitudes ou encore d'hypothèques. Quant aux droits admis sur un marché réglementé et aux droits de créances, ils ne constitueront pas plus des biens circulants mais pour une autre raison. Ils ne seront pas possédés pour revente et encore moins pour destruction ou transformation. Si l'entreprise détient des titres

¹³⁰Telle semble être, d'ailleurs, la volonté constante du législateur qui propose un traitement propre pour les biens incorporels. En ce sens, le Code civil traite « Du transport de créances et autres droits incorporels » dans un chapitre distinct de ceux relatifs à la vente de biens corporels. De la même façon, il a été institué un Code de la propriété intellectuelle par la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, permettant le regroupement des lois antérieures protectrices de la propriété industrielle, et de la propriété littéraire et artistique. Cependant, de cette distinction des biens autour du critère de la corporalité ne découle pas un régime unique. Les différents biens incorporels sont encadrés par des régimes particuliers et ne font pas l'objet d'une législation générale et commune (ex : le fonds de commerce est encadré par les articles L. 141 à L. 146 du Code de commerce ; les brevets d'invention sont régis par les articles L. 611 à L. 615 du Code de la propriété intellectuelle ; la cession et le nantissement des créances professionnelles sont organisés aux articles L. 313-23 et s. du Code monétaire et financier).

¹³¹Les exemples sont nombreux. Pour illustration : les denrées alimentaires, les vêtements ou encore le mobilier d'ameublement.

¹³²M. VIVANT, « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles », in *Mélanges Christian MOULY*, Livre I, Litec, 1998, p. 441 et s.

¹³³La liste n'est pas exhaustive.

cotés, ils seront alors des actifs d'épargne et non de production. Quant aux droits de créance, possédés plus fréquemment, ils formeront le résultat de l'activité et notamment de la commercialisation des biens circulants. En somme, ces droits ne présenteront pas les caractères nécessaires pour les qualifier de biens circulants¹³⁴. Les droits admis sur un marché réglementé et ceux de créance propriétés des établissements de crédit formeront l'exception. En raison de l'activité des institutions bancaires, ils seront susceptibles d'être placés dans le giron de la définition du bien circulant. Néanmoins, cette hypothèse ne nous retiendra pas, dès lors que ce qui préoccupe sont les professionnels sollicitant le crédit et non ceux qui le fournissent¹³⁵.

45. **Biens fongibles ou non fongibles.** Outre la distinction entre les biens corporels et incorporels, il faut également évoquer celle opposant les choses fongibles à celles ne l'étant pas, dès lors que les biens circulants seront fréquemment interchangeables¹³⁶.

Les biens de consommation sont achetés par une masse d'acquéreurs. Pour répondre à la demande, ces biens sont fabriqués et commercialisés en nombreux exemplaires. De cette demande multiple, découle l'existence de stocks de biens en tous points identiques, c'est à dire fongibles entre eux. Au-delà, ce sont les besoins humains¹³⁷ qui développent les stocks de biens fongibles. Il s'agit alors de l'exploitation de ressources naturelles destinées aux industries en tout genre. Le bien circulant fongible se trouve donc au coeur de nombreuses activités économiques.

¹³⁴V. *infra*, n° 50.

¹³⁵Le régime du nantissement de compte-titres devra tout de même être envisagé, dès lors que l'exploitation de ses spécificités sont de nature à concilier la fonction du bien circulant et son affectation en garantie. V. *infra*, n° 179.

¹³⁶Choses de genre et biens fongibles sont souvent considérés comme synonyme. En ce sens v. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, p. 1608, n° 715 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, p. 15, n° 11. L'identité des deux notions est toutefois contestée par des auteurs (T. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Les biens, op. cit.*, p. 240). Ceux-ci considèrent la fongibilité comme ne s'envisageant que dans le cadre du rapport qu'un bien entretient avec d'autres biens. Il ne s'agirait, selon eux, pas de la nature ni de la qualité du bien mais d'une « comparaison de laquelle il résulte que deux biens sont de même espèce et qualité, ce qui rend possible le remplacement de l'un par l'autre ». La chose de genre serait, quant à elle, une abstraction, sa propriété ne pouvant être transmise que lors de son individualisation. Cette analyse nous paraît pertinente. Reste néanmoins que choses de genre et choses fongibles entretiennent des liens étroits. Le premier décrit la réalité physique, le second les caractères juridiques. Ainsi, parce que deux choses sont de genre identique, c'est à dire ont des qualités physiques parfaitement interchangeables, elles peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement. Toutefois, la catégorie des choses fongibles est plus large que celle des choses de genre. Ces dernières se limitent à une identité objective de choses entre elles, alors que des biens peuvent être fongibles en raison d'une identité naturelle, mais également subjectivement, par l'intervention conventionnelle. Sur ce dernier point, v. Cass. req., 30 mars 1926, *DH* 1926, p. 217 ; *Gaz. Pal.* 1926, 2, p. 51.

¹³⁷Notamment en matières premières et en denrées alimentaires.

Néanmoins, des biens circulants non fongibles existent également, même s'ils représentent une situation moins fréquente¹³⁸.

46. **Nécessité d'une distinction nouvelle des biens.** La confrontation du bien circulant aux distinctions existantes des biens révèle son autonomie : il ne se fonde dans aucune d'elles. Il faut donc l'envisager au sein d'une distinction nouvelle des biens, fondée sur la fonction économique.

B. Essai d'une distinction nouvelle des biens fondée sur la fonction économique

47. **Critère de la distinction.** Si la « transformation du patrimoine dans le droit civil moderne » a pu susciter l'intérêt¹³⁹, les distinctions des biens fondées sur leur fonction, notamment économique, demeurent inexistantes, ou pour le moins anecdotiques. La doctrine ne s'est guère penchée sur la possibilité d'une telle distinction et moins encore sur son opportunité. Tout au plus, le Doyen CORNU évoque-t-il la séparation envisageable entre les biens de « capitalisation » et ceux de « consommation »¹⁴⁰, qui intéresse surtout la fortune des particuliers.

Le récent avant-projet de réforme du droit des biens proposé par l'association Henri CAPITANT¹⁴¹ ne fait d'ailleurs pas exception. Loin d'envisager une distinction des biens fondée sur leur destination économique, il réaffirme la *summa divisio* assise sur l'opposition meubles et immeubles¹⁴². Le droit positif ne s'est pas plus attaché à

¹³⁸L'incidence juridique majeure de la division entre biens fongibles et non fongibles se manifeste en matière de paiement ou de restitution. Ainsi, le bien non fongible, non nécessairement unique en son genre, est singulier. Non interchangeable, c'est lui seul qui doit être remis en paiement ou restitué, à l'exclusion de tout autre. En présence de biens fongibles la situation diffère. Ainsi, « les choses du même genre ont, pour le débiteur à l'égard du créancier, la même valeur libératoire » (G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 40). Souvent analysée sous l'angle de la compensation de dettes (C. civ., art. 1291), c'est sous celui de la revendication que cette particularité se manifeste comme centrale. Par la reconnaissance d'une interchangeabilité parfaite entre deux biens du même genre, c'est moins le bien en tant qu'individualité qui compte mais son espèce et sa qualité. En ce sens, la jurisprudence à l'occasion d'un contentieux relatif à la revendication de biens objets d'une réserve de propriété, a permis, par un arrêt de la chambre commerciale (Cass. com., 5 mars 2002, préc. ; D. 2002, p. 1139) de revendiquer des biens fongibles n'étant plus identifiables, pourvu qu'il en existe d'autres de même espèce et de même qualité que ceux initialement livrés. La porte d'une restitution de biens différents mais équivalents s'ouvre, solution opportune en présence de biens circulants engagés en sûreté.

¹³⁹P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185 et s.

¹⁴⁰G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 43.

¹⁴¹Consultable à l'adresse suivante :

http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf.

¹⁴²Sur ce point, W. DROSS et B. MALLET-BRICOUT, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.* 2009, p. 508 et s. Cette prise de position peut toutefois trouver justification en ce qu'elle propose une réforme des dispositions du Code civil, la destination économique des biens ne s'envisageant que dans le cadre d'un patrimoine professionnel. Toutefois, le principe général d'une telle distinction aurait pu être proposé.

ce critère, même s'il peut le prendre en compte dans quelques cas particuliers¹⁴³. Le désintérêt dont il fait l'objet relèverait-il de son absence de pertinence ou d'utilité ?

Il faut, à notre sens, contester cette supposition. Le droit et la doctrine se sont plus attachés, pour catégoriser les biens, à leurs qualités physiques dès lors qu'elles constituent une réalité tangible permettant leur description fidèle à de nombreux égards. Cette approche n'en reste pas moins insatisfaisante concernant le bien circulant qui ne se caractérise pas parce qu'il est au sens matériel, mais par ce qu'il fait. Dit autrement, son étalon d'identification n'est pas à rechercher dans sa réalité physique mais bien dans sa fonction économique. C'est donc eu égard à ce critère qu'il faut l'identifier et le distinguer.

48. **Champ d'application de la distinction.** Évidemment, cette distinction ne trouve à s'exprimer qu'en présence d'un patrimoine professionnel, les biens circulants n'existant qu'au sein de celui-ci. Doit-on en déduire qu'il existe une dualité de patrimoines : ceux professionnels et ceux particuliers ? L'évolution de notre droit s'engage manifestement dans cette voie. Seules les entreprises, ou plus largement les professionnels, sont assujettis à l'obligation de tenir une comptabilité¹⁴⁴. Dans le même sens, la fiscalité des entreprises n'est pas la même que celle des particuliers¹⁴⁵. Plus encore, le droit récent considère qu'une même personne peut être titulaire de deux patrimoines, l'un professionnel séparé d'un autre, personnel¹⁴⁶. Dès lors, si toute personne a un patrimoine, celui-ci est immanquablement affecté par l'activité de son titulaire.

¹⁴³Il détermine parfois la qualification de certains contrats. En ce sens, Cass. 3^{ème} civ., 25 octobre 1983, *Bull. civ.* III, n° 197, à propos d'un contrat dit de forage.

¹⁴⁴Sur ce point, C. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NECHELIS, *Droit comptable*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, p. 222 et s.

¹⁴⁵Ainsi, les entrepreneurs selon leur forme d'exploitation, qu'ils soient des entreprises individuelles, des sociétés de personnes ou de capitaux, relèveront d'un régime fiscal spécifique permettant d'imposer les revenus issus de l'activité professionnelle. Il s'agit pour l'administration fiscale, de prendre en compte la dimension professionnelle du patrimoine et les revenus générés par celle-ci. Par ailleurs, la création de régimes fiscaux propres aux sociétés révèlent en creux leur singularité par rapport au simple particulier. Sur la fiscalité des entreprises, v. not., M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, Litec fiscal, 34^{ème} éd., 2010 ; P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2011.

¹⁴⁶Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 instituant l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. V. not. *Dr. et patrimoine* avr. 2010, « Le patrimoine d'affectation (premières analyses de l'EIRL) », Dossier, p. 54 et s. ; B. DONDERO, « L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné », art. préc., p. 1274 et s. ; V. LEGRAND, « L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable », art. préc., p. 4 et s. ; A. LIENHARD, « Entreprise individuelle à responsabilité limitée : naissance du patrimoine d'affectation », art. préc., p. 252 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », art. préc., p. 1417 et s. ; F. TERRÉ, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », art. préc., p. 43 et s. ; A.-M. LEROYER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », art. préc., p. 632 et s.

Cette proposition recouvre la même vérité concernant les biens dès lors que leur fonction diverge selon qu'ils sont acquis ou utilisés par un professionnel ou un particulier ; c'est d'ailleurs autour de cette réalité économique que la distinction nouvelle s'énonce (I). Toutefois, dégager une nouvelle division des biens ne doit pas partir de la seule volonté d'ajouter, encore, une distinction aux nombreuses existantes. Il s'agit à l'inverse de clarifier et de rationaliser puisque considéré en entité distincte, le bien circulant pourra s'envisager de manière unitaire et fonctionnel notamment en assiette de sûreté. Voilà bien l'utilité de la division nouvelle, dont la portée doit être délimitée (II).

I. Enoncé de la distinction nouvelle

49. **Plan.** La division nouvelle proposée pour les biens du professionnel, venant en complément des distinctions existantes, sera binaire : les biens du professionnel seront circulants ou stables. Encore faut-il dégager la définition du bien circulant (a) et de celui stable (b).

a. Bien circulant

50. **Caractères.** Ce qui caractérise d'abord le bien circulant est sa fonction au sein du cycle d'exploitation. Ainsi, le bien circulant sera extrait, cultivé, ou acquis pour être revendu ou transformé¹⁴⁷. Ces opérations s'inscriront dans un cycle – c'est-à-dire un mouvement de l'activité économique alterné, récurrent, d'amplitude et de périodicité régulière¹⁴⁸ – se soldant par l'aliénation, l'incorporation ou la destruction du bien.

Ce qui caractérise ensuite le bien circulant est sa vocation temporaire dans le patrimoine professionnel. En effet, force est de constater que les biens circulants, dans la majorité des cas, ne demeurent pas dans les patrimoines professionnels au-delà de quelques mois. La rotation est régulière et se doit de l'être pour engendrer des bénéfiques. Toutefois, il ne faudra pas se référer à ce seul caractère en le fixant de manière immuable, par une durée déterminée au-delà de laquelle le bien circulant

¹⁴⁷Puis aliéné.

¹⁴⁸C.-D. ÉCHAUDEMAISON (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, op. cit., V° « Cycles ».

perdra nécessairement cette qualification. Les biens circulants, selon les besoins et les secteurs d'activité, seront conservés de quelques heures à quelques années. Aussi, ce caractère envisagé de façon arbitraire ne ferait qu'éloigner la distinction nouvelle des réalités économiques. De plus, des biens stables pourraient, dans certains cas, se trouver englobés dans la qualification alors même qu'ils sont tout autre.

Ce qui caractérise enfin le bien circulant est la constance de son renouvellement. N'y a-t-il pas, dans cette proposition, contradiction avec sa vocation patrimoniale temporaire que nous venons d'énoncer ? Si un regard succinct le laisse croire, la réflexion montre qu'il n'en est rien. Le bien circulant, en tant qu'individualité, a bel et bien une vocation temporaire. En revanche, la situation patrimoniale des biens circulants en volume et en valeur restera inchangée. En effet, pour les besoins du cycle d'exploitation, les biens circulants distraits du patrimoine seront systématiquement remplacés par d'autres, identiques ou semblables. En ce sens, les biens circulants font l'objet d'un renouvellement constant¹⁴⁹ et leur intégration patrimoniale ne constitue pas une fin, mais un moyen nécessaire au cycle décrit. Il est donc de l'essence du bien de faire l'objet d'un renouvellement périodique même s'il se peut, dans quelques situations résiduelles et temporaires, que les biens circulants ne soient pas renouvelés¹⁵⁰.

51. **Définition.** Les caractères du bien circulant identifiés, sa définition peut être entreprise. Il s'agira de tout bien présent temporairement au sein d'un patrimoine professionnel, qui l'intègre notamment par extraction, culture ou acquisition, et qui, détruit, incorporé ou aliéné dans le cadre du cycle d'exploitation de l'entreprise, est remplacé par d'autres, identiques ou semblables de part leur nature physique ou leur valeur pécuniaire.

Par cette définition générale, qui, on le sent, laissera une marge potentielle d'appréciation¹⁵¹, le bien circulant est érigé en bien nouveau. À défaut d'être circulant, le bien s'en trouvera qualifié de stable, par exclusion.

¹⁴⁹V. *supra*, n° 32.

¹⁵⁰Ex : une cessation ou suspension d'activité.

¹⁵¹Cette dimension subjective est délibérément prévue. Voilà qui permettra l'adaptation de la distinction nouvelle à la diversité des situations de fait.

b. Bien stable

52. **Caractères.** Le bien ne répondant pas à la définition de circulant sera qualifié de stable, ses caractères apparaissant en contrepoint de ceux du bien circulant.

Ainsi, il n'aura pas vocation à être détruit, incorporé ou aliéné et s'ancrera durablement au sein du patrimoine professionnel. Par ailleurs, il ne fera pas l'objet d'un renouvellement constant. Pratiquement, il s'agira des locaux d'activité, de l'outillage ou encore des machines de fabrication¹⁵². La pérennité du bien au sein du patrimoine du professionnel sera scrutée sans pour autant qu'il soit fixé, comme il a été précisé pour le bien circulant, un temps limité en amont ou en aval duquel le bien serait automatiquement qualifié de stable. Le bien stable pourra être vendu, l'équipement usé, obsolète ou vétuste devant être remplacé. Toutefois, et à la différence du bien circulant, ce renouvellement n'interviendra qu'à la marge. Voilà qui montre, en définitive, la différence de fonction des deux biens au sein du cycle d'exploitation : le bien stable sera l'instrument du cycle, fournissant les moyens nécessaires à l'extraction, la fabrication, l'incorporation ou encore la commercialisation du bien circulant qui constituera le résultat de ce cycle.

53. **Catégorie d'exclusion.** Des caractères du bien stable, il émerge, par effet de transparence, que ses exigences sont moins atypiques et contraignantes que celles du bien circulant. À vocation pérenne dans le patrimoine, sa fonction n'impose pas sa destruction, son incorporation ou son aliénation à court terme. En ce sens, il se rapproche des biens du patrimoine personnel et se concilie plus facilement avec la conception traditionnelle des sûretés réelles¹⁵³. Partant, la qualification en bien stable n'aura d'autres implications juridiques, du moins si l'on se place sur le terrain du droit des sûretés, que de constituer le pendant d'exclusion de la catégorie des biens circulants, qui recèle toute l'utilité et la portée de la distinction nouvelle.

¹⁵²Ceci comprendra les actifs immobilisés du bilan comptable mais également certains postes de l'actif circulant ainsi des disponibilités.

¹⁵³Tout au plus faudra-t-il surmonter l'obstacle de la dépossession en cas d'affectation en garantie d'un outillage de production.

II. Utilité et portée de la distinction nouvelle

54. **Appréhension unitaire du bien circulant par le droit des sûretés réelles.** L'édifice légal en vigueur n'appréhende qu'à la marge la fonction des biens. Cet état du droit devient préjudiciable lorsqu'il engendre une opposition si grande avec la réalité économique qu'une richesse s'en trouve marginalisée. Tel est le constat – nous le verrons bientôt¹⁵⁴ – résultant de la confrontation du bien circulant au droit des sûretés réelles. Largement incompatibles entre-eux, l'un contrariant l'autre et réciproquement, l'utilisation du bien circulant en instrument de crédit est sclérosée. En l'érigeant en entité nouvelle, son appréhension unitaire deviendra possible. En ce sens, et c'est bien là l'utilité de la division dégagée, une approche différente de l'organisation des sûretés réelles s'envisagera. Le bien circulant se trouvant défini et ses exigences économiques et juridiques cernées, la voie d'un droit des sûretés adapté à sa fonction s'ouvrira. Cette perspective s'en trouvera doublement vertueuse, tout à la fois pour ce bien et pour le droit.

Pour le bien circulant, d'abord, en ce qu'il s'en verra valorisé, passant d'une fonction simple à un rôle double. Richesse patrimoniale aujourd'hui marginalisée en assiette de garantie, la perspective de vue se révélera tout autre une fois les impératifs des sûretés et les siens propres conciliés. Appréhendé par un droit des sûretés réelles respectueux de sa fonction, le bien circulant deviendra un instrument de crédit prépondérant pour le professionnel.

Pour le droit ensuite, en ce qu'il sera possible de le rendre plus lisible et fonctionnel. Conscient de la valeur du bien circulant, le législateur a tenté une modernisation des sûretés réelles par l'édiction de nombreux régimes particuliers¹⁵⁵. Cette initiative s'est toutefois révélée tout aussi louable qu'insuffisante, générant même des résultats contre-productifs. Par l'instauration d'une multiplicité de régimes¹⁵⁶, à la codification aléatoire¹⁵⁷, le droit n'a gagné qu'en morcellement¹⁵⁸.

¹⁵⁴V. *infra*, n° 71 et s.

¹⁵⁵V. *infra*, n° 148 et n° 180 et s.

¹⁵⁶Ex : le gage commercial, les warrants sur stocks de choses fongibles, ou plus récemment, le gage des stocks.

¹⁵⁷Code de commerce ou encore Code rural.

¹⁵⁸La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 n'a, de ce point de vue, guère modifié les choses. En effet, si le droit commun des sûretés réelles a été modernisé, les régimes particuliers n'ont pas pour autant été supprimés.

Toutefois, imputer ce morcellement à la seule politique désordonnée du législateur serait inexact. Il résulte également de la structure légale des sûretés réelles, au sein de laquelle le bien circulant ne peut se fondre.

SECTION 2. RESTITUTION DU BIEN CIRCULANT AU SEIN DE LA STRUCTURE LÉGALE DES SÛRETÉS RÉELLES

55. **Critères de distinction.** Les façons dont il est concevable d'ordonner les sûretés réelles sont plurielles.

De part leur source d'abord, puisque les sûretés résultent de la loi, d'une décision judiciaire ou d'une convention. De cette distinction, nous ne dirons pas plus, si ce n'est que le bien circulant ne se trouvera assiette de sûreté, dans l'immense majorité des cas, qu'en raison d'une convention.

De part la technique d'affectation ensuite, référence ainsi faite au dessaisissement matériel de l'assiette imposé, ou non, au constituant. Si ce critère a pu se présenter comme adéquat avant la refonte des principes directeurs des sûretés réelles¹⁵⁹, il perd sa pertinence depuis la réforme du 23 mars 2006¹⁶⁰. Cette hypothèse relève plus désormais d'une modalité du régime des sûretés réelles que d'un véritable critère de classification¹⁶¹.

De part l'assiette enfin, critère que nous retenons, puisqu'il est celui du présent et de l'avenir. Du présent, d'abord, parce que la nature physique de l'assiette forme le critère de distinction retenu par le législateur (§1). De l'avenir, ensuite, dès lors que la composition de l'assiette, si l'on veut bien l'ériger en critère de distinction des sûretés réelles (§2), constitue la clef de voûte d'une appréhension unitaire du bien circulant par le droit des sûretés.

¹⁵⁹Sur l'abandon du principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière, v. *infra*, n° 145 et s.

¹⁶⁰Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹⁶¹Certains le retiennent toutefois comme tel. En ce sens, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 439, n° 589.

§1. La nature physique de l'assiette : critère légal de distinction des sûretés réelles

56. **L'apport de la réforme du 23 mars 2006**¹⁶². Le Code Napoléon, dans son approche des sûretés, avait vieilli. Insérés dans un Livre troisième du Code civil intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété »¹⁶³, plusieurs titres traitaient des différentes sûretés sans qu'une structure propre à celles-ci ne soit dégagée. La critique était double. D'une part, le droit des sûretés n'était que peu lisible, en raison, tout à la fois, du manque de structure du Code civil et de la multiplication des textes spéciaux. D'autre part, le Code civil ne constituait plus le siège de la matière¹⁶⁴.

Il convenait donc de repenser l'édifice, objectif poursuivi par le groupe de travail présidé par le Professeur Michel GRIMALDI¹⁶⁵ proposant de repositionner le Code civil comme le « siège privilégié de la matière : le lieu où apparaisse clairement l'architecture du droit des sûretés et où sont annoncés les principes qui le gouvernent »¹⁶⁶.

Pour ce faire, il a été proposé l'instauration, au sein du Code civil, d'un Livre quatrième regroupant deux titres : le Titre I « Des sûretés personnelles » et le Titre II « Des sûretés réelles » ; ce dernier étant lui-même subdivisé en trois sous-titres : « Dispositions générales », « Des sûretés sur les meubles » et « Des sûretés sur les immeubles »¹⁶⁷. Cette organisation de l'édifice légal, retenue par l'ordonnance de

¹⁶²Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹⁶³Véritable livre fourre-tout sans unité, puisqu'on y retrouvait un Titre I traitant des successions, un Titre VIII régissant le contrat de louage, ou encore un Titre XX sur la prescription et la possession. Par ailleurs, positionner les sûretés au sein de celui-ci, était incohérent. Les sûretés ne constituent pas un mode d'acquisition de la propriété à proprement parler. Cette acquisition n'est qu'une éventualité en cas de défaillance du débiteur de la créance garantie.

¹⁶⁴En ce sens, J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 108, n° 302.

¹⁶⁵Autrement nommée « commission GRIMALDI » et composée des membres suivants : L. AYNÈS, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I), A. BAC, représentant la Fédération bancaire française, P. CROCQ, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II), D. DOS-REIS, conseiller à la Cour d'appel de Paris, E. FREMEAUX, notaire à Paris, A. GOURIO, représentant de BNP-Paribas, A. PROVANSAL, avocat au Barreau de Marseille, P. SIMLER, professeur à l'Université Robert SCHUMAN de Strasbourg et H. SYNNET, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II).

¹⁶⁶Rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, remis au garde des sceaux le 31 mars 2005 p. 3 (consultable à l'adresse suivante : <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html>). Pour une présentation de la proposition de réforme élaborée par le groupe de travail, v. M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Dr. et patrimoine* sept 2005, n° 140, p. 50 et s. ; « Vers une réforme des sûretés », *RJ Com.* 1^{er} nov. 2005, n° 6, p. 467 et s. ; M. GRIMALDI et D. HOUTCHIEFF, « Projet de réforme du droit des sûretés », *RDC* juill. 2005, p. 782 et s. ; L. AYNÈS, « Présentation générale de la réforme », *D.* 2006, p. 1289 et s.

¹⁶⁷V. la proposition de réforme du Livre IV du Code civil issue du rapport GRIMALDI (consultable à l'adresse suivante :

réforme du 23 mars 2006¹⁶⁸, acte fermement la distinction des sûretés réelles autour de la nature mobilière ou immobilière de l'assiette (A). Pourtant, sa pertinence est contestable (B).

A. Présentation de la distinction légale des sûretés réelles

57. **Summa divisio des sûretés réelles : sûretés mobilières et sûretés immobilières.** À dire vrai, la distinction légale des sûretés réelles autour de la nature mobilière ou immobilière de l'assiette n'est pas entièrement nouvelle. Dès sa première rédaction, le Code civil distinguait les sûretés réelles selon qu'elles portaient sur le meuble ou l'immeuble¹⁶⁹. Toutefois, ce critère n'était qu'apparent¹⁷⁰, la division véritable reposant sur la technique d'affectation, selon que la sûreté imposait ou non la dépossession du constituant¹⁷¹.

La nouvelle organisation du Code civil ne reproduit pas la confusion antérieure. Toutes les sûretés réelles de droit commun sur les meubles sont codifiées au sein d'un sous-titre leur étant propre tout comme les sûretés sur les immeubles. Ce faisant, la matière gagne en clarté. Les privilèges¹⁷² sont désormais traités dans les sous-titres relatifs aux sûretés mobilières ou immobilières selon qu'ils portent, eux-mêmes, sur des meubles ou des immeubles. De la même façon, les dispositions traitant de la propriété cédée à titre de garantie, intervenues postérieurement à la réforme de 2006¹⁷³, sont codifiées dans deux séries d'articles¹⁷⁴, au sein des deux sous-titres traitant respectivement des sûretés sur les meubles et sur les immeubles.

<http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes11940.html>).

¹⁶⁸Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹⁶⁹Dans la codification antérieure à la réforme du 23 mars 2006, le gage et l'hypothèque étaient d'ores et déjà traités dans deux titres distincts (Titre XVII « Du nantissement » pour le gage, et Titre XVIII « Des privilèges et hypothèques » pour l'hypothèque) au sein du Livre Troisième « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ».

¹⁷⁰B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, th. préc., p. 295, n° 422 et 423.

¹⁷¹En ce sens, M. CABRILLAC, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, thèse, préf. E. BECQUÉ, Sirey, 1954, p. 62, n° 32 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, op. cit., p. 136, n° 55 : « Meilleure est la division entre sûretés qui emportent dessaisissement, et sûretés qui n'emportent pas dessaisissement. Tantôt, pour que le créancier acquière une sûreté sur un bien, il faut que le propriétaire – généralement le débiteur – s'en dessaisisse, qu'il remette au créancier ou à un tiers. C'est le cas du nantissement (gage et antichrèse) ; également du droit de rétention : pour "retenir", il faut "tenir". Tantôt le créancier acquiert un droit sur un bien sans que la situation apparente du propriétaire de ce bien soit modifiée : le propriétaire ne s'en dessaisit pas. Ainsi l'hypothèque et les privilèges ».

¹⁷²L'article 2323 du Code civil, reprenant l'ancien article 2094, dispose que : « Les causes de préférence sont les privilèges et hypothèques ». Dès lors, toute sûreté réelle serait hypothèque ou privilège signifiant que les gages et nantissements ne constitueraient qu'une catégorie de privilèges. En réalité, il n'en est rien : les gages et nantissements sont des sûretés aux caractères propres.

¹⁷³Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹⁷⁴Articles 2372-1 à 2372-5 pour les meubles et 2488-1 à 2488-5 pour les immeubles.

Le régime prévu étant identique, les dispositions auraient pu faire l'objet d'une codification unique. Telle n'a pas été la voie retenue, démontrant la volonté du législateur de se conformer à la nouvelle structure.

58. **Summa divisio des sûretés mobilières : gage et nantissement.** Au-delà du regroupement des sûretés sur les meubles et de celles sur les immeubles au sein de sous-titres propres à chacune, la réforme de 2006¹⁷⁵ a également proposé une distinction claire entre gage et nantissement. Initialement, le nantissement, qui désignait le « contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette »¹⁷⁶, constituait un ensemble large regroupant le gage et l'antichrèse¹⁷⁷. Ainsi envisagé, il s'identifiait au *pignus* du droit romain¹⁷⁸, et le gage, tout comme l'antichrèse, supposait un dessaisissement matériel du bien grevé. La distinction entre gage et nantissement était ainsi clairement posée : le premier constituait l'espèce, le second le genre. Toutefois cette clarté terminologique s'est rapidement assombrie en raison d'une confusion des termes de nantissement et de gage, initiée par la plume même du législateur¹⁷⁹ qui utilisait le terme de nantissement pour désigner un gage¹⁸⁰. Finalement employés l'un pour l'autre, ils étaient devenus synonymes.

Par la réforme de 2006¹⁸¹, la distinction a été remodelée¹⁸². Un critère de séparation physique est proposé : la nature corporelle ou incorporelle du meuble. Partant, l'article 2333 du Code civil propose désormais que le « gage est une convention [...] sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers », l'article 2355 énonçant, quant à lui, que le nantissement réside en « l'affectation en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels ». Si cette initiative est à saluer – elle permet, au moins sémantiquement, une appréhension par le droit des sûretés des biens incorporels – elle se doit, pour ne pas se perdre dans les méandres de son aînée, d'être respectée. À ce titre, il

¹⁷⁵Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹⁷⁶C. civ., anc. art. 2071.

¹⁷⁷Le Code civil, dans sa rédaction antérieure à 2006, regroupait le gage et l'antichrèse au sein d'un Titre VIII intitulé « Du nantissement ».

¹⁷⁸Sur ce point, J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 1105.

¹⁷⁹J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 108, n° 302.

¹⁸⁰Ex : nantissement de l'outillage et du matériel professionnel institué par la loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 (C. com., art. L. 525-1 et s.).

¹⁸¹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹⁸²Sur ce point, J. STOUFFLET, « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20, p. 19 et s., spéc. n° 1.

convient d'espérer que les quelques imprécisions terminologiques, qui parsèment encore ça et là l'édifice légal¹⁸³, ne soient que les derniers soubresauts de l'indiscipline du passé¹⁸⁴.

59. **Clarification de l'édifice légal.** Incontestablement, l'adoption d'un Sous-Titre II relatif aux sûretés sur les meubles et d'un Sous-Titre III traitant de celles sur les immeubles au sein d'un Livre Quatrième du Code civil met un terme à la dispersion antérieure de la matière. De ce point de vue, l'initiative est opportune : elle permet une clarification de l'édifice légal. Pour autant, cette opposition invariable entre les sûretés sur les meubles et celles sur les immeubles doit être critiquée en ce qu'elle recèle quelques insuffisances.

B. Critique de la distinction légale des sûretés réelles

60. **Critique des justifications de la distinction.** Classiquement, la distinction légale entre sûretés réelles mobilières et immobilières est justifiée par la *summa divisio* des biens. La différence de nature entre le meuble et l'immeuble viendrait également en appui.

Nous l'avons précisé¹⁸⁵, le législateur, dès 1804, a distingué les choses selon qu'elles sont meubles ou immeubles¹⁸⁶. Cette séparation des biens tend à les organiser au sein du système juridique. Dès lors, si les biens sont nécessairement meubles ou immeubles, ainsi en va-t-il également des droits réels dont ils sont l'objet, ceux de garantie ne faisant pas exception. Les sûretés se trouveraient donc « naturellement » commandées par cette division et la matière ne pourrait que la

¹⁸³Ex : le Chapitre V du Titre II, Livre Cinquième du Code de commerce, s'intitule toujours « Du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », alors que les biens affectés en garantie sont des meubles corporels. Le terme de *nantissement* devrait donc être remplacé par celui de *gage*.

¹⁸⁴On peut toutefois en douter, au regard des dernières interventions légales. La sûreté réelle sans dépossession sur l'immeuble (C. civ., art. 2387 et s.) est désormais dénommée « gage immobilier » et non plus « antichrèse » (Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 10). Bien évidemment, ce glissement lexical est critiquable. La réforme du 23 mars 2006 avait redonné une clarté terminologique aux sûretés : le gage visait la sûreté sur le meuble corporel, le nantissement celle sur le meuble incorporel ; l'hypothèque désignait la sûreté sans dépossession sur l'immeuble, l'antichrèse celle également sur l'immeuble mais avec dépossession. En nommant « gage immobilier » ce qu'était « l'antichrèse », les frontières sont de nouveau brouillées, d'autant que le régime de cette sûreté emprunte bien plus à l'hypothèque qu'au gage de meuble corporel (v. C. Civ., art. 2388). Pour une critique de ce glissement lexical, v. P. CROQC, « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse », *RLDC* déc. 2008, n° 55, p. 65 et s. ; D. LEGEAIS, « L'antichrèse devient le gage immobilier », *RD bancaire et fin.* juill.-août 2009, comm. 119, p. 45 et s.

¹⁸⁵V. *supra*, n° 38.

¹⁸⁶C. civ., art. 516 : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

transposer, en séparant les sûretés sur assiette mobilière et celles sur assiette immobilière.

Outre la *summa divisio* des biens, sûretés mobilières et immobilières devraient être séparées en raison de la différence de nature de leur objet. Seul l'immeuble, fixe par essence et faisant l'objet d'une publicité systématique¹⁸⁷, serait susceptible d'hypothèque. À l'inverse, le meuble ne pourrait faire l'objet que de sûretés avec dépossession¹⁸⁸ dès lors que, déplaçable par nature et non soumis à publicité, le laisser entre les mains du constituant serait trop risqué pour les droits du créancier bénéficiaire. Cette différence de nature, aboutissant à une différence de régime – seuls les immeubles font l'objet d'une publicité –, devrait amener, c'est du moins l'analyse classique, à distinguer invariablement sûretés mobilières et immobilières.

Mais qu'il s'agisse de la première ou de la seconde, aucune des deux justifications n'est véritablement convaincante.

Concernant la distinction des meubles et immeubles, le critère matériel de la fixité n'était pas le seul la justifiant. Elle découlait également du postulat conférant une valeur majeure aux immeubles et médiocre aux meubles. Nous avons soulevé la fragilité de cet argument¹⁸⁹, l'économie moderne donnant de nombreux exemples de fortunes mobilières. Ainsi, si l'on veut bien admettre le fondement de la distinction entre meubles et immeubles comme dépassé, son prolongement par le droit des sûretés le devient tout autant.

¹⁸⁷Régie par le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. Pour une approche générale de la publicité foncière, v. M. DAGOT, *La publicité foncière*, Thémis, 1981 ; H. LEMAIRE, « Formalité foncière (publicité ou inscription) : Etude des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE, quant à leurs effets », *JCP N* 1991, I, p. 447 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière*, Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000 ; M. GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Etudes J. FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 207 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 723 et s. ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Servitude et grandeur de la publicité foncière en droit français », *D.* 1988, chron., p. 247 et s.

¹⁸⁸« *Meubles n'ont point de suite par hypothèque* ». Cette règle d'inspiration très ancienne – on la trouve déjà sous la plume de POTHIER – s'analyse traditionnellement comme la prohibition de toute hypothèque mobilière (v. E. PUTMAN, « Sur l'origine de la règle : " meubles n'ont point de suite par hypothèque " », art. préc., spéc. p. 545, n° 6). Elle fut formulée dès le Code civil de 1804 à l'article 2119 du Code civil et a été reprise par la réforme du 23 mars 2006 au sein du nouvel article 2398. Cette initiative nous paraît particulièrement critiquable en ce qu'elle est soit maladroite, soit inutile. Maladroite, si elle réaffirme le sens traditionnel de la règle. Elle rentre alors en contradiction avec le nouveau gage de droit commun sans dépossession consacré par la même ordonnance de 2006 et arborant les contours d'une hypothèque mobilière. L'édifice légal perd alors en cohérence (v. *infra*, n° 288). Inutile, si cet article ne vise qu'à préciser que les dispositions relatives à l'hypothèque ne s'appliquent qu'aux immeubles. Pareille précision est d'ores et déjà apportée par le nouvel article 2393, alinéa 1^{er} énonçant que « l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation ». La commission GRIMALDI chargée d'élaborer le projet de réforme du droit des sûretés ne s'y était d'ailleurs pas trompée et avait pris soin de ne pas reproduire la règle (pour consultation de l'avant-projet de texte: <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes11940.html>).

¹⁸⁹V. *supra*, n° 41.

La justification d'une division des sûretés autour de la nature mobilière ou immobilière de l'assiette commandée par la fixité et le régime de publicité propres aux immeubles est plus friable encore. Incontestablement, l'inscription sur registre de la situation matérielle et juridique du bien sécurise le créancier dans ses droits en présence d'une sûreté sans dépossession. Tout aussi sûrement, organiser un régime de publicité frappant l'ensemble des meubles se révélerait matériellement impossible¹⁹⁰ et dans nombre d'hypothèses non souhaitable¹⁹¹. Voilà qui rendrait leur circulation complexe, coûteuse et par là inadaptée. Néanmoins, il est parfaitement envisageable de restreindre ce régime aux seuls meubles affectés en sûreté. L'initiative a d'ailleurs été entreprise pour de nombreux gages spéciaux sans dépossession¹⁹², ou encore pour le nouveau gage de droit commun¹⁹³ issu de la réforme du 23 mars 2006¹⁹⁴. Le meuble devient alors tout aussi traçable que l'immeuble, leur distinction invariable en matière de sûreté s'en trouvant dépourvue de justification.

61. Critique des effets de la distinction. À n'en pas douter, les justifications théoriques de la distinction entre sûretés mobilières et immobilières sont friables. Voilà qui fragilise la pertinence de la division, d'autant que cette dernière conduit à une grande complexité du droit.

Celle-ci tient à la multiplicité des sûretés et par là des régimes existants. Un créancier en présence de biens circulants de nature physique différente ne pourra recourir à une sûreté unique. Il devra, à la lumière de la distinction existante entre sûretés mobilières (gage et nantissement) et sûretés immobilières (hypothèque et gage immobilier), déterminer la sûreté applicable à chacun de ses biens circulants au regard de leur nature physique. Si l'on ajoute à la division des sûretés commandée par la nature physique de l'assiette, les nombreuses sûretés spéciales sur biens meubles corporels et incorporels résultant des tentatives successives d'adaptation des sûretés aux spécificités ou exigences économiques de certains biens, on aboutit à un

¹⁹⁰Ex : concernant les biens de consommation courante.

¹⁹¹La traçabilité des meubles ne s'impose qu'en présence de biens objets d'une sûreté sans dépossession pour assurer les droits du créancier bénéficiaire.

¹⁹²V. *infra*, n° 149.

¹⁹³C. civ., art. 2338. Le gage sans dépossession fera l'objet d'une inscription sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé, ou en l'absence d'immatriculation, du ressort de son siège ou son domicile (décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, art. 1^{er}). V. *infra*, n° 154.

¹⁹⁴Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

édifice légal si complexe qu'il en devient illisible pour les praticiens¹⁹⁵. De cette illisibilité découle son absence d'attractivité¹⁹⁶. Les parties, lassées de dresser l'inventaire des sûretés applicables, s'orienteront vers d'autres garanties, notamment personnelles, cela d'autant plus qu'aucune appréhension unitaire des biens circulants en tant qu'assiette n'est possible.

Divisé invariablement autour de la nature juridique de l'assiette, le droit des sûretés ne peut appréhender, du fait de sa structure même, le bien circulant de façon unitaire en tant qu'assiette. Cet état du droit est doublement dommageable. D'abord, il l'a été dit, parce qu'il conduit à un morcellement des sûretés réelles. Il faut en effet édicter des nantissements et des gages spéciaux répondant aux particularités des biens circulants ce qui conduit à un foisonnement des sûretés. Ensuite, parce que les parties ne peuvent recourir à une sûreté unique grevant tout ou partie des biens circulants de toute nature physique. En résulte une affectation de l'ensemble en sûreté complexe et coûteuse, ce qui aboutit à marginaliser le bien circulant comme assiette de garantie.

De cet état du droit émerge un cercle vicieux. L'édifice légal n'est pas en mesure d'appréhender de façon unitaire l'assiette de biens circulants, ce qui rend leur affectation en garantie inattractive. Pour surmonter l'écueil, des régimes spéciaux sont édictés. Toutefois, ceux-ci morcellent plus encore l'édifice, le rendant plus complexe et donc inattractif. La spirale entretient son cycle sans qu'elle ne puisse être stoppée, sauf à repenser l'organisation des sûretés réelles en permettant qu'elles se distinguent également autour de la composition de l'assiette.

§2. La composition de l'assiette : critère proposé de distinction des sûretés réelles

62. **Sûretés de genre et sûreté globale.** Pour surmonter les difficultés générées par la structure légale des sûretés réelles, il faut repenser la distinction et proposer un nouveau critère : la composition de l'assiette¹⁹⁷. Celui-ci permettrait de

¹⁹⁵V. *infra*, n° 149.

¹⁹⁶Il ne faut toutefois pas rendre la division des sûretés autour de la nature physique de l'assiette responsable de tous les maux. L'inattractivité du droit des sûretés réelles résulte également de la profonde inadaptation de leurs régimes à la spécificité de certains biens, notamment circulants.

¹⁹⁷La distinction des sûretés réelles entre celles recevant des biens de toute nature physique et celles se restreignant à des meubles ou des immeubles n'est pas entièrement nouvelle. Des auteurs ont pu distinguer les « sûretés

distinguer, d'une part, les sûretés ne recevant en son assiette que des biens de même genre – c'est à dire de même nature physique –, et, d'autre part, la sûreté accueillant des biens de toute nature physique. Ce faisant, il serait possible de recevoir une sûreté globale, entendue ici comme la figure de garantie permettant au débiteur d'affecter un ensemble de biens de toute nature physique, présents ou à venir, en garantie de crédits actuels ou futurs¹⁹⁸. La distinction entre sûretés sur les meubles et les immeubles ne disparaîtrait pas pour autant. Elle continuerait de jouer son rôle pour organiser les sûretés de genre – celles ne recevant en assiette que des biens de la même nature physique – que sont le gage, le nantissement, le gage immobilier, l'hypothèque ou encore les propriétés-sûretés¹⁹⁹. En somme, elle structurerait encore les sûretés conventionnelles d'ores et déjà consacrées par le droit positif, mais ne constituerait plus la division invariable, autrement dit, la *summa divisio* légale des sûretés réelles. Partant, il n'y aurait plus d'obstacles structurels à la réception d'une sûreté globale et le droit des sûretés réelles, divisé entre les sûretés de genre et la sûreté globale, retrouverait une attractivité considérable²⁰⁰. C'est qu'en effet, la figure de garantie constituée par une sûreté globale est une institution dont les vertus ont été éprouvées par des législations étrangères (A), et dont les attraits, particulièrement en présence de biens circulants, sont autant d'arguments en faveur de sa réception par notre droit (B).

spéciales », qui portent sur un bien ou des biens déterminés meubles ou immeubles, et les « sûretés générales », qui regroupent les privilèges généraux portant sur tous les biens du débiteur, qu'ils soient meubles ou immeubles (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 17, n° 13). Aussi, la sûreté globale et les sûretés générales ont en commun de recevoir des biens de toute nature physique. Pour autant, la sûreté globale et les sûretés générales ne doivent pas être confondues. La sûreté globale est spéciale puisqu'elle porte sur des biens présents ou futurs, déterminés ou déterminables. Aussi, à la différence des privilèges généraux, elle n'affecte pas l'intégralité de l'actif du débiteur. Elle est seulement susceptible de recevoir tout actif, quelle que soit sa nature physique. Dès lors, la distinction que nous proposons, entre les sûretés de genre et la sûreté globale, ne peut être assimilée à celle déjà envisagée, entre « sûretés spéciales » et « sûretés générales ».

¹⁹⁸En ce sens, v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 249, n° 694.

¹⁹⁹L'appartenance aux sûretés de genre de la fiducie-sûreté pourrait être contestée. En effet, elle est susceptible de porter tant sur des meubles que sur des immeubles, sur des biens corporels ou incorporels (v. C. civ., art. 2011). Néanmoins, une seule convention constitutive de fiducie-sûreté ne pourra engager cumulativement des biens meubles et immeubles. En atteste le traitement séparé au sein du Code civil de la fiducie-sûreté sur les meubles (art. 2372-1 à 6) et de celle sur les immeubles (art. 2488-1 à 6), alors même que les prévisions légales sont identiques, ou presque. Voilà qui montre la volonté du législateur d'invariablement séparer les sûretés mobilières et les sûretés immobilières. En somme, la fiducie-sûreté, pas plus que les autres sûretés consacrées en droit positif, ne peut recevoir en son assiette cumulativement et par la même convention constitutive des biens de toute nature physique. Dès lors, il s'agit bien d'une sûreté de genre.

²⁰⁰Pour une proposition en des termes proches, puisque distinguant les sûretés « polyvalentes », c'est à dire s'appliquant tant aux meubles qu'aux immeubles, et celles « monovalentes », n'ayant pour objet que les meubles ou que les immeubles, v. L. ANDREU, « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles », *LP.A* 5 juin 2009, p. 5 et s., spéc. n° 4.

A. Les vertus éprouvées d'une sûreté globale

63. **Exemples fournis par les droits étrangers.** Si les systèmes juridiques des États varient, les exigences des acteurs économiques sont transnationales en ce qu'elles se retrouvent à l'identique dans les pays industrialisés. Les solutions proposées par les systèmes étrangers qui ont reçu une sûreté globale fournissent des pistes d'inspiration dès lors que cette institution de garantie manifeste une grande pertinence en présence de biens voués à circuler, ainsi que le montre l'examen de la *floating charge* de droit anglais, de l'hypothèque ouverte de droit québécois ou encore du *security interest* de droit nord-américain.

64. **La *floating charge* et l'hypothèque ouverte.** Le droit anglais connaît de longue date la *floating charge*²⁰¹. Cette création jurisprudentielle du XIX^{ème} siècle²⁰² se définit comme un droit²⁰³ qui va flotter sur une universalité de biens du débiteur pour ne se cristalliser que sur ceux présents à sa défaillance. De création plus récente²⁰⁴, l'hypothèque ouverte du droit québécois²⁰⁵ s'envisage dans des termes proches, ses effets étant également suspendus avant la défaillance. Par ces sûretés, le débiteur peut affecter un ensemble de biens, mobiliers ou immobiliers et présents ou à venir, en garantie de créances présentes ou futures²⁰⁶. Elles ont l'avantage de demeurer « transparentes et indolores »²⁰⁷ dès lors qu'avant défaillance du débiteur, le droit réel ne grève pas immédiatement les éléments de l'assiette. Ainsi, le constituant reste libre dans la gestion des biens engagés et il peut les aliéner, les détruire ou les

²⁰¹F. DAIGRE, « La reconnaissance en France de la "*floating charge*" sûreté couramment utilisée en Grande-Bretagne dans les relations d'affaires », art. préc., p. 381 et s. ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », art. préc., p. 145 et s. ; C. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », art. préc., p. 143 et s. ; M.-F. PANPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, th. préc., spéc. p. 391 et s. ; J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 249 et s., n° 697 et s. ; B. TESTON, « Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », art. préc., p. 69 et s.

²⁰²*Re panama, New Zealand & Australian Royal Mail Company* (1870) 5 CH. App. 318, 39 L.J.Ch. 482. V. M.-F. PANPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, th. préc., spéc. p. 394, n° 579.

²⁰³*Charge* en anglais.

²⁰⁴Entrée en vigueur en 1994.

²⁰⁵Sur cette sûreté, v. not. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 251 et s., n° 703 et s. ; M. DESCHAMPS, « Le droit des sûretés au Québec », in *Repenser le droit des sûretés mobilières* (dir. M.-E. ANCEL), art. préc., spéc. p. 77 et s. ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, p. 300, n° 412.

²⁰⁶C. civ. Québécois, art. 2715 à 2723 : consultable à l'adresse suivante :

http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html.

²⁰⁷J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 251, n° 703.

incorporer sans méconnaître les droits du créancier bénéficiaire²⁰⁸, pourvu, toutefois, que ces opérations s'ancrent dans le « cours normal des affaires »²⁰⁹. Le droit réel de garantie se trouvant en suspens²¹⁰, les acquéreurs des éléments de l'assiette ne risqueront pas d'être confrontés à un éventuel droit de suite. Pour autant, le créancier n'en est pas moins protégé : les biens entrant dans le patrimoine du débiteur intégreront automatiquement l'assiette²¹¹, et le droit suspendu se reportera des biens anciens sur ceux nouveaux, par le jeu de la subrogation réelle²¹².

Ces sûretés contiennent tout de même un risque pour le créancier puisqu'elles ne prennent rang qu'à compter de leur cristallisation, c'est à dire à la défaillance du débiteur²¹³. Dès lors, le créancier peut se voir primer par des droits de préférence résultant de sûretés réelles consenties après sa propre garantie, mais antérieurement à la défaillance. Ce risque peut néanmoins être jugulé en admettant l'opposabilité du droit réel dès la naissance de la sûreté, ainsi que l'illustre le *security interest*.

65. **L e *security interest*.** Par le *security interest*, sûreté réelle du droit commercial nord-américain, le Livre IX de l'*Uniform Commercial Code*²¹⁴ consacre une sûreté mobilière globale sur biens corporels ou incorporels²¹⁵. En recourant à deux clauses contractuelles²¹⁶, il sera possible de prévoir une couverture de créances présentes et à venir par l'affectation en sûreté de biens meubles actuels et futurs, tout

²⁰⁸Solution résultant de la jurisprudence pour la *floating charge* (Décision *Re Yorkshire Woolcomber's Association Ltd* (1903) 2 ch. 284, 72 L.J.Ch. 635). Solution énoncée par l'article 2717 du Code civil Québécois concernant l'hypothèque ouverte.

²⁰⁹En ce sens, J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 249, n° 697 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., spéc. p. 259, n° 728.

²¹⁰L'article 2715 du Code civil québécois dispose, en ce sens, que « l'hypothèque ouverte est celle dont certains des effets sont suspendus jusqu'au moment où, le débiteur ou le constituant ayant manqué à ses obligations, le créancier provoque la clôture de l'hypothèque en leur signifiant un avis dénonçant le défaut et la clôture de l'hypothèque ».

²¹¹Sur ce point, une différence sépare l'hypothèque ouverte de la *floating charge* : alors que la première suppose de procéder à un enregistrement, la seconde n'exige aucune formalité.

²¹²Sur ce point, J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 330, n° 899 ; M.-F. PANPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, th. préc., spéc. p. 397, n° 581 : « Ainsi, comme son nom l'indique, la charge hypothécaire flottante est en suspension, elle plane sur une masse mouvante de biens dont le débiteur est propriétaire ou qu'il acquerra à l'avenir ; cette masse de biens peut donc croître ou décroître. Les biens vendus le sont libres de toute sûreté, et les biens achetés viennent prendre leur place en vertu du principe de la subrogation réelle ou s'ajouter à la masse ».

²¹³Article 2716, alinéa 2 du Code civil québécois. Pour la *floating charge*, v. M.-F. PANPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, th. préc., spéc. p. 397, n° 581.

²¹⁴UCC.

²¹⁵N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, thèse, préf. D. LEGAIS, Puf, 2007, spéc. p. 244, n° 364.

²¹⁶Il s'agira de coupler une clause d'avance future (*future advance clause*) avec une clause de propriété acquise postérieurement (*after-acquired property clause*), toutes deux valables en vertu de la Section 9-204 de l'UCC. Sur ce point, J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 255, n° 715.

ou partie des biens acquis postérieurement à la constitution de la sûreté intégrant l'assiette sans formalités supplémentaires. Pour permettre aux biens engagés de remplir leur fonction économique, les éléments de l'assiette pourront être aliénés libres de tout droit réel de garantie, ceux venant en remplacement prenant lieu et place des précédents par le jeu de la subrogation réelle²¹⁷. Le livre IX de l'UCC permet ainsi aux volontés individuelles de créer une authentique sûreté mobilière globale à l'assiette fluctuante. Contrairement à la *floating charge* ou à l'hypothèque ouverte, le droit réel est opposable dès la constitution de la sûreté. Cette solution semble particulièrement opportune : elle s'avère rassurante pour le créancier bénéficiaire tout en laissant à l'assiette une disponibilité juridique et matérielle conforme aux impératifs d'un bien devant circuler.

66. **Qualités des modèles étrangers.** Qu'il s'agisse des modèles anglais et québécois ou du *security interest*, ces sûretés globales revêtent des particularités intéressantes. Permettant d'engager un ensemble de biens et détachées de la nature physique de l'assiette²¹⁸, elles évitent le morcellement des sûretés réelles. Sans dépossession, la souplesse de leur régime permet, par ailleurs, de concilier la circulation ou l'utilisation du bien par le constituant et son affectation en sûreté. Voilà des qualités recherchées lorsqu'il s'agit de grever le bien qui nous occupe et qui est de nature à envisager comme opportune la réception d'un modèle comparable en droit interne.

B. Arguments en faveur de la réception d'une sûreté globale

67. **Une sûreté adaptée au bien circulant.** La réception d'une sûreté globale, qu'il faudrait concevoir sans dépossession²¹⁹, recouvrerait de nombreux attraits.

Le professionnel peut, au sein de son patrimoine, disposer de biens circulants mobiliers corporels et incorporels, ou de la même façon, de biens circulants meubles

²¹⁷Livre IX UCC, §9-315.

²¹⁸Du moins concernant l'hypothèque ouverte et la *floating charge*. Le *security interest*, en revanche, ne portera que sur les meubles, ceux-ci pouvant néanmoins être corporels et incorporels. Cette différence entre les modèles étrangers de sûretés globales montre que la globalité de l'assiette peut emprunter une conception large ou étroite.

²¹⁹Sur la confrontation du principe de dépossession des sûretés réelles en droit français avec la fonction du bien circulant, v. *infra*, n° 86 et s.

et immeubles. Nous l'avons souligné, l'état du droit en vigueur impose une division des sûretés réelles consenties autour de la nature physique des biens grevés. Ainsi, le professionnel disposant d'un bien circulant meuble corporel, d'un autre incorporel et d'un dernier immeuble, devra, pour les affecter en sûretés, procéder cumulativement à un gage, un nantissement et une hypothèque. Tout au plus, depuis la réforme du 23 mars 2006²²⁰, un ensemble de biens meubles corporels ou incorporels pourra constituer l'assiette d'une sûreté unique²²¹. Toutefois, les éléments devront recouvrir la même nature physique : l'ensemble devra être composé de biens corporels ou incorporels mais non de l'un et de l'autre. En admettant une sûreté globale, la situation est simplifiée : une seule sûreté sera conclue pour l'affectation de biens de toute nature, présents ou futurs. La réception de cette institution de garantie permettrait donc une simplification de l'édifice légal, source d'efficacité.

Au-delà de cette simplification, elle permettrait d'adapter le régime des sûretés à la fonction du bien circulant, l'érigeant alors en véritable instrument de crédit. En effet, la sûreté globale flotte sur l'assiette en ce sens qu'avant la réalisation, les biens engagés restent pleinement disponibles. Le constituant demeure libre de les aliéner, ceux venant en remplacement incorporant de façon automatique l'assiette de la sûreté. Voilà qui rend son régime conforme à la fonction du bien voué à circuler. Le droit réel de garantie s'envisage alors soit comme un droit à venir sous condition suspensive de la défaillance du débiteur²²², soit comme un droit né dès la création de la sûreté mais se reportant sur les éléments successifs de l'assiette par le jeu de la subrogation réelle²²³. Cette seconde branche de l'option semble la meilleure : elle rassure le créancier par l'opposabilité de son droit à la date de la constitution de la sûreté, tout en permettant au constituant de disposer librement des éléments de l'assiette.

68. Une sûreté faussement considérée comme dangereuse. La pertinence de la sûreté globale est parfois contestée en ce qu'elle serait une institution dangereuse. Elle fragiliserait le débiteur qui, ayant engagé l'intégralité ou

²²⁰Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

²²¹C. civ., art. 2333 : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs » ; et art. 2355 : « Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ».

²²²Cas de l'hypothèque ouverte de droit québécois et de la *floating charge* de droit anglais.

²²³Solution retenue en matière de *security interest* (UCC, §9-315).

une part substantielle de ses biens en garantie, ne pourrait obtenir de nouveaux crédits, les créanciers postérieurs ne se satisfaisant pas de sûretés de rangs inférieurs²²⁴. Ce risque, incontestablement latent, peut néanmoins être jugulé. Si une sûreté globale s'envisage comme la figure de garantie permettant d'engager l'ensemble des biens du débiteur, il demeure possible de la restreindre aux seuls biens circulants ou seulement à une fraction de ceux-ci. Partant, les biens stables ou les biens circulants non engagés pourront venir en sûreté de nouveaux crédits. Par ailleurs, l'affectation de l'ensemble des biens par une sûreté globale ne ferme pas, de façon automatique, l'octroi de nouveaux crédits par de nouveaux créanciers. Il sera de nombreuses hypothèses où la valeur des biens assiette de la sûreté globale apparaîtra supérieure à la créance garantie. Dès lors, le rang inférieur d'un créancier postérieur ne se révélera pas dissuasif puisque la valeur de l'assiette permettra de couvrir les créances successivement garanties.

69. **Une sûreté pour les professionnels.** Finalement, la sûreté globale semble réunir les qualités requises pour ériger le bien circulant en instrument de financement des entreprises. Elle permettrait d'engager un ensemble de biens, quel que soit le secteur d'activité concerné ou la nature physique des biens engagés. Mais quoi qu'il en soit, cette figure de sûreté n'intéressera que les professionnels, seuls titulaires de biens circulants. Son champ d'application devra donc se restreindre à ceux-ci ; il s'agit d'ailleurs de la voie retenue par les droits étrangers²²⁵.

70. **Conclusion du Chapitre I.** Arborant des caractères propres, le bien circulant constitue une entité juridique nouvelle encore à la marge du droit positif. Il s'agit là d'une carence lorsqu'on l'envisage en assiette de sûreté. Si ce bien ne peut

²²⁴En ce sens, J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., spéc. p. 258, n° 725 : « Il est inutile de souligner les dangers que peut revêtir la possibilité pour un débiteur, d'engager, en une seule opération, l'ensemble de son patrimoine mobilier présent et à venir. Outre le fait qu'un tel engagement risque de léser ses autres créanciers qui verront alors leur gage général réduit à peau de chagrin ». À propos des dangers de l'hypothèque générale de l'Ancien régime, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), LGDJ, 1998, spéc. p. 299, n° 324.

²²⁵L'article 2686 du Code civil québécois propose que : « Seule la personne ou le fiduciaire qui exploite une entreprise peut consentir une hypothèque ouverte sur les biens de l'entreprise » (pour consultation du code : http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html). Dans le même sens, le Code nord-américain de la consommation ne permet pas l'établissement d'une sûreté sur tous les biens futurs d'un consommateur. Quant à la *floating charge*, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'un particulier l'utilise. En pratique, néanmoins, seules les *compagnies* y ont recours puisqu'elles sont les seules à pouvoir consentir une sûreté sans avoir à formaliser le détail des biens grevés à la constitution de la sûreté. Sur ces aspects de droit comparé, v. not. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 259, n° 730.

faire l'objet d'un régime unique, c'est notamment parce qu'il transcende l'organisation de la matière structurée autour de la nature physique de l'assiette. Il en résulte une marginalisation de son utilisation comme instrument de crédit par son affectation en garantie, conséquence regrettable au regard de la richesse patrimoniale qu'il constitue.

Pour surmonter la difficulté, l'organisation légale de la matière doit être repensée. Non pas qu'il faille totalement renoncer à distinguer les sûretés réelles par la nature physique de l'assiette : nous l'avons dit, cette structure permet une clarification de l'édifice légal. Il faut seulement que ce critère de distinction ne soit plus invariable et soit complété par un autre, s'articulant autour de la composition de l'assiette. Ce faisant, la réception d'une sûreté unique sur le bien circulant, quelle que soit sa nature physique, deviendra possible. Par là même, son affectation en garantie sera facilitée et il interviendra fréquemment et simplement comme instrument de crédit, pourvu, toutefois, que soit surmontée une seconde difficulté.

Nous l'avons souligné, la fonction du bien circulant sous-tend quelques exigences. Présent au sein du patrimoine professionnel pour être transformé ou aliéné, il doit être disponible matériellement et juridiquement. Voilà qui constitue un obstacle supplémentaire lorsque l'on envisage le bien circulant comme assiette de garantie, la conception traditionnelle des sûretés réelles restreignant considérablement la disponibilité des biens grevés.

- CHAPITRE II -

LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DES SÛRETÉS RÉELLES

71. **Piliers de la conception traditionnelle.** Les sûretés rassurent le créancier en ce qu'elles lui fournissent, non la certitude absolue de recouvrer sa créance, mais tout au moins la possibilité d'un paiement préférentiel plus efficace que son seul droit de gage général. C'est bien ainsi qu'elles ajoutent « aux créances une facette miroitante, la sécurité »²²⁶.

Dans la conception traditionnelle des sûretés réelles, qui, nous le verrons, a été assouplie par la réforme du 23 mars 2006²²⁷, cette sécurité s'articule autour de deux piliers : par une dépossession impérative de la chose mobilière grevée d'abord ; par la création d'un droit réel de garantie sur le bien engagé ensuite, que la sûreté réelle porte sur un meuble ou un immeuble.

La dépossession du constituant se justifie par la protection des tiers et du bénéficiaire de la sûreté. La mainmise du créancier bénéficiaire constitue un acte apparent permettant aux tiers de connaître la modification de l'état juridique des meubles engagés. Par ailleurs, l'emprise du créancier sur l'assiette lui permet de s'assurer de sa bonne conservation. Devenant maître de la chose, il est protégé contre d'éventuelles atteintes sur les biens grevés, ce qui participe à l'efficacité de la sûreté. De la même façon, la création du droit réel de garantie découlant de la création d'une sûreté réelle tend à assurer l'efficience du mécanisme. Il en découle

²²⁶M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 1, n° 1.

²²⁷Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc. V. *infra*, n° 141 et s.

notamment de l'un de ses attributs, le droit de suite, qui permet au créancier garanti d'appréhender l'assiette en quelques mains qu'elle se trouve.

72. **Contrariété avec la fonction du bien circulant.** Aussi sécurisantes qu'apparaissent la création d'un droit réel sur les biens engagés et la dépossession de l'assiette mobilière, cette conception traditionnelle des sûretés réelles contredit largement les exigences découlant de la fonction du bien circulant. L'immobilisation physique de l'assiette mobilière de sûreté (Section 1) empêche le constituant d'utiliser le bien engagé pour les besoins de son activité. Quant au droit réel de garantie, il s'oppose à la libre circulation des biens objets de la sûreté, ce qui aboutit à la neutralisation juridique de l'assiette (Section 2).

SECTION 1. L'IMMOBILISATION PHYSIQUE DE L'ASSIETTE MOBILIÈRE DE SÛRETÉ

73. **Mouvements en sens contraire.** Certains biens, ainsi de ceux circulants, nécessitent en raison de leur fonction, leur appréhension physique par le professionnel. Aussi, l'emprise matérielle du créancier sur l'assiette mobilière (§1), hier obligatoire et désormais seulement facultative, ne va pas sans soulever quelques difficultés (§2).

§1. L'emprise matérielle du créancier sur l'assiette mobilière

74. **Origines du principe de dépossession.** Le principe selon lequel l'assiette mobilière de sûreté doit nécessairement être remise au créancier est ancien. POTHIER déclarait déjà, sous le sceau de l'évidence, qu'à « l'égard des meubles [...] ils ne sont pas, dans notre coutume, susceptibles de l'hypothèque »²²⁸. Loin de rompre avec la coutume de l'Ancien droit, les pères fondateurs du Code civil l'ont, tout à l'inverse, prolongée. Si depuis la réforme du 23 mars 2006²²⁹ le caractère impératif de

²²⁸Cité par, E. PUTMAN, « Sur l'origine de la règle : "meubles n'ont point de suite par l'hypothèque" », art. préc., p. 545.

²²⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

la dépossession de l'assiette mobilière de sûreté a été abandonné²³⁰, il a longtemps constitué une qualité intangible des sûretés sur le meuble. Dès le Code civil de 1804, le législateur français a refusé de recevoir l'hypothèque mobilière, consacrant le principe de la dépossession impérative de l'assiette par le gage (A). Plus récemment, l'exigence de dépossession de l'assiette mobilière a encore montré la force de son ancrage, avec toutefois une atténuation de sa rigueur, à l'occasion de la réception de la fiducie-sûreté (B).

A. Le principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière consacré par le gage

75. **Fondements du principe de dépossession.** La dépossession impérative de l'assiette mobilière, constamment réaffirmée avant la réforme du 23 mars 2006²³¹, constituait le principe établi. Son fondement légal en matière de gage, sûreté réelle mobilière de droit commun, reposait sur la conjonction des anciens articles 2071 et 2119 du Code civil.

76. **L'ancien article 2071 du Code civil.** L'ancien article 2071 du Code civil énonçait que « le nantissement est un contrat par lequel le débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette », l'ancien article 2072 complétant le propos, en nommant « gage » le nantissement d'une chose mobilière. Aussi, le contrat de gage s'identifiait en un contrat réel²³², dont la validité était évidemment suspendue à la remise de la chose²³³. La jurisprudence, sourcilleuse sur ce point, l'avait affirmé à de nombreuses reprises. Ainsi, un arrêt de principe rendu le 18 mai 1898 par la chambre civile de la Cour de cassation, énonçait sans ambages que le « contrat de gage étant un contrat réel » il est de son essence « que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu »²³⁴.

²³⁰V. *infra*, n° 145 et s.

²³¹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

²³²En ce sens, v. l'intéressante argumentation de M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985, p. 1 et s., spéc. p. 36.

²³³H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, spéc. p. 146, n° 66 : « Bien que l'[ancien]article 2076 C. civ. semble présenter la nécessité de la mise en "possession" du créancier ou d'un tiers comme une simple mesure de publicité, destinée à rendre le "privilège" opposable aux tiers, il est certain que ses rédacteurs ont entendu en faire une formalité substantielle, à défaut de laquelle le contrat lui-même est nul ; ils l'ont précisé dans la définition qu'ils ont donnée du nantissement ([ancien] art. 2071) [...] ».

²³⁴Cass. civ., 18 mai 1898, *DP* 1900, 1, p. 481, note L. SARRUT ; M. BILLIAU, « Réflexions sur le gage », *JCP G* 1996, I, 3897, p. 21, spéc. n° 11.

Le principe ne s'est d'ailleurs pas restreint aux frontières civiles. Le régime du gage commercial²³⁵, institué par la loi du 23 mai 1863 et codifié au sein du Code de commerce, exigeait la dépossession en son ancien article 92²³⁶. Le « privilège » ne subsistait ainsi sur le gage « qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties »²³⁷. Aussi, la dépossession plus qu'une seule remise de la chose à la formation du contrat, devait se maintenir dans le temps²³⁸. En somme, elle se devait d'être « continue ou permanente »²³⁹ sauf à ce que le droit réel de garantie ne soit perdu²⁴⁰.

77. **L'ancien article 2119 du Code civil.** Si le régime précédemment décrit s'articulait autour d'une dépossession impérative de l'assiette mobilière, il ne prohibait pas pour autant, à lui seul, toute possibilité d'hypothèque mobilière. L'interdiction résultait de la conjonction de l'ancien article 2071 avec l'ancien article 2119²⁴¹ relatif à l'hypothèque, et qui énonçait que « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ». Voilà qui fermait de manière définitive et catégorique la possibilité générale d'une hypothèque mobilière²⁴².

78. **Fonction protectrice de la dépossession.** L'attachement profond de notre droit à la dépossession impérative de l'assiette mobilière découle essentiellement de ses vertus protectrices. C'est qu'en effet, elle ménage les intérêts du bénéficiaire et des tiers²⁴³.

79. **Protection du créancier bénéficiaire de la sûreté.** Concernant le créancier bénéficiaire, la dépossession du constituant le protège d'abord alors que le

²³⁵Sur ce point, J. FOYER, « Le principe du gage avec dépossession. La loi de 1863 et ses précédents », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 15 et s.

²³⁶Article recodifié à l'article L. 521-2 du Code de commerce et finalement abrogé par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

²³⁷C. com., anc. art. 92.

²³⁸Sur la nécessaire continuité de la dépossession, v. Cass. civ., 9 avr. 1894 ; DP 1894, I, p. 409, note A. BOISTEL.

²³⁹J. FOYER, « Le principe du gage avec dépossession. La loi de 1863 et ses précédents », art. préc., spéc. p. 77.

²⁴⁰Exception faite d'une remise temporaire au débiteur pour l'exécution de travaux nécessaires. En ce sens, Cass. req., 11 avr. 1933 ; *Gaz. Pal.* 1933, 2, p. 172.

²⁴¹C. civ., art. 2398.

²⁴²Quelques exceptions de gages sans dépossession sont venues déroger à la règle. Ex : le nantissement des biens d'équipement professionnel institué par la loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 ou encore le gage des véhicules automobiles instauré par la loi du 29 décembre 1934, dite Malingre, relative à la réglementation de la vente à crédit des véhicules ou tracteurs automobiles. V. *infra*, n° 148.

²⁴³En ce sens, v. S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1937, spéc. p. 35 : « Le transfert de la possession réalise en effet en matière de meubles une sorte de publicité, la seule possible pour des objets difficiles à identifier et n'ayant pas d'assiette fixe ; d'autre part, il garantit le créancier gagiste contre toute tentative de détournement de la part du débiteur ».

gage est pendant. Le paiement de la créance peut être échelonné ou différé, tant et si bien qu'un temps s'écoule entre l'affectation en garantie et l'extinction de la créance. Il convient, pendant cet interlude temporel, d'assurer la conservation du bien grevé. Si la chose disparaît ou est détruite, le droit réel de garantie s'évanouit également. Aussi, la mainmise du créancier évite tout risque de destruction, de transformation ou encore de dissimulation de l'assiette.

La dépossession des biens engagés protège également le créancier bénéficiaire à la défaillance du constituant. Plus précisément, elle facilite la réalisation de la sûreté : le créancier étant déjà en possession, il n'aura pas besoin de procéder à une saisie de l'assiette pour solliciter sa vente forcée²⁴⁴. Par ailleurs, l'obstacle d'un possesseur de bonne foi se prévalant de l'article 2276²⁴⁵ du Code civil est évité : si le bien est vendu alors que le gage est pendant, le tiers acquéreur ne pourra ignorer l'existence de la sûreté puisqu'il ne pourra entrer en possession.

80. **Protection des tiers.** Concernant les tiers, la protection fournie par la dépossession du constituant s'exprime particulièrement vis-à-vis de l'acquéreur de l'assiette et des autres créanciers du constituant.

Le tiers, acquéreur d'un bien grevé demeurant entre les mains du constituant, n'est pas averti du droit concurrent affectant l'objet de son acquisition. Une telle hypothèse se révèle particulièrement gênante, la conciliation des intérêts en présence s'avérant difficile. La protection du créancier gagiste est assurée par son droit de suite, lui permettant de saisir le bien grevé en quelques mains qu'il se trouve. Mais alors, cela revient à traiter durement le tiers acquéreur de bonne foi, son droit se trouvant menacé par un autre, dont il n'avait nulle connaissance²⁴⁶. Il pourra probablement obtenir la nullité de la vente en raison d'un dol par réticence du vendeur²⁴⁷. Toutefois, cette solution, longue et contraignante, puisque nécessitant le recours à une juridiction, se marie mal avec la sécurité des affaires. Inversement, il

²⁴⁴En ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 780, n° 1042.

²⁴⁵« En fait de meubles, la possession vaut titre » (C. civ., anc. art. 2279, nouvellement codifié à l'article 2276).

²⁴⁶Le droit romain ménageait un droit de suite au bénéficiaire, sous la forme de l'action *quasi serviana* lui permettant de suivre les biens en toutes mains (J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 1124, n° 766). Les coutumes de l'ancien droit, quant à elles, se refusaient à un tel traitement de l'acquéreur écartant tout droit de suite en matière d'hypothèque mobilière (en ce sens, E. PUTMAN, « Sur l'origine de la règle : "meubles n'ont point de suite par hypothèque" », art. préc., spéc. p. 549).

²⁴⁷Conformément à l'article 1116 du Code civil, « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté », ce dol pouvant résulter du seul silence (Cass. 3^{ème} civ., 15 janv. 1971, n° 69-12.180, *Bull. civ.* III, n° 38, p. 25). Ainsi, le silence gardé par le vendeur sur le droit réel de garantie affectant l'objet de la vente, constituera une cause de nullité du contrat, en ce que l'acheteur n'aurait, le connaissant, probablement pas acheté.

est possible de faire prévaloir la protection du possesseur de bonne foi, en lui permettant d'invoquer l'article 2276 du Code civil. Mais cette fois-ci, c'est le créancier gagiste qui se trouve lésé. Titulaire d'un droit antérieur, celui-ci apparaît inopposable : en somme, toute aliénation par le constituant rend la sûreté réelle inopérante et par là inutile²⁴⁸. L'infraction pénale de détournement de gage²⁴⁹ constitue une sécurité juridique mais celle-ci, empruntant nécessairement la voie judiciaire, se révèle tout aussi contraignante que l'action en réticence dolosive exercée par l'acquéreur. Finalement, la dépossession de l'assiette mobilière permettrait d'éviter la survenance d'une telle situation où les intérêts des uns et des autres ne peuvent, dans le même temps, être ménagés.

Classiquement, la dépossession est également considérée comme protectrice des autres créanciers du constituant. Ceux-ci doivent être avertis des biens faisant l'objet d'un droit préférentiel pour mieux cerner la valeur de leur droit de gage général. C'est d'ailleurs souvent cet examen du patrimoine de leur débiteur qui orientera vers l'exigence d'une sûreté. La dépossession formalise la soustraction du bien, ce qui permet d'informer les créanciers sur les ressources du débiteur et sur les biens grevés d'un droit réel de garantie.

81. **De « l'ancien gage » à la « nouvelle fiducie ».** Proposé dès le Code Napoléon, le principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière, certes finalement abandonné par la réforme de 2006²⁵⁰ en matière de gage²⁵¹, a connu quelques soubresauts à l'occasion de la réception de la fiducie-sûreté.

B. La dépossession par principe de l'assiette mobilière de fiducie-sûreté

82. **Réception de la fiducie-sûreté.** Le transfert de propriété à titre de garantie, autrement nommé fiducie-sûreté, constitue une garantie aux sources anciennes²⁵². Toutefois, cette utilisation du droit de propriété à la fonction de sûreté,

²⁴⁸Le constituant pourrait, de fait, se libérer lui-même de la sûreté consentie. Cette possibilité est bien heureusement bannie par l'infraction pénale de détournement de gage.

²⁴⁹C. pén., art. 314-5, al. 1^{er} : « Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende ».

²⁵⁰Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

²⁵¹V. *infra*, n° 152 et s.

²⁵²La fiducie *cum creditore* du droit romain consistait en une aliénation d'un bien par le débiteur en faveur du créancier. Sur ce point, v. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 1104.

que certains diront subalterne²⁵³, n'a pas été recueillie par le Code Napoléon. Le droit français l'a ignorée avec constance, si bien qu'on a pu résumer son histoire à celle « d'une belle juridique au bois dormant du droit français »²⁵⁴. Le réveil, dont les soubresauts furent initiés par un auteur²⁵⁵, est intervenu par la loi du 19 février 2007²⁵⁶. Il concrétise près de trois décennies d'hésitations, entre reconnaissance fragmentaire²⁵⁷ et avant-projet avorté²⁵⁸. Sur le plan de la politique législative, la manière de procéder est curieuse. Il aurait probablement été opportun de traiter de la fiducie-sûreté par l'ordonnance de réforme des sûretés²⁵⁹ intervenue moins d'un an plutôt. L'explication réside probablement dans la polyvalence des dispositions consacrées, qui traitent de la fiducie qu'elle soit à destination de sûreté ou de gestion²⁶⁰.

Loin de détailler ici l'opportunité et l'effectivité de la fiducie²⁶¹, il s'agit de se concentrer sur la place, d'ailleurs peu abordée, de la dépossession au sein de cette institution²⁶².

83. La dépossession du constituant par principe. L'article 2018 du Code civil fait de la fiducie un contrat solennel puisque des mentions impératives sont exigées à peine de nullité. Pour autant, la place de la dépossession dans la

²⁵³En ce sens, J.-M. MOUSSERON et F. PÉROCHON, « La nouvelle réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980 », *RF compt.* 1981, p. 10 et s. ; J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron., p. 1 et s., n° 36 et s.

²⁵⁴C. CHAMPAUD, « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français », *Rev. dr. aff. int.* 1991, p. 689 et s.

²⁵⁵C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse, préf. D. SCHMIDT, Economica, 1980.

²⁵⁶Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. V. P. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP E* 2007, n° 12, 134, p. 3 et s. ; P. BOUTELLER, « Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », *JCP E* 2007, n° 13, p. 15 et s.

²⁵⁷La possibilité d'un transfert de propriété à titre de garantie a été reçue pour le cas particulier des créances professionnelles. Ainsi, la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite « Dailly » a instauré la cession fiduciaire, codifiée à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier et permettant aux entreprises de céder à titre de garantie à un établissement de crédit leurs créances professionnelles via un bordereau communément nommé « bordereau Dailly ». Cette première initiative est une authentique transmission de propriété à titre de garantie, la loi prenant soin de distinguer cette hypothèse du nantissement.

²⁵⁸Un avant-projet de loi visant à introduire la fiducie dans le Code civil avait été élaboré par la Chancellerie mais était resté lettre morte. Sur ce point, C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, chron., p. 119 et s. ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, I, art. 35085, p. 897 et s. ; C. CHAMPAUD, « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français », art. préc., *loc. cit.*

²⁵⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

²⁶⁰C. civ., art. 2011 et s.

²⁶¹V. not. J.-F. RIFFARD, « Propriété et garanties : faut-il destituer la reine des sûretés ? », in *Repenser le droit des sûretés mobilières*, Bibliothèque de l'institut André TUNC, LGDJ, 2005, p. 29 et s. Plus globalement, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, th. préc., p. 4, n° 3 et, à propos de la « cession Dailly », p. 27 et s. ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. préc., p. 177 et s.

²⁶²Pour une approche générale, v. not. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, spéc. p. 637 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, spéc. p. 365 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, spéc. p. 596 et s.

rédaction issue de la loi de 2007²⁶³, n'était nullement précisée. En tout état de cause, la validité du contrat et encore moins son existence n'en dépendaient, la fiducie rompant ainsi avec toute qualification de contrat réel. Non *ad validitatem*, la dépossession s'imposait-elle néanmoins ?

La première intervention législative était floue : encadrant la mission du fiduciaire, les prérogatives juridiques de ce propriétaire temporaire étaient cernées²⁶⁴ mais la nécessité et les conditions de son emprise matérielle non précisées. En l'absence d'explicite, il fallait s'en remettre à l'implicite, le transfert du droit de propriété impliquant une dépossession impérative de l'assiette²⁶⁵.

C'est finalement par la loi du 4 août 2008²⁶⁶ que le sort matériel du bien cédé à titre de garantie a été plus clairement exprimé. L'article 2018-1 du Code civil précise désormais que « lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire ». Si l'article énonce deux hypothèses déterminées, le fonds de commerce et l'immeuble à usage professionnel, il ne faut pas l'interpréter comme une restriction de la conservation de l'usage et de la jouissance à ces seuls biens. La proposition est à vocation générale et la précision purement pragmatique. Il ne s'agit que d'encadrer au plus près le régime des biens particuliers que constituent le fonds de commerce et l'immeuble à usage professionnel, à la possibilité plus générale d'une fiducie laissant l'usage ou la jouissance du bien au constituant²⁶⁷.

En érigeant la conservation de l'usage ou de la jouissance du bien par le constituant en faculté conventionnelle, la confirmation de l'emprise matérielle du fiduciaire par principe s'exprime avec certitude. Énoncer la possibilité de dérogations conventionnelles revient à reconnaître l'impossibilité antérieure d'une fiducie sans

²⁶³Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, préc.

²⁶⁴V. not. C. civ. art. 2021 à 2023.

²⁶⁵Notons que le constituant ne saurait s'y opposer. Ayant transféré son droit de propriété, il ne peut conserver la chose sur aucun titre. Plus encore, la remise de la chose pourra être forcée par voie judiciaire, le fiduciaire propriétaire légitime, pouvant engager une action en revendication.

²⁶⁶Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

²⁶⁷En ce sens, v. R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008, chron., p. 2300 et s. ; L. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, chron., p. 1845 et s.

dépossession ce dont il émerge l'idée première du législateur de 2007²⁶⁸ : la fiducie sous-tendait le transfert matériel de la chose.

84. **L'absence de dépossession du constituant par exception.** Si l'article 2018-1 du Code civil révèle en creux la dépossession par principe en matière de fiducie, il énonce explicitement l'exception. Aussi n'est-il pas consacré, pour la fiducie-sûreté, un principe de dépossession impérative de l'assiette dès lors que l'emprise matérielle du créancier pourra être écartée. En effet, la volonté conventionnelle pourra laisser l'usage et la jouissance du bien au constituant, ce qui sous-tend sa possession. Grâce à cet article, la place de la dépossession en matière de fiducie-sûreté sur biens meubles est finalement identifiée : par principe elle sera exigée, par exception écartée. La dépossession de l'assiette mobilière, loin de la vigueur lui étant conférée dans la conception traditionnelle du gage, imprègne néanmoins fortement le régime. Elle revêt en définitive la place moderne que la réforme de 2006²⁶⁹ a entendu lui donner en matière de sûretés réelles mobilières²⁷⁰. Soulevons d'ores et déjà l'opportunité de cette orientation nouvelle de la matière, que nous ne manquerons pas d'approfondir²⁷¹. C'est qu'en effet, l'emprise matérielle du créancier sur les meubles engagés est source de difficultés, tout particulièrement, d'ailleurs, si l'assiette est composée de biens circulants.

§2. Les difficultés soulevées par l'emprise matérielle du créancier sur l'assiette mobilière

85. **Propos liminaire sur la dépossession des biens incorporels.** Il faut soulever une difficulté, dont le développement est inhérent à la mutation de l'économie. Le XX^{ème} siècle a constitué le siège d'une expansion de l'immatériel. Ces biens meubles incorporels peuvent, à l'instar des meubles corporels, être l'assiette d'une sûreté réelle, ce qui a, d'ailleurs, fait l'objet de brillantes études²⁷². Se pose alors

²⁶⁸Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, préc.

²⁶⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

²⁷⁰V. *infra*, n° 152 et s.

²⁷¹V. *infra*, n° 161 et s.

²⁷²D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, th. préc. ; C. LISANTI-KALCZINSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, thèse, préf. F. PÉROCHON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2001 ; N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, th. préc. ; M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, thèse, préf. L. AYNÈS, Economica, 2012.

l'épineuse question de leur dépossession : est-elle impérative ? Apparaît-elle seulement possible ?

Il s'exprime avec évidence que le Code civil, dans sa rédaction originelle, appréhendait l'hypothèse d'un bien incorporel assiette d'une sûreté comme une situation résiduelle. Il est vrai qu'alors, les biens incorporels n'arboraient pas le développement qu'on leur connaît. Ainsi, l'ancien article 2075 du Code civil, dans sa rédaction première, prévoyait que « le privilège [...] ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage ». N'était guère ici visé que le nantissement de créance, preuve en étant faite par le développement subséquent de régimes particuliers propres à certains biens incorporels²⁷³. Toutefois, cet article constituait le droit commun des sûretés réelles sur biens incorporels. Placé au sein des dispositions qualifiant le gage en contrat réel, il devait respecter ce caractère. Mais comment opérer le transfert matériel d'une chose, dont son essence même réside en son absence de matérialité ? Le législateur restant silencieux, la jurisprudence dut se prononcer. Dans un premier mouvement, la dépossession consistait en la remise d'un titre, condition de validité du nantissement²⁷⁴. Cette analyse se révélait bien fictive en ce que le titre ne revêt qu'une valeur probatoire²⁷⁵. Critiquable, l'exigence a été abandonnée par un arrêt célèbre considérant que dans le « cas où le gage porte sur une créance et où la tradition est matériellement impossible » la mise en possession du créancier sera suffisamment réalisée « par la signification au débiteur de la créance donnée en gage »²⁷⁶. Sur la portée de la position, un auteur a justement résumé la situation, « suffisante dans ce cas, la

²⁷³Ex : Nantissement de fonds de commerce (loi du 1er mars 1898 remplacée par la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement de fonds de commerce, désormais codifiée aux articles L. 142-1 et suivants du Code de commerce) ; nantissement de parts de sociétés civiles (loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le Titre IX du Livre III du Code civil et codifiée à l'article 1866 du même code) ; ou encore le nantissement des films cinématographiques (loi du 22 février 1944 relative à la publicité des actes, conventions et jugements en matière de cinématographie, codifiée aux articles L. 123-1 à L. 123-6 du Code du cinéma et de l'imagerie animée).

²⁷⁴V. Cass. civ., 27 janv. 1908, *D.* 1910, I, p. 522. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, spéc. p. 148, n° 68 : « La jurisprudence pousse la nécessité du dessaisissement jusqu'à ses extrêmes limites quand elle exige, pour les meubles incorporels, la remise du titre de créance – outre la signification au débiteur – considérée comme simple mesure de publicité ».

²⁷⁵E. COLMET DE SANTERRE et A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de droit civil*, t. VIII, Paris, 1884, p. 369 et s., n° 302 bis V ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, Traité de Droit civil (dir. J. GHESTIN), LGDJ, p. 235, n° 807.

²⁷⁶Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1983, n° 81-11.705 et n° 81-12.410, *Bull. civ.* I, n° 141, p. 122 ; *D.* 1984, p. 433, note G. LÉGIER ; *D.* 1984, IR, p. 82, note M. VASSEUR ; *Dejrénos* 1983, art. 33161, p. 1393, note A. PIEDELIÈVRE ; *RTD com.* 1984, p. 725, note J. HÉMARD et B. BOULOC.

signification doit l'être aussi dans tous les autres... »²⁷⁷. En définitive, la signification de l'ancien article 2075 opérerait, ou, plus justement, se substituerait à la dépossession²⁷⁸.

Cette solution n'a pas été démentie par la réforme du 23 mars 2006²⁷⁹. Qu'il s'agisse d'une créance ou d'un autre meuble incorporel²⁸⁰ la dépossession n'est plus impérative²⁸¹ et ne sera évidemment pas recherchée²⁸².

86. Difficultés multiples. Si les sûretés sur l'incorporel ont opportunément été organisées autour de la publicité ou de la signification²⁸³, tel n'a pas été le cas en matière mobilière corporelle, le principe de la dépossession impérative de l'assiette conservant, jusqu'en 2006²⁸⁴, sa vigueur avec ses difficultés sous-jacentes. Nous l'avons souligné, le bien grevé devant être transformé ou aliéné, ainsi de celui circulant, doit demeurer matériellement disponible pour l'entreprise. La dépossession contredit cet impératif, d'autant plus que le créancier bénéficiaire disposera d'un pouvoir de rétention sur l'assiette mobilière de sûreté (A). Gênante pour le constituant, la dépossession des meubles grevés le sera tout autant, au moins sur le plan matériel, pour le créancier bénéficiaire. En effet, les biens engagés,

²⁷⁷P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière, op. cit.*, p. 313, n° 246.

²⁷⁸C. LISANTI-KALCZINSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, th. préc., p. 80 et s.

²⁷⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

²⁸⁰H. SYNVEY, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. patrimoine* sept. 2005, n° 140, p. 64 et s. ; P. DUPICHOT, « Le nantissement, un an après », *LPA* 27 mars 2008, n° 63, p. 27 et s.

²⁸¹Conformément au nouvel article 2356 du Code civil, la seule condition de validité du nantissement est la conclusion d'un écrit. Toutefois, les modalités d'opposabilité aux tiers varieront selon qu'il s'agit d'un nantissement de créance ou d'un nantissement sur des biens incorporels autres que des créances. Le nantissement de créance deviendra opposable aux tiers à la date de l'acte (C. civ., art. 2361). Quant au nantissement de meubles incorporels autres que des créances, l'article 2355 alinéa 5 du Code civil renvoie au droit commun du gage de meubles corporels, dont on adoptera, en présence de biens incorporels, le régime sans dépossession de l'assiette. Aussi, le nantissement sera opposable aux tiers à compter de son inscription sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce. En ce sens, J. STOUFFLET, « Le nantissement de meubles incorporels », art. préc., spéc. p. 22, n° 25. V. *supra*, n° 154.

²⁸²L'article 2355 alinéa 5 du Code civil renvoie au droit commun du gage de meubles corporels, dont on adoptera, en présence de biens incorporels, le régime sans dépossession de l'assiette.

²⁸³S'obstiner à combiner l'affectation d'une chose incorporelle avec la dépossession ne relèverait d'ailleurs que d'une fiction tout aussi excessive qu'inutile. Excessive d'abord, parce qu'il est bien difficile d'appréhender par sa main ce qui n'a pas de substance. Un auteur a pourtant voulu démontrer que la détention d'un bien incorporel s'envisageait tout de même en présence d'un droit de rétention (A. AYNÈS, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, thèse, préf. C. LARROUMET, Economica, 2005, p. 68 et s.). Selon sa formule, celle-ci découlerait d'un « pouvoir de blocage » juridique sur les utilités de la chose. Cette conception a été récemment prolongée par un autre auteur considérant la possession des biens incorporels comme intellectuelle et ressortant « d'actes juridiques » (B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, th. préc., p. 86 et s.). Mais n'est-ce pas là confondre avec les prérogatives découlant de l'octroi d'un droit réel sur la chose qu'il soit de propriété ou de garantie ? Nous le croyons : faire découler la possession des prérogatives juridiques, revient à confondre cause et conséquence. Inutile ensuite, dès lors que la signification immobilisant la créance auprès du débiteur et rendant le droit de garantie opposable protège pleinement le créancier. Le même objectif, s'il s'agit d'une propriété intellectuelle, sera atteint par un régime de publicité, solution retenue par le législateur pour l'ensemble des nantissements particuliers sur biens incorporels (ex : article L. 142-3 alinéa 2 du Code de commerce en matière de nantissement de fonds de commerce ; article L. 134-34 alinéa 3 du Code de la propriété industrielle concernant le nantissement du droit d'exploitation des logiciels ; article L. 613-9 du Code de la propriété industrielle en présence de brevets ; ou encore article L. 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée pour le nantissement d'oeuvres cinématographiques ou audiovisuelles). Sur ce dernier point, v. M. VIVANT, « L'immatériel en sûreté », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 405 et s., spéc. n° 10.

²⁸⁴Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

notamment circulants, peuvent être volumineux. De plus, ils nécessitent fréquemment des soins spécifiques : voilà qui complexifie considérablement leur conservation, dont la charge pèse sur le créancier bénéficiaire en possession (B).

A. Le pouvoir de rétention du créancier bénéficiaire sur l'assiette mobilière

87. **Fonctionnement du droit de rétention.** Le droit de rétention²⁸⁵ est un mécanisme frustré découlant d'un état de fait, la détention²⁸⁶. D'une efficacité redoutable²⁸⁷, il permet au créancier, détenteur régulier et justifiant d'une créance certaine et exigible, de s'opposer à la restitution de la chose de son débiteur jusqu'à complet paiement. Pour certains auteurs, il s'agirait d'un droit personnel permettant

²⁸⁵V. not. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., t. III, 1869, p. 114 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, spéc. p. 187 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 22 et s. ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière, op. cit.*, p. 319 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 507 et s. ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 453 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 187 et s.

²⁸⁶La difficulté de son appréhension juridique réside probablement en ce qu'il est préférentiellement envisagé comme une institution unique. Une approche différente, définissant le droit de rétention comme pluriel se révèle à ce titre séduisante. Ainsi, comme l'a fait ressortir un auteur, la nature du droit de rétention apparaîtrait triple selon que la connexité serait juridique, matérielle ou conventionnelle (A. AYNÈS, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, th. préc., spéc. p. 147, n° 190). Il existerait ainsi non un droit de rétention, mais des droits de rétention. Cette analyse, ayant trouvé un écho légal, a le mérite de révéler la pluralité de sources du droit de rétention. Mais à notre sens, cette pluralité ne se limite qu'à la source, l'institution demeurant unique par le régime. En tout état de cause, plus que de sa nature juridique, c'est de sa fonction qu'il importe : le droit de rétention constitue-t-il une sûreté réelle ? La doctrine et la jurisprudence (Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, *Bull. civ.* IV, n° 141, p. 126) refusent majoritairement cette qualification : c'est qu'en effet, le droit de rétention ne confère aucun droit de préférence ni de suite au rétenteur (en ce sens, v. not. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, spéc. p. 455, n° 606 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, spéc. p. 203, n° 453 ; N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, p. 1 et s., spéc. p. 13). La réforme du 23 mars 2006 a pu renouveler le débat en posant le principe général du droit de rétention à l'article 2286 du Code civil, qui figure au sein des dispositions générales dans le nouveau Livre quatrième du Code civil intitulé « Des sûretés ». Toutefois, ce positionnement au sein du code – certes malvenu – ne suffit pas pour emprunter la qualification de sûreté. En ce sens, le droit de gage général des créanciers est également repris au sein des dispositions générales relatives aux sûretés, alors même qu'il ne saurait en constituer une. De plus, le droit de rétention n'est pas repris par l'article 2329 du Code civil, dressant la liste des sûretés réelles mobilières. Aussi la qualification de sûreté doit lui être refusée, pour retenir celle plus générale de garantie (sur la distinction entre la notion de sûreté et celle de garantie, v. *infra*, n° 157 en note). Le droit de rétention n'est autre que la faculté juridique de retenir matériellement la chose de son débiteur jusqu'à complet paiement. Par là même, le créancier dispose d'un levier supplémentaire d'exécution palliant les insuffisances de son droit de gage général et permettant un paiement préférentiel « par ricochet » : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, spéc. p. 455, n° 606.

²⁸⁷En matière de procédures collectives, le droit de rétention est même devenu « le plus sûr moyen de se faire payer [...] et d'échapper à la loi du concours » : F.-X. LUCAS, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* nov. 2009, n° 6, dossier, p. 60 et s., spéc. n° 4. C'est qu'en effet, hier comme aujourd'hui, le droit des procédures collectives ménage la pleine efficacité du droit de rétention – du moins pour celui effectif – ce qui aboutit, pour le rétenteur, à primer les autres créanciers, privilégiés ou non. En ce sens, v. P.-M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001, p. 2815 et s. ; K. LUCIANO, « Analyse juridique du droit de rétention », *Rev. proc. coll.* juill.-août 2012, n° 4, p. 38 et s., spéc. n° 49 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 529, n° 603.

« de refuser la délivrance tant qu'il n'est pas lui même payé »²⁸⁸. D'autres le qualifient plus volontiers de droit réel, en raison de son opposabilité *erga omnes*²⁸⁹.

88. **Droit de rétention et sûretés avec dépossession.** Si la nature du droit de rétention fait l'objet d'« un large débat »²⁹⁰, d'ailleurs passablement « académique »²⁹¹, sa place en matière de gage s'appréhende avec plus de clarté. Les deux sont intimement liés. Le droit romain conférait déjà au créancier, en matière de *pignus*, gage avec dépossession, le *ius possidendi*, véritable droit de rétention lui permettant de retenir la chose jusqu'à complet paiement²⁹². Le droit civil a confirmé l'association dès 1804, l'ancien article 2082 aliéna 1 du Code civil précisant que « le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné ». La position adoptée en présence d'une antichrèse était identique, le constituant ne pouvant « avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble »²⁹³.

89. **Un accessoire du gage ?** Il est constant que le gage avec dépossession et le droit de rétention vont de pair. Toutefois, l'articulation de l'un avec l'autre a été débattue²⁹⁴. Le droit de rétention constitue-t-il un accessoire du droit de gage, ou est-il autonome, découlant seulement de la dépossession impliquée par le gage traditionnel ? Si le droit effectif de rétention, dont il faut étudier les vicissitudes (I), plaide pour le second terme de l'alternative, le développement contemporain d'un droit fictif de rétention (II) revigore manifestement le premier.

²⁸⁸N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », art. préc., spéc. p. 15.

²⁸⁹H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, spéc. p. 201, n° 129, pour lesquels il s'agit d'un « droit réel inachevé » ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, spéc. p. 510, n° 582 : « Le droit de rétention est d'abord opposable à tous et mériterait, à ce titre, la qualification de droit réel, en tout cas de droit au service d'une créance, de droit accessoire garantissant un rapport principal » ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., t. III, 1869, p. 120 : « Quoique le droit de rétention n'engendre pas de droit de suite et ne constitue pas un véritable droit réel dans le sens complet de ce mot, il peut cependant, d'après son fondement et son objet, être opposé à des tiers, du moins dans une certaine mesure ».

²⁹⁰A. GHOZI, « Sur la dualité du droit de rétention. A propos du droit de rétention du commissionnaire de transport », in *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p. 719 et s., spéc. p. 720.

²⁹¹G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 21, n° 16.

²⁹²Sur ce point, J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 1106.

²⁹³C. civ., anc. art. 2087, al. 1.

²⁹⁴Sur ce point, A. GHOZI, « Sur la dualité du droit de rétention. A propos du droit de rétention du commissionnaire de transport », art. préc., spéc. p. 722.

I. Les vicissitudes du droit effectif de rétention

90. **Une institution entraînant la paralysie matérielle des biens grevés.** Le droit de rétention a récemment fait l'objet d'une consécration générale. Le nouvel article 2286, alinéa 1^{er}, 1^o du Code civil propose que peut se prévaloir d'un tel droit « celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance », le gage avec dépossession intégrant évidemment cette proposition²⁹⁵.

Le droit de rétention ajoute ainsi au droit de préférence et à la faculté de faire vendre le bien découlant de la constitution du gage, une facette particulièrement contrariante pour le constituant : l'impossibilité de toute appréhension matérielle de l'assiette de sûreté. La jurisprudence²⁹⁶ lui confère une grande efficacité, le considérant comme opposable à tous²⁹⁷. Dès lors, ni le constituant, ni les créanciers du constituant, ni même le tiers acquéreur ne pourront appréhender le bien engagé en sûreté, sauf à désintéresser le créancier rétenteur. En l'hypothèse d'un bien circulant, sa fonction s'en trouve totalement paralysée. L'insertion dans le processus de fabrication du constituant se révèle impossible puisqu'il ne peut obtenir la restitution de l'assiette avant complet paiement de la créance garantie. De plus, quand bien même le constituant trouverait un acquéreur pour le bien circulant affecté en garantie, celui-ci ne pourra en aucun cas entrer en possession. Un tel obstacle solde définitivement toute chance d'aliénation dans le cadre d'un cycle économique d'achat pour revente. L'acquéreur, menacé dans son droit de propriété par le droit réel de garantie, ne trouvera même pas l'utilité matérielle du bien. De ce résultat découle toute l'ambiguïté du droit de rétention : moyen de blocage certes rassurant pour le créancier détenteur, il pénalise néanmoins à l'excès le constituant, particulièrement lorsque les biens engagés sont circulants.

91. **Une institution dénaturée en matière de gage.** L'article 2339²⁹⁸, englobé par la formulation plus générale de l'article 2286, alinéa 1^{er}, 1^o, semble

²⁹⁵Cette proposition est confirmée par les articles 2339 et 2391 du Code civil, relatifs respectivement au gage de meubles corporels et au gage immobilier.

²⁹⁶En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 1962, *Bull. civ.* I, n° 258 ; *D.* 1965, jurispr., p. 58, note R. RODIÈRE. Plus récemment, Cass. 1^{ère} civ., 7 janv. 1992, n° 90-14.545, *Bull. civ.* I, n° 4 ; *RTD civ.* 1992, p. 586, note P.-Y. GAUTIER ; ou encore, Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.152, *Bull. civ.* I, n° 178 ; *JCP E* 2010, 1011, n° 7, p. 32, note M. CABRILLAC ; *D.* 2010, n° 5, p. 302, note N. BORGA.

²⁹⁷Pour une critique de l'effet *erga omnes* du droit de rétention, A. AYNÈS, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, th. préc., spéc. p. 273.

²⁹⁸C. civ., art. 2339 : « Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien engagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêt et frais ».

consacrer l'autonomie du droit de rétention par rapport au gage²⁹⁹. En effet, le lien de connexité entre la créance et la détention apparaît clairement. La chose est remise en raison de la créance, parce qu'elle doit être garantie ; et comme l'a justement rappelé un auteur, peu importe qu'il ne s'agisse pas d'un service direct rendu au bien, dès lors que la connexité ne se réduit pas « à l'enrichissement direct de la chose remise en gage »³⁰⁰. Ainsi envisagé, le droit de rétention en matière de gage n'existe que parce qu'il remplit les conditions de son existence : une créance, la détention d'une chose et un lien de connexité entre la créance et la détention. La mise en détention est ainsi replacée au coeur du mécanisme et la dépossession remplit alors une double fonction : constitutive du gage d'abord, constitutive du droit de rétention ensuite³⁰¹. L'intervention postérieure du législateur montre néanmoins qu'il envisage le droit de rétention non comme autonome du gage, mais comme l'accessoire de celui-ci, ce qui ne va pas sans dénaturer l'institution. Voilà bien l'effet de la consécration d'un droit fictif de rétention pour le gage sans dépossession.

II. L'anachronisme du droit fictif de rétention

92. **Généralisation du droit fictif de rétention.** Comme le décrivait Guy COCQUILLE, la rétention consiste à « se faire droit et prendre sa raison par ses mains »³⁰². Ainsi, le droit de rétention n'a de cohérence et ne devrait avoir d'existence qu'en présence d'une détention effective. S'engager dans une autre voie ne saurait relever que « d'un abus de fiction »³⁰³, piège dans lequel s'est pourtant enfermé le législateur français.

L'existence d'un droit de rétention en présence d'un gage sans dépossession a dû s'envisager avec le développement de cette figure particulière des sûretés réelles mobilières. La détention, condition nécessaire d'un droit de rétention, commandait logiquement de ne pas reconnaître ce pouvoir de blocage. Le législateur par la

²⁹⁹En ce sens, A. GHOZI, « Sur la dualité du droit de rétention. À propos du droit de rétention du commissionnaire de transport », art. préc., spéc. p. 723 et s.

³⁰⁰A. GHOZI, « Sur la dualité du droit de rétention. À propos du droit de rétention du commissionnaire de transport », art. préc., spéc. p. 723, n° 9.

³⁰¹En ce sens, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 65, n° 84 : « Mais surtout c'est de la possession du gagiste que découle le premier de ses droits : le droit de rétention ».

³⁰²Cité par P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, op. cit., p. 365, n° 305.

³⁰³P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, op. cit., p. 320, n° 255.

création du gage automobile³⁰⁴, sûreté sans dépossession, malmenait pourtant cette évidence, octroyant au profit du bénéficiaire un droit de rétention. Toutefois, le gage automobile ménageant une possession fictive au créancier gagiste³⁰⁵, cette reconnaissance était communément considérée comme l'exception³⁰⁶. La jurisprudence allait d'ailleurs en ce sens³⁰⁷, reléguant de façon plus certaine encore le cas du gage automobile au rang d'exception. La réforme de 2006³⁰⁸, si elle abandonnait l'exigence générale de dépossession en matière de gage, ne précisait pas le sort du droit de rétention en l'absence de dépossession. Conformément à l'évolution décrite, il fallait retenir qu'en l'absence de textes exprès, seule la dépossession permettait l'existence d'un droit de rétention³⁰⁹. Bien maladroitement, la loi du 4 août 2008³¹⁰ est venue bouleverser cet état du droit : celle-ci insère au sein de l'article 2286 un 4° énonçant, de façon générale, que peut se prévaloir d'un droit de rétention « celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession »³¹¹. Par le caractère fictif qu'implique une telle proposition – il serait possible de retenir ce que l'on ne détient pas – le législateur rompt avec la condition centrale d'existence du droit de rétention : la détention³¹². Par là même, ce droit est érigé en accessoire du gage puisqu'il résulte de la seule existence de la sûreté et ne découle plus de la dépossession inhérente au gage traditionnel.

93. **Incohérence du droit fictif de rétention.** La généralisation du droit fictif de rétention en présence d'un gage est incohérente à bien des égards.

³⁰⁴Institué par la loi du 29 décembre 1934, puis régi par le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles toujours en vigueur mais complété par les articles 2351 à 2353 du Code civil, issus de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

³⁰⁵Article 2 du décret n° 53-968 du 30 septembre 1953, préc.

³⁰⁶P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière, op. cit.*, p. 367, n° 306. *Contra*, J. HÉMARD, « La restauration des droits du gagiste en matière commerciale par la jurisprudence française », in *Mélanges Roger Secrétan*, 1964, p. 95 et s. ; et plus récemment Y. CHARTIER, *JCP N* 1982, p. 165, note sous Cass. com., 18 juill. 1977 et Cass. com., 12 févr. 1979.

³⁰⁷En ce sens, Cass. com., 18 juill. 1977, n° 75-13.929, *Bull. civ.* IV, n° 207, p. 176 ; *D.* 1978, jurispr., p. 404, note J. MOULY ; *JCP N* 1982, p. 165, note Y. CHARTIER.

³⁰⁸Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

³⁰⁹En ce sens, R. BERNARD-MENORET, « Le droit de rétention au sein des sûretés », *LPA*, 21 mars 2008, n° 63, p. 55 et s. On pouvait toutefois considérer que la précision particulière de l'article 2339 ne trouvait son utilité que par l'énoncé d'un droit de rétention même en l'absence de dépossession. À défaut, elle ne constitue qu'une redite inutile de la proposition plus générale de l'article 2286, alinéa 1^{er}, 1°.

³¹⁰Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, préc.

³¹¹P. CROCQ, « Le gage avec ou sans dépossession après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Cab. dr. entr. avr.* 2009, p. 25 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, « Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil », *D.* 2008, p. 2950 et s.

³¹²Le droit de rétention s'en trouve par là même admis généralement en matière de nantissement de biens incorporels. Un droit de rétention avait pu être retenu par le passé, en matière de créance, par le biais d'un support matériel représentatif tel que le titre au porteur (Cass. com., 26 oct. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 257, p. 236). Par l'article nouveau, l'obstacle d'absence de *corpus* est contourné. Toutefois, il n'en demeure pas moins, tout comme en matière mobilière, fictif et inopérant.

L'incohérence est d'abord textuelle, en raison des termes de l'article 2286 du Code civil³¹³. Celui-ci énonce, en son premier alinéa, l'existence d'un droit de rétention en présence d'un gage sans dépossession puis précise que « le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire »³¹⁴. Mais accorder un gage sans dépossession, n'est-ce pas proprement renoncer volontairement et tacitement à la dépossession ? Nous le pensons en effet³¹⁵, ce qui rend les alinéas 1 et 2 de l'article 2286 contradictoires. L'incohérence se manifeste ensuite sur un plan conceptuel, puisque le droit fictif de rétention rompt avec la nature même de l'institution qui impose une détention³¹⁶. Enfin, la généralisation du droit fictif de rétention est incohérente avec l'esprit insufflé par la commission GRIMALDI à la réforme du 23 mars 2006³¹⁷. Celle-ci, en libérant le gage de la nécessité d'une dépossession de l'assiette, permettait enfin de dépasser les difficultés en résultant. Octroyer au gagiste un droit de rétention même fictif, revient à réaffirmer un pouvoir de blocage du créancier que l'on voulait proprement écarter.

94. **Inutilité du droit fictif de rétention.** Au-delà de son incohérence, le droit fictif de rétention généralisé par le 4° de l'article 2286, se révèle, en outre, largement inutile. Le droit de rétention ne constitue pas un droit réel de garantie. Aussi, le rétenteur ne peut se prévaloir d'un droit de préférence sur le prix du bien, et encore moins obtenir sa vente forcée ou son attribution en propriété. En somme, le droit de rétention n'est qu'un pouvoir de blocage. Ce pouvoir, alors que le bien est en possession du créancier, s'exprime pleinement : détenteur de la chose, il ne la restituera au débiteur ou aux tiers, qu'après complet paiement. En l'absence de dépossession, le créancier gagiste n'appréhende pas physiquement la chose. Comment exprimer alors ce refus légitime de restitution ?

Au regard de l'esprit du droit de rétention, il consisterait à empêcher le constituant, ou les autres créanciers, d'appréhender les utilités du bien grevé ou son prix en l'absence même d'emprise matérielle³¹⁸. Mais n'est-ce pas alors confondre le

³¹³V. S. PIEDELIÈVRE, « Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil », art. préc., spéc. p. 2950 : « Au plan formel, l'article 2286 perd toute cohérence, puisque cette disposition commence par affirmer que le droit de rétention ne suppose pas nécessairement la dépossession du débiteur, puis elle indique immédiatement après que ce droit se perd par le dessaisissement volontaire. Comprenez qui pourra ! ».

³¹⁴C. civ., art. 2286, al. 2.

³¹⁵Sur l'absence de nature hypothécaire du nouveau gage de droit commun, v. *infra*, n° 287 et s.

³¹⁶F. DERRIDA, « La "dématérialisation" du droit de rétention », in *Mélanges Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 177 et s., spéc. p. 187, n° 10.

³¹⁷Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

³¹⁸A. AYNÈS, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, th. préc., spéc. p. 69, n° 88.

blocage juridique découlant de la création d'un droit réel de garantie, avec celui résultant d'une emprise matérielle sur la chose ? Il est vrai que les conséquences sont relativement proches : les utilités de la chose sont paralysées par la limitation des prérogatives du constituant. Toutefois, les mécanismes diffèrent. L'un découle d'une situation de fait, l'autre d'une restriction du droit de propriété en raison de la création d'un droit réel de garantie sur le bien. Ainsi, utiliser une restriction de droits sur le bien pour simuler une emprise matérielle semble bien artificiel, d'autant qu'elle ne se manifesterait avec efficacité qu'en cas de vente, par l'immobilisation de la créance de prix entre les mains de l'acquéreur³¹⁹.

Ce blocage se révèle donc contraignant et peu efficace. Le législateur, espérons-le par prise de conscience de l'incohérence, a d'ailleurs précisé qu'en matière de procédures collectives, le droit fictif de rétention prévu à l'article 2286 sera inopposable pendant la période d'observation et d'exécution du plan³²⁰. Le droit effectif de rétention ne fait pas l'objet d'une semblable mesure. Cette position révèle la volonté de neutraliser ce droit fictif, dont on ne sait finalement comment l'exercer. C'est qu'en l'absence d'emprise matérielle, toute rétention se résume à une fiction largement inutile.

95. **Bilan.** Que le droit de rétention soit fictif ou effectif, et quel que soit son degré d'efficacité, il constitue toujours un instrument de blocage de l'assiette à la disposition du créancier bénéficiaire de la sûreté. Ce faisant, le constituant ne peut librement appréhender les biens grevés ni moins encore s'en servir pour les besoins de son activité professionnelle. Confronté au bien circulant, ce résultat est très inopportun dès lors qu'il l'empêche d'accomplir sa fonction. À cette première difficulté, pénalisante pour le constituant, la dépossession des biens grevés en ajoute une seconde, affectant cette fois le créancier bénéficiaire, pour lequel la conservation de l'assiette apparaîtra souvent contraignante.

³¹⁹V. les observations percutantes mais ne nous ayant pas pleinement convaincus de A. AYNÈS, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, th. préc., spéc. p. 71 et s.

³²⁰Conformément à l'article L. 622-7, I, alinéa 2 du Code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. Ainsi, seuls les titulaires de droits de rétention effectifs pourront obtenir le retrait de la chose contre paiement pendant la période d'observation (C. com., art. L. 622-7, II, al. 2). Sur ce point, v. not. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2011, spéc. p. 303, n° 599.

B. La conservation de l'assiette mobilière par le créancier bénéficiaire

96. **Difficultés rencontrées à l'entrée en possession.** En présence d'un gage avec dépossession, le créancier bénéficiaire doit avoir la capacité matérielle d'accueillir l'assiette.

Fréquemment, spécifiquement s'il s'agit de biens circulants, celle-ci sera constituée d'une multitude de choses. Ainsi en ira-t-il d'une récolte, de matières premières ou encore de stock de produits manufacturés. Ces ensembles de biens se révéleront volumineux, encombrants, et nécessiteront des mesures de conservation. Aussi, une infrastructure appropriée apparaîtra indispensable. En d'autres termes, il faudra des immeubles de stockage et les établissements de crédit ne disposeront pas de tels locaux. Aussi, dès la création de la sûreté, l'appréhension matérielle se manifeste souvent comme une difficulté insurmontable.

97. **Difficultés rencontrées pendant le temps de la possession.** Alors que la sûreté est pendante, les biens affectés en garantie ne sauraient être négligés. L'appréhension matérielle du gagiste est en principe temporaire, le gage étant un « contrat de restitution »³²¹. Conforté dans ses droits par sa possession, le créancier n'en demeure pas moins un détenteur pour autrui. À ce titre, il ne peut évidemment disposer de la chose, ni en user, et moins encore la mettre à la disposition d'un tiers. Mais au-delà de ces obligations de ne pas faire, il lui incombe une obligation de faire, celle de conserver l'assiette. Le constituant ne saurait supporter une déperdition de valeur des biens engagés en raison de la négligence du créancier gagiste. Cette obligation de conservation a d'ailleurs constamment été affirmée et encadrée. L'ancien article 2080 du Code civil proposait déjà que « le créancier répond, selon les règles établies au titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général, de la perte ou de la détérioration du gage qui sera survenue par sa négligence »³²². Dans le même sens, le nouvel article 2344 précise que lorsque « le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages et intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas

³²¹L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 235.

³²²Une obligation similaire était prescrite en matière d'antichrèse par l'ancien article 2086 du Code civil.

à son obligation de conservation du gage »³²³. Le créancier, pour satisfaire à son obligation, se devra donc d'être vigilant. Ceci recouvre une particulière vérité lorsque l'assiette est susceptible de dépérissement ou de dégradation. Il faudra, d'une part, procéder à une surveillance régulière des biens grevés, et, d'autre part, se montrer diligent en cas de difficultés³²⁴. Ainsi, mener à bien la conservation de l'assiette impose que le créancier gagiste ait le temps et les compétences nécessaires. Les biens circulants, notamment lorsqu'il s'agit de denrées périssables, nécessitent un oeil professionnel pour anticiper, dépister ou juguler une éventuelle détérioration. Il va de soi que les établissements de crédit n'ont pas cette compétence.

Toutefois, les conséquences résultant d'une défaillance dans l'exécution de cette obligation de conservation ne sont pas négligeables : forcé à la restitution³²⁵, le créancier pourra en outre voir sa responsabilité contractuelle engagée. Les dommages et intérêts en découlant viendront se compenser avec la dette garantie, entraînant sa diminution, voire son extinction. La situation est alors fâcheuse pour le créancier bénéficiaire : au lieu de garantir la dette, la sûreté réelle entraîne sa disparition.

Si la dépossession du bien circulant est contraire aux intérêts du constituant, celle-ci n'accommode pas plus le gagiste, dépassé matériellement et techniquement par cette richesse aux exigences particulières. Aucune des deux parties ne trouvant satisfaction, elles renoncent à l'utiliser comme instrument de crédit par son affectation en garantie. Pour tenter de surmonter la difficulté, une voie reste toutefois envisageable : celle de l'entiercement.

98. **Recours à l'entiercement.** La faculté de conférer la possession à un tiers convenu³²⁶ est d'origine légale. D'abord énoncée en matière civile par l'ancien article 2076, elle a été confirmée en matière commerciale³²⁷, et récemment réaffirmée par le nouvel article 2337 aliéna 2 du Code civil. Sa mise en place résulte d'un accord entre le constituant et le gagiste, et intervient dès la constitution de la sûreté ou

³²³C. civ., art. 2389, à propos du gage immobilier.

³²⁴En ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 565, n° 754.

³²⁵Cette restitution devrait logiquement faire perdre au créancier son droit de rétention, mais une telle solution est remise en cause par l'octroi d'un droit de rétention en présence d'un gage sans dépossession (C. civ., art. 2286, al. 1^{er}, 4^o), celui-ci étant désormais détaché de la détention effective.

³²⁶Sur la possession par tiers convenu, v. G. FERREIRA, « La situation du tiers convenu dans le gage », *Deffrénois* 2004, art. 37874, p. 205 et s. ; en matière commerciale, v. J. FOYER, « Le principe du gage avec dépossession. La loi de 1863 et ses précédents », art. préc., spéc. p. 70.

³²⁷C. com., anc. art. 92, devenu l'art. 521-2 et finalement abrogé par l'ordonnance du 23 mars 2006, préc.

postérieurement. S'il est établi que ce tiers est tenu des mêmes obligations envers le constituant que le créancier gagiste³²⁸, la nécessité de son acceptation a été discutée. En présence d'un tiers n'étant pas déjà en possession des biens, nul doute que son acceptation de la mission est requise³²⁹. Celle-ci l'engage alors, tant vis-à-vis du créancier gagiste que du débiteur constituant. En revanche, qu'en est-il lorsque le tiers se trouvait déjà en possession en vertu d'un autre titre³³⁰ ? Si certains auteurs³³¹ l'ont contesté, la Cour de cassation a rappelé la nécessité d'une acceptation pour que l'interversion de titre se produise³³². Cette position n'est que trop justifiée : le tiers, par la seule raison qu'il détient, ne saurait voir son engagement augmenté sur un autre titre, sans l'avoir consenti. Il en va du respect de l'autonomie de la volonté.

99. **Avantages de l'entiercement.** Cet aménagement de la dépossession recèle quelques avantages³³³. Le tiers, s'il accepte la mission, aura logiquement la capacité matérielle et technique d'assurer la conservation. Le créancier déchargé du fardeau conservatoire, ne sera que plus assuré du maintien de la valeur de l'assiette. Quant au constituant, l'optimisation de son assiette en tant qu'instrument de crédit est renforcée puisqu'il pourra l'affecter de nouveau en gage, le rang des gagistes s'organisant alors par la chronologie de naissance des droits respectifs.

100. **Limites de l'entiercement.** Ce choix trouve toutefois ses limites. Recourir à un tiers détenteur suppose un coût supplémentaire. L'exécution de sa mission ne sera pas gracieuse ce qui ajoute, en sus des intérêts, à la charge du crédit. La conservation apportant aux intérêts du gagiste et du constituant, il apparaît cohérent que la créance en résultant se répartisse entre eux à parts égales. Toutefois, cette faculté conventionnelle d'entiercement est à la merci du rapport de force *inter*

³²⁸C. civ., art. 2344 al. 1^{er} : « Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage ».

³²⁹Sur la preuve de l'acceptation, qui peut être tacite, v. Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1976, n° 75-11.696, *Bull. civ.* I, n° 368, p. 290.

³³⁰Hypothèse, nous le concédons, fort résiduelle en matière de biens circulants, ces derniers exigeant une emprise matérielle du professionnel. Elle s'envisage toutefois en cas de dépôt temporaire d'un stock particulièrement volumineux, l'entreprise ne pouvant en accueillir dans ses locaux qu'une fraction, et retirant les biens au fur et à mesure de ses besoins.

³³¹J. HÉMARD, *Le gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers*, Annales de droit commercial, Rousseau, 1902, p. 201.

³³²Cass. civ., 3 août 1896, *D.* 1897, 1, p. 209, note M. GUÉNÉE.

³³³V. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 60, n° 77 ; J. FOYER, « Le principe du gage avec dépossession. La loi de 1863 et ses précédents », art. préc., spéc. p. 72 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, *op. cit.*, spéc. p. 147, n° 67 ; ou plus récemment, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, spéc. p. 561, n° 749.

partes et le constituant, souvent en position de faiblesse, se verra attribué la charge de cette dette supplémentaire. Plus gênant encore, le tiers détenteur doit manifester une possession effective de l'assiette³³⁴. Dès lors, la contrariété majeure entre le gage et les exigences du bien circulant demeure : qu'elle soit entre les mains d'un tiers ou d'un créancier, l'assiette sera indisponible pour le processus d'activité du professionnel, situation contraire à la pérennité de l'exploitation.

101. **Conclusion de la Section 1.** L'entiercement traduit, une fois encore, l'esprit général des sûretés sur les meubles dans leur conception traditionnelle : soucieuses des intérêts du créancier à la mesure de son indifférence pour les besoins du constituant. Ce constat ne se trouve nullement contredit par l'étude à venir, du droit réel accessoire conféré au créancier bénéficiaire d'une sûreté sur les éléments engagés. En effet, si les biens voués à circuler doivent impérativement demeurer disponibles matériellement pour le constituant, il faut également qu'ils le soient juridiquement puisque l'activité du professionnel impose leur destruction, leur incorporation ou encore leur aliénation. Le droit réel de garantie contrarie largement cette exigence dès lors que le constituant ne peut plus librement entreprendre d'actes de disposition sur les biens grevés. Ce faisant, il se produit une neutralisation juridique de l'assiette.

SECTION 2. LA NEUTRALISATION JURIDIQUE DE L'ASSIETTE DE SÛRETÉ

102. **Création d'un droit réel accessoire.** Synthétiquement, la sûreté réelle consiste en l'affectation de la valeur d'un ou plusieurs biens en garantie d'une créance³³⁵. Voilà bien ce qui la distingue des sûretés personnelles³³⁶ : là où la première confère un droit réel sur un ou plusieurs éléments déterminés du

³³⁴En ce sens, Cass. civ., 23 mars 1938 ; *Gaz. Pal.* 1938, 2, p. 13 ; ou encore, Cass. com., 3 nov. 1980, n° 77-14.829, *Bull. civ.* IV, n° 359.

³³⁵G. CORNU, *Vocabulaire juridique* ..., *op. cit.*, V° « Sûreté » sens 3, « réelle ».

³³⁶G. CORNU, *Vocabulaire juridique* ..., *op. cit.*, V° « Sûreté » sens 3, « personnelle ».

patrimoine³³⁷, le plus souvent du débiteur principal, la seconde n'offre que la qualité de chirographaire sur l'ensemble du patrimoine d'un tiers³³⁸.

La manifestation de cet avantage particulier se caractérise traditionnellement par la création, au profit du créancier bénéficiaire, d'un droit réel sur le ou les biens engagés. De celui-ci découle l'efficacité de la sûreté permettant, notamment, le paiement préférentiel en cas de défaillance du débiteur. Ce droit réel de garantie, qualifié encore de droit réel accessoire³³⁹, l'est en effet à un double titre.

Accessoire, le droit l'est d'abord par opposition aux droits réels principaux. Comme le rappelait le Doyen CORNU « les droits réels accessoires ne confèrent à leur titulaire qu'une garantie éventuelle sur le bien grevé. Leur pouvoir plane plutôt qu'il ne repose sur l'assiette de la garantie »³⁴⁰. C'est qu'effectivement, il n'offre aucune des utilités économiques de la chose au bénéficiaire, ni ne constitue un démembrement de la propriété, quand bien même il gênerait le propriétaire dans certaines de ses prérogatives. Voilà qui le singularise par rapport aux droits réels principaux³⁴¹, ces derniers se caractérisant précisément par le pouvoir donné au titulaire de « tirer directement d'une chose tout ou partie de son utilité économique »³⁴².

Accessoire, le droit l'est ensuite par rapport à la créance garantie³⁴³. Il n'a d'existence qu'en présence d'une créance et en tant qu'accessoire de cette dernière, il n'a aucun sort autonome. Condition de sa naissance, la créance l'est également de sa survie ou de son extinction. Cette conception traditionnelle des sûretés réelles serait, pour certains³⁴⁴, doublement remise en cause en raison de l'émergence des

³³⁷Un bien ou un ensemble de biens.

³³⁸Sur la distinction entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles, qui serait commandée « par la force des choses » (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 2, n° 2), v. not. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. BECQUÉ, t. XII, 2^{ème} éd., LGDJ, 1927, p. 2, n° 1 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, *op. cit.*, p. 9, n° 4 : « La garantie donnée au créancier résulte soit de l'adjonction d'un ou plusieurs débiteurs, soit de l'affectation d'un ou plusieurs biens au paiement de la dette. Dans le premier cas, le changement de position du créancier est quantitatif (division du risque qui repose sur plusieurs patrimoines) alors qu'il est qualitatif dans le second (droit de préférence) » ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, spéc. p. 4, n° 5 et 6 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, spéc. p. 5, n° 2.

³³⁹V. C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, thèse, préf. C. LARROUMET, Defrénois, 2009, spéc. p. 202 et s.

³⁴⁰G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p. 50.

³⁴¹Exemples de droits réels principaux : le droit de propriété, le droit d'usufruit, ou encore les servitudes.

³⁴²G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.* et *loc. cit.*

³⁴³En ce sens, à propos de l'hypothèque, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. BECQUÉ, t. XII, *op. cit.*, spéc. p. 316, n° 330 : « Le droit français est resté fidèle à la conception romaine qui établit une dépendance absolue entre l'hypothèque et la créance à garantir : il considère traditionnellement l'hypothèque comme l'accessoire d'une obligation personnelle, dont elle a pour but d'assurer le paiement ». Plus généralement, pour l'ensemble des sûretés réelles, v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 3, n° 3.

³⁴⁴L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, spéc. p. 169, n° 400.

propriétés-sûretés et des sûretés dites « rechargeables »³⁴⁵. A notre sens, il n'en est rien. Le droit de propriété lorsqu'il remplit la fonction de garantie ne demeure qu'un accessoire de la créance. C'est simplement que celui-ci, droit réel principal par nature, emprunte la fonction exclusive de garantie³⁴⁶. Quant aux sûretés rechargeables, elles restent accessoires non d'une créance mais de plusieurs, successives voire concomitantes.

Ainsi, loin de s'émanciper de son caractère accessoire, le droit réel de garantie ne fait que recouvrir, sous un vocable uniforme, des techniques d'affectation différentes. Les premières, traditionnelles, sans transfert de la propriété des biens engagés, que sont le gage, le nantissement ou encore l'hypothèque ; les secondes, de réception récente, reposant sur une réserve ou un transfert du droit de propriété à usage exclusif de garantie.

103. **Plan.** Quel que soit le droit réel de garantie envisagé, il porte toujours sur une assiette déterminée. Cette détermination érigée en principe des sûretés réelles (§1) manifeste probablement une rigueur excessive, dès lors qu'il aboutit à une conséquence peu conciliable avec la fonction du bien circulant : l'indisponibilité des biens grevés (§2).

³⁴⁵Ce mécanisme, d'abord reçu en matière d'hypothèque conventionnelle par la réforme du 23 mars 2006 (v. not. G. NOTTE, « Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », art. préc., p. 603 et s. ; P. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », art. préc., p. 597 et s., spéc. n° 19 ; M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, n° 19, dossier, p. 1294 et s. ; A. CERLES, « L'hypothèque rechargeable », *RLDA* 2007, n° 14, p. 100 et s. ; P. THÉRY, « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et patrimoine* mai 2007, n° 159, p. 42 et s. ; A. GOURIO, « L'hypothèque rechargeable », *RD bancaire et fin.* sept.-oct. 2006, p. 39 et s. ; S. PRIGENT, « L'hypothèque rechargeable », *Deffrénois* 2007, art. 38650, p. 1268 et s. ; A. PROVANSAL, « L'hypothèque rechargeable ou le style baroque », *Gaz. Pal.* 2 mars 2007, p. 8 et s.) a connu prolongement en matière de fiducie-sûreté par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (v. not. P. DUPICHOT, « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », *Dr. et patrimoine* mai 2010, n° 192, p. 68 et s. ; B. MALLET-BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patrimoine* oct. 2009, n° 185, p. 79 et s. ; S. PRIGENT, « Rechargement d'une fiducie-sûreté », *Deffrénois* 2010, art. 39150, p. 1782 et s.). Il permet à la sûreté initiale de garantir postérieurement des créances non identifiées à l'origine – du créancier bénéficiaire originel ou d'un autre – par le biais d'une convention dite de « recharge ». Notons que son existence en matière d'hypothèque aura été éphémère – à peine dix ans – puisque la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a abrogé les dispositions du Code de la consommation (C. consom., art. L. 313-14 et L. 313-14-1 et 2) et du Code civil (C. civ., art. 2422) relatives à l'hypothèque rechargeable. Sur cette suppression, v. S. PIEDELIÈVRE, « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », *JCP E* avr. 2014, 1176, p. 27 et s., spéc. n° 3 ; A. GOURIO, « Feu l'hypothèque rechargeable (article 46 du projet de loi relatif à la consommation) » *JCP E* mars 2014, n° 11, act. 185, p. 11 et s.).

³⁴⁶En ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 415, n° 568.

§1. Le principe du droit réel sur assiette déterminée

104. **Principe de spécialité de l'assiette.** La sûreté réelle est-elle nécessairement spéciale quant à son assiette ?

L'interrogation est au cœur de la matière, dès lors qu'elle conduit à un choix entre deux modèles ayant chacun leurs attraits. La sûreté réelle détachée du principe de spécialité est plus souple. Ne grevant pas spécifiquement les biens alors que la sûreté est pendante, ceux-ci restent pleinement disponibles. Les droits du bénéficiaire ne se cristalliseront que sur les biens présents à la défaillance du constituant³⁴⁷, ce qui implique que si l'assiette n'est pas déterminée au moment de la convention constitutive, elle doit tout au moins être déterminable. Moins contraignante pour le constituant, une telle sûreté est également moins sécurisante pour le bénéficiaire, du moins en apparence. C'est qu'en effet, le principe de spécialité permet une individualisation des biens grevés et la création d'un droit réel sur ceux-ci dès la constitution de la sûreté. La libre disponibilité de l'assiette cède alors devant la sécurité du créancier.

Face à cette alternative, le droit comparé montre que les réponses nationales ne sont pas uniformes. Ainsi, par la *floating charge* et l'hypothèque ouverte, les droits anglais et québécois ont renoncé à l'application du principe de spécialité de l'assiette³⁴⁸.

105. **Plan.** La position adoptée par le droit français se révèle tout autre. Véritable principe directeur du droit des sûretés réelles, l'exigence de spécialité de l'assiette, profondément ancrée dans notre édifice légal (A), se présente comme universelle puisqu'elle est retrouvée pour l'ensemble des sûretés réelles (B).

A. L'ancrage du principe de spécialité de l'assiette

106. **Plan.** L'exigence de spécialité de l'assiette est invariablement rappelée au détour des différents régimes encadrant les sûretés réelles de droit commun³⁴⁹.

³⁴⁷V. *supra*, n° 64.

³⁴⁸En ce sens, P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., spéc. p. 58.

³⁴⁹Article 2336 du Code civil en matière de gage, 2356 pour le nantissement et 2418 en matière d'hypothèque.

Cet attachement profond de notre droit au principe ne se comprend qu'à la lumière de ses fondements (I) et de ses justifications (II).

I. Les fondements du principe

107. **La conjonction des anciens articles 2092 et 2094 du Code civil : fondement contestable.** Pour certains, le principe de spécialité de l'assiette découlerait de l'interprétation de deux articles fondateurs du droit des sûretés réelles : l'ancien article 2092 du Code civil³⁵⁰ proposant le principe du droit de gage général à titre chirographaire des créanciers, et l'ancien article 2094³⁵¹ limitant les causes légitimes de préférence. Ainsi, la spécialité se rattacherait « à une idée plus générale, selon laquelle toute sûreté doit rester d'interprétation stricte en tant qu'elle crée des causes de préférence et fait exception au principe d'égalité des créanciers »³⁵². Si cette interprétation des anciens articles 2092 et 2094 n'est pas dénuée de pertinence, une seconde demeure néanmoins possible. La conjonction des deux textes énonce les causes légitimes de préférence comme l'exception au principe de l'égalité des créanciers. De ce caractère dérogatoire des causes de préférence, résulte une exigence : elles doivent être légalement prévues ou formellement consenties. Dès lors, les articles 2092 et 2094 peuvent s'envisager non comme une exigence générale de spécialité de l'assiette, mais comme l'affirmation du caractère nécessairement exprès des causes légitimes de préférence. Implicite et incertain puisqu'une autre interprétation s'envisage, c'est en ce sens que le fondement du principe de spécialité reposant sur la conjonction de ces deux articles du Code civil n'est que partiellement convaincant. Il s'impose donc de le rechercher ailleurs.

108. **La conception du droit réel : fondement véritable.** Ainsi que l'énonce avec justesse un auteur, « si l'on veut bien définir les sûretés réelles comme celles qui confèrent un droit réel à leur titulaire, le premier mouvement de l'esprit est de rechercher le fondement de la spécialité quant aux biens grevés dans la notion

³⁵⁰« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Nouvellement codifié à l'article 2284 du Code civil par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

³⁵¹« Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques ». Nouvellement codifié à l'article 2323 du Code civil par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

³⁵²J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, spéc. p. 300, n° 324.

même de "droit réel" »³⁵³. Il est d'analyse constante que le droit réel suppose un contact direct entre le titulaire et la chose³⁵⁴, qu'il s'agisse d'ailleurs de retirer tout ou partie de son utilité économique³⁵⁵ ou seulement de mettre en réserve sa valeur pécuniaire³⁵⁶. Ce contact ne peut s'exprimer qu'en présence d'une chose « existante et individualisée »³⁵⁷. Il est donc de la nature même du droit réel de porter sur un objet déterminé, en un mot, d'être spécial. Allant d'ailleurs en ce sens, les privilèges généraux ne confèrent pas à leur bénéficiaire un authentique droit réel³⁵⁸. C'est qu'en cette hypothèse, la généralité de l'assiette s'oppose à la nécessaire individualisation de l'objet du droit réel. Toutefois, se contenter de la notion de droit réel comme fondement du principe de spécialité des biens grevés apparaîtrait comme « assez décevant, car si l'exigence de spécialité se réduisait à cela, cela signifierait que la spécialité des sûretés réelles n'aurait pas de fondement spécifique [...] » et « il n'y aurait alors pas plus d'exigence de spécialité en matière de constitution de sûreté réelle qu'il n'y en a dans n'importe quel contrat ayant pour objet de créer ou de transmettre un droit réel »³⁵⁹. Il s'agit pour notre part, non d'une déception, mais d'une conclusion logique. Les sûretés ne sont, d'abord et avant tout, qu'une création d'un droit réel. Genre d'une espèce plus générale, elles en arborent les traits caractéristiques et notamment celui de l'individualisation de l'objet.

Au-delà de son fondement, le principe de spécialité de l'assiette est traditionnellement justifié par sa fonction : protecteur des parties, il serait de nature à ménager les intérêts en présence.

II. Les justifications du principe

109. **Protection du bénéficiaire de la sûreté.** Le recours à une sûreté répond toujours, pour le créancier, du même objectif : il s'agit d'assurer le recouvrement de sa créance. Faut-il encore que la sûreté réelle lui accorde des

³⁵³P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., spéc. p. 58. Dans le même sens, à propos de l'hypothèque, v. B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1979, spéc. n° 257 ; C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse, Paris II, déc. 2013, p. 66, n° 42.

³⁵⁴En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, p. 1583 ; G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 50.

³⁵⁵Il s'agit alors d'un droit réel principal.

³⁵⁶Cette seconde hypothèse recouvre les droits réels accessoires.

³⁵⁷J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens Les obligations, op. cit.*, p. 1583.

³⁵⁸Les privilèges généraux sont dénués de tout droit de suite, attribut essentiel du droit réel. En ce sens, à propos du privilège général mobilier du trésor, v. Cass. com., 10 juin 1960, *Bull. civ.* III, n° 226.

³⁵⁹P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., p. 60.

prérogatives suffisantes. Par la spécialité de l'assiette, l'objet de la garantie s'en trouve déterminé et individualisé, un droit réel lui étant conféré. Ainsi bénéficie-t-il des attributs attachés à un tel droit : l'opposabilité *erga omnes*, le droit de suite et le droit de préférence³⁶⁰.

L'opposabilité *erga omnes* permet au créancier de faire valoir son droit vis-à-vis de tous. La force de sa sûreté n'en est que mieux exprimée, car quelle utilité d'un droit seulement opposable au constituant ? Toute transmission ou modification de la situation juridique du bien grevé impliquant un tiers dépouillerait alors le droit réel de toute utilité. En tant que *jus in re*, le droit réel permet à son titulaire de suivre le bien en toutes mains par l'exercice du droit de suite. Le créancier bénéficiaire ne sera dès lors pas inquiété par la transmission du bien engagé alors que la sûreté est pendante. Enfin, le droit de préférence assurera l'efficacité de la sûreté au moment de sa réalisation. À ce stade, le créancier procédera à la vente de l'assiette faisant émerger une créance de prix. Le droit de préférence permettra au bénéficiaire de la sûreté de primer les autres créanciers du constituant sur les biens grevés, sauf à se heurter à un droit préférentiel de rang supérieur.

À n'en pas douter, le principe de spécialité, par la détermination de l'objet qu'il implique, aboutit, dès la constitution de la sûreté, à la création d'un droit réel source d'attributs protecteurs pour le créancier bénéficiaire. Mais au-delà, ce principe ménage également les intérêts du constituant.

110. **Protection du constituant de la sûreté.** Le débiteur, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un professionnel, ne l'est rarement qu'à l'égard d'un seul créancier. Il se finance par des crédits bancaires et bénéficie souvent de crédits fournisseurs³⁶¹. Aussi doit-il pouvoir, sur son patrimoine, rassurer différents créanciers par la constitution de différentes sûretés. À ce titre, une sûreté grevant l'ensemble des actifs mobiliers, immobiliers, ou purement et simplement la totalité des actifs patrimoniaux de quelque nature, peut se révéler contre-productive. L'hypothèse est la suivante : le débiteur consent une sûreté réelle engageant l'ensemble de ses biens en garantie d'un premier crédit. Intervient postérieurement un nouveau créancier, distinct du titulaire de la sûreté originelle, exigeant une sûreté pour son concours. Le

³⁶⁰V. not. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, t. III, *op. cit.*, p. 48 et s. ; G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 50 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 170, n° 401.

³⁶¹Sur ces deux types de crédits, v. *infra*, n° 174.

débiteur se trouve dépouillé. Certes, il pourra toujours proposer une nouvelle sûreté sur l'ensemble de ses biens ou sur certains d'entre eux. Mais en tout état de cause, celle-ci sera primée en rang par celle initialement consentie. Voilà qui n'est que peu rassurant pour ce nouveau créancier, qui peut alors décider de renoncer à l'opération. Ainsi, affecter l'ensemble de son patrimoine à un unique créancier gaspillerait le crédit du débiteur³⁶².

À cet égard, le principe de spécialité ménagerait les intérêts du débiteur en imposant de déterminer spécialement les biens grevés. Néanmoins, la protection demeure imparfaite. En effet, si la possibilité d'engager l'ensemble de ses biens présents et futurs par une unique sûreté réelle est exclue en raison du principe de spécialité des biens grevés³⁶³, il n'est nullement prohibé d'affecter au profit d'un seul créancier, pour une seule dette, l'ensemble de sa fortune par sûretés séparées.

111. **Remise en cause du principe.** En dépit de ses utilités, le principe de spécialité des biens engagés a pu être contesté, sa pertinence faisant l'objet de quelques réserves³⁶⁴. C'est que dans sa conception traditionnelle – celle antérieure à la réforme des sûretés réelles par l'ordonnance du 23 mars 2006³⁶⁵ – le principe contient quelques défauts majeurs en raison d'une rigueur excessive.

Tout d'abord, il aboutit à l'indisponibilité des biens engagés, défaut que nous approfondirons bientôt³⁶⁶. Par ailleurs, le contact direct qu'il impose avec la chose objet du droit réel de garantie est interprété comme de nature à exclure la possibilité de sûretés sur biens futurs³⁶⁷. Cette vision stricte de l'exigence de spécialité est largement contestable. C'est qu'en effet, à l'examen des fondements du principe de

³⁶²En ce sens, v. not. M. TROPLONG, *Droit civil – Des privilèges et hypothèques*, t. II, Paris, 4^{ème} éd., 1945, p. 323 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours de Droit civil français*, t. II, Dalloz, 1915, p. 935 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 131, n° 194. Finalement, le principe de spécialité constituerait « un frein à la démesure » et ménagerait « l'avenir du débiteur » : P. THÉRY, « La différenciation du professionnel et du particulier : un aspect de l'évolution du droit des sûretés réelles », *Dr. et patrimoine* avr. 2001, n° 92, p. 53 et s., spéc. p. 57.

³⁶³Certes, il existe des privilèges généraux. Toutefois, ces sûretés légales ne confèrent aucun droit de suite tant et si bien que la qualification de droit réel leur est communément refusée. En ce sens, v. not. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours de Droit civil français*, *op. cit.*, p. 781 : « les privilèges généraux [...] ont toujours été et sont demeurés de simples droits de préférence entre créanciers » ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, *op. cit.*, p. 217, n° 141 ; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, Litec, 5^{ème} éd., 2008, p. 120, n° 229 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 485, n° 649.

³⁶⁴V. P. CROCCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., spéc. p. 59 ; P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., spéc. p. 496 et s., n° 651 et s.

³⁶⁵Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

³⁶⁶V. *infra*, n° 115 et s.

³⁶⁷La promesse de sûreté est toutefois valable (Cass. 3^{ème} civ., 7 janv. 1987, n° 85-10.608, *Bull. civ.* III, n° 4, p. 2 ; *Deffrénois* 1987, art. 34049, n° 70, p. 1134, obs. J.-L. AUBERT ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 219, note A. PIEDELIÈVRE). Mais son inexécution ne peut conduire qu'à l'octroi de dommages et intérêts (Cass. 3^{ème} civ., 7 avr. 1993, n° 91-10.032, *Bull. civ.* III, n° 55, p. 35 ; *Deffrénois* 1993, art. 35617, n° 104, p. 1063, obs. L. AYNÈS).

spécialité de l'assiette, rien ne s'oppose à en retenir une conception souple. Si l'on envisage l'assiette sous l'angle du droit réel accessoire de garantie dont elle est grevée, la création de celui-ci impose un contact direct entre la chose et le titulaire. Toutefois, cela n'empêche pas la constitution d'un droit à venir sur une chose future, pourvu qu'elle soit déterminable et que la naissance du droit soit retardée à l'entrée du bien au sein du patrimoine. De la même façon, si l'on envisage l'assiette comme l'objet d'un contrat créant un droit réel, l'affectation de biens futurs reste tout autant possible, dès lors que l'article 1130 du Code civil le permet expressément³⁶⁸. En tout état de cause, cette conception conduit à rigidifier la matière, puisque l'affectation en sûreté d'un bien nouveau, même dans le cadre d'une relation de crédit établie entre un débiteur et son créancier, impose la conclusion d'une nouvelle convention constitutive.

Il n'en reste pas moins que le principe de spécialité des biens grevés constitue toujours un pilier de la matière : l'universalité de son affirmation l'atteste.

B. L'universalité du principe de spécialité de l'assiette

112. **Sûretés réelles traditionnelles.** Concernant les sûretés réelles traditionnelles – c'est à dire celles n'opérant pas transfert de la propriété des biens grevés – sauf à l'identifier dans la conjonction des anciens articles 2092 et 2094 du Code civil³⁶⁹, le principe de spécialité des biens engagés ne trouve pas son assise légale dans une disposition générale. Le législateur a pris le soin de l'affirmer sûreté par sûreté. Force est de constater qu'à cet égard, la nature juridique de l'assiette se révèle pleinement indifférente tout comme, d'ailleurs, sa destination. Ainsi, en matière de meubles, l'ancien article 2074 du Code civil exigeait la rédaction d'un écrit contenant la déclaration « de l'espèce et de la nature des biens donnés en gage, ou un état annexé de leurs qualités, poids et mesures ». Cette exigence ancienne, puisqu'on en retrouve trace à la lecture d'un arrêt de règlement du parlement de Paris en date

³⁶⁸En ce sens, à propos du gage, v. not. A. WALH, note sous CA Bourges, 29 avr. 1901, *S.* 1902, 2, p. 273 ; R. DEMOGUE, *RTD civ.* 1903, p. 176, n° 28 ; J. MESTRE, « Le gage de choses fongibles », *D.* 1982, chron., p. 141 et s. ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière, op. cit.*, p. 294, n° 231.

³⁶⁹V. *supra*, n° 107.

du 25 novembre 1599³⁷⁰, était également énoncée en matière d'hypothèque conventionnelle par l'ancien article 2129 du Code civil³⁷¹.

La réforme du 23 mars 2006³⁷² loin de rompre avec le principe, l'a réaffirmé. Tel est l'objet des nouveaux articles 2336³⁷³ et 2356³⁷⁴ du Code civil en matière de sûretés mobilières, et du nouvel article 2418³⁷⁵ relatif à l'hypothèque conventionnelle. Toutefois, quelques assouplissements notables ont été opérés. Ainsi, les sûretés mobilières peuvent désormais porter sur des biens futurs³⁷⁶. Surtout, nous le verrons³⁷⁷, continuant ainsi le mouvement initié par quelques sûretés particulières³⁷⁸, la réforme a permis de constituer, en matière de gage sur meubles fongibles, une assiette fluctuante.

113. **Propriétés-sûretés.** Quant aux propriétés-sûretés, la spécialité de l'assiette est de l'essence même du mécanisme. Le droit de propriété porte nécessairement sur un objet déterminé. Il n'existe, et ne saurait exister, un droit général de propriété qui recouvrerait l'ensemble d'un patrimoine. Il y a autant de droits de propriété que d'objets d'appropriation. Aussi, une propriété-sûreté est nécessairement spéciale en son assiette dès lors que le droit de propriété, support de cette garantie, l'est par nature. C'est bien en sens que l'article 2018-1 du Code civil relatif à la fiducie exige, à peine de nullité du contrat, que soient désignés les « biens, droits ou sûretés transférés ». Tout au plus est-il concevable d'admettre que le droit se reporte sur des biens de même nature et qualité lorsque les biens engagés sont des choses fongibles³⁷⁹, leur interchangeabilité objective permettant alors leur subrogation réelle.

³⁷⁰Cité par P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, p. 295, n° 232.

³⁷¹C. civ., anc. art. 2129 : « La constitution d'une hypothèque conventionnelle n'est valable que si le titre authentique constitutif de la créance ou un acte authentique postérieur déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie [...] ».

³⁷²Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

³⁷³C. civ., art. 2336 : « Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ».

³⁷⁴C. civ., art. 2356 al. 2 : « Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte », ceci à peine de nullité (C. civ., art. 2356, al. 1^{er}).

³⁷⁵C. civ., art. 2418 : « La constitution d'une hypothèque conventionnelle n'est valable que si le titre authentique constitutif de la créance ou un acte authentique postérieur déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie [...] », l'article 2426, alinéa 2 ajoutant que l'inscription d'hypothèque ne peut avoir lieu que sur « des immeubles déterminés ».

³⁷⁶V. *infra*, n° 162.

³⁷⁷V. *infra*, n° 181 et s.

³⁷⁸Ex : les warrants sur stocks de choses fongibles tel que le warrant pétrolier codifié aux articles L. 524-1 et s. du Code de commerce (instauré par la loi du 21 avril 1932) ou encore le warrant agricole régi par les articles L. 342-1 à L. 341-17 du Code rural et de la pêche maritime.

³⁷⁹C. civ., art. 2369, à propos de la réserve de propriété.

114. **Conséquence identique.** Que l'affectation en sûreté du bien s'opère par une sûreté réelle traditionnelle ou une propriété-sûreté, le principe de spécialité de l'assiette conduit invariablement à la même conséquence : l'indisponibilité des biens engagés.

§2. L'indisponibilité des biens grevés : conséquence du principe du droit réel sur assiette déterminée

115. **Indisponibilité de l'assiette et fonction du bien circulant.** Alors que la sûreté est pendante, le constituant peut souhaiter intervenir sur les biens engagés. Plus encore, lorsqu'il s'agit d'un professionnel, cette intervention est souvent nécessaire à la pérennité de son activité. Ainsi en va-t-il pour le bien circulant dont la fonction, on le sait, impose sa destruction, son incorporation ou encore son aliénation. Le droit réel de garantie contrarie largement cette nécessité, s'opposant tant à l'aliénation (A) qu'à la transformation (B) du bien grevé.

A. L'aliénation du bien engagé en sûreté

116. **Distinction entre sûretés réelles traditionnelles et propriétés-sûretés.** La situation s'envisage dans des termes différents selon qu'il s'agit d'une sûreté réelle traditionnelle ou d'une propriété-sûreté. Dans la première hypothèse, le constituant reste propriétaire de l'assiette et l'aliénation du bien grevé demeure envisageable même si l'existence du droit réel accessoire rend l'opération inopportune (I). En présence d'une propriété-sûreté, il ne s'agit plus de la création d'un droit réel préférentiel mais du transfert pur et simple de la propriété. Partant, l'aliénation du bien grevé par le constituant est, en principe, impossible (II).

I. L'aliénation du bien grevé d'une sûreté réelle traditionnelle

117. **Coexistence de droits réels concurrents.** En présence d'une sûreté réelle traditionnelle, le bien engagé constitue l'objet de deux droits réels concurrents.

Le premier, préalable nécessaire à la création du second³⁸⁰, constitué par le droit de propriété dont le titulaire n'est autre que le débiteur constituant, ou de façon résiduelle un tiers³⁸¹; le second, droit réel accessoire, conféré au créancier bénéficiaire. Quant à l'aliénation du bien objet d'une sûreté réelle traditionnelle par le constituant, la première réflexion tend à la reconnaître comme possible et valable. Certes, un droit concurrent grève le bien. Toutefois, le constituant conserve sa qualité de propriétaire et les attributs y étant attachés. Ainsi demeure-t-il libre de disposer du bien, l'acquéreur le recevant toutefois grevé du droit réel de garantie. Si cette solution est énoncée par la loi³⁸², confirmée par la jurisprudence³⁸³ et unanimement reconnue par la doctrine³⁸⁴ pour les sûretés sur l'immeuble, la situation se révèle plus confuse pour celles sur les meubles, et particulièrement en matière de gage.

118. **Pouvoir d'aliénation du constituant.** Quant à l'aliénation de l'assiette du gage, qu'il soit d'ailleurs avec ou sans dépossession³⁸⁵, la loi ne se prononce ni dans le sens de sa validité, ni dans celui de son interdiction. Pour le gage avec dépossession, l'aliénation ne semble pas dangereuse : le créancier bénéficiaire ayant une emprise matérielle sur la chose grevée, il s'assure de la conservation de l'assiette

³⁸⁰Ainsi, l'article 2335 précise que « le gage de la chose d'autrui est nul », l'article 2413 allant également en ce sens en matière d'hypothèques conventionnelles, proposant que celles-ci « ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ». C'est qu'en effet, constituer une sûreté relève, en ce qu'elle engage l'avenir, d'« un acte de maître que le propriétaire a dans son pouvoir » : G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 68. V. égal. C. ATIAS, *Les biens*, Litec, 10^{ème} éd., 2009, p. 82.

³⁸¹Il s'agit alors de garantir la dette d'un tiers par une sûreté réelle (v. J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, thèse, préf. P. CROCQ, Defrénois, 2009). L'hypothèse ne se résume guère qu'au cas d'école en présence de biens circulants : il est peu fréquent qu'une entreprise garantisse la dette d'une autre, *a fortiori* sur des biens dont l'affectation est problématique pour la bonne marche de l'activité. Tout au plus, cette situation s'envisagera en présence d'un groupe de sociétés, entre la société mère et ses filiales ou entre filiales. Sur les groupes de sociétés, v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 653 et s.

³⁸²Elle résulte implicitement de l'article 2475 du Code civil, permettant la purge d'une hypothèque « à l'occasion de la vente d'un immeuble hypothéqué ». Ainsi, si l'hypothèque peut être valablement purgée à l'occasion d'une vente, c'est que le bien hypothéqué peut être valablement vendu.

³⁸³Cass. 3^{ème} civ., 18 juin 2008, n° 07-15.129, *Bull. civ.* III, n° 109 ; D. 2008, p. 1899 ; et bien antérieurement, à propos d'une hypothèque légale, Cass. req., 16 avr. 1889, *DP* 1890, I, p. 181.

³⁸⁴En ce sens, v. not. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. III, *op. cit.*, p. 204, n° 545 : « l'hypothèque laisse intact, en principe, les prérogatives qui appartiennent au propriétaire sur l'immeuble : ni le droit de jouissance ni même le droit de disposition ne sont atteints » ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 439, n° 462 : « Le débiteur, bien qu'il ait hypothéqué son immeuble, conserve toutes ses prérogatives sur cet immeuble, notamment le droit de l'aliéner [...] » ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 725, n° 972 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 322, n° 682 : « Le constituant a également le droit de vendre l'immeuble [...] » ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, spéc. p. 433, n° 485 : « Rien n'interdit au débiteur de disposer de ses biens grevés d'hypothèque ».

³⁸⁵La consécration générale du gage sans dépossession est intervenue par l'ordonnance de réforme des sûretés du 23 mars 2006. V. *infra*, n° 152 et s.

et peut opposer son droit de rétention aux acquéreurs³⁸⁶. En revanche, lorsque le gage est sans dépossession, le bien peut être appréhendé matériellement par le tiers acquéreur, puis par un sous-acquéreur. Pour certains auteurs³⁸⁷, il s'agirait d'une raison suffisante pour refuser au constituant tout pouvoir d'aliénation. Cette position se justifierait par la fragilisation du droit de suite du gagiste qui serait primé par le sous-acquéreur, l'article 2337 alinéa 2 du Code civil précisant que « lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276 ». C'est donc que le sous-acquéreur, n'étant pas un ayant cause à titre particulier, pourrait se prévaloir de la fonction acquisitive de l'article 2276 rendant le droit de suite du gagiste « souvent illusoire »³⁸⁸. Toutefois, l'article 2337 énonce également, en son alinéa premier, que le gage « est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite ». Cette publicité s'opérant sur un registre public³⁸⁹, il n'est nulle raison, si elle est antérieure à l'aliénation, que le bénéficiaire de la sûreté soit contré par l'article 2276, qu'il soit d'ailleurs invoqué par un ayant cause à titre particulier du constituant ou non. La situation est alors largement similaire à celle de l'hypothèque qui fait l'objet d'une inscription au service de la publicité foncière du ressort duquel l'immeuble concerné se situe³⁹⁰ et pour laquelle la faculté d'aliénation par le constituant n'est pas contestée³⁹¹.

Pour refuser au constituant d'une sûreté réelle traditionnelle le pouvoir d'aliéner l'assiette, un autre argument a pu être avancé. Il repose sur l'article 2342 du Code civil énonçant que l'aliénation des choses fongibles est possible si la convention le prévoit. L'aliénation ne serait donc admise qu'en cette hypothèse expressément énoncée, ne l'étant pas, *a contrario*, dans toutes les autres³⁹². Cet

³⁸⁶Pour autant, des auteurs considèrent que la dépossession place le propriétaire « dans l'impossibilité pratique d'aliéner » : G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. III, *op. cit.*, p. 204, n° 545.

³⁸⁷M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 570, n° 763 : « L'aliénation créant un risque anormal pour le gagiste, on peut difficilement admettre que le constituant, tenu de maintenir le gage en l'état, ait le droit d'y procéder » ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 236, n° 511, pour lesquels : « bien que la loi ne le dise pas expressément, le constituant ne peut pas aliéner le gage [...] ».

³⁸⁸L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 236, n° 511.

³⁸⁹Une inscription sur un registre spécial tenu par les greffiers des tribunaux de commerce devra être opérée selon les modalités prescrites par le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 et l'arrêté du 1^{er} février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2, 6° du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession.

³⁹⁰C. civ., art. 2426, issu du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

³⁹¹Par ailleurs, l'article 2337 énonce la dépossession et la publicité comme deux moyens équivalents d'opposabilité du droit réel accessoire aux tiers. Pourquoi alors leur donner une valeur différente, l'un procurant une sécurité suffisante face à une aliénation et la rendant possible, l'autre, trop incertaine, impliquant le rejet de toute aliénation. Il pourrait être objecté que cette différence de régime découle du droit de rétention conféré par la possession de l'assiette. Toutefois, on sait désormais, conformément à l'article 2286 du Code civil, que le droit de rétention ne découle pas de la dépossession, mais de la seule existence d'un gage. Sur ce dernier point, v. *supra*, n° 92.

³⁹²En ce sens, L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 236, n° 511 : « C'est pourquoi, bien que la loi ne le dise pas expressément, le constituant ne peut pas aliéner le gage, sauf s'il est constitué de choses

argument nous paraît toutefois contestable : en cette hypothèse, ce n'est pas une exception d'aliénabilité qui est exprimée, mais une exception de subrogation réelle des éléments successifs au sein de l'assiette³⁹³. En matière de choses fongibles, nous y reviendrons³⁹⁴, celles aliénées sont dégagées, du moins alors que la sûreté est pendante, du droit réel accessoire qui se reporte sur les éléments venant en remplacement. C'est d'ailleurs bien ce que cet article précise explicitement en énonçant que le constituant aura à sa charge de remplacer les éléments aliénés « par la même quantité de choses équivalentes ». Dès lors, cette hypothèse se détache de celle classique, où en cas d'aliénation des biens engagés, ceux-ci ne sont pas remplacés par d'autres mais restent grevés du droit réel accessoire entre les mains de l'acquéreur et des sous-acquéreurs successifs.

Finalement, le droit réel de garantie doit s'envisager en un pouvoir qui plane sur l'assiette. Aussi, ne saurait-il trop durement scléroser le droit de propriété du constituant qui demeure libre d'aliéner le bien engagé, l'acquéreur devant toutefois subir le droit réel accessoire dont il est l'objet³⁹⁵.

119. **Difficultés soulevées par l'aliénation.** Si l'aliénation des biens objets d'une sûreté réelle traditionnelle s'avère juridiquement possible, elle ne s'accorde pas aux exigences des biens voués à circuler, le droit de suite n'étant pas étranger à cette difficulté³⁹⁶. Un exemple suffit à illustrer la contradiction. Voici un bien d'ameublement vendu par son fabricant à un détaillant, qui l'aliène à son tour à un particulier. Le vendeur initial, qui l'avait gagé, se révèle finalement défaillant. Le créancier, en vertu du droit de suite, revendiquera le bien entre les mains du dernier acquéreur afin de réaliser sa sûreté. Certes, puisqu'il s'agit d'un meuble, le sous-

fongibles et si la convention le prévoit ».

³⁹³V. *infra*, n° 190.

³⁹⁴V. *infra*, n° 190.

³⁹⁵À l'appui de notre position, un argument supplémentaire peut être apporté. Le bénéficiaire d'une sûreté réelle traditionnelle se voit invariablement octroyer un droit de suite lui permettant de revendiquer l'assiette en quelques mains qu'elle se trouve (v. *supra*, n° 109). Pourquoi octroyer un droit de suite si ce n'est pour protéger le créancier bénéficiaire de l'aliénation du bien engagé par le constituant ? S'il existe un droit de suite, c'est nécessairement qu'il peut y avoir circulation de l'assiette, c'est à dire transmission à titre gratuit ou onéreux.

³⁹⁶Autrefois dénié de façon générale aux sûretés réelles mobilières sur le fondement de l'ancien article 2119 du Code civil disposant que les « meubles n'ont point de suite par hypothèque », le droit de suite n'est pourtant pas l'apanage de l'hypothèque. Aboutissant à la création d'un droit réel accessoire, la sûreté réelle traditionnelle, qu'elle soit sur meuble ou immeuble, confère invariablement à son bénéficiaire un droit de suite. Cela découle de la nature même du droit dont il est l'un des attributs. Tout au plus, comme l'a justement énoncé un auteur, est-il conditionné « en raison de l'atteinte qu'il constitue aux droits des tiers, à l'existence d'un système de publicité de la sûreté » (C. LISANTI-KALCZINSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, th. préc., p. 344, n° 437).

acquéreur pourra invoquer l'effet acquisitif de l'article 2276 du Code civil³⁹⁷. Mais si ce gage a fait l'objet d'une publicité, il n'est nulle raison que cette protection prime le créancier³⁹⁸. Celle-ci n'a de sens qu'en ce qu'elle protège l'acquéreur de bonne foi qui, lorsque le bien ne fait l'objet d'aucune publicité, ne peut connaître son état antérieur. Telle n'est plus l'hypothèse lorsque la sûreté réelle mobilière fait l'objet d'une inscription sur registre public. Il n'en reste pas moins que la sécurité des affaires est considérablement menacée. Le bien grevé pourra être revendiqué – pourvu qu'il puisse être localisé s'il s'agit d'un meuble – entre les mains des différents acteurs de la chaîne économique y compris du consommateur final.

120. **Conclusion.** Par le droit de suite que confère la sûreté réelle, l'aliénation du bien engagé, particulièrement s'il est circulant, s'avère inopportune pour le constituant, le créancier gagiste et les acquéreurs éventuels. C'est en ce sens que le principe de spécialité de l'assiette aboutit à l'indisponibilité des biens objets d'une sûreté réelle traditionnelle : certes l'aliénation reste juridiquement possible, mais ne servant les intérêts d'aucun, elle ne pourra être entreprise. Voilà qui entrave considérablement la constitution de sûretés sur les biens voués à circuler, la propriété-sûreté, en dépit de différences significatives, aboutissant d'ailleurs au même résultat.

II. L'aliénation du bien grevé d'une propriété-sûreté

121. **Défaut de pouvoir d'aliénation du constituant.** En matière de propriétés-sûretés, la situation se détache sensiblement de la matrice détaillée pour les sûretés réelles traditionnelles. Il ne s'agit pas de créer un droit réel accessoire sur le bien grevé mais de transférer ou conserver le droit réel principal de propriété dont il est l'objet. Aussi, la constitution d'une propriété-sûreté prive le débiteur constituant du droit de propriété sur le bien grevé. Dépourvu de la qualité de propriétaire, il est naturel qu'il en soit également des attributs et notamment de l'*abusus*. Il ne peut dès lors aliéner le bien grevé, la solution ayant le mérite de la clarté. Elle se révèle toutefois, tout comme en matière de sûretés réelles

³⁹⁷Cass. 1^{ère} civ., 18 décembre 2001, n° 99-18.422, *Bull. civ. I*, n° 326, p. 207 : à propos d'un warrant agricole sur récolte céréalière, le sous-acquéreur détenteur non équivoque et de bonne foi étant préféré au créancier gagiste.

³⁹⁸Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 1990, n° 87-19.162, *Bull. civ. I*, n° 70, p. 51 : concernant un gage automobile ayant fait l'objet d'une inscription préfectorale, permettant au gagiste d'opposer son droit de suite au sous-acquéreur du véhicule.

traditionnelles, contraire à la fonction du bien circulant. Le vendeur d'électroménager n'achète de stocks de téléviseurs que pour leur commercialisation ; l'exploitant de matières premières n'entreprend l'extraction que pour la vente des choses extraites ; le céréalier ne cultive que pour aliéner la récolte. Aussi, l'entreprise n'acquiert ou ne produit le bien circulant que dans le but de l'aliéner assorti d'une marge bénéficiaire. L'affectation en garantie ne saurait méconnaître l'impératif sauf à dénaturer le bien et à menacer la pérennité de son activité.

122. **Indifférence du caractère temporaire du défaut de pouvoir.** En matière de fiducie-sûreté ou de clause de réserve de propriété, le transfert ou la rétention de la propriété arbore cette spécificité d'être provisoire. Le débiteur ne renonce à la propriété que pour assurer le créancier du bon recouvrement de sa créance. Le transfert ou la rétention de son droit ne s'exprime qu'alors que la créance existe. À compter du paiement, le débiteur se voit de plein droit attribuer ou restituer le droit de propriété. De cette utilisation particulière et provisoire de la propriété ne découle pour autant aucune prérogative particulière pour le débiteur. Certes, il est possible, en matière de fiducie, d'encadrer par convention « la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition »³⁹⁹. Toutefois, le fiduciaire ne peut, malgré le caractère temporaire du transfert, se comporter en propriétaire et disposer du bien. Il est vrai que lui laisser de telles prérogatives reviendrait à priver le mécanisme de son efficacité. C'est précisément parce que le débiteur est privé du droit réel sur la chose que la garantie est efficace.

Tout au plus, le constituant d'une fiducie-sûreté ou d'une clause de propriété pourra, anticipant le retour du bien, consentir une promesse de vente⁴⁰⁰ sous condition suspensive⁴⁰¹. La condition sera alors le complet paiement de la créance

³⁹⁹C. civ., art. 2018, 6°.

⁴⁰⁰Il s'agirait alors d'une promesse de vente sur biens futurs, probablement valable en ce que la chose et le prix pourront être déterminés. En ce sens, A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2008, p. 70. Plus généralement sur la promesse de vente, v. not. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008, p. 50 et s. ; F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, thèse, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1983, spéc. p. 37 et s.

⁴⁰¹Sur la notion de condition suspensive, v. not. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, par E. BARTIN, éditions techniques, 6^{ème} éd., 1938, p. 100 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, Dalloz, 1921, p. 84 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 2, par P. JESTAZ, Sirey, 2^{ème} éd., 1989, p. 70 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 1273 et s. ; P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, p. 338 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, p. 689 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^{ème} éd., 2011, p. 267 et s., n° 279 et s.

garantie qui opérera le transfert de la propriété. Mais cette solution n'est guère satisfaisante. Juridiquement la validité d'une telle condition est discutable. Le paiement n'est, en principe, pas un événement incertain, puisque le débiteur doit s'exécuter à l'exigibilité de la créance. Par ailleurs, l'acquiescement ou le non-acquiescement découle, du moins dans sa diligence, de la bonne volonté du débiteur. Or, une condition reposant sur la volonté exclusive d'une des parties n'est autre que potestative⁴⁰², ce qui aboutit à la nullité de l'engagement⁴⁰³. Plus encore et quand bien même la promesse sous condition suspensive serait valable⁴⁰⁴, la vente ne se réalisera finalement qu'après un trait de temps probablement long. Voilà qui s'accorde mal avec les exigences de rapidité des échanges auxquels sont le plus souvent soumis les biens insérés dans le circuit économique, au premier rang desquels vient le bien circulant.

123. **L'aliénation entreprise en dépit du défaut de pouvoir.** Bien que proscrite par principe, il arrive que le débiteur procède à l'aliénation de l'assiette en dépit de son absence de pouvoir. Cette hypothèse ne se rencontrera guère qu'en présence de biens meubles. En matière immobilière, le régime de la publicité foncière et l'intervention notariale s'opposent à la survenance d'une aliénation par un possesseur dénué de titre. La matière mobilière s'ouvre en revanche à pareille hypothèse, dès lors qu'en présence d'une clause de réserve de propriété, l'acquéreur, non encore propriétaire, entre en possession. Pour le sous-acquéreur, le débiteur reste le possesseur apparent du bien. Il peut donc acquérir de bonne foi, ceci d'autant plus que la clause de réserve de propriété n'impose pas de procéder à une publicité.

⁴⁰²Sur la notion de condition potestative, v. not. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, par E. BARTIN, t. IV, *op. cit.*, p. 96 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, *op. cit.*, p. 85 ; J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Etudes dédiées à Alex WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 243 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 2, par P. JESTAZ, *op. cit.*, p. 65 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse, préface J. MESTRE, PUAM, 1999, spéc. p. 57 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 1264 et s., n° 1222 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 696 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, p. 277 et s.

⁴⁰³C. civ., art. 1174 : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de celui qui s'oblige ».

⁴⁰⁴Le paiement de la créance garantie peut être forcé par le créancier, tant et si bien que ce paiement pourrait être considéré comme un événement futur et incertain, ne dépendant pas arbitrairement du débiteur, et auquel s'ajoutent des éléments objectifs extérieurs de nature à écarter la potestativité. Sur ce point, v. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 698, n° 1313.

Sauf à porter une atteinte disproportionnée aux droits des tiers, le possesseur de bonne foi doit être préféré au créancier réservataire⁴⁰⁵. Toutefois, la situation est particulièrement gênante puisque le propriétaire perd sa sûreté et subit l'acte consenti sans pouvoir par le débiteur. La jurisprudence⁴⁰⁶ reprise par l'ordonnance du 23 mars 2006⁴⁰⁷ a énoncé une solution intéressante, teintée de pragmatisme. Le droit de propriété du réservataire se reportera⁴⁰⁸ sur la créance de prix du débiteur à l'égard du sous-acquéreur⁴⁰⁹. Cette solution est opportune en ce qu'elle protège tout à la fois le sous-acquéreur et le créancier réservataire, sans décharger le débiteur. Toutefois, elle ne va pas sans soulever quelques difficultés. Il faudra en premier lieu, pour que la créance de prix soit substituée au bien, qu'il ait été vendu dans son état initial⁴¹⁰. Par ailleurs, le débiteur aura pu, pour se financer, escompter la créance de prix auprès d'un établissement financier. Surgit alors un conflit entre l'escompteur et le réservataire. La jurisprudence a logiquement tranché en faveur du réservataire⁴¹¹ : la propriété se reportant sur la créance, son droit est antérieur, et la créance n'a pu être transmise que grevée. Toute justifiée qu'elle soit, la solution n'est guère rassurante pour l'escompteur et pourrait se révéler contre-productive. Confrontés au risque d'être primés par un créancier réservataire, il ne faudrait pas que les établissements de crédit renoncent à l'escompte, mécanisme central de financement des professionnels.

124. **Conclusion.** Il est constant que l'affectation d'un bien en sûreté, qu'il soit l'assiette d'une sûreté réelle traditionnelle ou d'une propriété-sûreté, s'oppose à son aliénation, conséquence particulièrement inopportune lorsque l'assiette est composée de biens circulants. Au-delà, l'existence d'un droit réel de garantie empêche également la transformation du bien engagé.

⁴⁰⁵En ce sens, Cass. com., 1^{er} oct. 1985, n° 84-14.111, *Bull. civ.* IV, n° 224, p. 187 ; *RTD com.* 1986, 553, obs. J. HÉMAR et B. BOULOC.

⁴⁰⁶Depuis, Cass. com., 8 mars 1988, n° 86-15.761, *Bull. civ.* IV, n° 99, p. 69.

⁴⁰⁷Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁴⁰⁸Ce report s'analyse classiquement en une subrogation réelle. En ce sens, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 635, n° 840 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 384, n° 805. *Contra* D. MARTIN, « Du conflit relatif à la créance du prix de vente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété », *D.* 1986, chron., p. 323 et s.

⁴⁰⁹C. civ., art. 2372 : « Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien ».

⁴¹⁰Cass. com., 5 nov. 2003, n° 00-21.357, *Bull. civ.* IV, n° 162, p. 180.

⁴¹¹Depuis, Cass. com., 20 juin 1989, n° 88-11.720, *Bull. civ.* IV, n° 197, p. 131 ; *D.* 1989, jurispr., p. 760, note F. PÉROCHON ; *RTD com.* 1989, p. 702, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

B. La transformation du bien engagé en sûreté

125. **Transformations imposées par la fonction du bien circulant.** La chose grevée en sûreté est souvent un élément du cycle de production du professionnel. Le bien circulant en constitue l'illustration parfaite : l'imprimeur ne possède de stocks de papiers que pour procéder à l'impression ; le fabricant de biens d'ameublement ne s'approvisionne en bois que pour l'élaboration de meubles ; l'industriel en pneumatiques n'acquiert de caoutchouc et d'adjuvants chimiques que pour la production de pneus. Partant, le constituant devra manufacturer, incorporer ou encore détruire le bien circulant grevé. Il n'en demeure pas moins que de telles transformations modifient sa situation juridique, ce qui ne va pas sans quelques obstacles (I) et périls (II).

I. Les obstacles à une opération de transformation

126. **En matière de gage.** Dans la conception traditionnelle du gage, l'assiette fait l'objet d'une dépossession en faveur du gagiste. Le constituant ne dispose plus, alors que la sûreté est pendante, d'une quelconque emprise matérielle. Dès lors, il n'est pas en mesure de modifier les biens grevés.

Il en va tout autrement lorsque le meuble engagé ne fait l'objet d'aucune dépossession, figure du gage d'abord prévue par quelques régimes spéciaux puis consacrée de façon générale par la réforme des sûretés intervenue en 2006⁴¹². Le constituant détient alors les biens grevés pendant le temps de la sûreté, ce qui lui permet de les incorporer ou de les détruire. Mais s'il en a la possibilité matérielle, il n'en a pas pour autant le pouvoir juridique.

Incontestablement, le constituant reste propriétaire de l'assiette. Toutefois, le bien fait l'objet d'un droit concurrent devant être protégé. Aussi, la loi prescrit en matière de gage une obligation de conservation à la charge du constituant resté en possession⁴¹³. Dès lors, il devra prodiguer les soins nécessaires à la bonne conservation des biens grevés⁴¹⁴, ce qui s'oppose, sous peine de sanctions⁴¹⁵, à

⁴¹²V. *infra*, n° 145 et s.

⁴¹³C. civ., art. 2344, al. 2.

⁴¹⁴C. civ., art. 2342, al. 2 *in fine*.

⁴¹⁵V. *infra*, n° 133.

l'accomplissement de tout acte de transformation, qu'il s'agisse d'ailleurs de détruire ou d'incorporer l'objet de la sûreté⁴¹⁶.

127. **En matière d'hypothèque.** Concernant les immeubles grevés d'hypothèque, l'exigence est sensiblement identique. Les limites initiées par AUBRY et RAU et reprises par la jurisprudence⁴¹⁷ apparaissent en ces termes : « le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut, au détriment des droits du créancier hypothécaire, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique qui, directement ou de sa nature même, aurait pour conséquence de diminuer la valeur de cet immeuble »⁴¹⁸. Un acte de destruction est évidemment exclu, tout comme une incorporation, encore que l'on incorpore surtout les meubles et non les immeubles. Concernant le bien circulant, la situation s'avère toutefois marginale et peu gênante : marginale, d'abord, parce que les immeubles circulants sont rares ; peu gênante, ensuite, parce que les immeubles circulants ne se rencontreront guère qu'en présence d'un marchand de biens qui les possédera pour revente et non pour les détruire⁴¹⁹.

128. **En matière de propriétés-sûretés.** Si le constituant n'est pas en mesure de transformer l'assiette lorsqu'il conserve la propriété du bien engagé, il ne le peut moins encore, en présence d'une propriété-sûreté. Quelle que soit la figure envisagée – clause de réserve de propriété ou fiducie-sûreté – le constituant n'est pas titulaire du droit de propriété sur la chose engagée. Se manifeste alors un défaut de pouvoir. Privé du droit réel, il l'est évidemment de ses attributs et notamment du pouvoir de disposer de la chose nécessaire à tout acte d'incorporation ou encore de destruction. Relevons, tout comme en matière d'aliénation, que le caractère temporaire du défaut de pouvoir du constituant se trouve pleinement indifférent.

129. **Conclusion.** Qu'il s'agisse de sûretés réelles traditionnelles ou de propriétés-sûretés, la transformation des biens grevés semble impossible. La

⁴¹⁶Cette proposition générale souffrira toutefois d'une exception en matière d'assiette de biens fongibles. En cette hypothèse, l'article 2342 du Code civil permet que les éléments de l'assiette soient aliénés, et par extension détruits ou incorporés, pourvu qu'ils soient remplacés par d'autres, en tous points identiques. V. *infra*, n° 185 et s.

⁴¹⁷Cass. req., 24 mai 1890 ; *DP* 1900, I, p. 490.

⁴¹⁸C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., t. III, 1869, p. 427.

⁴¹⁹Si toutefois le professionnel s'engage dans une destruction ou une modification susceptible de réduire la valeur du bien, le créancier pourra déclencher la déchéance du terme en vertu de l'article 1188 du Code civil, opérer une saisie immobilière, et obtenir une hypothèque sur des immeubles à venir conformément à l'article 2420, 2° du même code.

limitation se comprend à l'aune de la sécurité du créancier bénéficiaire. C'est qu'en effet, il convient de conserver la valeur du bien engagé, celle-ci ayant été affectée au paiement de la créance⁴²⁰. En somme, l'interdiction de transformer l'assiette participe à l'efficacité de la sûreté, le bénéficiaire étant assuré de retrouver cette valeur à la défaillance du débiteur. Toutefois, elle s'oppose à ce que le bien engagé soit détruit ou encore incorporé, ce qui contredit la fonction du bien circulant. Aussi, lorsque la sûreté est sans dépossession, le professionnel ayant grevé ce type de bien peut être tenté de les transformer, en dépit de son absence de pouvoir. S'engager dans une telle voie se révélera néanmoins périlleux.

II. Les périls d'une opération de transformation

130. **Plan.** En principe, le constituant d'une sûreté sans dépossession ne peut intervenir sur les biens engagés que pour conserver la valeur de l'assiette. Toutefois, celui-ci choisit parfois d'ignorer l'impératif. Il est vrai que la fonction du bien circulant l'y incite. Aussi arrive-t-il que le constituant manufacture, incorpore ou détruit l'assiette restée en ses mains. À l'exclusion des sûretés réelles mobilières sur assiette de choses fongibles⁴²¹, l'initiative est malheureuse : elle se révèle dangereuse pour le bénéficiaire (a) et risquée pour le constituant (b).

a. Les dangers de l'opération pour le bénéficiaire de la sûreté

131. **Disparition du droit réel de garantie.** S'il est détruit ou incorporé, le bien engagé disparaît tout autant que les droits dont il est l'objet. Ainsi, la carte mère insérée dans un ordinateur n'existe plus en tant que bien ; dans le même sens, le stock de caoutchouc manufacturé en pneus s'évanouit. Cette disparition matérielle du bien modifie sa situation juridique : n'existant plus, il en va de même du droit réel

⁴²⁰En ce sens, à propos de l'hypothèque, v. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. III, *op. cit.*, p. 204, n° 545 : « Il reste toutefois que la valeur économique représentée par l'immeuble est affectée au paiement du créancier. Le propriétaire ne doit, par suite, rien faire qui compromette les intérêts du créancier » ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière, op. cit.*, p. 241, n° 181 : « L'un des grands avantages de l'hypothèque est de laisser au débiteur tous les droits attachés à la propriété, usage, jouissance ou disposition. Mais parce qu'il a affecté la valeur au créancier, ou que la loi l'a fait pour lui, le propriétaire devient en quelque sorte comptable de cette valeur [...] ».

⁴²¹V. *infra*, n° 180 et n° 181 et s.

dont il est l'objet ; il en découle de sa limite naturelle⁴²². Dès lors, la destruction ou l'incorporation de la chose prive le créancier bénéficiaire de son droit réel de garantie. La rigueur de la solution est toutefois tempérée par la possibilité d'engager la responsabilité du constituant. Par ailleurs, nous le verrons bientôt⁴²³, quelques mesures propres à certaines sûretés permettent la survie de la garantie malgré la disparition de son objet, en offrant au créancier la possibilité d'obtenir la reconstitution de l'assiette ou la constitution de sûretés compensatoires sur les biens à venir du constituant. La situation n'en reste pas moins préoccupante : la créance d'indemnité obtenue ne le sera guère qu'à titre chirographaire ; quant à la reconstitution de l'assiette ou l'engagement de biens à venir, ils resteront conditionnés à la solvabilité du débiteur.

Face aux dangers de l'incorporation du bien engagé, la jurisprudence a pu dégager une solution intéressante en matière de clause de réserve de propriété. On le sait, l'incorporation du bien engagé s'oppose, en principe, à toute revendication du réservataire. Toutefois, elle ne fera plus obstacle à ses droits lorsque les biens pourront être séparés sans subir de dommages⁴²⁴. La solution est pragmatique et explique, particulièrement en matière de construction immobilière, le développement des éléments encastrables se retirant sans dommages⁴²⁵. Malheureusement, le législateur n'a pas généralisé cette mesure à l'ensemble des sûretés sur les meubles sans dépossession.

132. **Atteinte aux intérêts du créancier.** Finalement, qu'il s'agisse d'une sûreté réelle reposant sur un droit préférentiel ou sur un droit exclusif, les dangers pour le créancier bénéficiaire sont identiques. L'acte matériel opéré sur l'assiette, qu'il s'agisse d'une destruction ou d'une incorporation, conduit à la disparition pure et simple de la sûreté. Si la transformation n'aboutit qu'à une diminution des qualités du

⁴²²En ce sens, à propos du droit de propriété, v. G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 78 : « Perpétuel de vocation, le droit de propriété a (de droit naturel..) la fragilité de l'objet sur lequel il porte. Il disparaît en même temps que son objet » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens Les obligations, op. cit.*, p. 1642 : « La perpétuité du droit de propriété doit être entendue dans un sens juridique ; elle signifie que le droit a ici vocation à durer autant que son objet ».

⁴²³V. *infra*, n° 134.

⁴²⁴Solution dégagée par Cass. com., 7 juin 1988, n° 86-18.401, *Bull. civ. IV*, n° 193, p. 135. Elle a été reprise par le législateur en matière de procédures collectives (art. L. 624-16 alinéa 3 du Code de commerce issu de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises) puis finalement été généralisée, que le débiteur soit *in bonis* ou non, par l'article 2370 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Sur la revendication des biens objet d'une réserve de propriété, v. F. PÉROCHON, « La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994) », *D.* 1994, p. 251 et s. ; P. CROCQ, « La réserve de propriété », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20, p. 23 et s., spéc. n° 16.

⁴²⁵Ex : les menuiseries constituées par les cadres de fenêtres ou de portes.

bien grevé, la garantie perdurera mais sa valeur en sera affectée. Quoi qu'il en soit, les intérêts du créancier bénéficiaire seront menacés. Conscient du danger, le législateur a prévu des mesures de conservation à la charge du constituant en possession de l'assiette, mesures assorties de sanctions protectrices du bénéficiaire et de nature à rendre l'opération risquée pour le constituant.

b. Les risques de l'opération pour le constituant de la sûreté

133. **Nature des sanctions.** L'intervention sur le bien grevé n'est pas sans conséquences pour le constituant tant et si bien que le risque d'un tel acte – que le titulaire de biens circulants engagés en sûreté pourrait être tenté d'entreprendre – pourrait se révéler plus grand que le bénéfice poursuivi. Cela tient aux sanctions civiles et pénales encourues.

134. **Sanctions civiles.** S'il ne respecte pas son obligation de conservation, le possesseur de l'assiette d'une sûreté réelle traditionnelle engage sa responsabilité contractuelle dans les termes du droit commun. La solution n'est pas nouvelle. L'ancien régime du gage énonçait déjà que le gagiste en possession de l'assiette répondait « selon les règles établies au titre *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence »⁴²⁶. Néanmoins, l'ordonnance de 2006⁴²⁷ prévoyant des sanctions spécifiques lorsque le gage est sans dépossession, une incertitude sur la faculté pour le créancier bénéficiaire d'engager cette responsabilité contractuelle de droit commun a émergé. Cette incertitude a par ailleurs été cultivée par la nouvelle rédaction des dispositions légales, l'octroi de dommages et intérêts n'étant envisagé qu'en faveur du constituant d'un gage avec dépossession⁴²⁸.

⁴²⁶C. civ., anc. art. 2080. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 162, n° 82 : « Le gagiste a l'obligation principale de restituer la chose engagée lorsqu'il est entièrement payé du capital, des intérêts et des frais. Il a l'obligation accessoire de veiller sur la chose, d'assurer sa conservation, comme le ferait un propriétaire diligent. Il est donc responsable de la perte ou des détériorations survenues par sa faute [...] ».

⁴²⁷Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁴²⁸C. civ., art. 2344 : « Lorsque le gage est avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage. Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage ».

À n'en pas douter, cette responsabilité s'envisage quelle que soit l'hypothèse. Venant sanctionner l'inexécution contractuelle, elle puise sa source dans le régime commun des obligations, ce qui lui confère une vocation générale. Aussi pourra-t-elle être recherchée vis-à-vis du constituant possesseur que la sûreté soit, d'ailleurs, sur meubles ou immeubles. Les sanctions propres au gage sans dépossession ne font que s'ajouter, pour fournir une protection accrue. C'est qu'en effet, en matière de sûretés sans dépossession, la responsabilité contractuelle de droit commun se révèle peu satisfaisante. L'obligation de conservation étant une obligation de faire, le créancier ne pourra obtenir, sur le fondement de l'article 1142 du Code civil⁴²⁹, que des dommages et intérêts compensant la perte de valeur de sa sûreté. Toutefois, cette créance d'indemnité n'interviendra qu'à titre chirographaire. De plus, si le défaut de conservation a conduit à la disparition du bien, le créancier bénéficiaire voit en tout état de cause sa sûreté disparaître. Ainsi, bien que titulaire d'une nouvelle créance en sus de celle garantie, il le sera pour les deux à titre chirographaire. Voilà qui est peu rassurant en cas d'insolvabilité du constituant, dès lors que les créanciers privilégiés, souvent nombreux, primeront.

Conscient de l'insuffisance, le législateur a anticipé ces difficultés. Aussi, l'article 2344 alinéa 2 énonce qu'en matière de gage sans dépossession, « le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation [...] ». Ces prévisions ne sont que partiellement innovantes. En effet, elles empruntent largement au régime de l'hypothèque qui, dès 1804, a permis l'engagement de biens à venir lorsque « l'immeuble [...] a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance », le créancier hypothécaire pouvant, en ce cas, demander « dès à présent son

⁴²⁹C. civ., art. 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

remboursement »⁴³⁰. Il n'en reste pas moins qu'elles constituent, nous y reviendrons⁴³¹, une protection intéressante pour le créancier.

Concernant les propriétés-sûretés, le constituant en possession de l'assiette n'est que le détenteur du bien d'autrui. Il a donc à sa charge de conserver la chose et à défaut, sa responsabilité contractuelle pourra être recherchée. L'incorporation de l'objet d'une clause de réserve de propriété ne le protégera pas plus, dès lors que la récupération demeurera possible pourvu qu'elle se fasse sans dommages⁴³².

En somme, et quelle que soit la figure de sûreté envisagée, le constituant resté en possession de l'assiette est strictement encadré. Le risque d'une dette nouvelle par l'engagement de sa responsabilité contractuelle et celui de la déchéance anticipée de la dette garantie le dissuaderont probablement de diminuer la valeur de l'assiette, ou de la détruire. Si toutefois la menace civile s'avère insuffisante, il existe, en outre, des sanctions pénales.

135. **Sanctions pénales.** Quant aux sûretés réelles traditionnelles, c'est par le gage qu'une infraction spécifique a été édictée. D'abord énoncée à l'ancien article 400, alinéa 5 du Code pénal, l'infraction de détournement de gage a été reprise et précisée par le nouvel article 314-5⁴³³. Est ainsi puni de 3 ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende « le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage de détruire ou de détourner l'objet remis en gage ». Les interprétations jurisprudentielles du texte ont montré que l'infraction est encourue que la sûreté soit avec ou sans dépossession⁴³⁴. Aussi, le créancier gagiste est invariablement protégé, qu'il soit possesseur de l'assiette ou non. En revanche, le

⁴³⁰C. civ. art. 2420, al. 2, 2°. Cet article, issu de la réforme du 23 mars 2006, se contente de reprendre les prévisions du droit antérieur et spécifiquement celles de l'ancien article 2131 qui était rédigé comme suit : « Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeuble présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque ». Sur l'ancien art. 2131 C. civ., v. not. M. TROPLONG, *Droit civil expliqué, Des privilèges et hypothèques*, t. II, Paris, 4^{ème} éd., 1845, p. 385 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. BECQUÉ, t. XII, *op. cit.*, spéc. p. 410, n° 440 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. III, *op. cit.*, p. 188, n° 498 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 125. Sur l'article 2420, al. 2, 2° C. civ., v. C. WITZ, « Hypothèques conventionnelles », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 15 juin 2012, n° 32 et s. ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, spéc. p. 374.

⁴³¹V. *infra*, n° 164 et s.

⁴³²V. *supra*, n° 131. On objectera que le débiteur pourra toujours incorporer de telle façon que le retrait sans dommages soit impossible. Mais alors, sans doute encourra-t-il une condamnation pénale.

⁴³³Issu de la loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens. Sur l'infraction de détournement de gage, v. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 13^{ème} éd., 2010, p. 318 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2011, p. 257 et s. ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} éd., 2007, p. 399 et s.

⁴³⁴Ainsi, l'infraction a été retenue en matière de gage de véhicule automobile, sûreté réelle mobilière sans dépossession. V. Cass. crim., 18 janv. 1950 ; *JCP* 1950, II, 5422, note L. GRUFFY.

législateur employant le terme « gage » et non « sûreté réelle », l'incrimination ne peut inclure l'hypothèque⁴³⁵. La limitation se comprend aisément : c'est surtout le meuble que l'on détruit ou dissimule.

Concernant les propriétés-sûretés, le délit de détournement de gage ne saurait être retenu. Son champ d'application, strictement limité au gage, ne le permet pas⁴³⁶. Toutefois, le délit plus général d'abus de confiance s'envisage⁴³⁷. Encourt ainsi 3 ans d'emprisonnement et 375000 euros d'amende, la personne qui détourne « au préjudice d'autrui des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé »⁴³⁸. Par le recours à une propriété-sûreté, il y a remise du bien d'autrui : le créancier réservataire transmet le bien au débiteur, tout comme le fiduciaire au fiduciant en l'hypothèse d'une fiducie sans dépossession⁴³⁹. Dans les deux cas, le constituant de la sûreté détient pour autrui. Aussi, procéder à une destruction, ou plus globalement à tout acte matériel non consenti par le bénéficiaire de la sûreté, s'analysera en abus de confiance.

136. **Indifférence des motifs de la transformation.** Le constituant entreprenant de transformer l'assiette, notamment par destruction ou incorporation des biens engagés, sera durement sanctionné que ce soit sur le terrain civil ou pénal. Bien évidemment, il ne pourra se décharger en invoquant que les actes entrepris l'ont été, notamment s'il s'agit de biens circulants, pour les besoins de son activité. Aussi, la transformation sera sanctionnée quels que soient les motifs qui auront poussé à l'accomplir. Si cet état du droit est protecteur du créancier, il ne s'accorde pas avec

⁴³⁵En revanche, l'incrimination sera retenue en matière de nantissement de biens incorporels. V. Cass. crim., 6 janv. 1966, n° 64-92.298, *Bull. crim.*, n° 6 (à propos d'un nantissement de fonds de commerce).

⁴³⁶Sur les domaines distincts de l'abus de confiance et du détournement de gage, v. P. SALVAGE-GEREST et P. SALVAGE, « Droit pénal et sûretés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean LARGUIER*, Pug, 1993, p. 281 et s., spéc. p. 285 et s.

⁴³⁷En ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 629, n° 835 ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 306, n° 439 : « Désormais, l'abus de confiance peut donc sanctionner le détournement d'un bien remis dans le cadre de n'importe quel contrat, dès lors que la remise du bien a été faite à charge de le rendre, de le représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

⁴³⁸C. pén., art. 314-1, issu de la loi n° 92-685 du 22 juillet 1992, préc. Sur l'infraction d'abus de confiance, v. M. VÉRON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 305 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal, op. cit.*, p. 208 et s. ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, 3^{ème} éd., 2013, p. 72 et s.

⁴³⁹Encore qu'en cette hypothèse, la remise entre le fiduciaire et le fiduciant sera purement fictive. Le fiduciant est propriétaire de la chose : c'est précisément pour cela qu'il peut l'affecter en fiducie. Ainsi, il ne transférera pas matériellement la chose au fiduciaire pour qu'il lui remette immédiatement. Cette remise, sans manifestation matérielle, découlera de la convention laissant la possession de la chose au débiteur. Sur la possibilité d'établir une fiducie-sûreté sans dépossession, v. *supra*, n° 83, et *infra*, n° 159.

les exigences des professionnels : le bien circulant engagé en sûreté ne pourra plus être transformé, alors même que sa fonction l'impose.

137. **Conclusion du Chapitre II.** Conformément à la conception traditionnelle des sûretés réelles, les biens engagés constituent l'objet d'un droit réel de garantie se fixant sur les éléments de l'assiette dès la constitution de la sûreté, et font l'objet d'une dépossession en faveur du créancier lorsqu'ils sont des meubles. À n'en pas douter, cette conception recèle quelques vertus protectrices pour les parties et particulièrement pour le bénéficiaire de la sûreté. Toutefois, le principe du droit réel sur assiette déterminée et celui de la dépossession impérative de l'assiette mobilière ne s'accordent pas avec les exigences des biens du professionnel, particulièrement lorsqu'ils sont circulants.

Quant à la dépossession, elle empêche le constituant d'utiliser l'assiette alors que la sûreté est pendante. Par ailleurs, la conservation des biens engagés se révèle contraignante pour le créancier bénéficiaire, particulièrement lorsqu'il s'agit de stocks volumineux nécessitant des compétences particulières pour mener à bien leur conservation.

Concernant le droit réel de garantie, il s'oppose invariablement à l'aliénation ou à la transformation des biens engagés. Partant, l'assiette devient indisponible pour le constituant, conséquence inconciliable avec la fonction du bien circulant et au-delà, avec la pérennité de l'activité du professionnel.

Aussi, la conciliation de la fonction du bien circulant avec son affectation en garantie ne peut s'envisager que par une refonte des principes traditionnels régissant les sûretés réelles⁴⁴⁰. Non qu'il faille nécessairement renoncer totalement à ceux-ci : on le sait, ils sont utiles à bien des égards. Il faut seulement les assouplir pour permettre à la matière de se moderniser et, ce faisant, de s'adapter aux exigences du bien circulant, ce que, nous le verrons bientôt, quelques initiatives légales récentes ont proprement permis.

⁴⁴⁰Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas trompé, l'ordonnance de réforme des sûretés intervenue le 23 mars 2006 proposant une conception renouvelée des principes directeurs des sûretés réelles, notamment par l'abandon du principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière. V. *infra*, n° 151 et s.

138. **Conclusion du Titre I.** Ces premiers développements ont permis d'identifier le bien circulant. Parfois confusément réduit à la notion de stock⁴⁴¹, qui n'est pourtant que le poste comptable où l'on retrouve nombre de biens circulants, nous savons désormais qu'il constitue une entité juridique aux caractères propres. Défini par sa fonction, dont découle sa nécessaire disponibilité juridique et matérielle, il ne peut se restreindre à une nature physique mobilière ou immobilière. Là réside sa singularité et, au-delà, nombre des points d'opposition avec la conception traditionnelle des sûretés réelles. En effet, le bien circulant ne pouvant se fondre au sein de l'organisation légale de la matière, il ne fait l'objet d'aucun traitement unitaire. Tout à l'inverse, il est tour à tour soumis aux régimes régissant les sûretés sur les meubles ou sur les immeubles, selon qu'il arbore lui-même une nature mobilière ou immobilière. En outre, l'immobilisation juridique du bien engagé, en sus de celle matérielle, s'il s'agit d'une sûreté emportant dépossession de l'assiette, ne peut s'accorder avec la fonction du bien circulant. L'ensemble marginalise invariablement comme assiette de sûreté.

Pour autant, la fonction du bien circulant et son affectation en garantie ne sauraient être considérées comme définitivement inconciliables. L'opposition n'est en effet pas insurmontable, ainsi que le montre l'émergence de leviers de nature à le généraliser en assiette de sûreté.

⁴⁴¹Ex : le gage des stocks (C. com., art. L. 527-1 et s.).

- TITRE II -

LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION DU BIEN CIRCULANT EN ASSIETTE DE SÛRETÉ

139. **Sièges des leviers de généralisation.** Le droit des sûretés réelles bâti par les rédacteurs du Code Napoléon s'est trouvé considérablement dépassé par la singularité de certains biens du professionnel et particulièrement par ceux circulants. Prenant conscience des insuffisances du droit positif et voulant favoriser le crédit des professionnels, le législateur a entrepris une modernisation de l'édifice légal, d'abord par la réception de régimes spéciaux, puis par une refonte des principes directeurs des sûretés réelles⁴⁴². Ce faisant, la conception traditionnelle de la matière a peu à peu été renouvelée. Ainsi, la sûreté mobilière sans dépossession, d'abord reçu par exception, a finalement été généralisée par le droit commun. Par ailleurs, une conception plus souple du principe de spécialité des biens engagés a émergé. Partant, du moins en présence de meubles fongibles, des assiettes fluctuantes, permettant au constituant de disposer des biens engagés sous réserve de les remplacer, ont fait leur

⁴⁴²Cette refonte est intervenue par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Sur cette réforme, v. not. « La réforme du droit des sûretés », *D.* 2006, n° 19, dossier, p. 1289 et s. ; « La réforme des sûretés après neuf mois de pratique », *RLDA* 2007, n° 7, p. 67 et s. ; « Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *Contrats, conc. consom.* juin 2006, p. 17 et s. ; « Sûretés mobilières : du nouveau » *Dr. et patrimoine* 2007, n° 161, p. 46 et s. ; « Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés » *JCP G* 2006, suppl. au n° 20 ; P. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », art. préc., p. 597 et s. ; G. NOTTE, « Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », art. préc., p. 603 et s. ; S. CABRILLAC, C. ALBIGÈS et C. LISANTI (dir.), *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Litec, Colloques et débats, 2007 ; Y. PICOD et P. CROCQ (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Collection Droit et Procédures, Édition juridiques et techniques, 2006.

apparition. Bien évidemment, ces initiatives recouvrent un intérêt tout particulier concernant le bien circulant ; elles constituent même le ferment d'un droit des sûretés adapté à sa fonction.

Si les difficultés soulevées par l'affectation en garantie du bien circulant préoccupe le législateur, particulièrement depuis quelques décennies, elles intéressent plus encore les professionnels. Ceux-ci, désireux d'utiliser l'ensemble des voies leur permettant l'accès au crédit, ont exploité le pouvoir des volontés individuelles pour contourner les insuffisances de la matière. Aussi ont-ils tenté, par différentes voies, de généraliser l'assiette fluctuante, ce qui est de nature à concilier la fonction du bien circulant avec son affectation en garantie.

140. **Plan.** En somme, les leviers de généralisation du bien circulant comme assiette de sûreté ont émergé par l'effet conjugué de deux sources : la loi (Chapitre I) et l'intervention conventionnelle (Chapitre II).

- CHAPITRE I - LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION ISSUS DE LA LOI
- CHAPITRE II - LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION ISSUS DE L'INTERVENTION CONVENTIONNELLE

- CHAPITRE I -

LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION ISSUS DE LA LOI

141. **Qualités d'une sûreté adaptée à la fonction du bien circulant.** Les qualités d'une sûreté adaptée à la fonction du bien circulant apparaissent en contrepoint des facteurs d'opposition que nous avons cernés.

D'abord, la sûreté sur le bien circulant doit revêtir une nature hypothécaire. Nous l'avons souligné, la dépossession n'est souhaitable ni pour le constituant ni pour le bénéficiaire. Le premier doit pouvoir transformer le bien circulant en dépit de son affectation en garantie. Quant au second, il ne dispose pas des moyens matériels ni des compétences techniques pour mener à bien la conservation de l'assiette.

Ensuite, pour que le bien circulant engagé en sûreté puisse remplir sa fonction, il faut que le constituant puisse valablement le détruire, le transformer ou l'aliéner, sans que le droit réel de garantie n'empêche ou ne rende inopportune ces interventions.

Enfin, quoique l'exigence ne soit pas spécifique au bien circulant, il s'impose de pouvoir garantir des créances futures pour éviter, notamment dans le cadre d'une relation de crédit suivie entre un débiteur et son créancier, que la naissance de nouvelles créances nécessite la constitution d'une nouvelle sûreté.

142. **Plan.** Dès lors, la généralisation du bien circulant en assiette de garantie impose la découverte d'une sûreté sans dépossession, permettant à l'assiette

de fluctuer et étant susceptible de garantir des créances présentes et futures. Dans la quête d'une telle institution, les initiatives légales ayant abouti à la réforme des principes de dépossession de l'assiette mobilière et de spécialité de la créance garantie (Section 1), ainsi qu'à l'avènement de l'assiette fluctuante (Section 2), ont marqué une avancée considérable.

SECTION 1. RÉFORME DES PRINCIPES DE DÉPOSSESSION DE L'ASSIETTE ET DE SPÉCIALITÉ DE LA CRÉANCE GARANTIE

143. **Concepts classiques.** Dans la conception traditionnelle de la matière, les sûretés réelles imposent la dépossession des meubles grevés et ne peuvent garantir des créances futures. Ces concepts classiques nuisent tous deux à la généralisation du bien circulant en assiette de sûreté.

Quant au principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière, il entre en contradiction avec la fonction du bien circulant qui, nous le savons, doit demeurer entre les mains du professionnel en dépit de son engagement en sûreté. De plus, la dépossession est contraignante pour le créancier bénéficiaire qui ne dispose ni des structures matérielles ni des compétences techniques pour mener à bien la conservation des biens grevés. Concernant l'interdiction de garantir des crédits à venir, elle découle d'une interprétation stricte du principe de spécialité des créances largement inopportune, dès lors qu'elle impose la constitution d'une nouvelle sûreté à chaque fois que l'on souhaite garantir une nouvelle créance. Aussi, elle est de nature à complexifier les relations de crédits.

144. **Plan.** Ces concepts classiques devaient donc être réformés. Voilà ce qu'a permis l'abandon du principe de dépossession (§1) et la refonte du principe de spécialité de la créance garantie (§2).

§1. L'abandon du principe de dépossession

145. **Nécessité de la disparition du principe.** Il est des principes que l'on considère parfois comme intangibles. Tel fut longtemps le cas pour celui de la dépossession impérative de l'assiette mobilière de sûreté. Consacré par le Code Napoléon, le principe était classiquement justifié par la protection qu'il fournit au créancier et aux tiers⁴⁴³. Conservée depuis 1804, la jurisprudence avait à de maintes reprises réaffirmé sa force en matière de gage⁴⁴⁴. Toutefois ses effets délétères et son inadaptation aux biens du professionnel, notamment lorsqu'ils sont circulants, étaient tout autant soulignés. Aussi, la modernisation de la matière rendait sa disparition nécessaire. Pour autant, probablement en raison de la force de son ancrage dans notre système juridique, le législateur s'est longtemps opposé à sa suppression. Aussi, l'abandon du principe de dépossession fut laborieux et opéré par étapes (A). Quoi qu'il en soit, sa disparition est opportune, ainsi que le montrent ses effets (B).

A. Les étapes de l'abandon du principe

146. **Abandon progressif du principe.** De façon constante, la volonté de moderniser l'édifice légal suppose un choix entre deux politiques législatives. La modification du droit peut d'abord s'entreprendre par l'insertion de règles spéciales. Il ne s'agit pas alors de transfigurer la matière mais d'édicter des régimes spécifiques ayant vocation à répondre à des situations particulières. Cette intervention a le mérite de la discrétion et du pragmatisme : les principes directeurs de la matière ne sont pas modifiés ni remis en cause de façon générale. Elle n'arbore toutefois pas l'envergure de la seconde voie, qui, plus ambitieuse, ne repose pas sur la création de régimes dérogatoires mais propose une véritable refonte de l'existant. Il ne s'agit plus alors d'adapter la branche du droit à quelques spécificités mais de la repenser dans ses bases et principes.

⁴⁴³V. *supra*, n° 78 et s.

⁴⁴⁴v. not. Cass. crim., 20 avr. 1901, *D.* 1901, I, p. 369 ; *S.* 1905, I, p. 197 ; plus récemment, Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-15.296, *Bull. civ.* IV, n° 220, p. 182.

147. **Plan.** Quant au principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière, le législateur a successivement emprunté les deux voies décrites. Le principe a d'abord été remis en cause par des régimes spéciaux (I) pour finalement être écarté, de façon générale, en droit commun (II).

I. La remise en cause du principe par des régimes spéciaux

148. **Réception de régimes spéciaux sans dépossession.** La dépossession de l'assiette mobilière s'avère coûteuse, complexe et contraire à la destination des biens du professionnel voués à circuler⁴⁴⁵. À défaut de refonte de la matière, il fallait donc proposer des régimes spéciaux pour que l'affectation en sûreté des meubles du professionnel conserve encore quelque attractivité. Pour ce faire, une sectorisation des sûretés sur les meubles est intervenue, organisée autour de deux critères principaux : la particularité du bien et le secteur d'activité du débiteur constituant. À l'image d'un inventeur procédant par essais successifs, le législateur s'est détaché, grâce à des innovations éparses et successives, de la conception traditionnelle du gage. La réception de nombreux régimes spéciaux, créateur d'un véritable droit spécial des sûretés réelles⁴⁴⁶, a ainsi permis de tempérer le principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière. Ainsi, dès le XIX^{ème} siècle, une sûreté réelle mobilière spéciale sans dépossession est apparue avec l'hypothèque maritime⁴⁴⁷. Cette première entorse au principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière fut suivie de nombreuses autres⁴⁴⁸ : warrant agricole⁴⁴⁹, warrants

⁴⁴⁵V. *supra*, n° 86 et s.

⁴⁴⁶Si l'on considère qu'est spécial « ce qui est propre à une espèce d'acte ou de fait, par opposition à ce qui est commun à toutes les espèces du genre » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V° « Spécial », sens 1, c/), il s'est créé, par cette prolifération de régimes particuliers, un véritable droit spécial des sûretés réelles. L'ensemble se forme donc par la réunion des sûretés particulières et par opposition au droit commun, dont le siège initial et réaffirmé se trouve au sein du Code civil.

⁴⁴⁷Instituée par la loi du 10 décembre 1874 puis régie par la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 et finalement encadrée par les articles 241 et s. du Code des douanes. Pour une étude détaillée, v. P. DELEBECQUE, V° « Hypothèques et privilèges maritimes », *Rép. com.*, févr. 2005 (màj oct. 2010), n° 1 à 117.

⁴⁴⁸Sur ce mouvement, v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 59 et s.

⁴⁴⁹Instauré par la loi du 18 juillet 1898 insérée aux articles L. 342-1 et s. du Code rural. V. M.-A. DUPUIS-FLANDIN, « Le warrant agricole, une sûreté à redécouvrir », in *Clés pour le siècle*, Études Université Panthéon-Assas (Paris 2), Dalloz, 2000, p. 789 et s.

industriels⁴⁵⁰, gage de l'outillage et du matériel d'équipement⁴⁵¹, gage automobile⁴⁵², hypothèques sur navires fluviaux⁴⁵³ ou sur aéronefs⁴⁵⁴, la liste n'étant pas exhaustive.

149. **Ambiguïté de la multiplication des régimes spéciaux.** La prolifération de sûretés spéciales a permis l'émergence d'un mécanisme, l'opposabilité par inscription, remplaçant la dépossession de l'assiette dans ses effets et se révélant bien moins contraignant dans son accomplissement. La dépossession de l'assiette du gage, en tant qu'acte apparent, permettait l'information des tiers. En abandonnant l'exigence de dépossession, il fallait néanmoins dégager un autre instrument d'opposabilité pour assurer l'efficacité du droit réel de garantie. C'est finalement une solution déjà connue en matière de sûretés réelles immobilières qui a été reprise. Ainsi, est prévu que l'opposabilité découlera de l'inscription de la sûreté sur un registre spécial, l'autorité chargée de cette fonction variant selon les régimes⁴⁵⁵.

Ces sûretés mobilières spéciales sans dépossession ont fait preuve de leur efficacité. Elles permettent la conservation par le constituant des utilités de la chose et évitent au créancier les contraintes de la conservation. En ce sens, la prolifération des sûretés spéciales a initié la modernisation de l'édifice légal, offrant des régimes plus adaptés aux exigences du professionnel que l'ancien gage de droit commun.

Toutefois, cette prolifération a considérablement nuit à la cohérence générale de la matière. Les régimes d'exceptions ont connu un tel développement que le droit

⁴⁵⁰J. DURAND, « Le warrant industriel », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), *op. cit.*, p. 388 et s. ; M. SCHLOGEL, « Le warrant industriel », *Banque* oct.-nov. 1946, p. 32 et s.

⁴⁵¹Issu de la loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 et codifié aux articles L. 525-1 à 20 du Code de commerce. V. G. CORNU, « La loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), *op. cit.*, p. 442 et s., spéc. p. 477 et s. ; G. RIPERT, « Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », *D.* 1951, chron., p. 41 et s. ; R. ROBLOT, « Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », *Rev. dr. soc.* 1951, p. 289 et s. ; A. JAUFFRET, « La loi du 18 janvier 1951 sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », *RTD com.* 1951, p. 201. et s.

⁴⁵²Gage issu de la loi du 29 décembre 1934 dite « Loi MALINGRE », remplacée par les dispositions du décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 et finalement encadré par les articles 2351 à 2353 du Code civil, depuis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. V. D. LEGEAIS, « Le nouveau droit du gage portant sur un véhicule automobile », *JCP E* 2007, 1482, p. 13 et s. ; R. PLAISANT, « Le gage sur automobile », *Banque* 1957, p. 326 et s. ; J. HÉMARD, « Les droits du créancier au profit duquel un véhicule a été constitué en gage », *D.* 1963, chron., p. 49 et s. ; H. MATSOPOULOU, « Les aspects actuels du gage automobile », *RTD com.* 1998, p. 795 et s.

⁴⁵³Hypothèque issue de la loi du 5 juillet 1917 et finalement encadrée par les articles L. 4122-1 et s. du Code des transports. V. P. DELEBECQUE, « Hypothèques. - Hypothèques mobilières. - Hypothèques sur navires, bateaux et aéronefs », *J.-Cl. Civil*, art 2398 et 2399, réact. V. BRÉMOND, sept. 2012, n° 117 et s.

⁴⁵⁴Hypothèque instaurée par la loi du 1^{er} juin 1926, codifiée au sein des articles L. 122-1 et s. du Code de l'aviation civile, puis finalement reprise et complétée par les articles L. 6122-1 à L. 6122-15 du Code des transports. V. P. DELEBECQUE, « Hypothèques. - Hypothèques mobilières. - Hypothèques sur navires, bateaux et aéronefs », *J.-Cl. Civil*, art. préc., n° 142 et s.

⁴⁵⁵Ex : tribunal d'instance du ressort de l'exploitation en matière de warrant agricole (C. rural et de la pêche maritime, art. L. 342-3) ; tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le bien gagé en matière de gage de l'outillage et du matériel d'équipement (C. com., art. L. 525-3, al. 2) ; tribunal de commerce du lieu de l'immatriculation concernant les hypothèques fluviales (C. des transports, art. L. 4121-2).

commun est devenu marginal. L'agriculteur dispose du warrant agricole, l'artisan du nantissement sur l'outillage et le matériel professionnel, l'armateur de l'hypothèque maritime... Par la multiplication de ces sûretés spéciales, la matière s'en trouve morcelée et par là complexe pour l'utilisateur, d'autant plus que certaines d'entre elles ont des champs d'applications concurrents⁴⁵⁶. Un exemple permet d'illustrer la difficulté. Un professionnel acquiert un engin de chantier pour les besoins de son activité. Par la suite, il souhaite l'engager en garantie. Pour ce faire, doit-il recourir à un gage automobile ou à un nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement ? Les deux sûretés sont en effet envisageables, l'engin de chantier pouvant être à la fois un véhicule immatriculé et un matériel d'équipement. La difficulté semble résolue par l'article L. 525-18, 1° du Code de commerce, qui exclut du nantissement de l'équipement professionnel les véhicules immatriculés visés par le décret du 30 septembre 1953 relatif au gage automobile⁴⁵⁷. Toutefois, l'incertitude resurgit si l'engin ne fait l'objet d'aucune immatriculation⁴⁵⁸.

De cette complexité de l'édifice légal découle le manque d'attractivité des sûretés réelles. Pourtant, on aurait pu espérer que la multiplication des régimes spéciaux constituerait l'outil efficace d'adaptation de la matière. C'est que cette méthode a pu faire ses preuves dans quelques autres branches du droit. Ainsi, le droit des contrats spéciaux constitue le prolongement efficace du régime général des obligations. Dans le même sens, le droit spécial des sociétés affine opportunément le droit commun par l'édition de différentes formes sociétaires. Le bilan concernant les sûretés réelles demeure néanmoins tout autre. Le législateur voulait redonner de l'attractivité aux sûretés réelles mobilières mais l'illisibilité de l'édifice légal résultant de la multitude de régimes spéciaux n'a rendu la matière que plus inattractive⁴⁵⁹. Constatant le défaut, le législateur s'était donné pour mission, à travers l'ordonnance

⁴⁵⁶Cette concurrence des champs d'application pose le problème du libre choix des parties. En l'absence de prévisions légales, l'approche ne pourra être qu'empirique, la sûreté se rapprochant au plus près de l'hypothèse envisagée devant probablement être préférée conformément au principe *specialia generalibus derogant*. Il s'agit, en tout cas, de la solution retenue en présence d'une concurrence de champs d'application entre une sûreté spéciale et une sûreté de droit commun. Sur ce dernier point, v. *infra*, n° 196.

⁴⁵⁷Gage désormais régi par les articles 2351 et s. du Code civil. V. D. LEGAIS, « Le nouveau droit du gage portant sur un véhicule automobile », art. préc., p. 13 et s.

⁴⁵⁸Ex : une navette élévatrice, un transpalette motorisé.

⁴⁵⁹En ce sens, v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 106, n° 298 ; P. SIMLER, « Avant-propos », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20, p. 3 et s., spéc. n° 2 : pour lequel « le droit français des sûretés, constitué, sur le socle vieillissant des textes du code de 1804, d'une multitude d'additions, de régimes propres à tels biens, à telle situation ou à telle catégorie de personnes, au surplus dispersés dans plusieurs codes et dans de nombreux textes spéciaux, était devenu un maquis inextricable, y compris par les initiés ».

de réforme du 23 mars 2006⁴⁶⁰, de « moderniser les sûretés afin de les rendre lisibles et efficaces tant pour les acteurs économiques que pour les citoyens »⁴⁶¹. Toutefois, et en dépit de cette volonté affirmée de rationaliser le droit des sûretés réelles, la réforme de 2006⁴⁶² n'a pas refondu l'ensemble formé par les multiples gages et nantissements spéciaux⁴⁶³. En effet, aucun de ces régimes préexistants n'a été abrogé. Plus encore, un gage supplémentaire faisant largement double emploi avec celui de droit commun⁴⁶⁴, a été créé⁴⁶⁵. À défaut de supprimer les causes, les conséquences perdurent : le droit des sûretés réelles reste complexe et peu attrayant.

150. **Apport des régimes spéciaux.** Il n'en reste pas moins que les nouveautés instillées dans quelques régimes particuliers auront contribué à l'évolution de la matière. Particulièrement, les gages spéciaux sans dépossession ont montré qu'une sûreté mobilière pouvait être efficace sans que le constituant ne soit dépossédé de l'assiette. Partant, les régimes spéciaux ont participé à l'abandon du principe de dépossession par le droit commun.

II. L'abandon du principe par le droit commun des sûretés

151. **Plan.** L'opportunité du gage sans dépossession ayant été démontrée par les régimes spéciaux, le principe de dépossession ne pouvait continuer de scléroser le gage de droit commun. Sur ce point, la réforme de 2006⁴⁶⁶ répond aux vœux répétés de la pratique et de la doctrine. La place de la dépossession en la matière est repensée : restant une modalité possible d'organisation du gage, le dessaisissement du constituant ne constitue plus, en revanche, une condition de son existence, ni même de sa validité. Ce renoncement à la dépossession impérative de

⁴⁶⁰Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁴⁶¹« Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », JO 24 mars 2006, n° 71, p. 4467, texte n° 28.

⁴⁶²Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁴⁶³V. D. LEGEAI, « La réforme des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Litec-Dalloz, 2006, p. 367 et s., spéc. p. 368, n° 2.

⁴⁶⁴Sur le choix des parties entre le gage de droit commun et le gage des stocks, v. *infra*, n° 196.

⁴⁶⁵Le gage des stocks, codifié aux articles L. 527-1 et s. du Code de commerce. V. S. CABRILLAC, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Litec, 2007, p. 45 et s. ; P. BOUTELLER, « Le gage des stocks de biens ou de marchandises » *JCP E* 2006, 1696, p. 808 et s. ; D. LEGEAI, « Le gage de meubles corporels », art. préc., spéc. n° 46 et s. ; « Gage sur stocks », *RTD com.* 2006, p. 639 et s.

⁴⁶⁶Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

l'assiette du gage de droit commun (a) a d'ailleurs connu prolongement en matière de propriétés-sûretés (b).

a. Le renoncement à la dépossession impérative de l'assiette du gage de droit commun

152. **Nouvelle définition du gage.** Détacher le gage de l'exigence de dépossession imposait de lui donner une nouvelle définition⁴⁶⁷. L'ordonnance du 23 mars 2006⁴⁶⁸ reprend, sur ce point, la proposition de la commission GRIMALDI. Ainsi, le nouvel article 2333 du Code civil énonce que le gage « est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Cette définition se démarque de celle de l'ancien article 2071⁴⁶⁹, dès lors qu'aucune remise de la chose n'est imposée. La rupture avec le principe de la dépossession impérative de l'assiette est définitivement actée par le nouvel article 2336 proposant que « le gage est parfait par l'établissement d'un écrit ». Celui-ci change donc de nature : de contrat réel, il devient solennel⁴⁷⁰. Bien évidemment, cet abandon du principe en matière de gage emporte également sa disparition en matière de nantissement de meubles incorporels⁴⁷¹.

⁴⁶⁷Sur le nouveau gage de droit commun, v. not. R. DAMMANN, « La réforme des sûretés réelles mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, n° 19, dossier, p. 1298 et s. ; P. CROCQ, « La réforme des sûretés réelles mobilières », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, art. préc., p. 17 et s. ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le gage de meubles corporels », in *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, art. préc., p. 31 et s. ; G. NOTTE, « Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », art. préc., p. 603 et s. ; P. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », art. préc., p. 597 et s. ; L. AYNÈS, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patrimoine* juill.-août 2007, dossier, p. 48 et s. ; D. LEGEAIS, « Le gage de meubles corporels », art. préc., p. 12 et s. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La pluralité des régimes de gage », art. préc., p. 73 et s.

⁴⁶⁸Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁴⁶⁹Définissant le gage comme « un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ».

⁴⁷⁰Si la réforme du 23 mars 2006 a également conféré cette nature au gage des stocks du Code de commerce (C. com., art. L. 527-1), elle n'a, en revanche, pas remis en cause le caractère consensuel du gage commercial (C. com., art. L. 521-1, al. 1^{er}).

⁴⁷¹En matière de nantissement de créances, l'abandon du principe de dépossession permet enfin de rompre avec une exigence jurisprudentielle critiquable. La dépossession devait être opérée par la remise d'un titre constatant la créance (Cass. civ., 20 janv. 1886 ; *S.* 1886, I, p. 305, note C. LYON-CAEN). La démarche était bien fictive puisqu'il s'agissait d'imposer une emprise matérielle sur une chose qui ne peut en être l'objet. Cette position avait néanmoins été nuancée, la Cour de cassation considérant que la « mise en possession [était] suffisamment réalisée au cas où le gage porte sur une créance et où la tradition est matériellement impossible par la signification au débiteur de la créance donnée en gage » (Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1983, n° 81-11.705 et n° 81-12.410, *Bull. civ.* I, n° 141 ; *D.* 1984, p. 433, note G. LÉGIER ; *Defrénois*, 1983, art. 33161, note A. PIEDELIÈVRE). Désormais, le nantissement de créance sera opposable aux tiers à la date de l'acte désignant les créances nanties (C. civ., art. 2361). Quant au nantissement sur les meubles incorporels autres que des créances, son opposabilité découlera de la publicité qui en est faite (C. civ., art. 2355, al. 5 par renvoi au gage de droit commun). V. *infra*, n° 154.

153. **Nouvelle place de la dépossession.** Si la dépossession ne constitue plus une condition d'existence du gage, elle reste néanmoins envisageable. Le gage, dorénavant opposable par inscription sur registre⁴⁷², peut également l'être par « la dépossession [des biens engagés] entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu »⁴⁷³. Ainsi, elle constitue désormais un simple instrument d'opposabilité de la sûreté et, plus généralement, une modalité de son régime.

154. **Publicité du gage sans dépossession.** Aussi pertinente que soit la disponibilité matérielle des biens engagés pour le constituant désormais permise par le régime de droit commun du gage et du nantissement, il n'en reste pas moins que les tiers ne sont plus informés de l'existence de la sûreté puisqu'aucun transport matériel de l'assiette ne se produit⁴⁷⁴. Il faut pourtant qu'ils prennent connaissance de la modification de l'état juridique des biens engagés pour que la sûreté leur soit opposable. Voilà bien ce que permet l'inscription sur registre du gage proposée par la réforme du 23 mars 2006⁴⁷⁵. Ainsi, l'article 2337 précise qu'il « est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite », celle-ci s'opérant par inscription sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé, ou, s'il n'est pas soumis à immatriculation, dans le ressort duquel il est situé⁴⁷⁶.

Cette nouvelle modalité d'opposabilité du gage de droit commun arbore les vertus de la simplicité et de l'efficacité⁴⁷⁷. Là où il fallait auparavant entreprendre un transport matériel de l'assiette, il suffit désormais de solliciter une inscription par requête judiciaire. Ce faisant, la publicité du gage est assouplie sans pour autant que les intérêts du créancier et des tiers ne soient menacés. Le premier se verra protégé dans ses droits, l'inscription lui assurant de primer en rang les créanciers

⁴⁷²V. *infra*, n° 154.

⁴⁷³C. civ., art. 2337, al. 2.

⁴⁷⁴Déjà sous l'empire du droit antérieur, où la dépossession – condition de validité du gage – constituait un acte apparent de nature à informer, l'ancien article 2074 du Code civil suspendait l'opposabilité du gage aux tiers à la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré. Il s'agissait de donner date certaine à l'acte constitutif, notamment pour éviter des pratiques frauduleuses de la part d'un débiteur en faillite. Sur ce point, v. not. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 149, n° 71 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles, op. cit.*, p. 243, n° 814.

⁴⁷⁵Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁴⁷⁶Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, art. 1^{er}.

⁴⁷⁷Notons qu'en sus de sa fonction publicitaire, l'inscription permet également le classement de différents gages consentis sur un même bien. Ainsi, l'ordre chronologique des inscriptions déterminera le rang des créanciers gagistes sans dépossession (C. civ., art. 2340). Par ailleurs, si le bien fait l'objet d'un gage sans dépossession puis d'un autre avec dépossession, le premier gagiste primera pourvu qu'il ait régulièrement inscrit sa sûreté (C. civ., art. 2340, al. 2).

bénéficiaires de gages postérieurs. Quant aux seconds, ils seront informés de l'existence de la sûreté par cette même inscription, pourvu qu'ils consultent les registres. Cette diligence ne sera guère compliquée à accomplir, puisque ces registres sont évidemment publics et que les informations à fournir lors de l'inscription⁴⁷⁸ permettent aisément de retrouver le bien objet d'un gage sans dépossession.

155. Limite à l'absence de dépossession : la défaillance du débiteur.

Alors que la sûreté est pendante, la dépossession est souvent inopportune puisque source de contraintes matérielles et d'un coût financier si les parties optent pour l'entiercement⁴⁷⁹. Plus même, elle se révèle inutile, car comme nous le verrons bientôt⁴⁸⁰, l'obligation de conservation pesant sur le constituant possesseur ménage les intérêts du créancier bénéficiaire. En revanche, la situation ne saurait s'appréhender dans les mêmes termes à la réalisation de la sûreté, stade de la relation *inter partes* ou la remise des biens engagés au créancier devient nécessaire. Conformément à l'essence des sûretés réelles, la défaillance du débiteur doit permettre au créancier d'appréhender la valeur des biens engagés. Pour ce faire, il sollicitera l'attribution en propriété de l'assiette ou sa vente forcée pour faire valoir son droit de préférence sur la créance de prix. Quelle que soit la voie choisie, la remise des biens engagés au créancier bénéficiaire s'imposera au constituant⁴⁸¹. Si celui-ci est réfractaire, le droit commun des voies d'exécution viendra au secours du créancier qui fera procéder à la saisie-appréhension de l'assiette sur injonction du juge de l'exécution⁴⁸². Tenter de s'y soustraire se révélera particulièrement risqué, pareil comportement relevant du domaine de l'infraction de détournement de gage, prévue à l'article 314-5 du Code pénal⁴⁸³.

⁴⁷⁸Sur le détail des informations à fournir, v. décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, art. 2.

⁴⁷⁹V. *supra*, n° 100.

⁴⁸⁰V. *infra*, n° 164 et s.

⁴⁸¹En ce sens, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 570, n° 763 : pour lesquels « le débiteur assume l'obligation de remettre le bien gagé au créancier pour en permettre la réalisation à défaut de paiement de la créance garantie ».

⁴⁸²C. des procédures civiles d'exécution, art. L. 222-1. V. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 237, n° 512 : « Cette chose [l'assiette du gage], le créancier n'a pas à la saisir, lorsqu'elle est en sa possession, mais il doit obtenir une autorisation judiciaire de la faire vendre. En cas de gage par inscription, au contraire, une saisie est nécessaire ».

⁴⁸³En ce sens, Cass. crim., 25 juill. 1912 ; S. 1914, 1, p. 116, note ROUX, à propos d'un nantissement de fonds de commerce ; mais encore, Cass. crim., 6 janv. 1966, n° 64-92.298, *Bull. crim.*, n° 6, à propos d'un gage automobile.

b. Le rejet de la dépossession impérative de l'assiette de propriétés-sûretés

156. **Les exemples du crédit-bail et de la clause de réserve de propriété.** Avant la réception de la fiducie-sûreté, deux mécanismes étaient d'ores et déjà utilisés par la pratique pour sécuriser la créance d'acquisition d'un bien meuble via la rétention du droit de propriété : le crédit-bail et la clause de réserve de propriété.

157. **Présentation des mécanismes.** La fonction de sûreté du crédit-bail⁴⁸⁴ n'intervient qu'indirectement. En ce sens, le Code monétaire et financier l'appréhende comme un instrument de crédit⁴⁸⁵. Toutefois, il constitue incontestablement un instrument de sécurisation de la créance en ce qu'il permet de pallier l'éventuelle défaillance du crédit-preneur. Aussi, cet instrument de crédit est, sinon une sûreté⁴⁸⁶, au moins un mécanisme de garantie de paiement⁴⁸⁷.

Structurellement, le crédit-bail est un hybride juridique : il s'agit d'un « mélange de louage de choses et de promesse unilatérale de vente »⁴⁸⁸. Un professionnel du crédit⁴⁸⁹ acquiert un bien destiné à un usage professionnel⁴⁹⁰ et le donne à bail. L'opération est complétée par une promesse unilatérale de vente du crédit-bailleur permettant au crédit-preneur, après une durée de location fixée par les parties, d'opter pour l'acquisition du bien. Pendant le temps du bail, le crédit-bailleur demeure le propriétaire de la chose, situation plus avantageuse que celle du vendeur à tempérament.

⁴⁸⁴Sur le mécanisme, C. BRUNEAU, *Le crédit-bail mobilier*, préf. Pierre LECLERCQ, La Revue Banque Éditeur, 1999, spéc. p. 20 et s.

⁴⁸⁵Articles L. 313-7 à 11 du C. mon. fin. (issus de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail).

⁴⁸⁶Sur la qualification de sûreté du crédit-bail, E.M. BEY, « La propriété : le crédit-bail envisagé comme une sûreté », *RJ com.* 1982, num. spéc. « Evolutions des sûretés », p. 48 et s., spéc. n° 3 ; C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 529 et s.

⁴⁸⁷Les garanties de paiement peuvent se définir comme l'ensemble des « avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution » (P. CROCCQ, *Propriété et garantie*, th. préc., p. 238, n° 287) et dont les sûretés constitue un « sous-ensemble » (M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 4, n° 4).

⁴⁸⁸L. AYNÈS et P. CROCCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 385, n° 806.

⁴⁸⁹Seul autorisé à effectuer cette opération en qualité de créancier (C. monét. fin., art. L. 515-2)

⁴⁹⁰Sur l'exigence de la destination professionnelle du bien, v. Cass. com., 10 mai 1989, n° 88-10.649, *Bull. civ.* IV, n° 148, p. 99 ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 820, obs. E.M. BEY.

La réserve de propriété⁴⁹¹ est une institution proche du crédit-bail⁴⁹². L'idée commune est de financer l'acquisition de biens coûteux tout en ménageant une garantie au créancier. Elle s'en distingue néanmoins par son mécanisme. En la matière, il ne s'agit que d'exploiter l'absence d'ordre public quant à la date du transfert de propriété en matière de contrat de vente, sans pour autant y associer un contrat de bail. Les parties vont prévoir un transfert de propriété intervenant non « dès qu'on est convenu de la chose et du prix »⁴⁹³, mais une fois complet paiement. Ainsi, l'acheteur récupère les utilités de la chose, puisqu'il en prend possession, et le vendeur facilite l'acquisition de l'objet de la vente par échelonnement du prix tout en se réservant la propriété en cas de défaillance. Comme le vendeur demeure propriétaire, il pourra revendiquer le bien évitant d'éventuels concours avec les créanciers de l'acquéreur. La validité de l'opération n'est pas douteuse, la jurisprudence l'ayant de longue date autorisée⁴⁹⁴.

158. **Exclusion de la dépossession.** Qu'il s'agisse du crédit-bail ou de la réserve de propriété, il est constant que la dépossession du débiteur, si le bien est un meuble, n'est ni imposée ni recherchée. Tout au contraire, les deux mécanismes visent à lui transmettre les utilités de la chose, l'une par le bail et l'autre par la vente. Voilà qui montre le rejet de la dépossession impérative de l'assiette mobilière en matière de propriétés-sûretés, mouvement nullement contredit par la réception récente de la fiducie-sûreté.

⁴⁹¹V. F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, préf. F. DERRIDA, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988 ; W. GARCIN et J. THIEFFRY (dir.), *La clause de réserve de propriété*, Ouvrage collectif, Librairies techniques, 1981 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, th. préc., p. 38 et s. ; M. PÉDAMON, « La réserve de propriété en droit allemand et en droit français », *RJ com.* 1982, n° spéc. « Évolutions des sûretés », p. 57 et s.

⁴⁹²Pour une analyse croisée des deux mécanismes, E.M. BEY, « La réserve de propriété et le crédit-bail », in *La clause de réserve de propriété*, *op. cit.*, p. 187 et s.

⁴⁹³Ainsi que le prévoit, à défaut d'intervention conventionnelle, l'article 1583 du Code civil relatif au contrat de vente.

⁴⁹⁴Sa qualification en sûreté était toutefois discutée. Certains ne pouvaient se résoudre à la qualifier de telle, n'envisageant pas la possibilité de réduire le droit réel de propriété à un rôle « subalterne » de garantie. D'autres militaient à l'inverse pour cette qualification. La controverse ne sera pas reprise dès lors que la réforme de 2006 a épuisé le débat, conférant expressément au mécanisme la nature juridique de sûreté réelle. Sur ce dernier point, P. CROCQ, « La réserve de propriété », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20, p. 23 et s., spéc. n° 7 ; R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., p. 2300 et s. ; A. MAIROT, « La réserve de propriété analysée en une obligation réelle », *Deffrénois* 2007, art. 38557, p. 399 et s.

159. **L'exemple de la fiducie-sûreté.** La réception de la fiducie-sûreté⁴⁹⁵, commentée à la hauteur de son attente⁴⁹⁶, imposait de déterminer la place de la dépossession en la matière. C'est qu'en effet, cette figure de garantie, lorsqu'elle porte sur une assiette mobilière corporelle, est particulièrement proche du gage. Dans les deux cas, il s'agit d'affecter un bien meuble en garantie d'une ou plusieurs créances. La variation entre les deux institutions se produit quant à la nature du droit conféré : transfert du droit réel de propriété en matière de fiducie ; création d'un droit réel accessoire en présence d'un gage. Alors que l'ordonnance de 2006⁴⁹⁷ avait enfin repensé la place de la dépossession concernant le gage, celle-ci n'étant plus qu'une modalité d'opposabilité de cette sûreté, la cohérence de la matière commandait pareille solution pour la fiducie. Néanmoins, le législateur de 2007⁴⁹⁸ restait silencieux sur ce point. Il s'agissait incontestablement d'une carence.

En l'absence de prévisions légales, le transfert matériel de la chose s'imposait. Cette conséquence était induite par le transfert du droit de propriété, quand bien même celui-ci ne s'opérerait qu'à titre de garantie⁴⁹⁹. Une telle solution apparaissait néanmoins doublement incohérente : d'abord sur le plan économique, l'incompatibilité de la dépossession avec les exigences du professionnel – particulièrement si l'assiette est composée de biens circulants – ayant été soulignée⁵⁰⁰ ; ensuite au regard de la cohérence législative, la dépossession imérative ayant été abandonnée en matière de gage par l'ordonnance de réforme intervenue en 2006⁵⁰¹.

L'erreur, ou plutôt le silence législatif maladroit, a été fort heureusement corrigée par la loi du 4 août 2008⁵⁰² qui ajoute un nouvel article 2018-1 encadrant l'hypothèque d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel dont le constituant conserve l'usage et la jouissance. Nous ne reviendrons pas sur le

⁴⁹⁵Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, préc.

⁴⁹⁶V. not. A. CERLES, « La fiducie nouvelle reine des sûretés ? », *JCP E* 2007, 2054, p. 19 et s. ; P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés (1) », *D.* 2007, p. 1354 et s. ; P. DUPICHOT, « La fiducie sûreté en pleine lumière », *JCP G* 1^{er} avr. 2009, I, 132, p. 23 et s. ; « Opération fiducie sur le sol français », art. préc., p. 3 et s. ; *D.* 2007, Dossier, 1369, p. 1372 et s. ; P. BOUTELLER, « Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », art. préc., p. 15 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, « La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007 », *Gaz. Pal.* 25-26 mai 2007, p. 2 et s. ; L. AYNÈS, « Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi », *RLDC* 2008, suppl. au n° 46, p. 5 et s. ; F. BARRIÈRE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 6 sept. 2007, p. 13 et s.

⁴⁹⁷Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁴⁹⁸Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, préc.

⁴⁹⁹V. *supra*, n° 83.

⁵⁰⁰V. *supra*, n° 85 et s.

⁵⁰¹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁵⁰²Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, préc.

caractère général de la possibilité d'une fiducie-sûreté sans dépossession consacrée par ce nouvel article⁵⁰³, pour nous concentrer sur l'apport de cette position.

En permettant la fiducie-sûreté sans dépossession, le législateur parachève l'oeuvre initiée en 2006⁵⁰⁴. Partant, la place de la dépossession en matière de sûreté réelle mobilière en est définitivement éclaircie : n'étant plus une condition d'existence de la sûreté, elle en devient seulement une modalité d'organisation de son régime. Par là même, la conception traditionnelle de la dépossession en matière mobilière, lui conférant un caractère impératif, est définitivement abandonnée. À n'en pas douter, l'initiative est opportune : il s'agissait de la condition nécessaire, mais non suffisante, à une attractivité retrouvée des sûretés réelles mobilières.

160. L'absence de publicité des propriétés-sûretés sans dépossession.

Si la réserve de propriété puis la fiducie-sûreté ont été consacrées par la loi, le législateur n'a néanmoins prévu aucun régime de publicité pour ces sûretés lorsqu'elles portent sur des meubles. Les exigences en matière de réserve de propriété sont réduites au strict minimum, seul un écrit étant imposé⁵⁰⁵. Quant à la fiducie-sûreté, le contrat doit être enregistré au service des impôts à peine de nullité⁵⁰⁶ et un « Registre national des fiducies » a été créé⁵⁰⁷. Toutefois, il ne s'agit pas de mesures publicitaires⁵⁰⁸. Les inscriptions ne pourront être consultées que par des autorités publiques et à des fins de contrôle, notamment dans la recherche de pratique fiscales frauduleuses ou de blanchiment de capitaux⁵⁰⁹.

À défaut d'une inscription sur registre public, les tiers ne peuvent connaître l'existence de la propriété-sûreté sans dépossession. Aussi, le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété ou d'une fiducie-sûreté ne sera pas protégé face à un possesseur de bonne foi invoquant le bénéfice de l'article 2276 du Code civil,

⁵⁰³V. *supra*, n° 83.

⁵⁰⁴Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁵⁰⁵C. civ., art. 2368 : « La réserve de propriété est convenue par écrit ».

⁵⁰⁶C. civ., art. 2019 : « À peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du Code général des impôts ».

⁵⁰⁷Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies ».

⁵⁰⁸V. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 372, n° 784 ; P. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », art. préc., spéc. p. 5 ; A. LIENHARD, « Registre national des fiducies : parution du décret », *D.* 2010, p. 571.

⁵⁰⁹Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010, préc., art. 4 et 5.

notamment dans le cas d'une revente par le débiteur⁵¹⁰. Il était pourtant facile d'éviter l'écueil. Pour ce faire, il suffisait de s'inspirer du nouveau gage de droit commun en créant un registre public d'inscription des clauses de réserve de propriété et des fiducies-sûretés. Ce faisant, l'information des tiers aurait été assurée, leur rendant la sûreté opposable. Le législateur a néanmoins négligé cet aspect, et l'omission devra probablement être corrigée pour que les propriétés-sûretés sans dépossession deviennent, en pratique, pleinement attractives⁵¹¹.

B. Les effets de l'abandon du principe de dépossession

161. **Avantages multiples.** L'abandon du principe de dépossession recouvre quelques avantages, particulièrement lorsqu'il s'agit d'engager en sûreté des meubles circulants : il est désormais possible de grever des biens futurs ; surtout, le constituant peut dorénavant conserver la possession de l'assiette, sans pour autant que les intérêts du créancier bénéficiaire ne soient négligés.

162. **Réception des biens futurs.** La dépossession impérative de l'assiette mobilière, condition d'existence de l'ancien gage, empêchait l'engagement en sûreté de meubles futurs. Il était impossible pour le constituant de remettre une chose qu'il ne possédait pas encore, et la jurisprudence qualifiait systématiquement les conventions de sûretés sur biens à venir en promesses de sûreté⁵¹². En raison de l'abandon du principe de dépossession par la réforme du 23 mars 2006⁵¹³, la difficulté a disparu. Aussi, les nouveaux articles 2333⁵¹⁴ et 2355⁵¹⁵ du Code civil prévoient logiquement que le gage et le nantissement peuvent désormais porter sur des biens futurs, pourvu néanmoins que l'assiette soit déterminable⁵¹⁶. Ce faisant, le

⁵¹⁰En matière de réserve de propriété le bénéficiaire pourra tout de même obtenir paiement, dès lors que le droit de propriété se reportera sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur (C. civ. art. 2372). Sur cette spécificité de régime, v. *supra*, n° 123.

⁵¹¹En ce sens, à propos de la fiducie-sûreté, v. L. AYNÈS et P. CROCO, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 372, n° 784 : pour lesquels, en l'état du droit positif, « seule une fiducie-sûreté avec dépossession est [...] concevable en pratique dans le cas de biens meubles corporels ».

⁵¹²Pour ex., v. Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1994, n° 91-21.646, *Bull. civ.* I, n° 4, p. 3 ; *JCP* 1994, I, 3765, n° 18.

⁵¹³Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁵¹⁴C. civ., art. 2333, al. 1^{er} : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ».

⁵¹⁵C. civ. art. 2355, al. 1^{er} : « Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ».

⁵¹⁶Aussi, les parties devront désigner dans l'acte constitutif, à peine de nullité, les biens à venir ou les moyens de leur identification. En ce sens, l'article 2336 du Code civil exige qu'il soit mentionné par écrit « la quantité des biens

législateur retient une conception souple du principe de spécialité des biens engagés⁵¹⁷, position opportune qui n'a malheureusement pas été prolongée en matière d'hypothèque conventionnelle⁵¹⁸.

Cette possibilité nouvelle d'engager des biens futurs rappelle, à quelques égards, la faculté ancienne de consentir une promesse de sûreté⁵¹⁹. Dans les deux cas, il s'agit d'engager une chose que l'on ne possède pas encore. Cependant, les deux diffèrent de façon substantielle quant à leurs effets. La promesse ne confère aucune sûreté au bénéficiaire. Il ne s'agit que d'une obligation de faire et la création de la sûreté nécessite un accord renouvelé du constituant. La Cour de cassation a récemment réaffirmé cette solution à propos d'une double promesse d'hypothèque et de nantissement, précisant que « la constitution de la sûreté est au seul pouvoir du promettant »⁵²⁰. N'étant qu'une obligation de faire, elle ne donne naissance qu'à des obligations personnelles⁵²¹. Dès lors, son inexécution se résoudra nécessairement en dommages et intérêts⁵²². La possibilité de sûretés sur biens futurs aboutit à un résultat plus satisfaisant. La sûreté est créée dès la rédaction de l'écrit. Si le droit réel de garantie est suspendu tant que le bien est futur, il prend naissance automatiquement et grève la chose dès son entrée dans le patrimoine du constituant. Son accord n'a évidemment pas à être renouvelé et la sûreté, valablement constituée, confère sur le bien devenu présent un droit réel de garantie opposable à la date de la convention constitutive. Voilà qui ménage au créancier la position privilégiée

donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ».

⁵¹⁷V. *supra*, n° 111.

⁵¹⁸Le nouvel article 2419 du Code civil réaffirme l'interdiction, par principe, d'une assiette de biens futurs. Cette position est contestable d'autant que l'exception permettant d'hypothéquer des biens futurs, lorsque ceux présents sont insuffisants à sécuriser la créance, est réaffirmée par le nouvel article 2420 1°, exception vidant le principe de son contenu. En effet, si l'on sollicite une sûreté sur biens futurs c'est, dans l'immense majorité des cas, que l'on considère que ceux présents sont insuffisants. Sur la critique de la prohibition de l'hypothèque sur biens futurs, v. not. S. TANAGHO, « L'hypothèque de biens à venir », *RTD civ.* 1970, p. 441 et s. ; P. CROCCO, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., p. 65.

⁵¹⁹La jurisprudence a validé de longue date la possibilité de consentir une promesse de sûreté sur biens futurs. En ce sens, Cass. req., 5 nov. 1860 ; *D.* 1861, 1, p. 301 ; *S.* 1861, 1, p. 858.

⁵²⁰Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.173, *Bull. civ.* I, n° 228 ; *D.* 2009, n° 43, p. 2860, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RLDC* 2010, n° 68, p. 31, obs. J.-J. ANSAULT. Cet arrêt ne fait que confirmer une position antérieure, Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2002, n° 99-15.059, *Bull. Civ.* I, n° 87, p. 68 ; *D.* 2002, AJ, 1344 ; Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2006, n° 05-11.910 ; *RD bancaire et fin.* mai-juin 2006, n° 98, p. 20, obs. D. LEGEAIS.

⁵²¹En ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », art. préc., spéc. p. 37, n° 45.

⁵²²En ce sens à propos d'une hypothèque, v. Cass. 3^{ème} civ., 7 avr. 1993, n° 91-10.032, *Bull. civ.* III, n° 55, p. 35 ; *Defrénois* 1993, art. 35617, n° 104, p. 1063, obs. L. AYNÈS : l'auteur déduit les dommages et intérêts de ce que « l'acte constitutif d'hypothèque ne peut être passé que devant notaire », le juge ne pouvant s'y substituer. Si l'explication n'est pas fautive, nous pensons que l'impossibilité d'une exécution forcée découle d'une justification plus générale. En effet la promesse ne donne naissance qu'à une obligation de faire. En aucun cas elle ne crée par elle-même la sûreté, qui, pour être constituée, nécessitera le renouvellement de l'accord du constituant ainsi que l'a récemment réaffirmé la Cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2009, préc.). Dès lors, la solution est générale et s'applique tout autant aux sûretés réelles mobilières, bien qu'elles ne nécessitent pas l'intervention notariale.

recherchée.

En somme, la possibilité générale d'une assiette mobilière future, prolongée et réaffirmée par la réception de la fiducie-sûreté⁵²³, simplifie et optimise l'affectation en garantie des meubles⁵²⁴. À ce premier avantage découlant de l'abandon du principe de dépossession, s'en ajoute un deuxième.

163. Préservation des intérêts du constituant par la disponibilité matérielle de l'assiette. Par l'abandon du principe de la dépossession impérative de l'assiette, les sûretés réelles mobilières de droit commun, et spécifiquement le gage, ne sont plus des contrats réels. Partant, les contraintes matérielles attachées à cette qualification disparaissent. Cette rupture avec le principe établi depuis 1804 est à saluer, particulièrement d'ailleurs, s'il s'agit d'affecter en sûreté des biens circulants. Leur dépossession impliquait des transports difficiles en raison de leur volume souvent important. La conservation posait également problème, le créancier bénéficiaire ne disposant ni des structures ni des compétences nécessaires⁵²⁵.

Bien évidemment, cette nouvelle possibilité est également opportune pour le constituant. Par le maintien de l'assiette en sa possession, la constitution de la sûreté n'en est que simplifiée ce qui facilite l'accès au crédit. En outre, le professionnel a fréquemment besoin d'utiliser l'assiette, spécifiquement si elle regroupe des biens circulants. Ainsi en va-t-il des matières premières détruites dans le processus de production ou de celles incorporées pour élaborer le produit fini. L'absence de dépossession offre la disponibilité matérielle requise pour que le constituant puisse entreprendre ses opérations sur les biens engagés⁵²⁶. Pour autant, les intérêts du

⁵²³L'article 2018, 1° du Code civil issu de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 prévoit que les biens, droits ou sûretés transférés, s'ils sont futurs, « doivent être déterminables ». Notons que l'article ne distingue pas selon que l'assiette est mobilière ou immobilière. Par ailleurs, les articles 2488-1 à 6 du Code civil (issus de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, préc.) relatifs aux fiducie-sûretés immobilières n'apportent, sur ce point, aucune précision supplémentaire. C'est donc que la fiducie sur biens futurs est possible même en présence d'une assiette immobilière. Si cette position est à saluer, elle manque d'unité avec celle retenue pour l'hypothèque conventionnelle ne permettant l'assiette future qu'à titre d'exception. Voilà une illustration supplémentaire des carences d'une politique législative reposant sur des initiatives éparses et morcelées.

⁵²⁴Il est fréquent concernant les biens du professionnel, et notamment ceux circulants, que le constituant ne soit pas, alors qu'il sollicite le crédit, encore propriétaire des éléments composant l'assiette. Ils peuvent être inexistant, l'entreprise ne les ayant pas encore extraits, cultivés ou manufacturés. Ils peuvent également être la propriété d'un autre, le professionnel n'acquérant les biens qu'au fil de son activité. Dans cette dernière hypothèse, les éléments futurs ne viseront pas spécialement des biens déterminés appartenant à autrui mais seulement des types de biens, notamment fongibles, qui, lorsqu'ils seront acquis par le constituant, intégreront automatiquement l'assiette de la sûreté. Ce faisant, les prévisions de l'article 2335 du Code civil selon lesquelles « le gage de la chose d'autrui est nul » ne seront pas méconnues. En ce sens, v. M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le gage de meubles corporels », in *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, art. préc., spéc. p. 39.

⁵²⁵V. *supra*, n° 97.

⁵²⁶Il faudra toutefois que la sûreté permette la disponibilité juridique des biens engagés puisqu'il s'agit d'actes de disposition.

créancier bénéficiaire de la sûreté doivent être ménagés. Sur ce point, le nouveau gage de droit commun propose des solutions intéressantes.

164. Préservation des intérêts du bénéficiaire par l'obligation de conservation pesant sur le constituant possesseur. Conscient de la nécessité d'encadrer la conservation matérielle de l'assiette d'un gage laissée aux mains du constituant, le législateur a édicté une obligation de conservation à la charge du constituant. Si le constituant la méconnaît, le créancier peut se prévaloir « de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage »⁵²⁷.

À n'en pas douter, le créancier gagiste choisira librement entre déchéance du terme ou complément de gage⁵²⁸. Mais quoi qu'il en soit, il faudra établir le défaut de conservation et solliciter l'une ou l'autre des sanctions par voie judiciaire. Cette dernière exigence est probablement contestable. Certes, l'intervention judiciaire est protectrice du constituant mais elle se révèle contraignante pour le créancier. Voilà qui risque de nuire à l'attractivité du gage. Aussi, une simple mise en demeure nous aurait semblé suffisante⁵²⁹, le contrôle du juge n'intervenant qu'*a posteriori*, en présence d'un constituant ne rétablissant pas la situation.

Sur les modalités de la conservation, le législateur ne précise rien. Il faudra certainement qu'un état de l'assiette soit tenu par un tiers ou par le constituant lui-même⁵³⁰. Le premier choix, certes plus coûteux, demeurera le plus rassurant. Au-delà, ce sont surtout les sanctions affectant le constituant possesseur défaillant dans son obligation de conservation qui intéressent. C'est qu'en effet, elles sont autant d'instruments permettant de préserver les intérêts du créancier bénéficiaire.

⁵²⁷C. civ., art. 2344 al. 2.

⁵²⁸Il existe une troisième sanction. Tout comme le créancier gagiste en possession, le constituant possesseur de l'assiette engagera, s'il manque à ses obligations de conservation, sa responsabilité contractuelle de droit commun. L'obligation de conservation étant une obligation de faire, le créancier gagiste pourra obtenir, par voie judiciaire, une créance indemnitaire sur le fondement de l'article 1142 du Code civil. Cette sanction ne constitue toutefois pas une mesure pleinement rassurante. En premier lieu, elle est entachée de longueurs en raison de l'intervention judiciaire. Par ailleurs, son efficacité est incertaine dès lors que le créancier obtiendra une nouvelle créance à titre chirographaire. Ainsi, si le défaut de conservation résulte d'un état d'insolvabilité du constituant, cette nouvelle créance risque de n'être jamais acquittée, tout l'actif du débiteur étant absorbé par d'autres créanciers, privilégiés. V. *supra*, n° 134.

⁵²⁹Il s'agit d'ailleurs de la solution retenue par l'article L. 527-7 alinéa 3 du Code de commerce en matière de gage des stocks.

⁵³⁰Cette voie est celle retenue pour le gage des stocks du Code de commerce (C. com., art. L. 527-7, al. 1^{er}: « Le débiteur tient à la disposition du créancier un état des stocks engagés ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant »).

165. **Première sanction du constituant défaillant dans son obligation de conservation : la déchéance du terme de la créance garantie.** La première sanction est originale. La sûreté est l'accessoire d'un principal, la créance garantie. Conformément à l'adage *accessorium sequitur principale*, l'accessoire suit le sort du principal et, par principe, seule la modification de la situation du principal modifie celle de l'accessoire. C'est pourtant l'inverse qui est ici proposé : le défaut de conservation de l'accessoire modifiera la situation du principal, et pas par le moindre des effets, puisque la déchéance du terme de la créance garantie sera encourue. Cette sanction se révélera particulièrement efficace. Les créances garanties font le plus souvent l'objet d'un paiement échelonné, leur montant souvent considérable l'imposant. Risquer la déchéance du terme, et donc l'exigibilité de l'intégralité de la somme garantie, menacera la pérennité de l'activité du constituant. Le plus souvent, un tel danger ne sera pas encouru et la sécurité du créancier s'en trouvera par là même assurée.

166. **Deuxième sanction du constituant possesseur défaillant dans son obligation de conservation : le complément de gage.** La seconde sanction consiste en un complément de gage⁵³¹. Bien qu'obtenu en justice, ce complément ne constituera pas une sûreté judiciaire : il s'agira d'une sûreté conventionnelle « ordonnée » judiciairement. Pour fixer l'étendue du complément, il faudra, au préalable, déterminer la diminution de la valeur de l'assiette. Cette évaluation, source de contestations, nécessitera probablement l'intervention d'un tiers.

Puisqu'il s'agit de reconstituer l'assiette, la date d'opposabilité du complément sera nécessairement celle du gage initial : il en va de son efficacité. Ainsi, le créancier gagiste ne se verra pas primé par d'éventuelles sûretés postérieures, consenties sur les biens venant en complément. Ce faisant, il bénéficiera d'une protection efficace et considérablement plus rassurante que celle fournie par l'obtention d'une simple

⁵³¹Cette possibilité en rappelle une autre, bien que moins générale, proposée en matière d'hypothèque conventionnelle. L'article 2420, 2° du Code civil, reprenant les prévisions de l'ancien article 2131, prévoit que l'hypothèque peut, à titre d'exception, être consentie sur un bien à venir lorsque l'immeuble assujéti a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance (v. *supra*, n° 134). Ce complément d'hypothèque se détache toutefois de celui ici envisagé à propos du gage. D'une part, ce supplément ne peut être obtenu que sur des biens futurs. Par ailleurs, l'inscription, et donc l'opposabilité, ne peut intervenir que lorsque le bien devient présent, c'est à dire que le débiteur en acquiert la propriété. À défaut, il s'agirait d'une hypothèque sur bien d'autrui entachée de nullité absolue conformément à une jurisprudence établie. Sur ce dernier point, Cass. civ., 24 mai 1892 ; *DP* 1892, I, p. 327 ; ou plus récemment, Cass. 3^{ème} civ., 24 sept. 2003, n° 02-13.030, *Bull. civ.* III, n° 162, p. 144 ; *JCP E* 2004, 1246, n° 11, p. 1342 obs. P. DELEBECQUE.

créance indemnitaires résultant de l'engagement de la responsabilité contractuelle de droit commun du constituant.

167. **Conclusion du §1.** L'abandon du principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière a été profitable. Dorénavant, les meubles futurs peuvent venir en assiette de sûretés. Surtout, il est désormais possible de laisser le constituant en possession des biens grevés, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une sûreté reposant sur un droit exclusif ou préférentiel. Partant, la matière tend à s'adapter au bien circulant qui, on le sait, doit invariablement demeurer entre les mains du professionnel.

Toutefois, la réception de la sûreté mobilière sans dépossession⁵³² par le droit positif ne permet pas, à elle seule, la généralisation du bien circulant comme assiette de sûreté. Pour ce faire, nous le verrons bientôt, il faut également que l'assiette puisse fluctuer⁵³³. Par ailleurs, quoique l'exigence ne soit pas spécifique au bien circulant, la simplification des relations de crédit entre débiteurs et créanciers impose de pouvoir garantir, par une sûreté unique, des créances présentes et futures. À cet égard, la refonte du principe de spécialité de la créance garantie opérée par la réforme de 2006⁵³⁴ revêt un intérêt certain.

§2. La refonte du principe de spécialité de la créance garantie

168. **Justifications du principe.** Outre le caractère accessoire de la sûreté par rapport à la créance qu'elle sécurise⁵³⁵, le principe de spécialité de la créance est classiquement justifié par la protection du débiteur⁵³⁶. Il est vrai qu'à la différence du

⁵³²Sur la nature hypothécaire ou « dépossessionnaire » du gage de droit commun, v. *infra*, n° 288.

⁵³³V. *infra*, n° 176 et s.

⁵³⁴Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁵³⁵V. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, *op. cit.*, p. 872 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. BECQUÉ, t. XII, *op. cit.*, spéc. p. 316, n° 330 ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, p. 295, n° 231 ; C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, th. préc., p. 233, n° 389 ; C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. préc., p. 74, n° 49.

⁵³⁶V. P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., p. 62 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, *op. cit.*, spéc. p. 316, n° 274 : pour lesquels, à propos de l'hypothèque, « la généralité [...] 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 [...] ». Dans le même sens, v. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 303, n° 662 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 378, n° 406.

cautionnement – qui peut incontestablement être *omnibus* – le créancier bénéficiaire de la sûreté réelle dispose d'un droit préférentiel sur un bien et non d'une simple qualité de chirographaire sur un patrimoine supplémentaire. Il faudrait donc éviter que le bénéficiaire d'une sûreté réelle bénéficie « d'un droit à la fois préférentiel et illimité »⁵³⁷. C'est qu'incontestablement, il existe un danger pour le crédit du débiteur. Un créancier postérieur peut être réfractaire à accepter une sûreté sur un bien dont il ne connaît pas l'importance de la créance qu'il sécurise. L'argument reste toutefois fragile. En premier lieu, cette hypothèse ne s'envisage qu'en présence d'une concurrence de créanciers, ce qui n'est pas nécessairement le cas en matière de crédit aux entreprises dès lors que le professionnel aura souvent recours au même organisme de financement. Par ailleurs, le principe entraîne un coût supplémentaire, puisqu'il faudra reconstituer une sûreté à chaque nouvelle créance. Les lourdeurs pratiques en découlant peuvent décourager les parties et, par là même, nuire au crédit du débiteur.

169. **Rigueur du principe.** Pour les sûretés réelles de droit commun, le principe, jusqu'à la réforme du 23 mars 2006⁵³⁸, manifestait une grande rigueur. En matière de sûretés réelles mobilières, l'ancien article 2074 du Code civil imposait, à peine d'opposabilité⁵³⁹, la désignation spéciale de la somme due dans un écrit. Quant à l'hypothèque conventionnelle, elle n'était valable⁵⁴⁰ « qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte »⁵⁴¹. En somme, la possibilité de garantir des créances futures était exclue.

170. **Assouplissement du principe.** La réforme du 23 mars 2006⁵⁴² marque une orientation nouvelle. Elle modifie le principe en l'assouplissant tant pour les sûretés réelles mobilières qu'immobilières : l'exigence n'est plus la détermination

⁵³⁷P. CROCCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., p. 62.

⁵³⁸Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁵³⁹V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, spéc. p. 149, n° 71 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 64, n° 82 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. BECQUÉ, t. XII, *op. cit.*, spéc. p. 79, n° 80.

⁵⁴⁰Relevons que la sanction du défaut de désignation de la créance garantie variait selon que l'assiette était mobilière ou immobilière : condition d'opposabilité dans le premier cas (C. civ., anc. Art. 2074), elle était une condition de validité dans le second (C. civ., anc. art. 2132). Quoi qu'il en soit, les conséquences restaient similaires, dès lors qu'un droit inopposable n'a pas beaucoup plus d'utilité qu'un droit inexistant.

⁵⁴¹C. civ., anc. art. 2132.

⁵⁴²Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

de la créance garantie mais seulement sa déterminabilité (A), conception nouvelle du principe favorisant le crédit du débiteur (B).

A. La nouvelle exigence de simple déterminabilité de la créance garantie

171. **Relâchement du principe en matière de sûretés réelles traditionnelles.** Les droits communs du gage⁵⁴³, du nantissement⁵⁴⁴ et de l'hypothèque⁵⁴⁵ permettent désormais la garantie de créances futures. Ainsi, la créance ne devra plus nécessairement être déterminée à la date de la création de la sûreté⁵⁴⁶. Néanmoins, il faudra qu'elle soit déterminable : à défaut, la convention de sûreté sera frappée de nullité⁵⁴⁷. Par ailleurs, et seulement en matière d'hypothèque, elle ne pourra venir garantir le capital qu'à hauteur d'une somme nécessairement déterminée dans l'acte⁵⁴⁸.

Il faut, avant toute chose, saluer cet apport de la réforme. Cette possibilité nouvelle simplifie le régime des sûretés réelles et permet la garantie de créances successives par une unique sûreté. La garantie de créances futures sera opposable à la date de la création de la sûreté initiale, ce qui constitue un avantage non négligeable pour le créancier. Par ailleurs, l'initiative permet de simplifier les relations d'affaires entre le constituant et son dispensateur de crédit. C'est que, sous l'empire du droit antérieur, une technique était employée pour contourner la rigueur du principe de spécialité de la créance garantie. Plutôt que de désigner telle ou telle créance

⁵⁴³C. civ., art. 2333, al. 2 : « Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables ».

⁵⁴⁴C. civ., art. 2355, al. 5 (par renvoi au gage de droit commun).

⁵⁴⁵C. civ., art. 2421, al. 1^{er} : « L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures ».

⁵⁴⁶Le législateur était allé plus loin encore en matière d'hypothèque conventionnelle, permettant de constituer une hypothèque « rechargeable ». Par le jeu d'une « clause de rechargement », l'hypothèque pouvait être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif, au profit du créancier originaire ou même de tout autre créancier. L'initiative devait favoriser le crédit hypothécaire, en diminuant son coût (v. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 305, n° 664). Cette possibilité a toutefois été supprimée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, celle-ci ayant abrogé les dispositions du Code de la consommation (C. consom., art. L. 313-14 et L. 313-14-1 et 2) et du Code civil (C. civ., art. 2422) relatives à l'hypothèque rechargeable. V. S. PIEDELIÈVRE, « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », art. préc., spéc. n° 3 ; A. GOURIO, « Feu l'hypothèque rechargeable (article 46 du projet de loi relatif à la consommation) », art. préc., p. 11 et s.

⁵⁴⁷C. civ., art. 2336 (pour le gage et, par renvoi de l'art. 2355, al. 5, pour le nantissement d'un bien incorporel autre qu'une créance), art. 2356 (pour le nantissement de créance). Concernant l'hypothèque, si la nullité n'est pas expressément affirmée, nul doute qu'elle constitue également la sanction applicable. En ce sens, v. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 303, n° 662.

⁵⁴⁸C. civ., art. 2423 : « L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité ». Sur ce point, v. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 303, n° 662.

particulière, les parties affectaient le bien engagé en garantie du solde d'un compte courant⁵⁴⁹. De cette façon, les différents crédits accordés étaient inscrits en compte, ceci permettant la couverture d'avances futures. Le faux semblant n'a désormais plus lieu d'être.

172. Déterminabilité des créances futures. Sur le plan théorique, l'initiative constitue incontestablement une rupture avec la conception traditionnelle du principe. Refondu dans des limites moins restrictives, il n'est pas pour autant abandonné, la possibilité d'une sûreté réelle *omnibus* n'étant pas consacrée. Le législateur soumet en effet les sûretés réelles sur créances futures à une condition de déterminabilité⁵⁵⁰, nouvelle exigence dont il faut préciser les contours.

Le caractère déterminable de la créance future s'apprécie tout d'abord à la création de la sûreté. Rendre déterminable suppose ensuite de préciser les critères de déterminabilité. Sur ce point, les textes ne fournissent aucune précision⁵⁵¹. Probablement est-ce là un parti-pris visant à laisser aux juges un large pouvoir d'appréciation. Cependant, en tout état de cause, les parties devront faire preuve de rigueur : se limiter à désigner l'ensemble des créances pouvant naître entre un débiteur et son créancier apparaîtra probablement insuffisant. Il conviendra de préciser, pour éviter des reproches judiciaires, la source et la destination des crédits⁵⁵². En tout état de cause, il s'agira immanquablement d'une question de fait sur laquelle les juges du fond auront emprise, en se gardant, toutefois, d'emprunter une interprétation restrictive⁵⁵³.

173. Relâchement du principe en matière de fiducie-sûreté. Pour la fiducie-sûreté, les articles 2372-2 et 2488-2 du Code civil⁵⁵⁴ exigent, à peine de nullité, que le contrat « mentionne [...] la dette garantie ». À l'aune de cette formule

⁵⁴⁹Sur cette pratique, validée par la Cour de cassation dès le milieu du XIX^{ème} siècle (Cass. req., 11 déc. 1848 ; D. 1848, I, p. 234 ; S. 1849, I, p. 115), v. not. P. FARGEAUD, « Le compte courant et l'hypothèque », *Journ. not.* 1933, p. 329 et s. ; M. DESAINT, *L'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant*, thèse, Sirey, 1938, p. 91 et s. ; P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., spéc. p. 63.

⁵⁵⁰C. civ., art. 2333 (gage et nantissement de droit commun) ; art. 2421 (hypothèque conventionnelle).

⁵⁵¹À l'exception, toutefois, du nantissement de créance. L'article 2356 du Code civil cite, à titre indicatif, des éléments d'individualisation de la créance que sont l'indication du débiteur, le lieu du paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance.

⁵⁵²En ce sens, à propos de l'hypothèque conventionnelle, C. civ., art. 2421 al. 2 : « La cause [de la créance garantie] en est déterminée dans l'acte ».

⁵⁵³À défaut, la souplesse offerte par la nouvelle conception du principe de spécialité de la créance garantie sera privée d'efficacité.

⁵⁵⁴Traitant respectivement de la fiducie sur meubles et sur immeubles et issus de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009.

– les textes n'envisageant pas, de surcroît, l'hypothèse de créances futures – il semble que la créance garantie ne puisse être que déterminée et non simplement déterminable. Dès lors, seules des créances présentes seraient admises⁵⁵⁵. La sévérité de l'exigence est néanmoins tempérée par la possibilité de recourir à une convention de recharge⁵⁵⁶. Par celle-ci, la fiducie-sûreté pourra venir en garantie de créances nouvelles, au profit du créancier originaire ou même d'autres créanciers. Il est vrai qu'en la matière, cette possibilité permet de contourner la perte du droit de propriété du constituant qui l'empêche, par principe, de consentir une nouvelle sûreté sur les biens engagés. Toutefois, la voie empruntée est critiquable. Il aurait été préférable, pour ménager la cohérence de la matière, d'aligner le régime de la fiducie-sûreté sur celui du gage ou de l'hypothèque. Ce faisant, la possibilité de garantir des créances présentes ou futures aurait été expressément consacrée, ce qui n'aurait pas pour autant exclu la possibilité de prévoir une convention de recharge, mécanisme recouvrant quelques utilités en la matière.

Quoi qu'il en soit, l'essentiel est préservé : la fiducie-sûreté, par le secours de la convention de recharge, pourra, tout comme les sûretés réelles traditionnelles, venir en garantie de créances futures. Le résultat est opportun, dès lors que la réception de cette possibilité constitue une source de crédit pour le débiteur.

B. La simple déterminabilité de la créance garantie source de crédit

174. **Typologie des crédits en matière entrepreneuriale.** En matière entrepreneuriale, là où sera retrouvé le bien circulant, le crédit s'obtient par deux voies principales. La première, que l'on nomme crédit bancaire, passe par le recours aux professionnels du crédit. Les banques et autres établissements financiers ouvriront des lignes de crédits permettant de financer l'activité. Ils ne procéderont évidemment pas à l'opération de manière gracieuse : des taux d'intérêts les rémunéreront, ceux-ci variant en fonction du temps du crédit mais également du risque de défaillance du débiteur. La seconde sera retrouvée dans les relations du

⁵⁵⁵Contra D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 478, n° 781 : « La fiducie peut être consentie en garantie de toutes créances présentes ou futures ».

⁵⁵⁶V. not. P. DUPICHOT, « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », art. préc., p. 68 et s. ; B. MALLET-BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », art. préc., p. 79 et s. ; S. PRIGENT, « Rechargement d'une fiducie-sûreté », art. préc., p. 1782 et s..

professionnel avec ses fournisseurs. Le professionnel acquérant les biens nécessaires à son activité, et notamment ceux circulants, obtiendra du fournisseur un échelonnement du paiement de leur prix, ce crédit fournisseur permettant de financer l'acquisition des biens.

175. **Incitation au crédit et diminution de son coût.** Qu'il s'agisse d'un crédit bancaire ou d'un crédit fournisseur, le risque sera fréquemment jugulé par la constitution d'une sûreté. Dans les deux cas également, les relations d'affaires entre le créancier et le débiteur seront suivies. Ainsi, le professionnel du crédit ouvrira de façons répétées et successives des lignes de crédit ; le fournisseur fera régulièrement crédit, au fur et à mesure des commandes. La possibilité pour l'un et l'autre d'obtenir une sûreté réelle sur créances futures sera rassurante. La naissance d'une nouvelle créance ne nécessitera pas la mise en place d'une nouvelle sûreté et le droit réel de garantie sera opposable à compter de la date de la constitution de la sûreté initiale, indépendamment de la date de naissance de la créance future. Partant, le risque d'être primé en rang par des créanciers titulaires de sûretés inscrites postérieurement sera écarté. Par là même, le coût du crédit en sera doublement réduit : d'abord parce qu'il ne sera pas nécessaire de constituer une nouvelle sûreté ; ensuite parce que le créancier bénéficiaire, conforté dans sa position de privilégié, prêtera plus volontiers et à un coût inférieur. Certes, la possibilité d'engager des biens en garantie de créances futures pourra, à la marge, décourager quelques nouveaux créanciers. Toutefois, elle permettra surtout d'encourager les créanciers réguliers du débiteur à le soutenir. En ce sens, le relâchement du principe de spécialité quant aux créances garanties constitue assurément une source de crédit. Au-delà, il permet au droit des sûretés réelles de s'adapter aux besoins des usagers et, partant, de se moderniser, mouvement d'ailleurs renforcé en matière de biens circulants par l'avènement de l'assiette fluctuante.

SECTION 2. AVÈNEMENT DE L'ASSIETTE FLUCTUANTE

176. **La fluctuation nécessaire de l'assiette recevant le bien circulant.** Le bien circulant doit être aliéné, détruit ou encore incorporé par le constituant. Sa

fonction au sein du processus d'activité du professionnel l'exige. Si l'emprise matérielle permise par l'abandon du principe de dépossession en matière d'assiette mobilière lui offre, de fait, la possibilité de telles interventions, encore faut-il qu'elles puissent être valablement entreprises. En transparence, c'est la nécessaire disponibilité juridique du bien circulant assiette de sûreté qui apparaît.

Classiquement, en raison du principe de spécialité de l'assiette, cette disponibilité est entravée⁵⁵⁷. Le constituant ne peut valablement détruire ou incorporer les biens engagés. Quant à leur aliénation, elle est rendue inopportune par le droit de suite dont peut se prévaloir le créancier bénéficiaire de la sûreté. En somme, l'assiette ne peut fluctuer, comme il le faudrait pourtant, par le report de la sûreté sur les biens venant se substituer à ceux initialement grevés.

177. **Plan.** Le principe de spécialité quant aux biens grevés a toutefois été assoupli ainsi que le montre la réception de l'assiette fluctuante (§1). Par son fonctionnement (§2), elle permet au constituant de renouveler la composition de l'assiette en ménageant la disponibilité des biens grevés. Il s'agit évidemment d'une figure de sûreté de nature à généraliser le bien circulant en assiette de sûreté. Aussi est-il regrettable qu'elle soit enfermée dans un champ d'application restreint (§3).

§1. La réception de l'assiette fluctuante

178. **Plan.** Dans la recherche d'une conciliation entre création d'un droit réel déterminé protecteur du créancier et disponibilité de l'assiette nécessaire au constituant, le législateur a d'abord, de la même façon qu'en matière de dépossession impérative de l'assiette mobilière, tempéré la rigueur du principe de spécialité des biens engagés par la réception de quelques régimes spéciaux permettant la fluctuation de l'assiette (A). Finalement, l'assiette fluctuante a été généralisée à l'ensemble des meubles fongibles par le gage de droit commun (B).

⁵⁵⁷V. *supra*, n° 115 et s.

A. Les régimes spéciaux

179. **L'exemple du nantissement de compte-titres.** Les instruments financiers regroupent, conformément à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, les titres financiers⁵⁵⁸, les parts et actions d'OPCVM⁵⁵⁹ et les instruments financiers à terme, français ou étrangers autrement nommés contrats financiers. Le propriétaire de ces valeurs va les réunir en compte, authentique universalité de fait ainsi que l'a énoncé la jurisprudence⁵⁶⁰. Ce compte d'instruments financiers, autrement nommé compte-titres, peut faire l'objet d'un nantissement⁵⁶¹. L'intérêt majeur de cette sûreté réelle réside dans une singularité de son régime. Un compte-titres nécessite des opérations d'arbitrage, sa bonne gestion exigeant que des cessions de titres préexistants ou des acquisitions de titres nouveaux soient opérées. La qualification du compte en universalité de fait permet que l'objet du nantissement soit le compte et non ses éléments. S'ouvre alors la possibilité de procéder à des opérations de cessions des titres inscrits en compte sans que ceux-ci ne soient frappés d'un quelconque droit de suite. Dans la même logique, tout titre intégrant le compte incorpore immédiatement l'assiette du nantissement.

Cette conception pragmatique, puisqu'elle permet de conjuguer les exigences d'un compte-titres avec son affectation en garantie, restait controversée en doctrine lorsque le compte faisait l'objet d'un nantissement⁵⁶². Par ailleurs, la jurisprudence exigeait un lien juridique pour retenir la subrogation entre les titres anciens et ceux nouveaux⁵⁶³. Elle a toutefois été définitivement consacrée et généralisée par

⁵⁵⁸Les actions, les obligations.

⁵⁵⁹Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières.

⁵⁶⁰V. l'arrêt dit « BAYLET », Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041, *Bull. civ.* I, n° 315, p. 217 ; *D.* 1999, jurispr., p. 167, note L. AYNÈS ; *JCP N* 1999, II, p. 351, obs. H. HOVASSE ; *JCP G* 1999, 10027, p. 336, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G* 1999, I, 120, n° 29, p. 524, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *JCP E* 1999, II, p. 426, note S. ROUXEL ; *RTD civ.* 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; *D.* 1999, jurispr., p. 633, note D. FIORINA. Sur la qualification du compte-titres en universalité de fait, v. N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 280 et s. ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 68, spéc. n° 134.

⁵⁶¹D'abord encadré par l'article 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, modifié et devenu l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2009-107 du 30 janvier 2009 relative aux sociétés d'investissements à capital fixe, aux fonds fermés étrangers et à certains instruments financiers. Sur cette sûreté, v. D. LEGEAIS, « Gage de comptes d'instruments financiers », art. préc., p. 225 et s. ; D. MARTIN, « Du gage d'actifs scripturaux », *D.* 1996, chron., p. 263 et s. ; H. DE VAUPLANE et S. MOUY, « Gage sur titres : une réforme innovante », *Banque sept.* 1996, n° 573, p. 54 et s.

⁵⁶²V. R. LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens », *Deffrénois* 1997, art. 36464, p. 65 et s. ; D. LEGEAIS, « Gage de comptes d'instruments financiers », *RD banc. et bourse* 1997, p. 225 et s. ; D. MARTIN, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *Vie jud.* 10 au 16 févr. 1992, p. 3 et s. ; H. HOVASSE, « Qualification du portefeuille de valeurs mobilières », *RD bancaire et bourse* 1999, n° 1, p. 1 et s.

⁵⁶³En ce sens, Cass. com., 10 janv. 1995 ; *D.* 1995, jurispr., p. 203, obs. A. COURET.

l'ordonnance du 24 février 2005⁵⁶⁴ reprise par celle du 30 janvier 2009⁵⁶⁵ et codifiée à l'article L. 211-20-I du Code monétaire et financier. Est ainsi précisé que « les titres financiers⁵⁶⁶ et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrits au crédit du compte nanti, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du nantissement ». Ils seront dès lors « soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement » et « considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale ». Voilà qui consacre explicitement la subrogation réelle des éléments successifs composant le compte-titres nanti⁵⁶⁷.

L'initiative doit être source d'inspiration dans la recherche d'un droit des sûretés réelles adapté aux biens circulants. Ce régime, exploitant la structure du bien singulier qu'est une universalité de fait, permet de renouveler le contenu du compte et ainsi d'éviter une déperdition de sa valeur, sans que les titres présents à la constitution de la sûreté ne soient transmis assortis d'un droit réel de garantie. Ce faisant, les titres peuvent être engagés en sûreté sans que leur circulation en pâtit, résultat recherché pour l'ensemble des biens du professionnel voués à circuler.

180. L'exemple des warrants sur stocks de choses fongibles. Si la fluctuation du compte-titres nanti a été permise par l'exploitation de la structure de l'universalité de fait, le législateur a également permis la fluctuation de l'assiette en l'absence d'une telle universalité mais seulement en raison de l'interchangeabilité objective des biens engagés. Voilà proprement l'apport des warrants sur stocks de choses fongibles⁵⁶⁸.

En la matière, les marchandises engagées en garantie ne sont pas figées par la seule constitution de la sûreté. C'est plutôt le volume d'un genre, d'une quantité et d'une qualité déterminée qui est grevé. Partant, le constituant ne doit conserver que ce volume de choses de genre et les éléments du stock de choses fongibles peuvent

⁵⁶⁴Ord. n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garanties financières.

⁵⁶⁵Ord. n° 2009-107 du 30 janvier 2009, préc.

⁵⁶⁶Qu'il faut comprendre au sens d'« instruments financiers ».

⁵⁶⁷En ce sens, v. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, p. 363, n° 536.

⁵⁶⁸Ex : warrant agricole sur choses fongibles (C. rur. et de la pêche maritime, art. L. 342-1 et s.), warrant pétrolier (C. com. art. L. 524-1 et s.), ou encore warrant des magasins généraux (C. com., art. 522-24 et s.). Sur ces sûretés, v. not. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, *op. cit.*, p. 337 et s. (warrant des magasins généraux), p. 366 et s. (warrant pétrolier) et p. 344 et s. (warrant agricole) ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 620 et s. ; R. GRANGER, « Le warrant des magasins généraux », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), *op. cit.*, p. 156 et s.

être cédés, transformés ou détruits sans que le créancier ne puisse se prévaloir d'aucun droit de suite. L'assiette devient alors renouvelable, et partant fluctuante, les biens initialement engagés pouvant être distraits, à charge pour le débiteur de les remplacer par d'autres de mêmes genre, quantité et qualité. Ainsi, les nouvelles marchandises se substituent de plein droit aux anciennes, le droit réel de garantie du créancier se reportant automatiquement⁵⁶⁹.

Ces régimes permettent la disponibilité juridique des éléments de l'assiette alors que la sûreté est pendante. Le créancier n'en est pas pour autant lésé, le volume des biens engagés, et donc sa valeur, étant fixé dès la conclusion de la sûreté. De plus et en l'absence de renouvellement de l'assiette, le constituant se heurtera à des poursuites pénales pour délit de destruction ou de détournement de biens warrantés⁵⁷⁰.

Par leur souplesse, les warrants sur stocks de choses fongibles constituent probablement l'une des sûretés spéciales conciliant le mieux la fonction des biens voués à circuler avec leur affectation en garantie. Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas trompé, prolongeant ce régime par la réception du gage des stocks du Code de commerce⁵⁷¹, et le généralisant même à l'ensemble des choses fongibles, par le nouveau gage de droit commun.

B. Le gage de droit commun

181. **Le nouvel article 2342 du Code civil.** Par le nouvel article 2342 du Code civil, issu de la réforme du 23 mars 2006⁵⁷², le législateur a instauré la possibilité pour le constituant d'un gage de droit commun, lorsque l'assiette est constituée de choses fongibles⁵⁷³, d'aliéner les biens grevés « à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes »⁵⁷⁴. Si cet article ne

⁵⁶⁹V. *infra*, n° 190.

⁵⁷⁰Ex : C. com., art. L. 524-17 (en matière de warrant pétrolier) ; C. rur. et de la pêche, art. 342-14 (à propos du warrant agricole). Les deux articles renvoient, selon le cas, au délit d'escroquerie (C. pén., art. 313-1) ou à celui d'abus de confiance (C. pén., art. 314-1).

⁵⁷¹C. com., art. L. 527-1 et s.

⁵⁷²Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁵⁷³S. TORCK, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », art. préc., p. 39 et s.

⁵⁷⁴Pareille possibilité est ouverte au créancier bénéficiaire d'un gage avec dépossession. Toutefois, cette hypothèse change la nature même du gage qui devient alors une transmission de propriété à titre de sûreté, l'article 2341 alinéa 2 prévoyant que le créancier « acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ».

permettait que la vente des éléments composant l'assiette, il n'apporterait aucune nouveauté. En la matière, l'aliénation est toujours possible, le constituant d'un gage demeurant propriétaire de la chose engagée⁵⁷⁵. L'apport du nouvel article 2342 réside dans ses effets. Les biens engagés peuvent être aliénés sans que le bénéficiaire du gage ne puisse se prévaloir d'aucun droit de suite vis-à-vis de l'acquéreur. En somme, l'assiette fluctue dans sa composition, la sûreté se détachant des biens vendus pour se reporter sur ceux venant en remplacement. C'est qu'en effet, avant la réalisation du gage sur choses fongibles assorti d'une convention d'aliénation, seul un droit suspendu sur les éléments de l'assiette est conféré au gagiste, le droit réel accessoire de garantie ne se cristallisant finalement que sur les éléments présents à la réalisation.

182. Création d'un droit suspendu sur les éléments de l'assiette avant réalisation de la sûreté. Conformément à l'article 2336 du Code civil, l'affectation d'un ensemble de biens fongibles nécessite leur détermination : la convention doit désigner les biens engagés ainsi que leur espèce ou leur nature. L'assiette est donc déterminée mais les biens fongibles ne se définissant que par leur nature, quantité et qualité et étant équivalents envisagés sous l'angle du paiement, il est permis qu'ils fluctuent, ceux détruits, incorporés ou aliénés étant remplacés par de nouveaux.

Cette fluctuation s'opère, nous l'approfondirons⁵⁷⁶, par le jeu de la subrogation réelle, les choses nouvelles prenant juridiquement lieu et place des anciennes. Dès lors, le gagiste est dépourvu de droit de suite et de droit de préférence sur les biens engagés. Aussi, on ne saurait, pour nombre d'auteurs, reconnaître à ce « droit en suspens » la qualification de droit réel⁵⁷⁷. Le législateur a pu, quant à lui, s'orienter vers une qualification en privilège⁵⁷⁸. Ainsi, à propos du gage des stocks du Code de commerce – sûreté jumelle du gage de droit commun sur choses fongibles – l'article L. 527-5 alinéa 2 du Code de commerce précise que « le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués ». Pour deux raisons, cette qualification semble maladroite et doit être

⁵⁷⁵Sur ce point, v. *supra*, n° 118 et s.

⁵⁷⁶V. *infra*, n° 190.

⁵⁷⁷Sur ce point, G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 52.

⁵⁷⁸V. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours de Droit civil français, op. cit.*, p. 781 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 217, n° 141 ; P. ANCEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 120, n° 229 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 485, n° 649.

écartée. Tout d'abord, le privilège est d'origine légale, non conventionnelle⁵⁷⁹. Par ailleurs, le privilège « est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres, même hypothécaires »⁵⁸⁰. Or, en matière de sûretés réelles conventionnelles, la préférence du créancier ne résulte pas de la qualité de la créance mais de la volonté des parties.

Pour un auteur, la sûreté sur meubles fongibles serait un « gage en valeur »⁵⁸¹. Si l'expression traduit avec justesse son intérêt économique, elle n'éclaire pas sur la nature du droit conféré. Pour d'autres, le droit réel serait bel et bien créé dès la naissance de la sûreté puisqu'elle est opposable à cette date. Toutefois, il ne s'agirait que d'un droit réel sous condition suspensive, l'événement futur et incertain étant constitué par l'individualisation de l'assiette⁵⁸². L'argumentation est séduisante mais ne convainc pas pleinement. Si la naissance du droit réel est sous condition suspensive comment justifier les prérogatives octroyées au créancier pour sauvegarder la valeur de l'assiette de biens fongibles ? C'est qu'en effet, l'article 2344 alinéa 2 du Code civil permet au créancier de solliciter un complément de gage ou de se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation.

Une autre explication est envisageable. Le droit réel accessoire serait conféré dès la création de la sûreté mais le créancier renoncerait à ces effets avant la réalisation. Cette renonciation découlerait de la convention puisque l'autorisation d'aliénation résulte de la volonté des parties conformément à l'article 2342 du Code civil. En matière de gage des stocks ou de warrants sur stocks de choses fongibles, l'autorisation resterait conventionnelle mais serait simplement tacite puisqu'aucune manifestation de volonté supplémentaire n'est exigée. Il s'agirait ainsi d'un droit réel existant dès la constitution de la sûreté, mais aux effets conventionnellement écartés jusqu'à la défaillance du débiteur, solution que nous retenons.

⁵⁷⁹En ce sens, Cass. req., 13 janv. 1937 ; *Garç. pal.* 1937, I, p. 512. V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 214, n° 137 : « Si l'on cherche à caractériser les privilèges par leur source, on constate que les privilèges sont toujours une sûreté légale ».

⁵⁸⁰C. civ., art. 2324. V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 10, n° 5 : « Par faveur pour certaines créances, la loi [...] décide que ces créances seront payées avant les autres, par préférence, sur les biens du débiteur. Ce sont les privilèges ».

⁵⁸¹P. VEAUX-FOURNERIE, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 126 et s., spéc. p. 147, n° 23.

⁵⁸²Sur ce point, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 572, n° 764.

183. **Cristallisation du droit réel de garantie sur les éléments de la masse par la réalisation de la sûreté.** À la défaillance du débiteur, le créancier gagiste va réaliser sa sûreté. Il s'agit alors d'appréhender la valeur du bien engagé par sa vente forcée ou son attribution en propriété. Cette réalisation ne peut être efficace que si le créancier bénéficiaire dispose d'un droit réel de garantie. C'est de celui-ci que découle la possibilité d'être payé par préférence sur le prix de vente du bien ou d'obtenir son attribution en propriété. Par ailleurs, le droit de suite lui permet d'éviter que l'assiette soit soustraite à la réalisation par transfert à un tiers. Dès lors, à compter de la réalisation, le droit réel de garantie jusque là suspendu – selon les avis, dans sa création ou ses effets – se fixe sur les éléments présents au sein de l'assiette.

Le Code civil ne précise rien sur les modalités de cette cristallisation. Il faudra pourtant procéder à l'individualisation des biens fongibles grevés pour éviter la confusion avec des choses de même espèce appartenant au débiteur mais non engagés en sûreté. Le recours à une saisie-appréhension semble la solution la plus rassurante⁵⁸³. Par ailleurs, un état de l'assiette, utile pour s'assurer du renouvellement des éléments alors que la sûreté est pendante, se révélera à ce stade également efficace pour procéder à l'individualisation.

Une fois la réalisation de la sûreté entreprise, l'aliénation devient évidemment impossible, sauf pour le constituant à encourir des poursuites sur le fondement du détournement de gage. En tout état de cause, si aliénation il y a, le créancier gagiste disposera alors d'un droit de suite lui permettant de saisir le bien grevé en quelques mains qu'il se trouve.

184. **Conclusion du §1.** À l'aune des développements qui précèdent, la fluctuation de l'assiette peut désormais être obtenue par deux voies distinctes : en exploitant la structure d'une universalité de fait ou en tirant partie de la nature fongible des biens engagés. Quelle que soit l'hypothèse, le principe de spécialité quant aux biens grevés est respecté. L'universalité de fait constitue un bien identifié en contact direct avec le droit réel de garantie puisque ce se sont les éléments qui la composent qui fluctuent. Quant à l'assiette de choses fongibles, le contact requis entre le bien engagé et le droit réel accessoire dont il est l'objet existe tout autant.

⁵⁸³C. des procédures civiles d'exécution, art. L. 222-1 et R. 222-11 à 16. V. R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013, p. 805, n° 1034 et s.

Seulement, et par une application souple du principe de spécialité de l'assiette, l'interchangeabilité des biens engagés permet le report du droit réel accessoire sur les biens identiques venant en substitution. Voilà d'ailleurs ce que montre le fonctionnement de l'assiette fluctuante.

§2. Le fonctionnement de l'assiette fluctuante

185. **Plan.** S'inspirant des warrants sur stocks de choses fongibles, l'article 2342 du Code civil permet au constituant, « lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles », de « les aliéner si la convention le prévoit à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes ». Si la lettre de l'article propose « aliéner », il faut comprendre « disposer », le constituant pouvant tout autant les détruire ou les incorporer. Bien évidemment, il faudra procéder au remplacement des biens distraits (A), renouvellement de la composition de l'assiette s'opérant par la subrogation réelle des éléments successifs (B).

A. Remplacement des éléments distraits

186. **Double aspect du renouvellement.** L'obligation de remplacement proposée par le Code civil⁵⁸⁴ recouvre, au regard de l'esprit du gage sur choses fongibles, un double aspect : il s'agit d'abord de reconstituer matériellement l'assiette mais également de maintenir sa valeur.

187. **Reconstitution matérielle de l'assiette.** Il est de l'essence du mécanisme que l'assiette soit reconstituée matériellement. À défaut de remplacement des biens distraits, le créancier perdrait sa sûreté.

L'article 2342 se contente d'énoncer que le renouvellement des éléments devra s'opérer par des « choses équivalentes »⁵⁸⁵. Cette seule proposition est probablement trop vague et les parties auront intérêt à encadrer les modalités de la fluctuation en prévoyant des options de contrôle pour le créancier, lui permettant de

⁵⁸⁴C. civ., art. 2342.

⁵⁸⁵C. civ., art. 2342 *in fine*.

s'assurer de la bonne conservation de l'assiette. Pour ce faire, le recours à un état détaillé, recensant les biens initialement grevés et ceux venant en remplacement, sera indiqué⁵⁸⁶.

À défaut d'un renouvellement rigoureux, le créancier bénéficiaire pourra se prévaloir de la déchéance du terme de la créance garantie ou solliciter un complément de gage⁵⁸⁷. La première sanction est particulièrement dissuasive en présence d'une dette objet d'un paiement échelonné. Quant à la seconde, il est regrettable, particulièrement en présence d'une assiette de meubles fongibles, que le législateur ne l'ait pas mieux encadrée. Les prévisions du gage des stocks du Code de commerce auraient pu constituer, à cet égard, une source d'inspiration. Celui-ci prévoit un pourcentage de la valeur initiale du gage en dessous duquel l'assiette ne peut descendre⁵⁸⁸, seuil permettant au créancier, lorsqu'il est dépassé, de solliciter le rétablissement de la garantie ou le remboursement de la somme due en proportion de la diminution⁵⁸⁹.

188. **Maintien de la valeur de l'assiette.** Au-delà du renouvellement matériel de l'assiette, l'esprit du gage sur choses fongibles semble commander le maintien de sa valeur. En effet, ce sont moins les particularités et qualités des éléments de l'assiette qui intéressent que la valeur qu'ils constituent. Partant, le constituant devra veiller au maintien de cette valeur sans toutefois exclure totalement la possibilité qu'elle puisse temporairement varier à la baisse. Cette nécessité découle de l'organisation même de l'activité des professionnels. Dans de nombreux cas, les choses fongibles engagées en sûreté seront des stocks. Ceux-ci, le plus souvent composés de biens circulants, seront utilisés pour les besoins de l'activité puis remplacés par d'autres. Toutefois, ce renouvellement ne se réalisera pas nécessairement en un unique trait de temps : il n'interviendra fréquemment que quelques jours ou semaines plus tard. À n'en pas douter, les parties auront intérêt à encadrer cette variation par le recours à un mécanisme empruntant à la clause dite

⁵⁸⁶Sa tenue pourra être confiée au constituant ou à un tiers.

⁵⁸⁷C. civ., art. 2344, al. 2. Sur ces sanctions, v. *supra*, n° 164 et s.

⁵⁸⁸Vingt pour cent de la valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, conformément à l'article L. 527-7 alinéa 3 du Code de commerce. La raison de cette diminution est indifférente. Aussi, peu importe qu'il s'agisse d'un défaut de renouvellement de l'assiette ou même d'une baisse des cours du marché des biens engagés. En ce sens, P. BOUTELLER, « Le gage des stocks de biens ou de marchandises », art. préc., p. 808 et s.

⁵⁸⁹C. com., art. L. 527-7, al. 3 : « Lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20 % de la valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées à proportion de la diminution constatée [...] ».

d'arrosage⁵⁹⁰. Ainsi, un pourcentage de la valeur initiale de l'assiette sera fixé, seuil en-dessous duquel le constituant ne devra pas descendre. À défaut, la reconstitution de l'assiette pourra être exigée⁵⁹¹. L'avantage de cet encadrement sera double : pour le créancier d'abord, qui restreindra le risque d'une diminution trop importante de la valeur de l'assiette ; pour le constituant ensuite, qui disposera d'une souplesse accrue dans l'administration des biens grevés.

189. **Avantages du renouvellement.** En tout état de cause, la fluctuation de l'assiette par le renouvellement de ses éléments accorde la matière avec les exigences des biens du professionnel, particulièrement s'ils sont circulants. Les biens grevés pourront être librement détruits ou incorporés par le constituant. S'ils sont aliénés, le premier acquéreur et les sous-acquéreurs successifs ne seront pas exposés à un risque de revendication par le créancier bénéficiaire en l'hypothèse d'un débiteur défaillant dans le règlement de la créance garantie. Ce faisant, les obstacles à l'affectation des biens circulants en sûreté sont levés et ceux-ci pourront accomplir leur fonction tout en constituant un instrument de crédit pour le professionnel. Pour autant, les intérêts du créancier bénéficiaire ne seront pas sacrifiés. La reconstitution matérielle de l'assiette imposée au constituant, aboutissant à la subrogation réelle des éléments successifs, assurera le maintien de la valeur de la sûreté.

B. Subrogation réelle des éléments successifs

190. **Avantages de la subrogation réelle des éléments successifs.** Si les auteurs ont salué la possibilité d'une fluctuation de l'assiette de choses fongibles⁵⁹², la justification juridique de celle-ci a été largement ignorée. Le Code civil, en matière de

⁵⁹⁰Cette clause est courante en matière de nantissement de compte-titres. Par celle-ci, « le constituant s'engage à compléter le nantissement par de nouveaux titres financiers, si la valeur de ceux déjà remis vient à baisser en dessous d'un certain plancher » : D. LEGEAS, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 364, n° 536. V. égal. S. PRAICHEUX, *Les sûretés sur les marchés financiers*, th. préc., 2004, p. 329 et s., n° 507 ; H. LE NABASQUE, J.-M. GAILLARD et M. BAFFREAU, « L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers – 2^{ème} partie : son évolution », *RD bancaire et bourse* juill.-août 1998, p. 125 et s., spéc. p. 132.

⁵⁹¹Un tel mécanisme est prévu par le régime du gage des stocks. L'article L. 527-7, al. 3 du Code de commerce prévoit ainsi que : « lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20 % de leur valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée. S'il ne lui est pas donné satisfaction, le créancier peut exiger le remboursement total de la créance, considérée comme échue ».

⁵⁹²V. D. LEGEAS, « Le gage de meubles corporels », art. préc., spéc. n° 44 : « Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit, à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. Cette règle est parfaitement adaptée au gage sur stocks ».

gage de droit commun, se contente de proposer « un remplacement par la même quantité de choses équivalentes »⁵⁹³. Matériellement il s'agit de substituer des choses interchangeables : du blé par du blé, du cuivre par du cuivre, de l'or par de l'or. Toutefois, comment qualifier cette substitution ?

Le terme de « remplacement » proposé par le Code civil renvoie évidemment à la subrogation réelle⁵⁹⁴, définie comme « la fiction de droit par laquelle un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités »⁵⁹⁵. Dès lors, les biens reçus en remplacement se subrogent à ceux aliénés, détruits ou incorporés, subrogation qu'il faut considérer comme d'origine légale puisque résultant des termes de l'article 2342 du Code civil.

Le fonctionnement est sensiblement identique en matière de nantissement de compte-titres. Une subrogation intervient également entre les éléments successifs. Toutefois, elle ne repose pas sur la fongibilité des éléments⁵⁹⁶. Celle-ci résulte de la nature du compte qui, en tant que bien-universalité, aboutit structurellement à la subrogation réelle des éléments successifs⁵⁹⁷.

Quelle que soit l'hypothèse, les biens nouveaux prennent lieu et place des anciens dans le rapport de droit. Ce faisant, la sûreté initiale ne disparaît pas ; elle se reporte sur les biens venant en substitution, ce qui constitue un avantage significatif pour le créancier bénéficiaire. Pour autant, le fonctionnement de l'assiette fluctuante ménage également les intérêts du constituant. En raison du report de la sûreté sur les biens venant en remplacement, ceux soustraits à l'assiette ne font l'objet d'aucun droit de suite⁵⁹⁸. Partant, le constituant peut valablement disposer des biens engagés, pourvu toutefois qu'il procède à leur renouvellement. Incontestablement, l'avancée ainsi opérée dans la quête de la modernisation du droit commun des sûretés réelles

⁵⁹³C. civ., art. 2342 *in fine*.

⁵⁹⁴En ce sens, à propos des warrants sur stocks de choses fongibles, E. SAVAUX, *V°* « Subrogation réelle », *Rép. civ.*, mars 1998 (màj mars 2010), n° 20 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, *op. cit.*, p. 338, n° 904 ; P. VEAUX-FOURNERIE, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), art. préc., spéc. p. 136, n° 12.

⁵⁹⁵G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, *V°* « Subrogation réelle ». Sur les difficultés de sa définition, V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, thèse, préf. P. MALAURIE, LGDJ, 1985, p. 17 et s. ; T. REVET et F. ZENATI, *Les biens*, *op. cit.*, p. 243 et s., n° 156 et s.

⁵⁹⁶*Contra* R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit. Contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, préf. Julien BONNECASE, Sirey, 1932, spéc. p. 305 : qui voit la substitution des éléments au sein de l'universalité comme la conséquence du « caractère fongible de tous les éléments d'une universalité de droit ou de fait ».

⁵⁹⁷N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 533 et s., spéc. n° 604 : « C'est par le recours à la subrogation réelle que l'on justifie de la manière la plus convaincante le renouvellement dans la composition de l'universalité ». Dans le même sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 418 et s. *V. infra*, n° 303.

⁵⁹⁸En ce sens v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 571, n° 764.

est majeure. Toutefois, l'enthousiasme doit être tempéré dès lors que la fluctuation de l'assiette a été restreinte, par le réformateur de 2006⁵⁹⁹, aux seuls biens fongibles.

§3. Le champ d'application de l'assiette fluctuante

191. **Limites restrictives.** Si en raison de la qualification du compte-titres en universalité de fait, l'assiette fluctue par la subrogation réelle d'éléments successifs fongibles ou non⁶⁰⁰, il en va tout autrement pour le gage de droit commun. L'article 2342 du Code civil ne fait référence qu'à une assiette de « choses fongibles ». C'est donc que la fluctuation de celle-ci est limitée à ces seuls biens. Ce parti-pris est largement critiquable : il revient à considérer que seule la fongibilité des éléments successifs est à même de préserver la sûreté (A), alors que le critère véritable de sa conservation réside dans la valeur des éléments successifs (B).

A. La fongibilité des éléments, condition retenue de la préservation de la sûreté

192. **Limitation de la fluctuation aux biens fongibles.** Les choses fongibles sont équivalentes en raison de leurs identités naturelles. L'une prenant toutes les qualités de l'autre, leur aliénation ou destruction ou incorporation est indifférente dès lors que le remplacement fera apparaître la même valeur pécuniaire lors de la réalisation de la sûreté. C'est d'ailleurs de cette parfaite identité que résulterait leur subrogation réelle⁶⁰¹. La limitation de l'assiette fluctuante aux biens fongibles révèle donc en implicite la pensée du législateur : seule cette équivalence naturelle des choses permettrait la préservation de la sûreté.

⁵⁹⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁶⁰⁰V. H. LE NABASQUE, J.-M. GAILLARD et M. BAFFREAU, « L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers – 2^{ème} partie : son évolution », art. préc., spéc. p. 125 ; P. CROCQ, V° « Nantissement », *Rép. civ.*, oct. 2008 (maj juin 2010), n° 81 : « En effet, lorsqu'un nantissement a pour objet une universalité de fait, les variations des biens composant cette universalité ne portent pas atteinte aux droits du créancier nanti dans la mesure où la subrogation réelle joue pleinement au sein d'une universalité (*in iudiciis universalibus pretium succedit loco rei*) et où, de ce fait, le nantissement se reporte automatiquement sur les biens nouveaux venant composer cette universalité ».

⁶⁰¹Sur les rapports étroits entre fongibilité et subrogation réelle, v. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IX, par E. BARTIN, *op. cit.*, p. 340 ; A. CERBAN, « Nature et domaine de l'application de la subrogation réelle », *RTD civ.* 1939, p. 47 et s. ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, thèse, préf. P. DELEBECQUE, LGDJ, 2004, spéc. p. 99, n° 89 ; P. VEAUX-FOURNERIE, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), art. préc., spéc. p. 132.

Toutefois, reconnaître la fluctuation de l'assiette de biens fongibles ne revient qu'à consacrer légalement ce que la jurisprudence avait validé de longue date⁶⁰². Il ne s'agit, par ailleurs, que d'une prise d'acte du caractère interchangeable des biens fongibles sous l'angle du paiement. Dès lors, le législateur ne confère à la fluctuation de l'assiette aucune vocation générale⁶⁰³.

193. **Critique de la limitation retenue.** Cette limitation de la fluctuation de l'assiette aux seuls biens fongibles restreint considérablement le champ d'application de l'assiette fluctuante. À cet égard, le projet de réforme proposé par la commission GRIMALDI était plus ambitieux. Son article 2339 proposait que « lorsque la convention le prévoit, le détenteur peut aliéner le bien gagé » à condition « de le remplacer par un bien équivalent », les droits du créancier gagiste s'exerçant alors « sur le bien qui en est la représentation ». La fluctuation ne se limitait donc pas aux choses fongibles mais s'étendait à toutes choses, la subrogation réelle des éléments successifs s'opérant en tout état de cause⁶⁰⁴.

Cette proposition était plus conforme à la réalité de l'économie et aux besoins des professionnels. En effet, ceux-ci se trouvent fréquemment titulaires de biens, notamment lorsqu'ils sont circulants, qui ne sont pas fongibles avec ceux leur étant substitués. Ainsi en va-t-il d'un importateur de matériels informatiques ou d'un détaillant de prêt-à-porter qui renouvelle ses stocks à la sortie de nouveaux modèles ou de nouvelles collections. En cette hypothèse, les biens successifs entretiennent une identité de valeur mais ne sont pas fongibles entre eux. Partant, ils ne peuvent bénéficier des atouts de l'assiette fluctuante en matière de gage, alors même que cette figure de garantie permet de concilier leur affectation en sûreté avec leur fonction.

La limitation retenue, on le voit, tempère largement la modernisation de l'édifice légal. L'écueil aurait été évité en retenant la valeur des éléments successifs comme condition de la préservation de la sûreté.

⁶⁰²Cass. req., 10 mars 1915 ; DP 1916, I, p. 242 ; S. 1916, I, p. 5, note C. LYON-CAEN ; RTD civ. 1916 p. 163, obs. R. DEMOGUE.

⁶⁰³Dès lors, le gage ou le nantissement sur choses fongibles ne peuvent être assimilés aux sûretés globales reconnues par le droit nord-américain, anglais et québécois. En effet, le *security interest*, la *floating charge* et l'hypothèque ouverte permettent la fluctuation des éléments de l'assiette que les biens engagés soient fongibles ou non avec ceux venant en substitution. Sur ces sûretés, v. *supra*, n° 63 et s.

⁶⁰⁴Dans le sens du détachement de la subrogation réelle de toute exigence de fongibilité, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 418, n° 597 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., spéc. p. 101, n° 89.

B. La valeur des éléments, condition véritable de la préservation de la sûreté

194. **Critère proposé.** Majoritairement, les créanciers bénéficiaires d'une sûreté sont peu intéressés par les qualités naturelles des biens grevés. En revanche, ils scrutent avec attention la valeur qu'ils constituent. Cette proposition recouvre une vérité particulière lorsqu'il s'agit de biens voués à circuler. Le stock de matières premières ou celui de produits finis va constituer une valeur permettant paiement en cas de défaillance du débiteur. L'important pour le créancier bénéficiaire réside d'abord en ce que cette valeur soit suffisante pour permettre d'éteindre la créance garantie. Ce qui le préoccupe ensuite est l'encadrement de la fluctuation des éléments, afin qu'elle n'aboutisse pas à la diminution de la valeur initiale de l'assiette. En revanche, que celle-ci soit conservée par la substitution de biens aux qualités identiques ou hétérogènes lui apparaît pleinement indifférent. Aussi, le critère conditionnant la fluctuation de l'assiette ne devrait pas être la fongibilité des biens engagés mais la valeur des éléments successifs⁶⁰⁵.

Un argument pourrait toutefois être opposé à la pertinence d'un tel critère. Il est une évidence que tous les biens n'ont pas la même propension à devenir des liquidités⁶⁰⁶, l'aliénation n'étant pas pareillement aisée d'un bien à l'autre⁶⁰⁷. Cette propension est au cœur des attentions du créancier bénéficiaire qui recherche une sûreté à la réalisation rapide et efficace. Partant, l'exigence de fongibilité des biens successifs éviterait au créancier d'être confronté, au moment de la réalisation, à des biens plus difficiles à convertir en liquidités que ceux initialement grevés.

En réalité, la difficulté n'est qu'apparente. D'abord parce que les biens venant en substitution, s'ils ne sont pas identiques, seront le plus souvent équivalents. Aussi viseront-ils le même marché, et leur propension à devenir des liquidités restera,

⁶⁰⁵À la lecture des dispositions encadrant le gage des stocks du Code de commerce, il était permis de croire que ce critère avait été retenu. C'est qu'en effet, l'article L. 527-5 alinéa 2 énonce que « le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués », sans qu'il ne soit fait mention d'une quelconque fongibilité. C'était sans compter, toutefois, sur la conception retenue par le législateur de la notion de stock, qui y voit « un objet nouveau et spécifique [...] dont la particularité est de présenter un caractère fongible [...] » (« Dossier de presse – L'ordonnance sûreté », Ministère de la Justice, 22 mars 2006, p. 8, consultable à l'adresse suivante : http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/conf220306.pdf). En la matière, l'approche n'est donc pas différente de celle consacrée pour le gage de droit commun sur choses fongibles, la fluctuation de l'assiette étant également indissociable de la fongibilité.

⁶⁰⁶« Dans le langage courant, synonymes de fonds disponibles en espèces, sommes d'argent constituant entre les mains de celui qui les détient une masse de manoeuvre » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V° « Liquidité », sens 2.

⁶⁰⁷Il est probablement plus facile de réaliser une assiette de biens faisant l'objet d'une cotation officielle que celle composée de biens d'art ou encore de biens d'équipement, même s'il reste possible de déterminer, pour ceux-ci, un prix de marché.

sinon inchangée, extrêmement voisine. Ensuite parce que la vente judiciaire forcée par le biais d'enchères publiques permettra, quels que soient les biens retrouvés au sein de l'assiette, de les appréhender en liquidités.

195. **Conclusion de la Section 2.** Finalement, la fluctuation n'aurait pas dû être conditionnée à la fongibilité des biens engagés. Puisque le créancier recherche une valeur, voilà bien le critère qui devrait être retenu en matière d'assiette fluctuante. Ce faisant, le gage et le nantissement de droit commun auraient pu conférer une portée générale à cette modalité de régime. Le droit commun n'en aurait été que plus attractif, s'adaptant mieux aux besoins des professionnels dont les biens, notamment circulants, ne sont pas systématiquement fongibles⁶⁰⁸.

196. **Conclusion du Chapitre I.** Les multiples interventions légales sur le droit des sûretés réelles ont abouti à une incontestable modernisation de la matière. Dans la recherche d'une sûreté adaptée à la fonction du bien circulant, l'abandon du principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière a constitué une avancée considérable. Le constituant ne devant plus se dessaisir de l'assiette, il n'y a plus d'obstacle matériel à l'engagement en sûreté du bien circulant. Au-delà, la réception de l'assiette fluctuante – manifestation d'un assouplissement du principe de spécialité des biens engagés – permet, dans quelques hypothèses, de ménager la disponibilité des éléments grevés. En somme, ces interventions légales successives, aboutissant à une refonte des principes directeurs de la matière, ont permis la réception de leviers de nature à généraliser le bien circulant en assiette de sûreté.

Toutefois, l'édifice légal en vigueur manifeste encore des défauts majeurs. L'objectif de la réforme du 23 mars 2006⁶⁰⁹ était de restaurer la lisibilité et l'attractivité de la matière, cette démarche nécessitant une refonte du droit commun. Toutefois, l'intervention se devait d'être plus générale, une politique législative cohérente imposant également une intervention sur les multiples régimes spéciaux. Malheureusement, l'ordonnance de 2006⁶¹⁰ n'a pas abordé cet aspect. L'inaction du

⁶⁰⁸Bien évidemment, une telle sûreté en valeur impose une tenue rigoureuse de l'état de l'assiette, recensant la valeur des éléments successifs. Cette évaluation sera facilitée en présence de biens faisant l'objet d'une cotation sur un marché réglementé. Pour ceux n'y étant pas admis, les parties devront s'entendre sur la valeur à retenir en se référant au prix de marché. Par commodité, l'évaluation sera opérée par le constituant sous contrôle du créancier bénéficiaire. Pour une sécurité accrue, il sera toujours possible de s'adjoindre les services d'un tiers compétent.

⁶⁰⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁶¹⁰Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

législateur s'explique probablement par le champ restreint de la loi d'habilitation⁶¹¹ qui ne lui a pas expressément permis de refondre les régimes spéciaux⁶¹². Il n'en reste pas moins que la matière demeure à l'état antérieur – complexe et confuse – les sûretés spéciales n'ayant été ni abrogées, ni réorganisées. Partant, de nombreux régimes spéciaux font désormais doublon avec le régime de droit commun ainsi, notamment, des warrants sur stocks de choses fongibles ou du gage des stocks du Code de commerce. Pour surmonter la difficulté, la jurisprudence applique l'adage *specialia generalibus derogant* ainsi que l'illustre une décision récente à propos du gage des stocks du Code de commerce⁶¹³. Dès lors, en cas de concurrence des champs d'application, les parties devront impérativement recourir au régime spécial quand bien même le régime de droit commun leur serait plus favorable, ce qui nuit considérablement à l'attractivité de la matière.

Outre cette organisation encore perfectible de l'édifice légal, la réforme de 2006⁶¹⁴ ne solutionne pas entièrement l'inadaptation du droit des sûretés réelles avec la fonction du bien circulant. Certes, le gage et le nantissement sur choses fongibles font l'objet d'un régime efficient permettant au constituant de disposer matériellement et juridiquement des biens grevés. Néanmoins, ce régime n'a aucune vocation générale : il ne peut s'appliquer à l'assiette de meubles non fongibles et encore moins aux immeubles. Pourtant, le bien circulant, qui, nous le savons, ne sera pas nécessairement un meuble fongible, doit invariablement demeurer disponible

⁶¹¹Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, préc.

⁶¹²Cela démontre, du moins dans l'esprit du législateur, que le droit des sûretés réelles mobilières se scinde en deux branches : le droit commun et le droit spécial.

⁶¹³Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-21.763 : *JCP G* 2013, p. 539, note N. MARTIAL-BRAZ ; *RD bancaire et fin.* mars-avr. 2013, n° 2, comm. 59, p. 53 note D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2013, p. 328, obs. B. BOULOC ; *RTD civ.*, 2013, p. 418, obs. P. CROCQ ; *D.* 2013, p. 1363, obs. M. BOURASSIN). En l'espèce, un professionnel avait affecté en gage un stock de marchandises. Plutôt que de recourir au gage des stocks du Code de commerce (C. com., art. L. 527-1 et s.), les parties avaient soumis le contrat au régime du gage de droit commun. Ce choix était motivé par la volonté d'aménager conventionnellement la réalisation de l'assiette par un pacte comissoire, possibilité reçue depuis la réforme de 2006 en matière de gage de droit commun, mais curieusement interdite pour le gage des stocks du Code de commerce (C. com., art. L. 527-2). La Cour de cassation résout logiquement le conflit par l'application du principe *specialia generalibus derogant*. Aussi, elle rappelle que s'agissant « d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage sans dépossession ». Si logique et cohérente que soit la solution, elle n'en demeure pas moins gênante : les professionnels titulaires de stocks devront impérativement appliquer le régime prévu par les articles L. 527-1 et s. du Code de commerce. Partant, ils ne pourront prévoir un pacte comissoire alors même que cet aménagement conventionnel de la réalisation des sûretés est particulièrement apprécié des professionnels et qu'il est désormais valable pour le gage de droit commun (sur l'incohérence de cet aspect de la réforme du 23 mars 2006, v. *infra*, n° 425). Quoi qu'il en soit, la solution proposée pour le gage des stocks revêt un caractère général. Dès lors, les parties entrant dans le champ d'application d'un régime spécial devront nécessairement l'appliquer, à moins que la résistance des juges du fond, qui préfèrent laisser la liberté de choix aux parties, incite la Cour de cassation à modifier sa jurisprudence (sur cette résistance, à propos du gage des stocks, v. CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *JCP E* 26 mai 2014, n° 21-22, p. 1078 et s., spéc. p. 1083, n° 19 ; *D.* 2014, p. 924, obs. C. GIJSBERS).

⁶¹⁴Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

pour le constituant alors que la sûreté est pendante. Aussi, la généralisation du bien circulant en assiette de sûreté impose d'exploiter, plus que ne le font les régimes légaux, les potentialités de l'assiette fluctuante. Voilà ce que permet, avec un succès inégal, l'intervention conventionnelle sur les sûretés réelles.

- CHAPITRE II -

LES LEVIERS DE GÉNÉRALISATION ISSUS DE L'INTERVENTION CONVENTIONNELLE

197. **Place du « pouvoir des volontés individuelles » en matière de sûretés réelles.** Lorsque l'on s'attache aux sûretés réelles conventionnelles, il y a nécessairement une volonté créatrice des parties. Néanmoins, ces sûretés font l'objet de dispositions encadrant leurs création, organisation et réalisation. Dès lors, elles s'ancrent dans un régime légal dont il faut déterminer la place, proposition renvoyant par effet de miroir à celle du « pouvoir des volontés individuelles »⁶¹⁵.

Assurément, les sûretés réelles conventionnelles s'inscrivent au sein d'un dispositif légal marqué d'ordre public⁶¹⁶. Ainsi, les parties n'ont pas de liberté de choix quant à la sûreté réelle applicable : l'immeuble ne saurait être soumis au régime du gage ; le meuble à celui de l'hypothèque. C'est donc la nature juridique de l'assiette qui détermine le régime applicable.

Quant à celui-ci, il est le plus souvent impératif, tendant à présenter la matière comme hermétique à toute adaptation conventionnelle. L'état dressé semble sonner le glas de l'influence des parties sur les sûretés réelles conventionnelles. En réalité, il n'en est rien.

⁶¹⁵P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., spéc. p. 14, n° 4.

⁶¹⁶Sur la place de l'ordre public au sein des sûretés conventionnelles, v. N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, thèse, préf. S. PORCHY-SIMON, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2009.

198. **Tentatives conventionnelles de généralisation de l'assiette fluctuante.** La place des volontés individuelles au sein de la matière n'a cessé de croître⁶¹⁷. En matière de sûretés sur le bien circulant, l'intervention conventionnelle intéresse dès lors qu'elle est, potentiellement, de nature à généraliser l'assiette fluctuante. On le sait désormais, cette fluctuation des biens engagés constitue l'un des leviers de la généralisation du bien circulant en assiette de sûreté. Toutefois, les potentialités de l'assiette fluctuante demeurent sous-exploitées. Spécificité prévue par quelques régimes spéciaux, sa réception par le droit commun du gage n'a pas permis de la généraliser aux biens de toute nature physique, ainsi qu'il le faudrait pourtant en présence de biens circulants. L'intervention conventionnelle sur la qualification de l'assiette (Section 1) ou sur le régime de celle-ci (Section 2) peut être de nature à surmonter la difficulté, en permettant, tour à tour, d'élargir le champ d'application des assiettes fluctuantes légalement prévues ou de prévoir la fluctuation des biens grevés en l'absence même de prévisions légales.

SECTION 1. L'INTERVENTION CONVENTIONNELLE SUR LA QUALIFICATION DE L'ASSIETTE

199. **Tentatives de rattachement à un régime permettant la fluctuation de l'assiette.** Nous le savons, la nature juridique des biens affectés en sûreté commande le choix, devrait-on dire la désignation, de la sûreté conventionnelle applicable. De la même façon, elle commande parfois l'application d'un régime particulier⁶¹⁸. Voilà tout l'intérêt d'une intervention conventionnelle sur la qualification des biens grevés. Il s'agit, par celle-ci, de les placer dans le champ d'une sûreté s'adaptant aux objectifs poursuivis, c'est à dire, en matière de biens circulants, de les rattacher à un régime permettant la fluctuation de l'assiette.

⁶¹⁷P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 418, n° 530 : pour lequel : « on ne pourra que constater que les volontés individuelles sont omniprésentes et infiltrent un édifice statutaire du droit des sûretés réelles qui, s'il continue de se dresser contre elle, menace ruine de toute part ».

⁶¹⁸En ce sens, le gage de droit commun limite la possibilité d'une fluctuation de l'assiette aux seuls meubles fongibles (C. civ., art. 2342). V. *supra*, n° 192.

200. **Plan.** Si les parties ne sauraient méconnaître la *summa divisio* des biens⁶¹⁹, il demeure des interstices de liberté permettant l'intervention conventionnelle sur la qualification de l'assiette ou de ses éléments (§1). Reste toutefois à déterminer la pertinence de cette intervention lorsqu'il s'agit de permettre à l'assiette de fluctuer, par l'examen des effets reconnus à la qualification conventionnelle de l'assiette ou de ses éléments (§2).

§1. La réception d'un pouvoir conventionnel sur la qualification de l'assiette ou de ses éléments

201. **Plan.** Au regard du droit positif, la fluctuation de l'assiette est consacrée par la loi dans deux hypothèses : lorsque les meubles engagés sont fongibles ou lorsque l'objet de la sûreté est une universalité de fait. Aussi, l'intervention conventionnelle sur l'assiette visant à élargir le champ d'application de l'assiette fluctuante doit rendre fongible ce qui ne l'est pas naturellement ou ériger l'ensemble des biens engagés en une universalité de fait. L'intervention peut donc emprunter deux voies : il s'agit soit de qualifier conventionnellement les biens engagés (A), soit d'intervenir sur la qualification de l'assiette (B).

A. La qualification conventionnelle des biens engagés

202. **Définition de la fongibilité.** La distinction ancienne⁶²⁰ entre choses fongibles et non fongibles ne fait pas l'objet d'une définition générale par le Code civil mais apparaît au détour de dispositions particulières. L'article 1291 prévoit la compensation entre dettes ayant pour objet « une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce ». L'article 1326 évoque, pour sa part, la distinction à propos de la preuve littérale des actes sous seing privé. Cette distinction

⁶¹⁹La Cour de cassation a rappelé que « la nature immobilière ou mobilière d'un bien est définie par la loi, la convention des parties ne [pouvant] avoir aucune incidence à cet égard » : Cass. 3^e m^e civ., 26 juin 1991, n° 89-18.638, *Bull. Civ.* III, n° 197, p. 115 ; *JCP* 1992, II, 21825, p. 107, note J.-F. BARBIÈRI ; *RTD civ.* 1992, p. 144, obs. F. ZENATI. Ainsi, seules quelques fictions légales font de biens meubles des immeubles par destination (ex : C. civ., art. 524 et 525).

⁶²⁰Elle existait déjà en droit romain. Sur ce point, v. P. OURLIAC et J. DE MOLFOSSE, *Histoire du droit privé, Les biens*, Thémis, 1961, p. 12.

« complémentaire »⁶²¹ des biens n'en constitue pas moins une division émergente⁶²², objet d'études approfondies⁶²³.

Les choses fongibles se définissent comme celles rigoureusement identiques envisagées en instrument de paiement ou de restitution⁶²⁴. Par opposition, les choses seront non fongibles lorsqu'elles apparaîtront fortement identifiées dans leurs matérialité, individualité et spécificités, devenant ainsi irremplaçables et non substituables. Le caractère subjectif de la distinction ressort immédiatement. Un livre, identique en tous points à un autre, est objectivement fongible. Toutefois, ce livre peut constituer un bien non fongible par la valeur sentimentale ou familiale que son propriétaire lui voue.

203. **Réception de la fongibilité conventionnelle.** Si le bien objectivement fongible peut devenir non fongible⁶²⁵, le mouvement s'envisage-t-il également en sens inverse ? Il s'agit alors, dans une conception subjective de la fongibilité, de rendre interchangeable des biens ne l'étant pas au regard de leurs qualités naturelles.

Cette possibilité est admise de longue date. Si des sources légales peuvent être identifiées par interprétation de différentes dispositions du Code civil⁶²⁶, le pouvoir des volontés individuelles sur la fongibilité d'un bien a été expressément consacré par la jurisprudence. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 mars 1926 a proposé la solution de principe en énonçant que « les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telle par la convention des parties »⁶²⁷. En

⁶²¹G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p. 37.

⁶²²Un auteur a même vu dans cette distinction, dès le début du XIX^{ème} siècle, la direction de l'avenir : R. DE LA GRASSERIE, « De la fongibilité juridique », *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence* 1911, p. 133 et s., spéc. p. 138 : « Au point de vue dynamique, nous ferons ressortir la marche qui est celle de l'infongibilité à la fongibilité. Cette gradation est très marquée, et les lignes de l'avenir se dessinent elles-mêmes dans ce sens ».

⁶²³V. not. P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc. ; S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, thèse, Paris II, 2001 ; H. HUMBERT, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, thèse, Domat-Montchrestien, 1940.

⁶²⁴En ce sens, v. G. CORNU, *Les biens*, op. cit., p. 39 : « À considérer leur fonction générale, on peut dire que des choses sont fongibles, au sens strict du terme, lorsqu'elles sont rigoureusement équivalentes comme instruments de paiement ou de restitution [...] » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., p. 1608, n° 715 : « Les biens fongibles [...] sont les biens interchangeables, ceux qui peuvent se remplacer indifféremment les uns les autres, faire fonction les uns des autres dans les paiements et les restitutions ». Plus anciennement, dans le même sens, v. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, par E. BARTIN, Librairie Marchal et Billard, 6^{ème} éd., 1935, p. 45 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, op. cit., p. 23, n° 42 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français, Les biens*, t. III, par M. PICARD, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952, p. 62, n° 58.

⁶²⁵En ce sens, v. Cass. civ., 7 déc. 1948 ; S. 1949, I, p. 159 ; *RTD civ.* 1950, p. 201, obs. J. CARBONNIER.

⁶²⁶Not. l'article 1291 alinéa 1 du Code civil qui réserve la compensation aux « choses fongibles de même espèce ». C'est donc que des choses peuvent être fongibles entre elles en dépit de leur différence d'espèce puisque le législateur a pris le soin d'énoncer ce critère d'identité.

⁶²⁷Cass. req., 30 mars 1926, *DH* 1926, p. 217 ; *Gaz. Pal.* 1926, II, p. 51.

dépit de critiques sur son admission⁶²⁸, la fongibilité conventionnelle demeure reconnue par la majorité de la doctrine⁶²⁹ et peut s'envisager tant pour les meubles que pour les immeubles⁶³⁰. Surtout, la Cour de cassation ne cesse de réaffirmer sa validité, un arrêt récent en donnant illustration à propos d'un « gage tournant »⁶³¹. En l'espèce, les biens initialement grevés avaient été remplacés par d'autres différents⁶³², gestion de l'assiette permise par une clause de substitution insérée au sein de la convention. Malgré l'absence d'identité naturelle des éléments successifs, la Cour de cassation les a pourtant considérés fongibles dès lors qu'une convention exprès et antérieure au renouvellement prévoyait cette fongibilité subjective⁶³³ et que la valeur des éléments de remplacement était identique à celle de ceux remplacés⁶³⁴.

Si les parties peuvent assurément intervenir sur le caractère fongible des éléments de l'assiette en convenant qu'ils seront interchangeables en dépit de leur absence d'identité naturelle, il faut également s'interroger sur la possibilité de qualifier l'assiette en une entité juridique distincte des biens qui la composent.

B. La qualification conventionnelle de l'assiette

204. **Qualification de l'assiette en universalité de fait.** L'assiette d'une sûreté réelle mobilière se compose fréquemment de plusieurs biens ce qui ne va pas

⁶²⁸Un auteur lui reproche sa « ductilité » : P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., p. 97.

⁶²⁹En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, p. 1609, n° 715 ; F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, préf. R. LE BALLE, LGDJ, 1956, spéc. p. 33 et s., n° 31 ; A. LAUDE, « La fongibilité », art. préc., p. 307, spéc. p. 317 ; G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 40.

⁶³⁰Y. KALIEU, « De la fongibilité des immeubles », *LPA* 17 oct. 2001, p. 5 et s. Néanmoins, il est vrai que l'hypothèse d'immeubles fongibles restera plus résiduelle. Sur ce dernier point, S. TORK, « La revendication de choses fongibles », *RRJ* n° 2/1996, p. 483 et s., spec. n° 483.

⁶³¹Formule retenue par la cour dans son arrêt.

⁶³²Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, *Bull. Civ. IV*, n° 98 ; *RTD com.* 2010, p. 596, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2011, p. 785, obs. A. MARTIN-SERF. Des jambons à affiner objets d'une clause de réserve de propriété avaient été remplacés par des noix de jambon constituant des marchandises de nature et de qualités différentes. Pour une explication de la différence de qualité des deux marchandises, v. P. CROCQ, *RTD civ.* 2010, p. 595.

⁶³³Elle est également nommée fongibilité conventionnelle.

⁶³⁴Relevons que cette réception du caractère subjectif de la fongibilité démontre que choses fongibles et choses de genre ne sont pas synonymes (v. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, thèse, préf. P. MAYER, LGDJ, 1992, n° 136 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., p. 129, n° 133 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 418, n° 596 ; T. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Les biens, op. cit.*, p. 240). Les choses de genre désignent uniquement une identité de qualité naturelle et objective, alors que les choses fongibles renvoient non seulement à une identité naturelle mais également à une autre, subjective et fonctionnelle (A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 418, n° 596 ; A. LAUDE, « La fongibilité », art. préc., spéc. n° 20). Par ailleurs, les choses de genre s'opposent aux corps certains en raison de l'absence d'individualisation des premières. L'individualisation leur fait d'ailleurs perdre la qualité de chose de genre. À l'inverse, les choses fongibles peuvent parfaitement faire l'objet d'une individualisation tout en gardant leur caractère fongible (v. P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., p. 129, n° 132 et s.). V. *supra*, n° 45 en note.

sans rappeler une institution singulière : l'universalité de fait⁶³⁵. Loin de proposer une étude aussi profonde que celles déjà entreprises⁶³⁶, le propos doit rappeler les contours de ce bien (I) pour démontrer que l'assiette de sûreté regroupant un ensemble d'éléments est susceptible d'en recevoir la qualification (II).

I. Les contours de l'universalité de fait en tant que bien

205. **Un ensemble de biens arborant un intérêt propre.** L'universalité de fait se définit classiquement comme « un ensemble de biens constitutif d'un bien »⁶³⁷ ou, dans la même idée, comme « un ensemble de biens formant une collection ou une entité juridique complexe prise globalement comme un bien unique et soumise à un régime particulier »⁶³⁸.

Néanmoins, tout amalgame de choses ne saurait constituer systématiquement une universalité de fait. Dès lors, la réunion d'une pluralité d'éléments, si elle constitue un critère de qualification pertinent, ne saurait suffire. Il faut, en outre, une communauté d'affectation des biens regroupés. C'est de cet intérêt propre de l'ensemble, distinct des utilités des éléments, que découle l'existence de l'universalité de fait⁶³⁹. Ainsi, elle répond d'une approche subjective : c'est parce que les parties à une convention ou que le propriétaire des éléments donnent un intérêt propre à l'ensemble que celui-ci devient un bien-universalité⁶⁴⁰. Partant, les éléments composant l'ensemble peuvent parfaitement n'entretenir aucune identité naturelle⁶⁴¹.

⁶³⁵Précisons qu'il n'est pas envisagé ici une sûreté ayant pour assiette un bien qualifié d'universalité de fait avant toute affectation (ex : un nantissement de fonds de commerce), mais l'éventualité qu'une soit constituée par la réunion de plusieurs biens en assiette de sûreté.

⁶³⁶V. not. A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc. ; N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 222 et s.

⁶³⁷T. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Les biens*, op. cit., spéc. p. 204, n° 133.

⁶³⁸G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, op. cit., V° « Universalité », sens 2.

⁶³⁹A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 136, n° 211 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., p. 67, n° 64 : « Il ne suffit pas d'un amalgame de choses pour conclure à une universalité de fait. Le critère de qualification réside dans la commune affectation des biens regroupés ».

⁶⁴⁰J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., p. 1623, n° 724 : l'universalité de fait est « une collection de biens qui, par interprétation de la volonté du propriétaire, est traitée comme un bien unique » ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, op. cit., p. 31, n° 66 : les universalités de fait « n'existent [...] qu'en fait, et par la volonté du propriétaire ; c'est dès lors en fait aussi et d'après l'interprétation de cette volonté qu'il faut en apprécier l'étendue et les conséquences ». Dans le même sens, v. S. PIEDELIÈVRE, « Universalité et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. et patrimoine* mai 2000, p. 96 et s. ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 148, n° 226.

⁶⁴¹En ce sens, v. l'arrêt dit « BAYLET », Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041, *Bull. civ.* I, n° 315, p. 217 ; *D.* 1999, jurisp., p. 167, note L. AYNÈS ; *JCP N* 1999, II, p. 351, obs. H. HOVASSE ; *JCP G* 1999, 10027, p. 336, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G* 1999, I, 120, n° 29, p. 524, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *JCP E* 1999, II, p. 426, note S. ROUXEL ; *RTD civ.* 1999, p. 422, obs. F. ZENATI ; *D.* 1999, jurisp., p. 633, note D. FIORINA (Pour la suite et la fin du feuilleton judiciaire, Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2002, n° 00-17.870 ; *RTD civ.* 2003, p. 118, obs. T. REVET). Un auteur identifie dans cet arrêt la consécration implicite de la « conception subjective de l'universalité, où la commune affectation des biens rassemblés ne dépend plus de leur cohérence objective, mais de l'intention du propriétaire » : P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., p. 68 et s., n° 56 ;

Autrement dit, ils n'ont pas être fongibles entre eux, l'exemple nous en étant d'ailleurs fourni par le fonds de commerce⁶⁴².

206. **Nature juridique de l'universalité de fait.** S'il est communément admis que l'universalité de fait a une nature incorporelle⁶⁴³, sa nature mobilière ou immobilière a peu été discutée. Il est vrai que les exemples d'universalités de fait composées d'immeubles sont rares⁶⁴⁴. Quoi qu'il en soit, il nous paraît inopportun qu'elle emprunte une nature mobilière ou immobilière selon que ses éléments sont eux-même des meubles ou des immeubles. Voilà qui reviendrait à méconnaître son autonomie par rapport aux biens qui la composent. En outre, comment qualifier l'universalité de fait regroupant des meubles et des immeubles ?

Aussi, il nous semble que l'universalité de fait entre dans la catégorie des biens malaisée à restituer au sein de la distinction entre les meubles et les immeubles, et pour lesquels il faut retenir, ainsi qu'il est communément admis en pareille hypothèse, une qualification mobilière⁶⁴⁵.

207. **Universalité de fait et assiette de sûreté.** En matière de sûretés réelles mobilières, la réforme de 2006⁶⁴⁶ prévoit la possibilité d'affecter en sûreté un ensemble de biens meubles corporels⁶⁴⁷ ou incorporels⁶⁴⁸, présents ou futurs. Une

dans le même sens, S. PIEDELIÈVRE, « Universalité et portefeuille de valeurs mobilières », art. préc., spéc. p. 97). Nous ne pouvons que souscrire à cette analyse.

⁶⁴²On y retrouve des éléments corporels tels que le matériel et l'outillage mais également des éléments incorporels ainsi de la clientèle, des droits de propriété industrielle ou encore du droit au bail. Sur la composition du fonds de commerce, v. not. J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, 6^{ème} éd., 2011, LGDJ, p. 225 et s.

⁶⁴³A. CERBAN, *Étude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*, thèse, Jouve, 1897, p. 217 ; R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331 et s., spéc. n° 33 ; R. LIBCHABER, *Rép. civ.*, V° « Biens », n° 64 ; J.-J. DAIGRE, « Du fonds libéral en général », in *Études dédiées à la mémoire d'Alain SAYAG, Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 191 et s. ; N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 255, n° 264 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 140, n° 216 : l'auteur nuance l'affirmation lorsque l'ensemble n'est constitué que de biens corporels. Dans cette dernière hypothèse, l'universalité de fait serait alors, elle-même, un bien corporel. Nous ne le suivons pas sur ce point. Si l'on considère l'universalité comme un bien autonome, la nature juridique de ses composants ne saurait atteindre sa qualification. Par ailleurs, l'universalité est une abstraction intellectuelle considérant juridiquement un ensemble de biens comme un bien nouveau. Il semble bien difficile d'identifier une quelconque matérialité dans cette construction juridique.

⁶⁴⁴N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 253, n° 262.

⁶⁴⁵V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, p. 1599, n° 710 : « Des deux compartiments, les interprètes admettent, plus ou moins consciemment, que c'est celui des meubles qui reste toujours ouvert, et qu'il convient, partant, d'y faire entrer tous les cas douteux, toutes les espèces de biens qui ne peuvent rigoureusement se définir comme immeubles ».

⁶⁴⁶Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁶⁴⁷C. civ., art. 2333, al. 1^{er} : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ».

⁶⁴⁸C. civ., art. 2355, al. 1^{er} : « Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ».

telle assiette constitue à n'en pas douter un regroupement de biens ; reste à déterminer si ce regroupement généré par la création de la sûreté est constitutif d'une universalité de fait.

II. L'assiette composée d'un ensemble de biens constitutive d'une universalité de fait

208. **Confrontation de l'assiette composée d'un ensemble de biens aux critères qualitatifs de l'universalité de fait.** Il n'est pas rare de rencontrer un gage sur un ensemble de marchandises⁶⁴⁹. Il s'agit alors d'engager une multitude de biens, l'ensemble constituant l'objet d'une unique sûreté⁶⁵⁰. En ce sens, le droit commun du gage et du nantissement permet d'engager « un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs »⁶⁵¹ ou « un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs »⁶⁵². Ces propositions ne renvoient pas, nous le pensons, à l'affectation en sûreté d'universalités de fait préexistantes⁶⁵³. La possibilité qu'elles soient l'objet d'une sûreté n'était pas douteuse, certaines recevant même, en ce cas, un régime spécifique⁶⁵⁴. L'affirmation tend à désigner l'existence d'assiettes se caractérisant par une multiplicité d'éléments sans que ce regroupement n'ait été opéré avant la création de la sûreté. Une limite apparaît tout de même : l'ensemble devra respecter la division opérée par le droit des sûretés entre gage et nantissement. Ainsi, il ne pourra être composé que de biens corporels ou incorporels, sans que l'on puisse créer une assiette constituée cumulativement de biens corporels et incorporels.

Quoi qu'il en soit, l'ensemble décrit n'est pas étranger à une universalité de fait⁶⁵⁵. On le sait, celle-ci se caractérise par un regroupement de biens manifestant

⁶⁴⁹Ex : les warrants sur stocks de choses fongibles. V. *supra*, n° 180.

⁶⁵⁰Cette possibilité reste exclue en matière de sûretés réelles immobilières, l'article 2426 du Code civil exigeant une désignation individuelle des immeubles engagés. La jurisprudence du XIX^{ème} siècle avait pourtant assoupli l'exigence admettant la désignation par référence à un ensemble. Sur ce point, v. P. CROCCO, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., p. 64.

⁶⁵¹C. civ., art. 2355, al. 1^{er}.

⁶⁵²C. civ., art. 2333, al. 1^{er}.

⁶⁵³Sur l'interprétation divergente, envisageant les termes des articles 2333 et 2355 du Code civil comme une simple référence à l'affectation en sûreté d'universalités de fait préexistantes, v. *infra*, n° 222.

⁶⁵⁴Ex : le fonds de commerce (son nantissement étant régi par les articles L. 142-1 et suivants du Code de commerce) ; le nantissement de compte-titres (v. *supra*, n° 179).

⁶⁵⁵Sur l'utilisation de l'universalité de fait comme échappatoire à la rigueur des principes de spécialité des biens grevés, v. P. CROCCO, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., spéc. p. 63 et s.

une communauté d'affectation décidée par le propriétaire ou les parties⁶⁵⁶. L'assiette composée de plusieurs éléments constitue un agglomérat de biens mais, plus encore, cet ensemble est réuni dans un intérêt propre et commun : celui de la sécurisation de la créance. Dès lors, et si l'on veut bien recevoir l'universalité de fait comme subjective⁶⁵⁷, l'assiette de sûreté composée d'un ensemble de biens peut être appréhendée comme telle⁶⁵⁸.

209. **Conclusion du §1.** Qualifier un ensemble de biens en universalité n'a d'intérêt qu'à condition de lui appliquer un régime spécifique⁶⁵⁹. Cette observation recouvre d'ailleurs la même pertinence lorsqu'il est conventionnellement prévu que les biens engagés en sûreté seront fungibles avec d'autres, alors même qu'ils ne recouvrent pas des qualités naturelles identiques. En somme, il faut s'interroger de façon combinée sur les effets des deux qualifications lorsqu'elles sont entreprises pour permettre aux biens grevés de fluctuer.

§2. Les effets de la qualification conventionnelle de l'assiette ou de ses éléments

210. **Effets recherchés.** Le régime du gage sur biens fungibles, applicable à l'universalité de fait⁶⁶⁰ puisque le remplacement des composants de celle-ci se manifeste comme « à la fois naturel et évident »⁶⁶¹, s'avère, nous l'avons démontré,

⁶⁵⁶V. not. C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, op. cit., p. 30, n° 66 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., p. 1623, n° 724 ; S. PIEDELIEVRE, « Universalité et portefeuille de valeurs mobilières », art. préc., spéc. p. 97 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 148, n° 226.

⁶⁵⁷Point sur lequel la doctrine s'accorde majoritairement. En ce sens, v. not. A. BELLON, *Du nantissement d'un fonds de commerce*, thèse, Paris, 1901, p. 45 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, p. 188, n° 233 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., p. 1623, n° 724 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, thèse, Paris I, 2003, p. 79 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 148, n° 226. *Contra* P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., p. 67 et s., n° 54 et s. : l'auteur regrette le glissement de l'universalité de fait vers une conception subjective, considérant qu'il s'agit d'une « notion objective ».

⁶⁵⁸En ce sens, à propos des sûretés portant sur un ensemble de biens réunis en stock, N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 273, n° 278 : l'auteur considère « qu'il n'y a dans tous ces cas que la traduction d'un seul phénomène qui est celui de l'universalité de fait ».

⁶⁵⁹En ce sens, v. N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 268, n° 276.

⁶⁶⁰M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 572, n° 764 : « Lorsque le gage a pour objet une universalité, on doit lui appliquer le même régime dérogatoire. Par définition, le gage porte sur un ensemble de biens (fungibles ou non) qui peuvent être librement aliénés et renouvelés par le constituant, ce qui exclut un droit de suite sur chaque élément de l'universalité ».

⁶⁶¹A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 381, n° 541. V. égal. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., p. 1624, n° 724 : « Il est de la nature d'une universalité de fait de n'être pas immobile dans sa composition. Pour durer, pour vivre, elle doit s'adapter aux circonstances changeantes du dehors et, partant, changer elle-même ».

particulièrement indiqué en présence de biens circulants⁶⁶². Il ménage la disponibilité des éléments grevés, la sûreté se reportant sur les biens de substitution.

Voilà ce qui motive l'intervention conventionnelle sur l'assiette ou ses éléments. En qualifiant les biens circulants engagés en choses fongibles, ou l'assiette d'un ensemble de biens circulants en universalité de fait, il s'agit de bénéficier du régime de l'article 2342 du Code civil et, par là même, de généraliser l'assiette fluctuante à des biens circulants qui, à défaut d'intervention conventionnelle, n'entrent pas dans son champ d'application.

211. **Plan.** Cette recherche conventionnelle de généralisation de l'assiette fluctuante est d'efficacité variable, dès lors que les effets reconnus à la qualification de l'assiette ou de ses éléments ne sont pas identiques selon qu'elle porte sur l'assiette immobilière (A) ou sur celle mobilière (B).

A. Les effets sur l'assiette immobilière

212. **Rejet de la fluctuation de l'assiette immobilière.** Si la qualification d'immeubles en biens fongibles ou d'un ensemble d'immeubles en universalité de fait ne permet pas d'aboutir à la fluctuation de l'assiette, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une hypothèque conventionnelle ou d'un gage immobilier⁶⁶³, il n'est toutefois pas inutile d'en identifier les raisons.

213. **Absence d'incidences sur le régime de la sûreté de la qualification de l'immeuble en chose fongible.** Il est vrai que l'hypothèse d'immeubles fongibles ne constitue pas une situation fréquente. Néanmoins, la fongibilité étant reçue par la jurisprudence comme une notion subjective reposant sur l'interchangeabilité en valeur des choses, il n'existe aucun motif d'exclure, par principe, les immeubles de la fongibilité⁶⁶⁴. Certes, celle-ci ne sera pas naturelle dès lors que les immeubles sont nécessairement des biens aux caractéristiques propres. Ils peuvent néanmoins le devenir par l'effet des volontés individuelles, ainsi d'un

⁶⁶²V. *supra*, n° 190.

⁶⁶³Sur les limites de la subrogation réelle en matière immobilière, v. G. RIVES, « Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière », *RTD civ.* 1968, p. 613 et s., spéc. n° 25 et s.

⁶⁶⁴En ce sens, Y. KALIEU, « De la fongibilité des immeubles », art. préc., p. 5 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, p. 1609, n° 715.

promoteur immobilier divisant un fonds en différents lots qu'il considère comme fongibles, en raison de leur interchangeabilité en valeur.

Reste que la qualification de l'immeuble en biens fongibles demeurera vaine quant au régime de la sûreté le grevant. À la différence du gage et du nantissement, pour lesquels la réforme de 2006⁶⁶⁵ a reçu l'assiette fluctuante en matière de biens fongibles, aucune disposition similaire n'a été prévue quant aux sûretés réelles immobilières. En outre, le rattachement de l'immeuble aux sûretés immobilières est obligatoire⁶⁶⁶. Dès lors, sa qualification en chose fongible ne permettra pas de le soumettre au régime du gage sur choses fongibles et par extension d'en bénéficier des effets. Pour renouveler l'assiette de sûreté immobilière sans se heurter aux prérogatives attachées au droit réel accessoire de garantie, il faudra obtenir du créancier mainlevée de l'inscription hypothécaire et affecter, par une sûreté nouvelle, l'immeuble venant en remplacement. Voilà qui ne s'accordera pas avec la fonction de l'immeuble circulant, d'autant que l'intervention notariale sera requise pour chaque nouvelle constitution⁶⁶⁷.

214. Absence d'incidence sur le régime de la sûreté de la qualification d'un ensemble d'immeubles en universalité de fait. La qualification d'un ensemble d'immeubles en universalité de fait se relève tout aussi inefficace dans la recherche d'adapter l'édifice légal aux immeubles circulants. Le relâchement du principe de spécialité entrepris en matière d'assiette mobilière, permettant l'affectation d'un ensemble de biens présents ou futurs, n'a pas connu prolongement en matière de sûretés réelles immobilières. L'hypothèque ne peut être inscrite, par principe, que sur les immeubles présents⁶⁶⁸ et n'est valable qu'en présence d'un titre authentique déclarant spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués⁶⁶⁹. Dans le même sens, le gage immobilier se définit comme

⁶⁶⁵Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁶⁶⁶Ce caractère obligatoire, tant il semble évident, n'est que rarement rappelé par les auteurs récents. Il est vrai que l'ordre public gouvernant la réglementation des sûretés réelles est souligné de longue date (v. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 11, n° 5 : les auteurs rappellent que « les parties ne sauraient soumettre une sûreté réelle à des conditions autres que celles définies par la loi » ce qui les amène à conclure que « la réglementation des sûretés réelles est donc impérative »). Par ailleurs, le Code civil prend soin de limiter le gage aux biens meubles corporels (C. civ., art. 2333, al. 1^{er}), le nantissement aux biens meubles incorporels (C. civ., art. 2355, al. 1^{er}) et l'hypothèque ainsi que le gage immobilier aux biens immeubles (C. civ., art. 2393, al. 1^{er} et art. 2387). Par cette précision des champs respectifs d'application, le rattachement obligatoire est rappelé.

⁶⁶⁷C. civ., art. 2416 : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié », disposition applicable au gage immobilier par renvoi de l'article 2388.

⁶⁶⁸C. civ., art. 2419.

⁶⁶⁹C. civ., art. 2419.

« l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation »⁶⁷⁰. La réforme a donc réaffirmé la rigueur instillée par le décret de 1955⁶⁷¹ mettant définitivement fin à la possibilité laissée par la jurisprudence⁶⁷² d'hypothéquer l'ensemble des immeubles situés dans une même commune⁶⁷³. On pourrait objecter que la qualification d'un ensemble d'immeubles en universalité de fait aboutit à la création d'un bien nouveau, dont il est possible de considérer, en raison de son autonomie par rapport à ses éléments, qu'il est de nature mobilière et incorporelle, même s'il n'est composé que d'immeubles⁶⁷⁴. Dès lors, et conformément à la nature juridique de l'assiette, ce bien devrait faire l'objet d'un nantissement et non d'une hypothèque. La fluctuation de l'universalité de fait étant de sa nature, il faudrait retenir le régime applicable au gage sur choses fongibles⁶⁷⁵ : l'obstacle serait alors contourné. Néanmoins, si la réforme de 2006⁶⁷⁶ n'a pas cru bon entreprendre un relâchement du principe de spécialité des biens engagés pour les sûretés sur les immeubles, il est bien illusoire d'envisager un accueil favorable par la jurisprudence de cette utilisation de l'universalité de fait. Une telle qualification ne pourra donc qu'être ignorée, l'affectation en sûreté supposant, à peine de validité, d'engager les éléments de l'ensemble individuellement, par sûretés distinctes.

215. **Inutilité de l'intervention conventionnelle.** Finalement, la qualification conventionnelle de l'immeuble ou de plusieurs immeubles affectés en sûreté n'apparaît d'aucun secours. Elle ne permet pas de détacher l'immeuble circulant du régime de l'hypothèque ou de celui du gage immobilier pour la soumettre à un autre permettant à l'assiette de fluctuer. De cette absence d'effets découle l'absence d'utilité de l'intervention conventionnelle sur la qualification de l'immeuble circulant, qui ne conserve finalement d'intérêts qu'en matière mobilière.

⁶⁷⁰C. civ., art. 2387.

⁶⁷¹Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 de réforme de la publicité foncière.

⁶⁷²CA Chambéry, 3 juill. 1889 ; *DP* 1891, II, p. 307.

⁶⁷³M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 685, n° 907 ; P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., spéc. p. 64.

⁶⁷⁴V. *supra*, n° 206.

⁶⁷⁵Le régime du nantissement de droit commun étant calqué sur celui du gage (C. civ. 2355, al. 5).

⁶⁷⁶Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

B. Les effets sur l'assiette mobilière

216. **Plan.** Pour généraliser l'assiette fluctuante en présence de biens circulants, l'intervention conventionnelle sur la qualification de l'assiette peut s'exprimer de deux façons : il s'agit soit de qualifier conventionnellement les éléments engagés en choses fongibles, soit de considérer l'ensemble des biens affectés en sûreté comme une universalité de fait. Toutefois, les effets reconnus en matière de meubles varient selon la voie choisie. Aussi faut-il envisager séparément l'influence de la qualification conventionnelle des éléments de l'assiette en choses fongibles (I) et celle de la qualification de l'assiette en universalité de fait (II).

I. Influence de la qualification conventionnelle des éléments de l'assiette en choses fongibles

217. **Arguments opposés à la généralisation de l'assiette fluctuante aux meubles subjectivement fongibles.** Le Code civil limite la libre fluctuation de l'assiette « aux choses fongibles »⁶⁷⁷. *A priori*, il n'y a aucune raison de restreindre l'application de ce régime dérogatoire aux seuls biens fongibles par nature. Toutefois, ce même article précise *in fine* que le remplacement devra s'opérer par « la même quantité de choses équivalentes ». Pour des auteurs, cette référence à une communauté de quantité et de qualité des éléments successifs s'analyserait en une exigence de fongibilité objective⁶⁷⁸. Aussi, le bénéfice du régime de l'article 2342 du Code civil s'en trouverait limité aux seuls biens en tous points identiques. L'interprétation demeure néanmoins contestable dès lors que l'obligation proposée par l'article peut tout autant s'analyser comme l'exigence d'une équivalence en valeur des biens successifs sans que ceux-ci n'arborent d'identité naturelle. Par ailleurs, l'application indistincte du régime de l'article 2342 du Code civil aux biens objectivement et subjectivement fongibles trouve un double appui : l'esprit de la réforme intervenue en 2006⁶⁷⁹, qui a consacré cet article, et l'intervention jurisprudentielle postérieure à cette réforme.

⁶⁷⁷C. civ., art. 2342.

⁶⁷⁸M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 562, n° 750. Pour ces auteurs, la faculté de substitution doit « être circonscrite aux choses fongibles par leur nature, car la permanence du gage, destinée à protéger la situation des tiers, ne peut s'accommoder que d'une permutation entre biens strictement semblables ».

⁶⁷⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

218. **Arguments en faveur de la généralisation de l'assiette fluctuante aux meubles subjectivement fongibles.** L'article 2339 de la proposition de réforme rédigée par la commission GRIMALDI disposait, à propos du gage, que « lorsque la convention le permet, le détenteur peut aliéner le bien gagé » et « le remplacer par un bien équivalent ». La fluctuation des biens engagés n'était donc pas soumise à la condition de fongibilité. Le remplacement proposé s'inscrivait par équivalent, liberté étant ménagée aux parties de retenir une identité en nature ou en valeur. La réforme ayant déjà amputé le projet d'une partie de son apport en conditionnant la fluctuation de l'assiette à la fongibilité des biens grevés, elle ne saurait en outre exiger une interchangeabilité objective. À défaut, elle méconnaîtrait l'objectif de modernisation de la matière qui constituait pourtant son objet⁶⁸⁰.

Le rattachement des biens subjectivement fongibles au régime de l'article 2342, justifié par le seul esprit directeur de l'ordonnance du 23 mars 2006⁶⁸¹, pouvait toutefois être considéré comme fragile. L'esprit d'une réforme ne reste qu'une démarche générale, un fil d'Ariane à ne pas perdre. Dès lors, l'incertitude demeurerait permise jusqu'à ce que la jurisprudence la lève définitivement.

La Cour de cassation a récemment admis⁶⁸² que des biens « de nature et de qualités différentes » – c'est à dire non fongibles à l'aune de leurs qualités naturelles – pouvaient néanmoins se subroger au sein de l'assiette d'un gage en vertu d'une clause conventionnelle de substitution. Par cet arrêt, la Cour de cassation réaffirme la conception subjective de la fongibilité, mais surtout, en déduit une identité d'effets quelle que soit sa source. Aussi, dès lors que l'assiette est fongible, et indifféremment du caractère objectif ou subjectif de cette fongibilité, le droit du créancier se reportera sur les éléments venant en remplacement par le jeu de la subrogation réelle. La volonté d'un traitement unitaire de la fongibilité est ainsi clairement exprimée et ne peut qu'orienter vers la réception par l'article 2342 des deux sources de fongibilité.

⁶⁸⁰Sur ce point, « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », JO 24 mars 2006, n° 71, p. 4467, texte n° 28 : « Moderniser les sûretés afin de les rendre lisibles et efficaces tant pour les acteurs économiques que pour les citoyens tout en préservant l'équilibre des intérêts en présence, tels sont les objectifs de la présente ordonnance ».

⁶⁸¹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁶⁸²Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, *Bull. Civ. IV*, n° 98 ; *RTD civ.* 2010, p. 595, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2010, p. 596, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2011, p. 785, obs. A. MARTIN-SERF ; *RD bancaire et fin.* sept.-oct. 2010, p. 54, obs. A. CERLES ; *RDC* 2010/4, p. 1341, note A. AYNÈS ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 196, p. 94, obs. P. DUPICHOT ; *RLDC* juill.-août 2010, p. 37, obs. G. MANAUD DES GROTTES ; *Banque et droit* juill.-août 2010, n° 132, p. 46, obs. F. JACOB. Dans le même sens, Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-22.240 ; *RTD civ.* 2012, p. 756, obs. P. CROCQ.

219. **Bilan.** À n'en plus douter, la fongibilité des éléments de l'assiette par convention permet l'application des effets prescrits par l'article 2342 du Code civil. Partant, la fluctuation de l'assiette est généralisée aux meubles seulement subjectivement fongibles. Aussi, l'intervention conventionnelle sur la qualification des biens engagés se révèle pleinement pertinente pour le professionnel désireux d'affecter en sûretés des meubles circulants non fongibles naturellement. Ce faisant, il se produit un élargissement opportun du champ d'application de l'assiette fluctuante, résultat également recherché par la qualification conventionnelle de l'assiette en universalité de fait.

II. Influence de la qualification conventionnelle de l'assiette en universalité de fait

220. **Fluctuation par nature des éléments de l'universalité de fait engagée en sûreté.** Nous l'avons souligné, le traitement d'un gage ou d'un nantissement sur une universalité de fait doit conduire au même régime que celui applicable aux meubles fongibles. Cette nature fluctuante de la sûreté ayant pour objet une universalité est d'ailleurs illustrée par le nantissement de compte-titres⁶⁸³. On sait depuis un arrêt célèbre⁶⁸⁴ que le portefeuille de valeurs mobilières constitue un bien-universalité⁶⁸⁵, analyse d'ailleurs confirmée par l'ordonnance du 24 février 2005⁶⁸⁶ identifiant, dans le compte, l'objet du nantissement⁶⁸⁷. En résulte que la composition de l'assiette n'est pas figée, les titres inscrits en compte pouvant être

⁶⁸³C. monét. fin., art. 211-20. V. not. M. BILLIAU, « Le nouveau gage des comptes d'instruments financiers. Aperçu rapide sur l'article 102 de la loi du 2 juillet 1996 », *JCP E* 1996, II, 596, p. 433 et s. ; « Aperçu rapide sur le décret n° 97-509 du 21 mai 1997. Modalités d'application du gage des comptes d'instruments financiers », *JCP E* 1997, I, 677, p. 329 et s. ; P. CROCO, « Gage d'instruments financiers. Constitution. Déclaration. Subrogation. Les effets de la réforme du 2 juillet 1996 sur la jurisprudence récente relative au gage de valeurs mobilières », *RTD civ.* 1996, p. 952 et s. ; S. MOUY et H. DE VAUPLANE, « Gage sur titres : une réforme innovante », art. préc., p. 54 et s. ; D. LEGEAS, « Gage des comptes d'instruments financiers », art. préc., p. 225 et s. ; D. MARTIN, « Du gage d'actifs scripturaux », art. préc., p. 263 et s. ; F. AUCKENTHALER, « Le gage de compte d'instruments financiers après l'ordonnance du 24 février 2005 », *JCP E* 2005, n° 1728, p. 2028 et s. ; H. SYNVEY, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques BÉGUIN*, Litec, 2005, p. 719 et s. ; T. BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *JCP E* 2009, 1105, p. 18 et s.. V. *supra*, n° 179.

⁶⁸⁴Arrêt « BAYLET », Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041, préc.

⁶⁸⁵Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, préc.

⁶⁸⁶Ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière. V. F. AUCKENTHALER, « Le gage de compte d'instruments financiers après l'ordonnance du 24 février 2005 », art. préc., p. 2028 et s.

⁶⁸⁷C. monét. fin., anc. art. L. 431-4-I : abrogé par l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 mais repris dans des termes identiques par l'article L. 211-20 du même code.

remplacés par d'autres qui intègrent l'assiette du nantissement et sont considérés comme inscrits à la date initiale de la sûreté⁶⁸⁸.

221. **Distinction entre l'universalité de fait préexistante à la sûreté et l'universalité de fait créée par la sûreté.** Si un consensus règne sur la fluctuation des composants de l'universalité de fait préexistante affectée en sûreté, la situation est plus incertaine lorsqu'il s'agit de l'universalité de fait constituée par l'assiette d'une sûreté regroupant une pluralité de biens. Il est vrai que la situation diffère quelque peu. En présence d'un portefeuille de valeurs mobilières ou encore d'une bibliothèque⁶⁸⁹, la qualification de l'ensemble en universalité de fait est retenue en l'absence d'affectation en sûreté. C'est en ce sens que l'universalité de fait est préexistante. En revanche, l'ensemble constitué par une pluralité de biens réunis en assiette de sûreté unique ne constitue pas, antérieurement, une universalité de fait. C'est proprement leur réunion dans l'objectif commun de garantir la créance qui lui donne naissance. Ainsi, à l'image de la distinction entre fongibilité objective et subjective, l'universalité de fait préexistante et celle issue de l'affectation d'un ensemble de biens en sûreté se distinguent par leur source. Toute la question reste de savoir si l'universalité naissant de la création de la sûreté se voit reconnaître le même régime que celle préexistante et finalement affectée en garantie.

222. **Réception de la fluctuation des éléments de l'universalité de fait créée par la sûreté.** L'article 2333 du Code civil permet l'affectation d'un ensemble de biens mobiliers présents ou futurs en sûreté d'une dette⁶⁹⁰. En accord avec la définition subjective de l'universalité de fait⁶⁹¹, il semble que cette assiette en arbore les caractères. Partant, le régime applicable devrait être celui reconnu aux universalités de fait préexistantes, permettant la fluctuation de l'assiette par subrogation réelle des éléments successifs.

Cette position est néanmoins contestée en raison d'une interprétation divergente de l'article 2333 du Code civil. Pour des auteurs, l'engagement d'un ensemble de biens corporels présents ou futurs s'analyserait comme une simple

⁶⁸⁸C. monét. fin., art. 211-20.

⁶⁸⁹Pour ne citer que les exemples les plus connus d'universalités de fait.

⁶⁹⁰L'article 2355 du Code civil propose la même possibilité en matière de biens meubles incorporels.

⁶⁹¹V. *supra*, n° 205.

référence à l'affectation en sûreté d'universalités de fait préexistantes⁶⁹². Aussi, l'engagement par une sûreté unique d'une pluralité de biens ne serait jamais constitutive d'une universalité de fait. Partant, la fluctuation des biens ne serait admise que s'ils sont fongibles. Cette interprétation demeure certainement la plus probable, dès lors que la réforme de 2006⁶⁹³ n'a pas conféré une portée générale à la fluctuation de l'assiette, prenant le soin de limiter cette possibilité aux seuls biens fongibles⁶⁹⁴.

Pourtant – nous le soutenons – l'analyse théorique permet, à l'aune de la définition subjective de l'universalité de fait, de reconnaître dans les termes de l'article 2333 du Code civil la possibilité d'une universalité de fait créée par la réunion de plusieurs biens en assiette de sûretés. Aussi, nous ne pouvons que souhaiter la réception par la jurisprudence de cette interprétation : voilà qui permettrait au droit commun des sûretés réelles mobilières de s'adapter plus largement à la fonction des biens circulants du professionnel, dès lors que ceux-ci, envisagés comme éléments d'une assiette-universalité, pourraient librement fluctuer sans qu'il faille recourir au prisme de la fongibilité. Ce faisant, les potentialités de l'assiette fluctuante seraient pleinement exploitées, celle-ci ne se limitant plus aux seuls biens fongibles ni aux universalités préexistantes.

223. Conclusion : nécessité d'une intervention prétorienne. Il n'en reste pas moins qu'en l'absence d'intervention prétorienne, la prudence commande d'interpréter les termes de l'article 2333 comme une référence à l'affectation en sûreté d'universalités de fait préexistantes. En somme, l'efficacité de la qualification conventionnelle de l'assiette pour obtenir la généralisation de la fluctuation des biens engagés est tributaire des solutions jurisprudentielles, proposition largement transposable à l'intervention conventionnelle sur le régime de l'assiette.

⁶⁹²M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 556, n° 742. Les auteurs prennent pour exemple un stock de marchandises, un troupeau, une collection, c'est à dire des universalités de fait préexistantes à la sûreté. Dans le même sens, L. AYNÈS et P. CROCO, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 227, n° 504. Relevons, quelle que soit l'interprétation retenue, que tout en recevant l'universalité de fait comme objet de sûreté, le législateur en méconnaît la nature juridique. En effet, l'universalité de fait doit toujours s'envisager comme un bien meuble incorporel. Aussi, son traitement à travers le gage est impropre dès lors que celui-ci est désormais attaché aux seules assiettes mobilières corporelles. Ce manque de rigueur reste néanmoins anecdotique puisque le droit commun du nantissement des meubles incorporels, auquel sont soumises les universalités de fait en l'absence d'un régime spécial, voit son régime aligné sur celui du gage. Sur ce point, C. civ., art. 2355, al. 5.

⁶⁹³Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁶⁹⁴C. civ., art. 2342.

SECTION 2. L'INTERVENTION CONVENTIONNELLE SUR LE RÉGIME DE L'ASSIETTE

224. **Création conventionnelle d'assiettes fluctuantes.** Classiquement considéré comme imperméable aux initiatives individuelles⁶⁹⁵, le droit des sûretés réelles a évolué, notamment sous l'impulsion de la jurisprudence, pour les recevoir de façon croissante⁶⁹⁶. Ainsi, l'intervention conventionnelle sur le régime de l'assiette s'est développée pour obtenir des sûretés qu'elles répondent aux besoins des professionnels et, notamment, que la fluctuation de l'assiette puisse s'opérer en présence de biens circulants de toute nature physique. Aussi, les parties ont tenté de créer des assiettes fluctuantes, avant même, d'ailleurs, que le législateur consacre cette modalité de régime par quelques sûretés spéciales puis par le gage de droit commun. Si la validité de ces clauses de renouvellement d'assiette n'est pas douteuse (§1), leur efficacité doit être mise en procès (§2).

§1. La validité des clauses de renouvellement d'assiette

225. **Mécanismes utilisés.** Pour permettre aux éléments de l'assiette de fluctuer, deux voies sont envisageables. La première consiste à insérer une clause de substitution d'assiette, mécanisme conférant au constituant la possibilité de substituer par d'autres les biens initialement engagés (A). La seconde réside dans la conclusion d'une promesse de sûreté, permettant d'engager des biens nouveaux, tout en libérant les biens antérieurement affectés (B).

⁶⁹⁵V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 11, n° 5.

⁶⁹⁶La clause de réserve de propriété, issue de la liberté contractuelle et définitivement consacrée comme sûreté par la réforme du 23 mars 2006, illustre cette orientation nouvelle. Plus généralement, sur ce mouvement de réception des aménagements conventionnels en matière de sûretés réelles, v. P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 417 et s., n° 531 et s. ; M. GRIMALDI, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 26 juin 1996, n° 77, p. 7 et s., spéc. p. 8 et s. ; « Problèmes actuels des sûretés réelles, Rapport français », in *Les garanties de financement*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. 47, LGDJ, 1998, p. 155 et s.

A. La clause de substitution d'assiette

226. **Description du mécanisme.** La clause de substitution d'assiette⁶⁹⁷ est une pratique ancienne⁶⁹⁸. Il s'agit de permettre conventionnellement au constituant de remplacer les biens initialement grevés par d'autres. L'examen de ces clauses montre que les parties ne limitent pas le renouvellement aux seuls biens arborant une identité naturelle. Néanmoins, il est presque toujours prévu une équivalence de valeur entre les biens successifs, pour assurer au créancier le maintien de la valeur de l'assiette en dépit de la fluctuation de ses éléments.

Par cette clause, il s'agit d'assouplir le régime de la sûreté pour le constituant en lui permettant de disposer librement des biens engagés et de les remplacer au fur et à mesure des besoins de son cycle d'activité. En somme, il s'agit de mettre en place une assiette fluctuante chaque fois que le régime légal ne prévoit pas cette possibilité.

Si la clause de substitution d'assiette connaît une utilisation croissante, son succès varie toutefois selon la nature juridique des biens engagés. Très fréquente lorsque les biens engagés sont des meubles, elle devient rare voire inexistante en présence d'immeubles⁶⁹⁹. En tout état de cause, la validité de ces clauses n'est pas douteuse : expression de la liberté conventionnelle, elles sont reçues de longue date par la jurisprudence⁷⁰⁰. Plus même, le mécanisme a été repris par le droit commun du gage qui permet, conformément à l'article 2342 du Code civil, de substituer les meubles fongibles engagés par d'autres identiques. Pour autant, cette réception légale n'a pas rendu la clause de substitution d'assiette obsolète. Tout à l'inverse, elle tend à généraliser l'assiette fluctuante aux biens de toute nature, alors que la loi conditionne ce régime à la fongibilité des éléments engagés.

En parallèle des clauses de substitution d'assiette, une autre initiative contractuelle peut être imaginée pour adapter l'édifice légal au bien circulant : la promesse de sûreté réelle.

⁶⁹⁷V. S. PRAICHEUX, *Les sûretés sur les marchés financiers*, th. préc., p. 322 et s.

⁶⁹⁸Un arrêt de la chambre des requêtes en date du 10 mars 1915 se prononçait déjà sur sa validité et ses effets : Cass. req., 10 mars 1915 ; *DP* 1916, I, p. 241 ; *J.* 1916, I, p. 5, note C. LYON-CAEN.

⁶⁹⁹Il est vrai que les immeubles sont plus rarement des biens circulants.

⁷⁰⁰V. Cass. req., 10 mars 1915, préc. Plus récemment, Cass. com., 4 juill. 2000, n° 99-11.803, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; Cass. com., 19 nov. 2002, n° 00-20.516, *Bull. civ.* IV, n° 172 ; *JCP E* 2003, p. 526, note P. BOUTEILLER ; *JCP G* 2003, I, 124, n° 17, p. 619, obs. P. DELEBECQUE ; Cass. com., 26 mai 2010, préc.

B. La promesse de sûreté réelle

227. **Fonction traditionnelle de la promesse de sûreté : l'engagement de biens futurs.** Avant la réforme de 2006⁷⁰¹, la sûreté réelle, qu'elle porte sur assiette mobilière ou immobilière, ne pouvait recevoir que des biens présents. Cette exigence résultait de l'ancien article 2071 du Code civil, définissant le nantissement comme le « contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette », et de l'ancien article 2076, conditionnant la subsistance du « privilège »⁷⁰² au maintien de la dépossession du constituant. Ainsi, le gage n'existait qu'autant qu'il y avait dépossession ; et pour qu'il y ait dépossession, il fallait nécessairement que le bien engagé soit présent⁷⁰³. L'exigence s'appliquait tant aux biens corporels qu'incorporels⁷⁰⁴. À défaut de remise de l'assiette, la volonté d'affecter en sûreté n'était pas démontrée⁷⁰⁵, et l'engagement ne pouvait être qualifié que de promesse de sûreté⁷⁰⁶. Malgré l'absence de dépossession en matière hypothécaire, pareille exigence était également formulée par l'ancien article 2130 du Code civil prévoyant que « les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués ». Néanmoins, les parties pouvaient, tout comme en matière de sûreté réelle mobilière, recourir à une promesse d'hypothèque⁷⁰⁷.

228. **Nouvelle fonction de la promesse de sûreté : le remplacement des biens engagés.** Les sûretés mobilières sur biens futurs⁷⁰⁸ ayant été admises par la réforme de 2006⁷⁰⁹, la promesse de sûreté ne recouvre plus guère d'utilité pour engager des biens à venir. Néanmoins, elle peut emprunter une nouvelle fonction : celle d'instrument de renouvellement des éléments de l'assiette. Le professionnel, dans le cadre de son cycle d'activité, a vocation à acquérir de nouveaux biens circulants au fil de l'aliénation, de l'incorporation ou de la destruction de ceux préexistants. La certitude de leur renouvellement, qui est indispensable à la pérennité

⁷⁰¹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁷⁰²La désignation du droit réel accessoire résultant de la constitution d'un gage par le terme de « privilège » est maladroite. Sur ce point, à propos du gage des stocks, v. *supra*, n° 182.

⁷⁰³V. *supra*, n° 162.

⁷⁰⁴À propos d'un bien incorporel, v. not., Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1994, n° 91-21.646, *Bull. civ.* I, n° 4, p. 3 ; *JCP E* 1994, I, 365, n° 18, p. 288, obs. P. DELEBECQUE.

⁷⁰⁵Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-15.296, *Bull. civ.* IV, n° 220 ; *JCP G* 1998, II, 10206, p. 2176, note D. SALVAT ; *RTD com.* 1999, p. 489.

⁷⁰⁶En ce sens, L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 232, n° 507.

⁷⁰⁷M. DAGOT, « Promesse d'hypothèque ou le paradis des illusions », *JCP N* 16 évr. 2007, n° 1065, p. 21 et s.

⁷⁰⁸V. *supra*, n° 162.

⁷⁰⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

de l'activité, peut conduire à une organisation nouvelle des relations d'affaires. Le créancier, certain du maintien de la valeur patrimoniale par la substitution de biens circulants successifs, peut accepter que ceux initialement grevés soient remplacés par les nouveaux entrants. En contre-partie, le débiteur, par une promesse de sûreté, s'engage à affecter une certaine quantité de biens futurs. La promesse tend alors à permettre la fluctuation de biens circulants non fongibles, exclus du régime de l'article 2342 du Code civil.

229. **Conclusion du §1.** Qu'il s'agisse de promesses de sûretés ou de clauses de substitution d'assiette, la jurisprudence a accueilli le pouvoir des volontés individuelles par la reconnaissance de leur validité. Mais au-delà, c'est l'efficacité de ces interventions qu'il convient d'examiner : il faut, si l'on envisage le bien circulant en assiette de sûreté, qu'elles permettent à l'assiette de fluctuer, par la subrogation réelle des éléments successifs.

§2. L'efficacité des clauses de renouvellement d'assiette

230. **Efficacité variable.** Si la promesse de sûreté et la clause de substitution d'assiette visent un objectif identique – adapter le régime des sûretés réelles à la fonction du bien circulant en permettant à l'assiette de fluctuer –, elles recouvrent une pertinence inégale. Alors que la première manifeste une inefficacité constante (A), la seconde, avec le secours de la jurisprudence, voit croître son efficacité (B).

A. L'inefficacité constante des promesses de sûreté

231. **Effets recherchés par le recours à la promesse de sûreté.** Par le recours à la promesse de sûreté, les parties cherchent la fluctuation des biens réunis en assiette de sûreté. Il s'agit de libérer les éléments initialement engagés en leur substituant des biens nouveaux. Un exemple permet de fixer le propos. Un marchand de meubles greève une certaine quantité d'entre eux. En outre, une promesse de sûreté en engage d'autres, à venir, étant entendu entre les parties qu'ils

se substitueront aux premiers. La subrogation réelle entre les premiers éléments et ceux futurs constitue alors la condition d'efficacité de la promesse⁷¹⁰. À défaut de report du droit réel sur l'assiette de substitution, le mécanisme n'est avantageux ni pour le constituant, ni pour le créancier. Le premier doit subir à chaque renouvellement le coût de constitution d'une nouvelle sûreté, et obtenir du créancier qu'il renonce au droit réel de garantie affectant les éléments remplacés. Le second voit la sûreté initialement consentie disparaître, ne pouvant opposer son droit réel accessoire qu'à la date de la substitution des biens.

232. **Rejet jurisprudentiel des effets recherchés.** La jurisprudence, par les effets qu'elle confère à la promesse de sûreté, la rend doublement inefficace dans la recherche d'une généralisation de l'assiette fluctuante au bien circulant non fongible.

D'une part, la promesse de sûreté aboutit à la création d'une sûreté nouvelle. Dès lors, les éléments successivement engagés ne font pas l'objet de la subrogation réelle recherchée. D'autre part, l'inexécution du promettant ne permet pas l'exécution forcée, la seule sanction demeurant l'octroi de dommages et intérêts⁷¹¹. C'est qu'en effet, la promesse est incontestablement une obligation de faire⁷¹² et l'article 1142 du Code civil dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution du débiteur ». L'exécution forcée en nature semble donc légalement prohibée. On sait néanmoins qu'il faut relativiser la portée de cet article : visant la protection de la personne humaine, l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire demeure possible lorsque l'obligation ne présente pas un caractère personnel. Ainsi, retenir l'affectation forcée de l'assiette promise en sûreté n'était pas incohérent au regard de la dernière jurisprudence⁷¹³. Toutefois, et en l'absence de revirement de la Cour de cassation,

⁷¹⁰Sur la validité de principe de la subrogation réelle conventionnelle, V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, th. préc., p. 72 : « Ainsi, la théorie des lois de droit privé permet de résoudre très simplement la question de la subrogation conventionnelle : en application du principe de l'autonomie de la volonté, cette subrogation est toujours possible, quand elle ne contrevient pas à des règles impératives ».

⁷¹¹En ce sens, Cass. 3^{ème} civ., 7 avr. 1993, n° 91-10.032, *Bull. civ.* III, n° 55 ; *Deffrénois* 1993, art. 35617, n° 104, p. 1063 note L. AYNÈS ; L. AYNÈS et P. CROCO, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 232, n° 507 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 688, n° 913 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 368, n° 395.

⁷¹²Cass. 3^{ème} civ., 7 janv. 1987, n° 85-10.608, *Bull. civ.* III, n° 4.

⁷¹³Deux arrêts récents ont accueilli l'exécution forcée en nature d'obligations de faire ne présentant pas un caractère personnel (Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136, *Bull. civ.* III, n° 103 ; *RLDC* 2006, p. 323, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2007, n° 06-13.983, *Bull. civ.* I, n° 19, p. 17 ; *D.* 2007, p. 1119, note O. GOUT ; *JCP G* 2007, I, p. 161, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2007, p. 342, obs. J. MESTRE et B. FAGES).

telle n'est pas la solution retenue⁷¹⁴. Voilà qui amoindrit l'efficacité du mécanisme devenant insatisfaisant pour le créancier : cherchant le bénéfice d'un droit privilégié, il ne deviendra que titulaire d'une nouvelle créance chirographaire aux chances de recouvrement hypothétiques en présence d'un débiteur soumis à une procédure collective.

233. **Bilan.** Finalement, la promesse se révèle inefficace comme instrument de renouvellement de l'assiette, dès lors qu'elle ne permet pas la subrogation réelle des éléments successivement engagés⁷¹⁵. Aussi, les parties cherchant à adapter l'édifice légal aux biens circulants non fongibles devront préférentiellement s'orienter vers une clause de substitution d'assiette.

B. L'efficacité croissante des clauses de substitution d'assiette

234. **Réception de la subrogation réelle en matière de meubles objectivement fongibles.** La jurisprudence a, de longue date, identifié l'utilité de la clause de substitution d'assiette. Le gage pouvant perdurer dans le temps, l'assiette périssable, le plus souvent composée de choses fongibles, doit être renouvelée. À défaut, c'est la valeur même des biens engagés qui disparaît, ce qui semble contraire, sinon à l'obligation de conservation du détenteur⁷¹⁶, au moins à l'intérêt commun des parties. Aussi, dès la première moitié du XX^{ème} siècle⁷¹⁷, la Cour de cassation a reconnu qu'en présence d'une assiette de choses fongibles, les biens de remplacement affectés en vertu d'une clause de substitution prennent lieu et place de ceux remplacés par le jeu de la subrogation réelle. La solution est à saluer : permettant une gestion de l'assiette conforme aux besoins de ses éléments, elle protège tout à la fois les intérêts du constituant, du créancier et des tiers. Du constituant d'abord, en raison de la possibilité lui étant ouverte d'utiliser les biens

⁷¹⁴Cass. 3^{ème} civ., 7 avr. 1993, préc.

⁷¹⁵La promesse ne conservera finalement quelques attraits qu'en matière immobilière, l'article 2419 du Code civil issu de la réforme du 23 mars 2006 ayant réaffirmé la prohibition de principe des hypothèques sur immeubles futurs.

⁷¹⁶M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 565, n° 754, à propos du gage sans dépossession portant sur des biens menacés de dépérissement, les auteurs estiment que « le créancier ou le tiers convenu n'est pas tenu de les aliéner, mais seulement d'aviser le constituant ». *Contra* G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 68, n° 90 : « Le gagiste ne peut [...] disposer de la chose engagée, à moins qu'il ne s'agisse d'une chose fongible auquel cas il pourra avoir même l'obligation de l'aliéner si elle est périssable ».

⁷¹⁷Cass. req., 10 mars 1915 ; DP 1916, I, p. 241 ; S. 1916, 1, p. 54, note C. LYON-CAEN.

engagés pour les besoins de son activité ; du créancier ensuite, dès lors que la valeur de l'assiette demeure inchangée tout comme, d'ailleurs, la date d'opposabilité de son droit réel accessoire ; des tiers enfin, la substitution s'opérant pour une valeur constante, par des biens identifiés ou identifiables aux termes de la sûreté initiale. Toutefois, l'arrêt de principe⁷¹⁸ posait, dans les termes de sa motivation, des limites à la portée de sa solution, identifiant le fondement de la subrogation réelle dans la fongibilité des éléments de l'assiette. Demeurait en suspens le sens qu'il fallait retenir pour le terme « fongibilité » : fallait-il le restreindre aux biens naturellement identiques ou l'étendre à ceux subjectivement interchangeables⁷¹⁹ ?

235. **Généralisation de la subrogation réelle aux meubles subjectivement fongibles.** La jurisprudence récente semble retenir une vision large de la fongibilité, ainsi que l'atteste un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 26 mai 2010⁷²⁰. À propos de la substitution de marchandises affectées en gage par de nouvelles « de nature et de qualité différentes », celle-ci a considéré qu'une subrogation réelle des éléments pouvait néanmoins s'opérer, pourvu que la substitution « résulte d'un accord des parties » et intervienne entre « la même quantité de choses équivalentes ». Comme l'a justement précisé un auteur⁷²¹, l'équivalence de choses imposée doit s'entendre comme une quantité de la même valeur, dès lors qu'en l'espèce, la substitution s'opérait entre des marchandises de nature et de qualités différentes. Par là même, la fongibilité, condition de la subrogation réelle des éléments successifs d'une assiette, doit s'entendre comme subjective. Les qualités naturelles des biens engagés sont reléguées au second plan pour ne s'attacher qu'à leur communauté de valeur. Une telle position est vertueuse : elle permet d'élargir le champ des assiettes admises à fluctuation. Cette prédominance conférée au critère de la valeur des éléments de l'assiette semble d'ailleurs parfaitement indiquée. Il s'agit bien du critère à même de garantir les intérêts du créancier⁷²².

⁷¹⁸Cass. req., 10 mars 1915, préc.

⁷¹⁹Un auteur a proposé d'étendre plus encore la solution en permettant la subrogation réelle des éléments successifs en l'absence même de fongibilité (P. VEAUX-FOURNERIE, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), art. préc., spéc. p. 133, n° 7).

⁷²⁰Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, préc.

⁷²¹A. AYNÈS, *RDC* 2010/4, p. 1341, note sous Cass. com. 26 mai 2010, spéc. n° 1.

⁷²²V. *supra*, n° 194.

Par ces interventions jurisprudentielles successives, la clause de substitution d'assiette est devenue un instrument efficace d'adaptation du régime des sûretés réelles aux exigences du bien circulant. Les parties peuvent, par convention, désigner les biens qu'elles considèrent comme subjectivement fongibles et permettre ainsi d'obtenir leur subrogation réelle au fil des renouvellements.

236. **Insuffisances de la clause de substitution d'assiette.**

L'enthousiasme doit toutefois être modéré par la persistance d'une incertitude et d'une limitation.

L'incertitude affecte l'étendue de la consécration opérée par l'arrêt de 2010⁷²³. L'espèce traitait de biens différents mais néanmoins proches. Il s'agissait d'un remplacement de pièces de jambon en cours d'affinage par des noix de jambon, parties plus nobles de l'animal. Il reste que dans les deux cas, les marchandises successives arboraient des qualités naturelles voisines⁷²⁴. Cet élément factuel pourrait venir tempérer la portée de la solution, celle-ci s'appliquant aux biens non fongibles objectivement mais imposant tout de même des qualités naturelles proches. Nous espérons néanmoins que le critère d'équivalence de valeur retenu se détachera pleinement des qualités naturelles des biens affectés en garantie et trouvera pleine application, même s'ils n'ont finalement pour seule identité que leur valeur. À défaut, ce serait méconnaître les effets découlant de la fongibilité subjective conférée aux éléments de l'assiette. Par ailleurs, une telle position limiterait l'intérêt d'une clause de substitution à une catégorie de biens où elle n'est finalement plus utile : le droit commun du gage permet désormais la fluctuation de l'assiette regroupant des biens objectivement fongibles.

Quant à la limitation, elle touche au champ d'application du mouvement jurisprudentiel. Qu'il s'agisse de l'arrêt de 1915⁷²⁵ ou celui de 2010⁷²⁶, tous deux traitent d'une assiette mobilière au sein de laquelle des meubles sont remplacés par d'autres meubles. Dès lors, la solution ne semble pouvoir s'appliquer aux immeubles. Certes, une position inverse serait souhaitable puisque le bien circulant peut parfaitement être immeuble. Néanmoins, l'examen du régime de l'hypothèque

⁷²³Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, préc.

⁷²⁴Il s'agissait dans les deux cas de pièces d'un animal de la même espèce, le cochon.

⁷²⁵Cass. req., 10 mars 1915, préc.

⁷²⁶Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, préc.

commande le rejet de l'extension de la solution, dès lors que chaque affectation hypothécaire commande, à peine de validité, l'identification et la désignation du bien⁷²⁷, supposant ainsi la création d'une sûreté nouvelle. Au-delà, la clause de substitution ne permet pas de dépasser la structure légale des sûretés réelles. Aussi ne sera-t-il pas possible, même en ayant recours à la fongibilité conventionnelle, que des meubles se substituent à des immeubles. En somme, elle ne peut aboutir à une assiette fluctuante générale, au sein de laquelle la substitution des biens interviendrait quelle que soit leur nature physique.

237. **Conclusion du Chapitre II.** Les développements qui précèdent ont confirmé la place grandissante du pouvoir des volontés individuelles en matière de sûretés réelles⁷²⁸. Pour autant, ces initiatives ne revêtent qu'une efficacité limitée dans la recherche de la généralisation de l'assiette fluctuante lors de l'engagement en sûreté de biens circulants.

Certes, la qualification conventionnelle des éléments engagés et la clause de substitution d'assiette permettront la subrogation de biens successifs seulement subjectivement fongibles. Toutefois, cette subrogation ne sera possible qu'en présence de meubles. Aussi, les interventions conventionnelles, tout comme les régimes légaux, ne permettront d'adapter la matière qu'à certains biens circulants. Par ailleurs, et si cette subrogation n'impose pas une identité de qualités des éléments successifs, elle suppose néanmoins une identité de nature physique : les biens corporels ne se subrogeront qu'avec d'autres corporels, les meubles qu'avec d'autres meubles. Partant, les interventions conventionnelles ne permettent pas d'aboutir à une sûreté recevant des biens de toute nature physique pouvant être remplacés par tout autre bien, pourvu que la valeur de l'assiette soit conservée. En ce sens, l'assiette fluctuante demeure enfermée dans des limites restrictives, alors qu'il faudrait, concernant le bien circulant, lui reconnaître une vocation générale.

238. **Conclusion du Titre II.** Nous nous en souvenons, la généralisation du bien circulant en assiette de sûreté imposait la découverte d'une institution de garantie sans dépossession, pouvant garantir des créances présentes et futures et

⁷²⁷C. civ., art. 2418 et 2426.

⁷²⁸Tendance d'ailleurs corroborée par le traitement actuel des clauses de réalisation d'assiette que nous envisagerons plus avant dans ce propos. V. *infra*, n° 424 et s.

permettant la fluctuation de l'assiette. Le renouvellement légal du droit des sûretés réelles a permis de satisfaire les deux premières exigences. Par l'abandon du principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière, les meubles grevés peuvent désormais demeurer entre les mains du constituant, ce qui permet d'éviter les contraintes d'un transport matériel et facilite leur conservation. La refonte du principe de spécialité de la créance garantie aboutit également à une modernisation opportune de la matière. Il est désormais possible de garantir des créances futures ce qui, simplifiant les relations entre créancier et débiteur, facilite l'accès au crédit du constituant. Quant à la troisième exigence, la réception de l'assiette fluctuante constitue une innovation majeure. Par cette figure de sûreté, le constituant dispose librement des biens grevés à charge de les remplacer par d'autres. Voilà qui accorde le régime de la sûreté aux biens voués à circuler, sans que la sécurité du créancier bénéficiaire soit sacrifiée puisque la valeur de l'assiette est conservée.

Malheureusement, le législateur, tout en édictant cette figure de sûreté, ne lui a pas conféré une portée générale. La fluctuation de l'assiette, rappelons-le, n'est admise qu'en présence de biens meubles fongibles et les potentialités de l'assiette qualifiée en universalité, par nature fluctuante, demeurent inexploitées. Aussi, l'adaptation de l'édifice légal aux biens circulants reste parcellaire ce qui révèle, en creux, les défauts persistants de la matière malgré son renouvellement récent.

239. **Conclusion de la Première Partie.** Nous le savons désormais, le bien circulant, entité juridique retrouvée au sein du patrimoine professionnel, arbore des caractères propres. Pouvant être meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, le bien se singularise par sa fonction qui impose sa disponibilité matérielle et juridique. Au-delà, le propos a mis en lumière les obstacles à l'affectation en sûreté du bien circulant, au nombre desquels figure la conception traditionnelle des sûretés réelles, imposant le transport de l'assiette mobilière entre les mains du créancier bénéficiaire et restreignant la disponibilité juridique des biens engagés. Incontestablement, les interventions légales successivement entreprises ont permis de dépasser certains de ces obstacles. En ce sens, les meubles engagés en sûreté ne font plus l'objet d'une dépossession impérative.

Il n'en reste pas moins que la matière contient encore des imperfections majeures de nature à exclure le bien circulant comme assiette de sûreté. Si quelques

régimes spéciaux, et depuis peu, le gage et le nantissement de droit commun, permettent la fluctuation de l'assiette par la subrogation réelle de biens successifs, cette possibilité, pleinement adaptée à la fonction du bien circulant, demeure restreinte aux seuls meubles fongibles. Outre ce premier défaut, il faut en rappeler un second : l'organisation légale des sûretés réelles ne permet toujours pas une sûreté recevant cumulativement des meubles et des immeubles, des biens corporels et incorporels. Aussi, le bien circulant ne peut pas faire l'objet d'une sûreté unique, proposant un régime invariablement conforme à sa fonction.

Finalement, l'édifice légal ne parvient pas à s'adapter à l'ensemble des biens voués à circuler, obstacle, nous l'avons souligné, ne pouvant être dépassé par l'intervention conventionnelle. Pourtant, le droit positif reçoit, du moins à l'état de concept, les leviers de généralisation du bien circulant en assiette de sûreté. Seulement, ils sont encore enfermés dans des limites restrictives qui ne permettent pas d'exploiter pleinement leurs potentialités. Aussi faut-il, dans une vision prospective, proposer une sûreté nouvelle exploitant ces apports en les libérant de leurs carcans ; en somme, envisager *de lege feranda* la réception d'une sûreté réelle nouvelle de droit commun : la sûreté globale.

- SECONDE PARTIE -

LE BIEN CIRCULANT ASSIETTE D'UNE SÛRETÉ NOUVELLE DE DROIT COMMUN

240. **Sûreté globale et modèles étrangers.** Le modèle constitué par la sûreté globale, inconnu du droit français, ne l'est pas de l'ensemble des droits étrangers. Nous l'avons évoqué⁷²⁹, les droits anglais et québécois ont consacré cette figure de garantie à travers la *floating charge* et l'hypothèque ouverte⁷³⁰. Ces sûretés étrangères doivent nous inspirer en ce qu'elles permettent d'engager, par une sûreté unique, des biens de toute nature physique qui demeurent disponibles pour le constituant alors que la sûreté est pendante. De tels aspects sont bien évidemment indiqués lorsqu'il s'agit d'engager en garantie le bien circulant : les éléments de l'assiette restant disponibles, l'affectation en sûreté ne s'oppose plus à sa fonction.

⁷²⁹V. *supra*, n° 64.

⁷³⁰Le droit américain a également reçu la possibilité d'une sûreté globale à travers le *security interest*, limitée toutefois à l'assiette mobilière (v. *supra*, n° 65). Dans le même esprit, le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties incite à la création d'une sûreté mobilière globale. En ce sens la recommandation 17 du Guide énonce que « la loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut grever tout type de bien, y compris des fractions de biens et des droits indivis sur des biens. Elle peut grever des biens qui, au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, n'existent pas encore ou dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou qu'il n'a pas encore le pouvoir de grever. Elle peut aussi grever tous les biens d'un constituant. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et décrites dans la loi de manière claire et précise » (pour consultation : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-85027_EbookTermin-F.pdf). Pour une présentation de ce Guide, v. J.-F. RIFFARD, *Droit des sûretés*, Lexifac Droit, 2^{ème} éd., 2012, spéc. p. 27 ; « Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations de garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé », in *Le Droit des sûretés à l'épreuve des réformes* (dir. P. CROCQ et Y. PICOD), art. préc., p. 107 et s. ; « Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », art. préc., p. 9 et s.

Cependant, la sûreté globale que nous allons proposer doit également se détacher de ces sources d'inspiration. Aussi ne sera-t-elle pas une transposition d'un dispositif étranger mais une sûreté nouvelle de droit commun, propre au droit français. Certes, sa définition, ses caractères et son régime présenteront quelques similarités avec les sûretés globales notamment consacrées par les droits anglais, québécois et nord-américain. Toutefois, elle ne pourra manifester sa pleine efficacité que par une réception en conformité avec les principes directeurs gouvernant la matière, ce qui s'oppose à la simple transposition d'une institution étrangère.

241. **Sûreté globale et sûretés de droit interne.** Distincte des modèles étrangers, la sûreté globale se détachera tout autant des figures de sûretés consacrées en droit interne. Certes, il existe quelques sûretés permettant à l'assiette de fluctuer ainsi du gage de droit commun sur choses fongibles, du gage sur stocks du Code de commerce ou encore du nantissement de compte-titres, qui permettent aux biens engagés d'être remplacés par d'autres. Toutefois, ces régimes, adaptés à la fonction du bien circulant, ne consacrent pas une sûreté nouvelle : ils ne constituent que des figures particulières du gage ou du nantissement. Surtout, ils n'ont aucune vocation générale.

242. **Plan.** La réception de la sûreté globale relève d'une toute autre ambition. Il s'agit, en utilisant les leviers de généralisation du bien circulant en assiette de sûreté d'ores et déjà reçus par le droit positif, d'esquisser les contours d'une institution nouvelle de sûreté (Titre I) proposant un régime (Titre II) de nature à s'adapter invariablement à la fonction du bien circulant.

- TITRE I - RÉCEPTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE

- TITRE II - RÉGIME DE LA SÛRETÉ GLOBALE

- TITRE I -

RÉCEPTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE

243. **Mouvements combinés de détachement et d'exploitation du droit existant.** La sûreté globale tendra à proposer une institution de garantie pleinement adaptée aux biens du professionnel voués à circuler. Pour parvenir à ce résultat, cette sûreté nouvelle devra se détacher des figures de sûretés connues du droit interne. Ainsi, recevra-t-elle alternativement ou cumulativement tant des meubles que des immeubles, des biens corporels qu'incorporels, des choses fongibles ou non fongibles. C'est d'ailleurs en ce sens que cette sûreté sera globale, son assiette pouvant être composée de biens de toute nature physique⁷³¹.

Distincte des modèles connus, la sûreté proposée s'inspirera néanmoins du droit positif. Aussi, l'abandon du principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière permettra de lui conférer une nature hypothécaire ménageant l'entière disponibilité matérielle des biens grevés, indifféremment de leur nature mobilière ou immobilière. En outre, il faudra que la valeur de l'assiette soit conservée par la subrogation réelle entre les biens initialement engagés et ceux venant en remplacement. Toutefois, cette subrogation, pour conférer de la souplesse à l'institution, devra être permise entre des biens n'entretenant qu'une simple

⁷³¹Le modèle proposé se distingue ici du *security interest*, qui limite la globalité de l'assiette aux meubles. V. *supra*, n° 65.

équivalence en valeur. En somme, la sûreté proposée à réception devra permettre de généraliser l'assiette fluctuante.

244. **Plan.** Ses spécificités feront de la sûreté globale une figure de garantie singulière qu'il faut appréhender comme une sûreté nouvelle (Chapitre I) et dont il faut dégager les caractères (Chapitre II).

- CHAPITRE I - LA SÛRETÉ GLOBALE ÉRIGÉE EN SÛRETÉ NOUVELLE

- CHAPITRE II - LES CARACTÈRES DE LA SÛRETÉ GLOBALE

- CHAPITRE I -

LA SÛRETÉ GLOBALE ÉRIGÉE EN SÛRETÉ NOUVELLE

245. **Une sûreté *sui generis*.** La sûreté globale proposée ne constituera pas le prolongement d'une sûreté réelle d'ores et déjà consacrée en droit interne. Elle ne sera pas une figure spéciale du gage, du nantissement ou encore de l'hypothèque de droit commun. En ce sens, la réception de la sûreté nouvelle se détachera du mouvement de spécialisation des sûretés réelles⁷³², mouvement dont nous avons souligné la contre-productivité et le manque d'efficacité⁷³³. Tout à l'inverse, cette figure singulière de garantie devra s'analyser en un ordre nouveau de sûreté tendant à s'adapter aux particularismes du bien circulant.

246. **Plan.** En tant que sûreté nouvelle, la sûreté globale doit recevoir sa définition (Section 1). Toutefois, tout autonome⁷³⁴ qu'elle soit, l'institution envisagée demeurera une sûreté. À ce titre, sa réception supposera de l'insérer au sein du droit positif (Section 2).

⁷³²Sur ce mouvement, à propos des sûretés mobilières sans dépossession et de l'avènement de l'assiette fluctuante, v. *supra*, n° 148 et s., et n° 179.

⁷³³V. *supra*, n° 149.

⁷³⁴L'autonomie est ici envisagée par rapport aux autres sûretés. La sûreté globale, en tant que sûreté réelle, sera nécessairement l'accessoire de l'obligation garantie. Sur ce caractère des sûretés réelles, v. not., A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, *op. cit.*, p. 872 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. BECQUÉ, t. XII, *op. cit.*, spéc. p. 316, n° 330 ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, p. 295, n° 231 ; C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, th. préc., p. 233, n° 389 ; C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. préc., p. 74, n° 49 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 169, n° 400 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 445, n° 598 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, th. préc., p. 82, n° 101.

SECTION 1. DÉFINITION DE LA SÛRETÉ NOUVELLE

247. **Méthode de définition.** Toute sûreté réelle, en tant qu'instrument de garantie d'une obligation par la constitution d'un droit réel sur un ou plusieurs biens, soulève invariablement le même enchaînement de questions : qu'est-ce qui est garanti ? Par quoi est-ce garanti ? Comment est-ce garanti ?

Les réponses à ces différentes questions définissent la sûreté réelle et permettent son identification. La sûreté globale ne fera pas exception et sa définition impose la détermination des créances qu'elle garantira (§1), de l'assiette qu'elle recevra (§2) et du droit réel qu'elle créera (§3).

§1. Les créances garanties par la sûreté globale

248. **Garantie de créances présentes et futures.** La détermination des créances qui pourront être garanties par la sûreté globale suppose de concilier deux mouvements allant en sens opposés.

Le premier mouvement découle des besoins économiques des titulaires de biens circulants et tend à l'élargissement du champ des créances admises. Aussi, la sûreté globale devra permettre de garantir des créances successives, sans qu'une nouvelle sûreté soit consentie. Il sera donc nécessaire que les créances futures au jour de la constitution de la sûreté soient admises. À défaut, il faudra procéder à la création de sûretés globales successives au fur et à mesure de la naissance des crédits, résultat de nature à rendre l'institution de garantie proposée coûteuse pour le débiteur, peu rassurante pour le créancier, et inattractive pour tous⁷³⁵.

Le second mouvement est insufflé par le principe de spécialité quant à la créance garantie. Celui-ci restreint le champ des créances admises. La sûreté globale, en tant que sûreté réelle, constituera un sous-ensemble devant se conformer aux principes directeurs de la matière. L'entité nouvelle sera donc soumise à l'invariable exigence de spécialité de la créance garantie⁷³⁶. Dans sa conception traditionnelle, ce

⁷³⁵Sur les avantages de la possibilité de garantir des créances futures, v. *supra*, n° 175.

⁷³⁶Sur ce principe, v. *supra*, n° 168 et s.

principe supposait, à peine d'opposabilité⁷³⁷ ou de nullité⁷³⁸, la détermination de la créance lors de la constitution de la sûreté. Par là même, la possibilité de garantir des créances futures était exclue.

La conciliation de ces mouvements allant en sens contraire a été permise par la réforme du 23 mars 2006⁷³⁹, qui a procédé à un relâchement opportun du principe de spécialité de la créance garantie⁷⁴⁰ à travers les nouveaux régimes de droit commun du gage⁷⁴¹, du nantissement⁷⁴² et de l'hypothèque⁷⁴³. Désormais, la créance garantie peut être non seulement présente mais également future pourvu qu'elle soit déterminable. Cette solution devra être prolongée pour la sûreté que nous proposons⁷⁴⁴ dès lors qu'elle participe d'un équilibre entre protection et souplesse. L'exigence de déterminabilité évite la consécration d'une sûreté réelle *omnibus* venant en garantie de n'importe quelle créance, ce qui fournit des limites rassurantes. Par ailleurs, les tiers sont informés de l'étendue de la garantie et l'assiette conserve quelque attractivité pour venir en sûreté de crédits consentis par d'autres créanciers⁷⁴⁵. Néanmoins, la simple déterminabilité permet à la sûreté d'évoluer et de garantir les créances naissant au fil des relations d'affaires. Cette souplesse est vertueuse : le débiteur ne subit pas le coût de la création de sûretés successives ; quant au créancier bénéficiaire, il conserve l'opposabilité de sa sûreté à la date de la constitution initiale.

⁷³⁷C. civ., anc. Art. 2074, à propos des sûretés réelles mobilières.

⁷³⁸C. civ., anc. Art. 2132, à propos de l'hypothèque conventionnelle.

⁷³⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁷⁴⁰V. *supra*, n° 171 et s. Sur ce relâchement, v. not. L. AYNÈS, « Le nouveau droit du gage », art. préc., spéc. p. 51 ; D. LEGEAS, « Le gage de meubles corporels », art. préc., p. 12 et s., spéc. n° 19 ; P. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », art. préc., p. 597 et s., spéc. n° 18 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La pluralité des régimes de gage », art. préc., spéc. p. 77.

⁷⁴¹C. civ., art. 2333, al. 2 : « Les créances garanties peuvent être présentes ou futures [...] ».

⁷⁴²C. civ., art. 2355, al. 5 (par renvoi au gage de droit commun).

⁷⁴³C. civ., art. 2421, al. 1^{er} : « L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures ».

⁷⁴⁴Cette solution s'inscrit, en outre, dans le mouvement voulu pour les sûretés réelles mobilières par les initiatives internationales, ainsi que le montre le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, proposant, par sa recommandation numéro 16, qu'« une sûreté réelle mobilière peut garantir tout type d'obligation, qu'elle soit présente ou future, déterminée ou déterminable [...] » (pour consultation du Guide : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/09-85027_EbookTermin-F.pdf). Dans le même sens, l'Acte portant organisation Uniforme des Sûretés de l'OHADA – l'AUS – permet que les gages, nantissements et hypothèques viennent en garantie de créances futures à condition qu'elles soient déterminables. Sur ce dernier point, v. art. 93, 125 et 190 de l'AUS, téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.ohada.org/presentation-de-lacte-uniforme-droit-surete/telechargement-droit-des-suretes.html>. Pour une présentation de l'AUS, v. « Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA », Dossier, *Dr. et patrimoine*, nov. 2010, n° 197, p. 45 et s.

⁷⁴⁵Pourvu, toutefois, que le champ des créances futures déterminables ne soit pas trop élargi et, par là même, de nature à rendre illusoire l'efficacité d'une sûreté postérieure inférieure en rang.

249. Précision des critères de la déterminabilité des créances futures.

Le législateur s'est contenté d'énoncer que la créance future garantie par un gage, un nantissement ou une hypothèque de droit commun devra être « déterminable »⁷⁴⁶. Cette proposition implique nécessairement que des précisions soient fournies à l'acte permettant l'identification des créances. Toutefois, la nature de ces précisions n'a nullement été encadrée⁷⁴⁷. Tout au plus, l'article 2421 du Code civil relatif à l'hypothèque conventionnelle précise, en son alinéa 2, que la cause des créances doit être déterminée dans l'acte. Ce renvoi à la notion « souple et tourmentée »⁷⁴⁸ de cause nous semble maladroit. Doit-on se référer à la contre-partie objective ou à la finalité de l'opération ? Probablement faut-il se référer aux deux⁷⁴⁹, mais il reste que le critère laisse plus d'interrogations que de réponses, ce qui constitue, tout comme l'absence de critère, en matière de gage et de nantissement, une source d'insécurité juridique.

Il faut, à notre sens, guider les parties. Ainsi, la créance future garantie par la sûreté globale sera déterminable dès lors que la convention contiendra les informations permettant d'identifier les parties et la source de la créance⁷⁵⁰. En tout état de cause, cette source pourra recouvrir un champ restreint ou étendu⁷⁵¹ mais les parties devront fixer un plafond, déterminant la somme maximum garantie⁷⁵². Par cette exigence, il s'agit d'éviter qu'un nouveau créancier, ne pouvant déterminer

⁷⁴⁶Le terme est employé pour le gage, le nantissement et l'hypothèque. V. *supra*, n° 172.

⁷⁴⁷Le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 n'apporte pas plus d'informations. Il est prévu que le bordereau d'inscription du gage mentionne les éléments permettant de déterminer les créances futures, sans aucune précision ni exemple éclairant sur la nature de ces éléments.

⁷⁴⁸P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, p. 297, n° 596.

⁷⁴⁹Pour une présentation des notions de cause objective et subjective, v. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 198 et s., n° 197 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, p. 310, n° 621 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2008, p. 68, n° 86 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, p. 379, n° 334 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, p. 247 et s., n° 254 et s.

⁷⁵⁰Un exemple permet d'illustrer le propos. Un fournisseur de matières premières approvisionne un fabricant de biens d'ameublement. Une convention de sûreté globale est conclue sur le stock de bois du fabricant au profit du fournisseur en garantie de créances présentes et futures. Pour les créances futures, les parties préciseront, par exemple, que ce sont celles à naître dans le cadre de leurs échanges professionnels et pour les contrats de fourniture de matières premières. Par cette précision de la source et de la destination des créances futures, celles-ci deviendront déterminables.

⁷⁵¹Si l'on reprend l'exemple de la sûreté globale unissant le fabricant d'ameublement à son fournisseur de bois, le champ des créances futures peut être étendu à l'ensemble des créances pour tout contrat conclu entre les parties. À l'inverse, il peut également être restreint aux seules créances dues en raison de la fourniture de certaines essences de bois.

⁷⁵²Cette exigence est empruntée à l'hypothèque conventionnelle, l'article 2423, alinéa 1^{er} du Code civil prévoyant que « l'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité ». Sur cette nécessaire spécialité quant au montant de la créance garantie en matière d'hypothèque conventionnelle, v. C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. préc., p. 214 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCCQ, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 304, n° 662.

l'étendue de l'engagement, refuse de recevoir en sûreté des biens d'ores et déjà grevés, ce qui nuirait au crédit du constituant.

250. **Conclusion du §1.** La sûreté globale permettra donc la garantie de créances présentes ou futures. Cette possibilité, toute indiquée qu'elle soit en matière de sûretés unissant des partenaires d'affaires, ne présentera néanmoins aucune singularité puisqu'elle est d'ores et déjà reçue par le droit positif. De ce point de vue, la sûreté proposée et celles préexistantes présenteront une identité de caractère. Il en ira tout autrement concernant l'assiette de la sûreté globale.

§2. L'assiette de la sûreté globale

251. **Plan.** La sûreté globale le sera proprement par son assiette. Dépassant la distinction traditionnelle des sûretés réelles par la nature physique des biens grevés⁷⁵³, elle devra recevoir des choses de toute nature physique, présentes ou futures (A). Par ailleurs, l'objectif de la sûreté proposée à réception sera de ménager au constituant la disponibilité des biens engagés. La qualification de l'assiette de sûreté globale en universalité de fait (B) constituera l'instrument pour atteindre ce résultat.

A. Approche descriptive de l'assiette : un ensemble de biens présents ou futurs de toute nature physique

252. **Une pluralité d'éléments.** La vocation naturelle de la sûreté globale sera de recevoir une pluralité de biens en son assiette. En effet, elle se destinera aux biens circulants que le professionnel détient en nombre et qu'il s'agira de grever, en tout ou partie, par la constitution d'une sûreté unique. Toutefois, de façon résiduelle et temporaire, l'assiette de la sûreté globale pourra n'être composée que d'un unique bien⁷⁵⁴.

⁷⁵³V. *supra*, n° 56 et s.

⁷⁵⁴Sa qualification en universalité de fait (v. *infra*, n° 255 et s.) pourrait alors être contestée en raison du défaut de pluralité de biens au sein de l'enveloppe juridique. En ce sens, la Cour de cassation a déjà refusé qu'un unique tableau constitue une collection (Cass. com., 17 oct. 1995, n° 94-10.196, *Bull. civ.* IV, n° 240, p. 222 ; *D.* 1996, p. 33, note A. ROBERT ; *RTD civ.* 1996, p. 651, obs. F. ZENATI). À notre sens, il faut rejeter l'objection dès lors que ce qui caractérise l'universalité de fait n'est pas seulement l'agglomérat de biens mais la communauté d'affectation

253. Des éléments de toute nature physique, présents ou futurs.

L'assiette de la sûreté globale devra également avoir une vocation générale. Cette généralité s'exprimera d'abord dans une acception temporelle. Ainsi, les biens présents tout autant que ceux futurs pourront être engagés, sous réserve, pour les seconds, de répondre à la condition de déterminabilité⁷⁵⁵. L'engagement de biens futurs ne constituera néanmoins pas l'originalité de la sûreté globale. Pareille opportunité, particulièrement indiquée en présence de biens voués à circuler⁷⁵⁶, est d'ores et déjà consacrée de façon générale⁷⁵⁷ pour le gage⁷⁵⁸ et le nantissement⁷⁵⁹ de droit commun.

La singularité de l'assiette de la sûreté globale s'exprimera par le second aspect de sa généralité. Les sûretés réelles existantes, à l'exception des privilèges généraux⁷⁶⁰, se divisent par la nature physique des biens reçus. Ainsi, le gage ne peut porter que sur des meubles corporels et le nantissement sur des meubles incorporels. De la même façon, l'hypothèque et le gage immobilier ne s'appliquent qu'à des immeubles. La sûreté globale devra rompre avec cette conception traditionnelle de la matière, en recevant en son assiette tout bien, quelle que soit sa nature physique. Ce faisant, l'assiette pourra être composée d'un ensemble de biens de même nature. Ainsi, pourra-t-on affecter en sûreté globale une pluralité de meubles ou d'immeubles. Mais l'assiette de sûreté globale recevra également un ensemble de biens ayant une nature physique différente. Seront alors regroupés, au sein d'une sûreté unique, des meubles et des immeubles, des biens corporels et incorporels⁷⁶¹.

Si cette figure de sûreté devra permettre de regrouper en assiette des biens dépourvus d'identité naturelle, ceci ne signifie pas pour autant que les composants n'entretiendront aucune identité. En premier lieu, les biens futurs venant en

leur étant conférée, celle-ci survivant à l'absence temporaire d'une multiplicité de composants.

⁷⁵⁵Sur ce point, v. *infra*, n° 340.

⁷⁵⁶V. *supra*, n° 162.

⁷⁵⁷Depuis l'ordonnance de réforme n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁷⁵⁸C. civ., art. 2333, al. 1^{er} : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde au créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs ».

⁷⁵⁹C. civ., art. 2355 al. 1^{er} : « Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de meubles incorporels, présents ou futurs ».

⁷⁶⁰Dont la qualification de sûreté est par ailleurs contestée. En ce sens, v. not. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours de Droit civil français, op. cit.*, p. 781 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 217, n° 141 ; P. ANCEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 120, n° 229 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 485, n° 649 ; P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., p. 60.

⁷⁶¹De ce point de vue, la sûreté globale proposée constitue une figure proche de la *floating charge* de droit anglais et de l'hypothèque ouverte de droit québécois. Elle s'éloigne en revanche du *security interest* de droit américain qui se restreint à l'assiette mobilière. Sur ces sûretés, v. *supra*, n° 63 et s.

remplacement de ceux antérieurement engagés entretiendront, sinon une identité de nature, au moins une équivalence subjective par leur communauté de valeur⁷⁶². Ensuite et surtout, si un bien de toute nature physique pourra être engagé en sûreté globale, n'importe quel bien ne sera pas pour autant admis ; seuls les biens circulants seront reçus, limitation du champ d'application de l'institution nouvelle dont nous exposerons bientôt les raisons⁷⁶³.

254. **Bilan.** La sûreté globale permettra donc de réunir un ensemble de biens hétéroclites au regard de leur nature physique. Mais au-delà du contenu de l'assiette, c'est sa qualification qui doit maintenant retenir l'attention.

B. Approche juridique de l'assiette : la qualification de l'ensemble des biens affectés en universalité de fait

255. **Termes de l'alternative.** En présence d'une assiette regroupant une pluralité de biens, deux analyses juridiques sont envisageables. En premier lieu, il est possible d'ignorer l'ensemble, pour ne considérer les biens engagés qu'individuellement. Dès lors, les éléments grevés constituent chacun l'objet du droit réel de garantie⁷⁶⁴. Toutefois, il est également possible d'appréhender cet ensemble comme un bien nouveau distinct de ses composants, c'est à dire comme une universalité de fait⁷⁶⁵.

256. **Qualification retenue.** Le fonds de commerce, la collection, le troupeau ou encore la bibliothèque⁷⁶⁶ constituent les exemples traditionnels d'universalités de fait. On ne saurait toutefois restreindre l'existence de ce bien à ces seules hypothèses. L'universalité de fait s'inscrit, nous l'avons évoqué, dans une conception subjective tant dans sa source que dans son contenu⁷⁶⁷. Le bien n'existe

⁷⁶²Sur ce point, v. *infra*, n° 378.

⁷⁶³V. *infra*, n° 326.

⁷⁶⁴V. *supra*, n° 222.

⁷⁶⁵V. *supra*, n° 208.

⁷⁶⁶Sur ces universalités, v. not. A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 37, n° 104.

⁷⁶⁷Sur ce point, v. *supra*, n° 205. Dans le sens de cette affirmation, v. C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, *op. cit.*, p. 30, n° 66 ; A. BELLON, *Du nantissement d'un fonds de commerce*, th. préc., p. 45 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 189, n° 233 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, p. 1623 et s., n° 724 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. préc., spéc. p. 79 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 148, n° 226 ; S. PIEDELIÈVRE, « Universalité et portefeuille de valeurs mobilières », art. préc., spéc. p. 96.

qu'en raison de la communauté d'affectation conférée aux éléments regroupés⁷⁶⁸. Dès lors, tout agglomérat de biens poursuivant un intérêt propre et distinct des utilités de ses éléments peut recevoir la qualification d'universalité de fait.

L'assiette de sûreté globale répondra à cette définition : elle sera constituée par un ensemble de biens réunis dans l'intérêt propre et commun de garantir une ou plusieurs créances. Cette universalité de fait – bien qu'il faudra considérer comme un meuble incorporel⁷⁶⁹ – n'aura toutefois d'existence que le temps de la sûreté globale. C'est l'affectation en garantie de l'ensemble qui confèrera à l'agglomérat de biens son intérêt propre et distinct, celui-ci disparaissant en même temps que la sûreté⁷⁷⁰.

257. **Intérêts de la qualification de l'assiette en universalité.** De façon constante, l'universalité de fait se définit comme « un ensemble de biens constitutif d'un bien »⁷⁷¹, soumis à un régime juridique particulier. Dès lors, les biens réunis en universalité recouvrent tout à la fois un sort commun et autonome qu'il faut concilier. Le sort autonome⁷⁷² se justifie dès lors que les composants demeurent chacun l'objet d'un droit réel. Ils restent donc, *a priori*, soumis à leur propre loi ce qui permet de les rendre disponibles⁷⁷³. Toutefois, le sort autonome ne saurait méconnaître celui commun⁷⁷⁴, résultant de l'appartenance à l'universalité. À défaut, la réunion n'aurait aucun intérêt. Aussi, les composants répondent d'un régime uniforme, celui de l'universalité de fait, qui pourra limiter leur autonomie, notamment quant à leur disponibilité. En ce sens, l'universalité de fait relève d'une « approche dualiste »⁷⁷⁵, son régime s'envisageant nécessairement comme un équilibre entre le sort commun de l'ensemble et le sort autonome des composants. Le bien-universalité constitué par l'assiette de la sûreté globale ne fera pas exception : les

⁷⁶⁸En ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 136, n° 211 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., p. 67, n° 64.

⁷⁶⁹V. *supra*, n° 206. En ce sens, à propos de la nature incorporelle de l'universalité de fait, v. not. A. CERBAN, *Étude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*, th. préc., p. 217 ; R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », art. préc., spéc. n° 33 ; R. LIBCHABER, *V° « Biens », Rép. civ.*, n° 64 ; J.-J. DAIGRE, « Du fonds libéral en général », art. préc., p. 191 et s. ; N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 255, n° 264.

⁷⁷⁰Voilà qui distingue l'universalité de fait constituée par l'affectation d'un ensemble de biens en sûreté globale, d'universalités de fait existantes indépendamment de toute affectation en sûreté, ainsi pour exemple, du fonds de commerce ou encore de la bibliothèque.

⁷⁷¹T. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Les biens*, *op. cit.*, p. 204, n° 133.

⁷⁷²Il s'agit alors d'appréhender les éléments de l'universalité *ut singuli*, c'est à dire individuellement et sans considération de leur appartenance à un ensemble.

⁷⁷³En ce sens, v. C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, *op. cit.*, spéc. p. 30, n° 66 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 125, n° 198.

⁷⁷⁴L'universalité s'envisage alors uniquement *ut universi*, sans que ne soient pris en compte ses composants.

⁷⁷⁵A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 265, n° 383.

effets reconnus aux actes l'affectant devront être envisagés au regard de l'analyse croisée des composants dans leur autonomie et leur communauté d'affectation. Voilà toute l'utilité de la qualification : cette structure de l'universalité, nous le verrons bientôt, sera de nature à ménager, tout à la fois, les intérêts du constituant et ceux du bénéficiaire de la sûreté.

258. **Conclusion du §2.** L'assiette de la sûreté globale, constitutive d'un bien-universalité et susceptible de recevoir des biens de toute nature physique, singularisera l'institution nouvelle. Néanmoins, sa définition ne saurait être achevée sans que soit déterminé le droit réel qu'elle confèrera.

§3. Le droit réel de garantie conféré par la sûreté globale

259. **Plan.** Puisqu'il s'agira de constituer une sûreté réelle, il en découlera, à condition d'efficacité, un droit réel de garantie en faveur du créancier bénéficiaire. Encore faut-il déterminer son objet pour la sûreté que nous proposons (A).

Depuis la réception générale par le droit positif des propriétés-sûretés⁷⁷⁶, le droit réel de garantie peut être de deux ordres : soit, il est un droit réel accessoire ; soit, il est un droit réel principal à usage de garantie. La réception de la sûreté globale imposera de la restituer au sein de l'alternative, par la détermination de la nature du droit réel de garantie qu'elle confèrera (B).

⁷⁷⁶Pour une approche générale de la fiducie-sûreté et de la clause de réserve de propriété, v. not. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 625 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 365 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 583 et s. et p. 638 et s. Sur la réception de la fiducie en droit français, v. not. P. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », art. préc., p. 3 et s. ; « La fiducie sûreté en pleine lumière », art. préc., p. 23 et s. ; P. BOUTEILLER, « Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », art. préc., p. 15 et s. ; D. 2007, Dossier, 1369, p. 1372 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, « La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007 », art. préc., p. 2 et s. ; L. AYNÈS, « Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi », art. préc., p. 5 et s. ; F. BARRIÈRE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », art. préc., p. 13 et s. ; M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnance », D. 2009, p. 670 et s. ; A. RAYNOUARD, « Ultimes modifications de la fiducie », JCP N 2009, 439, p. 3 et s. ; A. AYNÈS, « L'introduction de la fiducie en droit français », RLDC mars 2009, p. 63 et s. ; P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », Rev. proc. coll. janv.-févr. 2009, p. 75 et s. ; N. BORGA, « Regard sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », RD bancaire et fin. mai-juin 2009, p. 9 et s. ; B. MALLET-BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », art. préc., p. 79 et s. ; J.-J. ANSAULT, « La fiducie-sûreté ressuscitée ! », Journ. sociétés mai 2009, p. 22 et s. ; « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? » Dr. et patrimoine 2010, n° 192, p. 52 et s. Sur la consécration de la clause de réserve de propriété en tant que sûreté par l'ordonnance du 23 mars 2006, v. P. CROCQ, « La réserve de propriété », art. préc., p. 23 et s. ; R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., p. 2300 et s. ; A. MAIROT, « La réserve de propriété analysée en une obligation réelle », art. préc., p. 399 et s. ; P. DUPICHOT, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », RLDC juill.-août 2006, suppl. au n° 29, p. 17 et s.

A. Objet du droit réel de garantie conféré

260. **Choix entre pluralité d'objets ou objet unique.** Classiquement, l'objet sur lequel porte le droit réel de garantie est le ou les bien(s) engagé(s). Ainsi, le bénéficiaire d'une hypothèque dispose d'un droit réel accessoire sur le bien désigné à l'acte. De la même façon, l'objet du droit réel conféré au créancier gagiste d'un véhicule automobile est la voiture engagée. La question de l'objet du droit réel de garantie semble donc, en apparence, d'un intérêt médiocre tant sa désignation semble évidente. Il n'en est pourtant rien concernant la sûreté globale.

L'affectation des biens en sûreté globale arborera cette singularité d'aboutir à la création d'une universalité de fait constituée par l'ensemble des choses engagées⁷⁷⁷. Une incertitude plane dès lors sur l'objet du droit réel. On peut d'abord conclure que la solution ne diffèrera pas de celle retenue pour les autres sûretés. En ce cas, les différents biens engagés constitueront chacun l'objet du droit réel. Mais alors, il n'y aura aucun intérêt à qualifier l'ensemble en un bien nouveau.

On peut ensuite considérer que l'objet, ou plutôt les objets sur lesquels portera le droit réel, seront tout à la fois l'universalité de fait constituée par l'assiette et les biens qui la composeront. Toutefois, cette seconde interprétation n'est pas plus satisfaisante : elle encourt le même grief que la première. De plus, cette multiplication d'objets risquera de rendre la gestion de la sûreté complexe.

Il est enfin envisageable de désigner l'universalité de fait, constituée par l'ensemble des biens réunis en assiette de la sûreté globale, comme l'objet unique du droit réel de garantie. Il s'agit bien, à notre sens, de la solution à retenir. Voilà tout l'intérêt d'ériger l'assiette regroupant les biens engagés en un bien nouveau, distinct et autonome. La sûreté globale s'adaptera alors à la fonction économique du bien circulant tout en respectant les principes directeurs de la matière. En effet, si l'ensemble constituera l'objet unique du droit réel, les biens réunis au sein de l'assiette-universalité demeureront pleinement disponibles⁷⁷⁸ et l'on pourra conférer à la sûreté globale une nature fluctuante, ainsi que nous l'exposerons bientôt⁷⁷⁹. Toutefois, l'universalité résultant de l'ensemble des éléments engagés constituera un bien identifié et déterminé. Ce faisant, la sûreté globale se conformera à l'exigence de

⁷⁷⁷V. *supra*, n° 256.

⁷⁷⁸V. *infra*, n° 296.

⁷⁷⁹V. *infra*, n° 294 et s.

spécialité des biens engagés, principe directeur des sûretés réelles retrouvé pour l'ensemble d'entre elles⁷⁸⁰.

B. Nature du droit réel de garantie conféré

261. **Droit préférentiel ou droit exclusif ?** En matière de sûretés réelles conventionnelles, l'édifice légal permet, depuis une date récente, de choisir entre la création d'un droit préférentiel par la mise en place d'une sûreté réelle traditionnelle⁷⁸¹, ou le transfert d'un droit réel exclusif par le recours à une propriété-sûreté⁷⁸². Cette liberté de choix ne pourra être reçue pour la sûreté globale. En raison des objectifs qu'elle poursuit, il faudra exclure la possibilité d'un droit exclusif (I), pour retenir la création d'un droit préférentiel (II).

I. Rejet d'un droit exclusif

262. **Inconvénients du transfert de la propriété des biens grevés.** L'utilisation du droit de propriété à usage de garantie aboutit à une situation d'exclusivité du créancier bénéficiaire. L'exclusivité se manifeste d'abord quant aux autres créanciers du débiteur constituant. La constitution de la sûreté opérant transfert du droit de propriété des biens engagés au profit du créancier bénéficiaire, le constituant n'a plus les prérogatives juridiques sur ceux-ci lui permettant de les affecter en garantie d'une nouvelle créance. Si cette situation satisfera probablement le créancier, elle apparaîtra contre-productive pour le constituant particulièrement en présence de biens circulants qui ne pourront plus être affectés en garantie au profit d'un autre créancier⁷⁸³. À l'aune de la généralité de l'assiette de la sûreté globale, le débiteur pouvant affecter l'ensemble de ses biens circulants par une unique sûreté, cette situation d'exclusivité constituera un risque excessif pour son crédit.

⁷⁸⁰Sur ce principe, v. *supra* n° 104 et s. V. égal. P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., p. 58 et s.

⁷⁸¹Ex : le gage, le nantissement, l'hypothèque et le gage immobilier.

⁷⁸²La fiducie-sûreté concerne tant l'assiette mobilière qu'immobilière ainsi qu'il en découle des articles 2372-1 et 2488-1 du Code civil issus de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie. La réserve de propriété s'applique également à l'assiette mobilière et immobilière en accord avec les articles 2367 et 2373 alinéa 2 du Code civil. Toutefois, le mécanisme ne semble trouver succès qu'en matière mobilière (en ce sens, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 712, n° 949).

⁷⁸³L'obstacle pourra néanmoins être contourné par le recours à une convention de recharge. V. *supra*, n° 173.

L'exclusivité du droit de propriété se manifeste ensuite quant au pouvoir de gestion des biens grevés. En devenant propriétaire des éléments engagés et partant de l'assiette, seul le créancier a le pouvoir juridique d'en modifier la substance. Cette exclusivité, normalement temporaire, reste pour autant entière⁷⁸⁴. Aussi, le créancier bénéficiaire est le seul à disposer du pouvoir juridique d'aliénation, de transformation ou de destruction sur les biens grevés. Pourtant, si l'on veut ménager la fonction du bien circulant⁷⁸⁵, il faudra laisser ce pouvoir au constituant. Partant, pour la sûreté proposée, il conviendra d'exclure le droit exclusif résultant du transfert de la propriété pour retenir un droit préférentiel.

II. Réception d'un droit préférentiel

263. **Alignement sur les sûretés réelles traditionnelles existantes.** Le droit réel conféré par la sûreté globale devra s'aligner sur les droits réels accessoires connus en matière de sûretés réelles traditionnelles sur les meubles et les immeubles⁷⁸⁶. Ainsi, le constituant demeurera propriétaire des biens engagés et le créancier bénéficiaire se verra reconnaître, sur l'assiette-universalité, un droit de préférence ainsi qu'un droit de suite dont il faut approfondir les contours.

264. **Rang du droit de préférence conféré par la sûreté globale.** Le créancier bénéficiaire pourra, à la défaillance du débiteur, se prévaloir d'un droit de préférence sur l'assiette-universalité. Aussi bénéficiera-t-il d'un rang privilégié lui permettant d'être payé par priorité aux autres créanciers du constituant. Il faut

⁷⁸⁴V. *supra*, n° 122.

⁷⁸⁵On pourrait objecter que le détenteur non propriétaire est néanmoins admis à la gestion de l'universalité de fait, ainsi de l'usufruitier de portefeuille de valeurs mobilières (en ce sens, v. arrêt « BAYLET », Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041, préc.). La libre gestion du détenteur, permettant d'accomplir des actes de disposition, intervient alors à raison de la détention exercée pour autrui. Il en va du respect de l'obligation de conservation inhérent à tout contrat de restitution. Transposée à la sûreté globale, cette voie permettrait de transférer la propriété de l'assiette-universalité au créancier garanti tout en laissant la possession des biens grevés au constituant. Celui-ci conserverait alors le pouvoir de gestion des éléments engagés sans que ne soit méconnue la nature hypothécaire de la sûreté globale. Toutefois, la solution ne saurait être retenue. D'abord parce que la sûreté nouvelle reçoit les immeubles dont la transmission ne peut valablement être opérée que par le propriétaire ; ensuite parce que cette possibilité est proposée pour les universalités composées d'éléments de nature à se déprécier ou disparaître. Le renouvellement des biens circulants grevés ne sauraient recevoir une telle limite et l'arbitrage sur les éléments engagés doit pouvoir s'opérer qu'ils soient, ou non, sujet à dépréciation ou disparition. Sur le pouvoir de gestion du détenteur de l'universalité de fait, v. N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 493 et s.

⁷⁸⁶Pour la présentation des différents droits réels de garantie, v. *supra*, n° 102.

néanmoins déterminer la place qu'occupera le droit de préférence créé par la sûreté globale au sein de la hiérarchie des privilèges existants⁷⁸⁷.

Rappelons que le droit de préférence du créancier gagiste ou de celui bénéficiaire d'un nantissement, appréhendé comme un privilège spécial fondé sur l'idée de gage tacite, devancera par principe les privilèges généraux⁷⁸⁸. Par exception, il cédera devant les privilèges généraux des frais de justice et devant ceux du Trésor public dits de premier rang⁷⁸⁹. Quant au droit de préférence découlant d'une hypothèque conventionnelle⁷⁹⁰, il interviendra également en troisième rang puisqu'il sera primé par les privilèges généraux des frais de justice et des salaires⁷⁹¹. Notons que dans les deux hypothèses, l'existence d'une procédure collective sera un facteur perturbateur⁷⁹² par la primauté de certains privilèges généraux en résultant.

Le rang du droit de préférence découlant de la sûreté globale proposée ne saura varier selon la nature mobilière ou immobilière des biens réunis au sein de l'assiette-universalité. Par ailleurs, il faudra s'inspirer des solutions retenues pour les sûretés réelles d'origines conventionnelles puisque telle sera bien la source de l'institution nouvelle⁷⁹³. Toutefois, une difficulté survient. Si les sûretés réelles traditionnelles interviennent toujours en troisième rang, les privilèges généraux supérieurs varient selon que la sûreté porte sur un meuble ou un immeuble. Dans le premier cas, il s'agit des privilèges des frais de justice et du Trésor public ; dans le second, des privilèges des frais de justice et des salaires. Faudra-t-il, dès lors, que la

⁷⁸⁷Pour une présentation détaillée des nombreux privilèges, généraux et spéciaux, mobiliers et immobiliers, v. not. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. BECQUÉ, t. XII, *op. cit.*, p. 17 et s., p. 139 et s., p. 211 et s., p. 295 et s., p. 580 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 94 et s., p. 156 et s., p. 247 et s. Plus récemment, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 487 et s., p. 657 et s. ; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 119 et s., p. 201 et s. ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Puf, 1^{ère} éd., 2008, p. 257 et s., p. 325 et s., p. 419 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 209 et s., p. 269 et s., p. 339 et s. ; M. DAGOT, « La notion de privilège », art. préc., p. 335 et s. Pour une proposition de refonte des privilèges, v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 198 et s. L'auteur envisage une généralisation de la publicité des privilèges mobiliers, proposition source de clarté et de diminution des privilèges occultes à laquelle nous ne pouvons qu'adhérer.

⁷⁸⁸La règle a d'abord été affirmée par la jurisprudence (Cass. com., 25 oct. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 267, p. 226). Elle apparaît désormais à la lettre de l'article 2332-1 du Code civil selon lequel : « Sauf dispositions contraires, les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux ».

⁷⁸⁹Sur ce point, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 756, n° 1006.

⁷⁹⁰V. not. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 771 et s. ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, p. 425, n° 681.

⁷⁹¹C. civ., art. 2375 et 2376. Il ne faut pas, à ce stade, confondre le privilège ordinaire des salaires – autrement nommé privilège des salaires – et le superprivilège des salaires. Les deux sont généraux. Néanmoins, le premier est de rang médiocre en matière mobilière et est primé par les privilèges mobiliers spéciaux conformément à l'article 2332-1 du Code civil. En outre, il ne prime les privilèges spéciaux immobiliers qu'à défaut de biens meubles au sein du patrimoine du débiteur. Quant au superprivilège, il ne s'exprime qu'en l'hypothèse d'une procédure collective mais est bien plus efficace, puisqu'il prime tant les privilèges spéciaux mobiliers qu'immobiliers.

⁷⁹²Sur ce point, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 764 et s., p. 775 et s. ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficultés*, *op. cit.*, p. 403 et s.

⁷⁹³V. *infra*, n° 316.

sûreté globale subisse la primauté des privilèges généraux supérieurs en rang tant des sûretés réelles sur les meubles que sur les immeubles ? Elle interviendrait alors en quatrième rang, solution de nature à tempérer son efficacité.

Nous proposons plutôt qu'elle ne cédera que devant le privilège général des frais de justice. En effet, puisqu'il est le seul à primer tant les sûretés conventionnelles mobilières qu'immobilières, c'est donc qu'il est l'unique privilège général intangible, supérieur à toute sûreté réelle conventionnelle. La sûreté globale interviendra ainsi en deuxième rang, ce qui n'ira pas sans lui conférer quelque attractivité.

Quant à la confrontation de la sûreté globale avec les privilèges spéciaux, sa nature hypothécaire, que nous envisagerons bientôt⁷⁹⁴, commandera la consécration de la méthode de classement prévue en matière d'hypothèque conventionnelle⁷⁹⁵. Ainsi, la sûreté globale prendra rang à la date de son inscription. Partant, elle devancera les autres sûretés réelles conventionnelles mais également les privilèges spéciaux mobiliers et immobiliers nés et inscrits postérieurement. Il restera néanmoins possible de déroger à la règle et de prévoir que certains privilèges spéciaux non inscrits⁷⁹⁶ ou nés postérieurement primeront la sûreté globale.

Enfin, toujours en raison de sa nature hypothécaire, la sûreté globale devra prolonger les solutions retenues pour l'hypothèque conventionnelle en présence d'une procédure collective et subira les mêmes perturbations⁷⁹⁷.

265. Droit de suite sur l'assiette-universalité. En sus du droit de préférence, le créancier bénéficiaire se verra reconnaître un droit de suite lui permettant de revendiquer le bien grevé en quelque main qu'il se trouve. Toutefois, nous avons précisé que l'objet du droit réel créé par la sûreté globale sera

⁷⁹⁴V. *infra*, n° 285 et s.

⁷⁹⁵Ceci évite de se perdre dans les méandres du classement des privilèges spéciaux mobiliers ordonnés autour de leur fondement. En effet, ceux-ci se classent selon qu'ils répondent à l'idée de gage, de l'introduction d'une valeur en patrimoine du débiteur, ou de la conservation de l'actif du débiteur. Ce classement est prévu à l'article 2332-3 du Code civil, le bénéficiaire d'une sûreté réelle mobilière devant recevoir le rang du bailleur d'immeuble puisque son privilège repose sur l'idée de gage tacite. Sur ce point, v. P. ANCEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 132, n° 270 et s. ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 761, n° 1018.

⁷⁹⁶Ex : le privilège spécial mobilier du conservateur pour des frais de conservation postérieurs à la naissance des autres privilèges, que l'article 2332-3 du Code civil place au sommet dans l'ordre des privilèges spéciaux.

⁷⁹⁷Ainsi, en présence d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, le droit réel conféré au créancier par la sûreté globale sera devancé, dans cet ordre, par le superprivilège des salaires, le privilège des frais de justice nés pour les besoins de la procédure, le privilège de conciliation et le privilège de procédure (C. com., art. L. 622-17-II). Lorsqu'il s'agira d'une procédure de liquidation judiciaire, le droit préférentiel restera primé par le superprivilège des salaires, le privilège des frais de justice nés pour les besoins de la procédure et le privilège de conciliation (C. com., art. L. 641-13-II).

l'universalité de fait constituée par l'assiette⁷⁹⁸. Le droit de suite ne portera donc que sur celle-ci, avantage majeur dès lors que les biens réunis au sein de cet ensemble seront libérés de tout droit réel de garantie. Partant, le constituant pourra librement gérer l'assiette-universalité en procédant, nous le détaillerons, à des actes de disposition sur les éléments engagés⁷⁹⁹. Voilà qui s'accordera pleinement avec la fonction du bien circulant. Il faut néanmoins préciser que cette liberté laissée au constituant ne sera pas sans limites : elle devra nécessairement être contrebalancée par une obligation de conservation de l'assiette-universalité, en nature ou en valeur, permettant d'assurer la préservation des intérêts du créancier bénéficiaire⁸⁰⁰.

L'absence de droit de suite sur les composants de l'ensemble soulèvera toutefois un risque pour les intérêts du créancier dès lors que le renouvellement des éléments pourra ne pas être réalisé. La situation sera alors inconfortable puisqu'il risquera de voir la valeur de l'universalité diminuée, sans que les biens distraits ne puissent être récupérés entre les mains des acquéreurs successifs, ni remplacés par d'autres. Ce risque pourrait être jugulé par la reconnaissance d'un droit de suite sur les éléments de l'ensemble aliénés postérieurement au constat de la défaillance dans le paiement de la créance ou dans la conservation de l'assiette. Néanmoins, cette solution n'arborerait aucune rigueur : si le bien objet du droit réel accessoire est l'assiette-universalité, la défaillance ne saurait aboutir à une interversion d'objet par son report sur les éléments de l'ensemble, d'autant qu'une solution plus rigoureuse et tout aussi efficace s'envisage.

Si la structure de l'assiette-universalité permettra, nous le verrons bientôt, la libre gestion de ses éléments par le constituant⁸⁰¹, il sera également possible de restreindre cette liberté en refusant tout effet aux actes intervenus après défaillance dans le règlement de la créance garantie ou dans l'exécution de l'obligation de conservation. L'autonomie conservée par les éléments de l'universalité s'effacera alors pour les besoins du sort commun de l'ensemble. Ainsi, les actes de dispositions postérieurs à la défaillance seront déclarés inopposables au créancier et ne pourront donc être invoqués ni par le constituant, ni par les tiers et particulièrement les ayants cause à titre particulier⁸⁰². Certes, l'équité commandera de ne faire produire effet à

⁷⁹⁸V. *supra*, n° 260.

⁷⁹⁹V. *infra* n° 300.

⁸⁰⁰V. *infra*, n° 374 et s.

⁸⁰¹V. *infra*, n° 299 et s.

⁸⁰²Ainsi, pour exemple, de l'acquéreur des biens grevés.

cette inopposabilité vis-à-vis des tiers qu'à compter de l'accomplissement d'une inscription modificative sur un registre public⁸⁰³. Mais quoi qu'il en soit, la sûreté sera efficace en dépit de l'absence de droit de suite sur les éléments de l'assiette-universalité : le créancier pourra revendiquer les éléments transmis, ceux-ci n'ayant, à son endroit, jamais quitté l'ensemble objet du droit réel de garantie⁸⁰⁴.

266. **Conclusion de la Section 1 : définition de la sûreté globale.** Le champ des créances admises à garantie, la description matérielle et juridique de l'assiette et la nature du droit réel conféré ayant été déterminés, la sûreté globale peut désormais recevoir sa définition.

Elle sera la sûreté par laquelle un créancier se verra conventionnellement reconnaître le droit d'être payé par préférence aux autres créanciers du constituant sur un ensemble de biens de toute nature physique présents ou futurs, l'ensemble réuni en assiette étant constitutif d'une universalité de fait et pouvant venir en garantie de créances existantes ou à venir.

Par cette définition, la sûreté globale s'érigera en institution nouvelle de garantie, qu'il faudra insérer au sein de l'édifice légal régissant les sûretés réelles.

SECTION 2. INSERTION DE LA SÛRETÉ NOUVELLE AU SEIN DU DROIT POSITIF

267. **Nouvel élément du droit positif.** La sûreté globale constituera, au même titre que les sûretés réelles existantes, un élément du droit en vigueur. Partant, il faut déterminer la place qu'elle occupera au sein du droit positif (§1) et, au-delà, dégager les incidences de sa réception (§2) sur celui-ci.

⁸⁰³V. *infra*, n° 365.

⁸⁰⁴Pour le créancier bénéficiaire de la sûreté globale, l'inopposabilité aboutira au même résultat que le droit de suite : il pourra appréhender la valeur des biens aliénés entre les mains des acquéreurs ou sous-acquéreurs. Le fondement diffère néanmoins. Le droit de suite permet cette revendication en raison du contact direct unissant le bien transmis avec le droit réel de garantie dont il fait l'objet. Quant à l'inopposabilité, elle permettra d'obtenir la valeur du bien aliéné par la négation des effets de l'acte conclu par le constituant avec les tiers.

§1. Place de la sûreté globale au sein du droit positif

268. **Plan.** La sûreté proposée, pouvant porter alternativement ou cumulativement sur les meubles et les immeubles, constituera une figure singulière de garantie. Elle se détachera de l'ensemble des sûretés réelles existantes en droit interne et, ce faisant, manifesterà son autonomie (A). Au-delà, et puisqu'il s'agira de recevoir une entité nouvelle au sein de l'édifice légal, il faut déterminer le lieu qui devra être retenu pour sa codification (B).

A. L'autonomie de la sûreté globale par rapport aux sûretés existantes

269. **Autonomie par rapport aux sûretés réelles de droit commun.** Les sûretés de droit commun se distinguent selon la nature physique de leur assiette. Cette constante se retrouve d'ailleurs qu'elles soient de source légale⁸⁰⁵, conventionnelle ou judiciaire. Si cette division des sûretés réelles est connue depuis le Code civil de 1804⁸⁰⁶, l'orientation est fermement actée depuis l'ordonnance de réforme de 2006⁸⁰⁷. Ainsi, le code traite désormais, dans deux sous-titres successifs, des sûretés sur les meubles et de celles sur les immeubles. La fiducie avait pu sembler faire exception : consacrée de façon générale par la loi du 19 février 2007⁸⁰⁸ et codifiée au sein des articles 2011 et suivants du Code civil, elle n'apparaissait ni dans les dispositions relatives aux sûretés mobilières, ni dans celles propres aux sûretés immobilières. L'ordonnance du 30 janvier 2009⁸⁰⁹ a toutefois corrigé l'omission. Des articles spécifiques traitant de la fiducie-sûreté mobilière et de celle immobilière ont été respectivement insérés au sein des sous-titres relatifs aux sûretés sur les meubles et sur les immeubles⁸¹⁰. Relevons, en outre, que cette organisation de la matière

⁸⁰⁵Les privilèges généraux forment l'exception. Toutefois, même en cette hypothèse la séparation par la nature mobilière ou immobilière de l'assiette trouve à s'exprimer. Vient en exemple l'article 2376 du Code civil prévoyant que les privilèges généraux des frais de justice et des salaires ne priment les droits préférentiels immobiliers qu'en l'absence de biens meubles.

⁸⁰⁶V. *supra*, n° 57.

⁸⁰⁷Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁸⁰⁸Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, préc.

⁸⁰⁹Ord. n° 2009-112 du 30 janvier 2009, préc.

⁸¹⁰C. civ., art. 2372-1 à 2372-5 et art. 2488-1 à 2488-5. Il faut relever que ces deux séries d'articles sont identiques. Leur insertion, respectivement au sein des dispositions relatives aux sûretés réelles sur les meubles et les immeubles, manifeste la volonté de soumettre la fiducie à l'organisation des sûretés réelles dégagée par la réforme du 23 mars 2006.

autour de la nature physique des biens engagés est prolongée par les sûretés mobilières, celles-ci se distinguant selon que l'assiette est corporelle ou incorporelle⁸¹¹.

La sûreté globale proposée ne pourra se fondre dans cette organisation : c'est qu'en effet, son assiette sera susceptible de recevoir des biens de toute nature physique.

270. **Autonomie par rapport aux sûretés réelles spéciales.** Les sûretés spéciales ont proliféré, nous l'avons souligné⁸¹², pour fournir aux acteurs économiques des sûretés réelles mobilières plus adaptées aux besoins des professionnels que le gage et le nantissement du droit commun antérieur à la réforme de 2006⁸¹³. Sous cet axe, la sûreté globale pourrait s'envisager comme une nouvelle sûreté spéciale : il s'agira en effet de fournir aux titulaires de biens circulants une sûreté conforme à leur fonction. Néanmoins, les sûretés spéciales s'inscrivent invariablement dans le cadre du droit commun. Elles portent uniquement sur le meuble corporel ou sur celui incorporel et aucune ne reçoit une assiette cumulative ou alternative de meubles corporels et incorporels, de meubles ou d'immeubles. En ce sens, les sûretés spéciales se conforment à la distinction des sûretés par la nature physique de l'assiette, ne proposant, au sein de ce cadre, que quelques spécificités de régime.

La sûreté globale se présentera sous une autre envergure : elle constituera une entité nouvelle ne pouvant se résumer à une adaptation d'une figure de sûreté d'ores et déjà consacrée par le droit commun. Dès lors, la sûreté globale ne pourra être appréhendée en une sûreté spéciale supplémentaire⁸¹⁴.

271. **Conclusion.** La sûreté globale constituera donc une figure de garantie distincte de celles reçues tant par le droit commun que par celui spécial. Par ailleurs, elle ne pourra se fondre dans la division entre les sûretés sur les meubles et les sûretés sur les immeubles, puisqu'elle la transcende. C'est donc que la sûreté globale

⁸¹¹V. *supra*, n° 58.

⁸¹²V. *supra*, n° 148 et n° 179 et s.

⁸¹³Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁸¹⁴Sur son domaine d'application, v. *infra* n° 321 et s.

constituera un ordre autonome de garantie. En ce sens, elle s'envisagera en une nouvelle sûreté de droit commun dont il faut déterminer le siège de la codification.

B. La codification de la sûreté globale

272. **Intérêt de la codification de la sûreté globale.** À n'en pas douter, la codification, technique d'organisation des règles juridiques en vigueur, est source d'accessibilité au droit. Bien évidemment, elle devra être utilisée pour la réception de la sûreté globale, à laquelle il faudra assurer la meilleure visibilité. Toutefois, le siège de cette codification doit être mis en procès. C'est qu'en effet, la sûreté envisagée recevra en son assiette des biens inscrits dans le cycle des affaires et appartenant à des professionnels. Partant, le Code de commerce s'envisage comme le siège potentiel de sa codification. Il faudra néanmoins le rejeter (I) pour retenir le Code civil (II), dès lors que la sûreté globale ajoutera au droit commun des sûretés réelles.

I. Le Code de commerce : siège rejeté de la codification

273. **Arguments en faveur d'une codification de la sûreté globale au sein du Code de commerce.** Le Code de commerce accueille d'ores et déjà le gage commercial⁸¹⁵ et quelques sûretés spéciales adaptées à certains biens circulants⁸¹⁶ qui sont destinés non aux seuls commerçants mais plus largement aux professionnels. En ce sens, le gage commercial peut être constitué par un non-commerçant, pourvu que la garantie intervienne pour un acte de commerce⁸¹⁷. Plus encore, le gage des stocks instauré par la réforme de 2006⁸¹⁸ est admis pour « tout crédit consenti par un établissement de crédit ou une société de financement à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle »⁸¹⁹. La sûreté ne se limite donc ni aux commerçants, ni même aux actes de commerce. Cette largesse de champ s'accorde avec la sûreté globale

⁸¹⁵C. com., art. L. 521-1 à L. 521-3.

⁸¹⁶Ainsi, pour exemple, du warrant pétrolier (C. com., art. L. 524-1 à L. 524-21), ou encore du gage des stocks (C. com., art. L. 527-1 à L. 527-11).

⁸¹⁷C. com., art. L. 521-1 al. 1^{er}.

⁸¹⁸Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁸¹⁹C. com., art. L. 527-1.

proposée qui, nous le détaillerons, sera destinée à l'ensemble des professionnels⁸²⁰. Il faudra pourtant rejeter le Code de commerce comme siège de sa codification.

274. **Arguments opposés à la codification de la sûreté globale au sein du Code de commerce.** Force est de constater que l'ensemble des sûretés destinées aux biens du professionnel n'apparaît pas au sein du Code de commerce. Certaines d'entre elles se trouvent dans d'autres codes, particuliers à quelques secteurs d'activités⁸²¹. On pourrait avancer que le Code de commerce constitue souvent le siège des dispositions à destination des entreprises⁸²², les articles relatifs aux procédures collectives illustrant l'objection⁸²³. Ceux-ci visent l'ensemble des professionnels, qu'ils soient commerçants, agriculteurs, artisans ou même professions libérales⁸²⁴. Si juste que soit l'objection, il ne faut pas, à notre sens, encourager ce mouvement. Le Code de commerce, à défaut d'être renommé, doit rester celui des actes de commerce et des commerçants. Sinon, et c'est bien le constat actuel, il devient un code fourre-tout perdant en cohérence. Cette dérive, source d'illisibilité du droit, ne saurait être prolongée par la sûreté globale qui s'adressera, non aux seuls commerçants, mais à tout professionnel.

Au-delà de la cohérence du Code de commerce, c'est l'autonomie de la sûreté proposée qui commandera d'exclure ce code. En tant qu'entité nouvelle, elle ajoutera au droit commun de la matière, le Code civil constituant, dès lors, le siège « naturel » de sa codification.

⁸²⁰V. *infra*, n° 322 et s.

⁸²¹Ex : les warrants agricoles, codifiés aux articles L. 342-1 à L. 342-17 du Code rural et de la pêche maritime

⁸²²En ce sens, J.-B. BLAISE, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 329, n° 565 : pour lequel « en introduisant dans le Code de commerce de 2000 les règles de concurrence de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les codificateurs ont fait du Code de commerce un code des entreprises ».

⁸²³C. com., art. L. 611-1 et s. (pour la prévention des difficultés), art. L. 620-1 et s. (pour la procédure de sauvegarde), art. L. 631-1 et s. (pour la procédure de redressement judiciaire) et art. L. 640-1 et s. (pour la procédure de liquidation judiciaire). Le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée prévu aux articles L. 526-6 et s. du Code de commerce (instauré par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010) constitue une autre illustration dès lors qu'il est destiné aux personnes physiques ayant une activité commerciale mais également agricole, artisanale ou encore libérale.

⁸²⁴Ainsi les procédures de sauvegarde (C. com., art. L. 620-2), de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-2) ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 640-2) sont applicables « à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à tout autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ». Sur le champ d'application des procédures collectives, v. not., F. PÉROCHON, *Entreprises en difficultés, op. cit.*, p. 143 et s.

II. Le Code civil : siège proposé de la codification

275. **Justification de la codification de la sûreté globale au sein du Code civil.** La réforme du 23 mars 2006⁸²⁵, suivant les propositions de la commission dirigée par le Professeur Michel GRIMALDI, s'est attachée à replacer le Code civil en siège des sûretés⁸²⁶. Cette volonté s'est manifestée par la réunion, dans le Livre quatrième, des principes directeurs de la matière et des régimes de droit commun⁸²⁷. La sûreté globale, en tant que nouvel ordre de sûreté, constituera le socle de la matière au même titre que les sûretés réelles mobilières ou immobilières de droit commun. Sa place naturelle se situera donc au sein du Code civil.

276. **Lieu de la codification de la sûreté globale au sein du Code civil.** Nous l'avons souligné, la sûreté globale ne pourra se fondre au sein de la distinction entre sûretés sur les meubles et les immeubles proposée par le Titre deux, Livre quatrième du Code civil. Pour ne pas perturber l'existant, les travers du passé pourraient être réactivés en la codifiant au sein du Livre troisième du Code civil⁸²⁸. Celui-ci, prétendument dédié aux différentes manières dont on acquiert la propriété, accueille toute sorte de contrats, y compris non translatifs de propriété⁸²⁹. Ce livre a d'ailleurs reçu, en 2007⁸³⁰, une autre sûreté : la fiducie. Cet « écart de codification » se justifie toutefois par la double fonction de cette institution : à usage de sûreté, elle peut également être à fonction de gestion.

La sûreté globale ne recouvrera pas cette particularité. À fonction unique de sûreté, le siège de sa codification sera nécessairement le Titre deux, Livre quatrième du Code civil. Son insertion nécessitera néanmoins de modifier l'architecture du Titre. Détachée des sûretés sur les meubles et de celles sur les immeubles, la sûreté globale imposera la création d'un sous-titre supplémentaire, lui étant propre et l'encadrant. À cette première incidence sur le droit positif en raison de la

⁸²⁵Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁸²⁶V. Rapport remis au garde des sceaux, p 3, consultable à l'adresse suivante :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf>

⁸²⁷Sur ce point, v. L. AYNÈS, « Présentation générale de la réforme », *D.* 2006, n° 19, Dossier, p. 1289 et s., spéc. p. 1289 ; P. SIMLER, « Avant-propos », art. préc., spéc. n° 6.

⁸²⁸Les différentes sûretés réelles et personnelles étaient codifiées, sans cohérence, au sein de ce Livre avant la réforme du 23 mars 2006.

⁸²⁹Ex : Titre dix relatif au contrat de prêt, Titre seize traitant du compromis ou encore le Titre treize relatif au contrat de mandat.

⁸³⁰Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, préc.

consécration de la sûreté nouvelle s'en ajouteront quelques autres, qu'il faut maintenant envisager.

§2. Incidences de la réception de la sûreté globale sur le droit positif

277. **Rationalisation du droit positif.** La sûreté globale, de source conventionnelle⁸³¹, n'impactera pas les sûretés réelles judiciaires et légales. En revanche, sa confrontation aux sûretés réelles conventionnelles préexistantes mérite approfondissement.

L'essor du bien circulant et la volonté de faciliter le crédit des entreprises ont motivé de nombreuses interventions législatives. Il s'est agi de consacrer des sûretés particulières à certains biens ou secteurs d'activités pour pallier les insuffisances du droit commun. La réception de la sûreté globale n'est pas étrangère à ce mouvement, puisqu'elle tend à en dépasser les lacunes. Aussi, sa réception devra permettre de rationaliser le droit positif. Rendant inutiles les sûretés spéciales sur le bien circulant, la réception de la sûreté globale orientera donc vers leur suppression (A), à l'inverse des sûretés de droit commun (B) qui conserveront toute leur pertinence.

A. La suppression des sûretés spéciales sur bien circulant

278. **Inutilité des sûretés spéciales sur le bien circulant.** En tant qu'entité nouvelle, la sûreté globale ajoutera nécessairement à l'édifice légal. Toutefois, elle n'interviendra pas dans un champ dépourvu de précédents. Il existe, nous le savons, des sûretés spéciales sur certains biens circulants⁸³².

A priori, leur disparition n'apparaît pas impérative ; elle serait même non souhaitable dès lors qu'abondance de biens – devrait-on dire de sûretés – ne nuit pas. Néanmoins, il faut mettre en procès l'utilité des sûretés spéciales. Celles-ci en avaient incontestablement une alors que le droit commun ne recevait ni l'hypothèque mobilière ni les assiettes fluctuantes. La réception de la sûreté globale bouleversera

⁸³¹V. *infra*, n° 316.

⁸³²V. *supra*, n° 180.

cet état du droit positif. Nous allons le montrer, l'assiette sera disponible matériellement et juridiquement pour le constituant, quelle que soit la nature physique des biens engagés⁸³³. La sûreté globale permettant à tous les biens circulants ce que les sûretés spéciales n'offraient qu'à certains, elles se trouveront dénuées d'utilité.

279. **Simplification du droit positif.** Leur survie, si elle n'était qu'inutile, demeurerait acceptable. Toutefois, elle s'avèrera perturbatrice en raison du choix qu'elle supposera. Prenons pour exemple un professionnel disposant de matières premières mobilières corporelles. En l'état du droit actuel, l'assiette entre dans le champ du gage de droit commun⁸³⁴ mais également dans celui du gage des stocks⁸³⁵ du Code de commerce. Si ces matières premières sont des denrées alimentaires, le warrant agricole apparaît également applicable. Voilà le constituant confronté à trois sûretés différentes. Loin de lui fournir un meilleur choix, cette profusion de sûretés ne participe qu'à la complexité du droit⁸³⁶. De ce point de vue, l'ordonnance de 2006⁸³⁷ n'a pas permis la simplification attendue : consacrant de façon générale le gage sans dépossession, elle n'a pas pour autant supprimé les gages spéciaux sans dépossession ce qui contribue à rendre la matière confuse⁸³⁸.

La réception de la sûreté globale devra permettre de rompre avec cet état de l'édifice légal. Plus que de recevoir une institution nouvelle, il faudra en tirer les conséquences par la suppression des sûretés spéciales devenues inutiles⁸³⁹. Ainsi, la réception de la sûreté globale sera l'occasion de la suppression des sûretés spéciales venant avec elle en doublon, mais également de celles rendues sans objet par la consécration générale en 2006 des sûretés mobilières sans dépossession. La matière s'en trouvera simplifiée pour les usagers, ce qui ne manquera pas de contribuer à son attractivité. Il ne s'agira toutefois que de supprimer celles n'ajoutant rien au droit

⁸³³V. *infra*, n° 295 et s.

⁸³⁴C. civ., art. 2333.

⁸³⁵C. com., art. L. 527-3.

⁸³⁶V. *supra*, n° 149.

⁸³⁷Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁸³⁸Pour une critique de cette frilosité, v. not. J.-F. RIFFARD, « Quel devenir pour les sûretés sectorielles en matière agricole et commerciale : *requiem* ou *statu quo* ? », *RD rural* 2009, n° 372, Dossier, p. 43 et s. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La pluralité des régimes de gage », art. préc., p. 73 et s., spéc. p. 77 ; D. LEGEAIS, « La réforme des garanties ou l'art de mal légiférer », art. préc., p. 367 et s. ; L. AYNÈS ; « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patrimoine* juill.-août 2007, n° 161, Dossier, p. 48 et s., spéc. p. 49.

⁸³⁹Dans le sens de cette suppression, v. C. JUILLET, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica, 2009, p. 241 et s. Pour une conclusion plus pessimiste en raison « de la pesanteur de la pratique » : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 420, n° 570.

commun que la possibilité de laisser au débiteur la gestion dynamique de l'assiette ou simplement l'emprise matérielle sur celle-ci⁸⁴⁰. La survie de quelques unes, en raison de leurs spécificités de régime, restera néanmoins acceptable ainsi notamment des hypothèques sur engins de transports.

B. Le maintien des sûretés réelles de droit commun

280. **Enrichissement du droit commun.** La sûreté globale proposée constituera une figure supplémentaire de garantie adaptée à la fonction du bien voué à circuler. Ainsi, elle s'appréhendera en une institution nouvelle de droit commun venant enrichir la matière dès lors qu'elle en comblera les insuffisances. Pour autant, la sûreté globale n'aura pas vocation à se substituer aux autres sûretés réelles du droit commun. Il demeurera nombre d'hypothèses où les parties ne trouveront aucune utilité à la sûreté globale, l'hypothèque, le gage ou le nantissement répondant d'ores et déjà à leurs attentes. Aussi, les sûretés réelles de droit commun préexistantes conserveront toute leur pertinence et la sûreté proposée à réception ne pourra que s'ajouter.

281. **Liberté de choix des parties.** La sûreté globale recevra en son assiette les biens meubles et immeubles, corporels ou incorporels. Voilà une généralité de champ source de concurrence avec les sûretés réelles mobilières et immobilières de droit commun.

L'hypothèse ne devra pas s'appréhender comme une concurrence entre sûretés de droit commun et sûretés spéciales⁸⁴¹. La sûreté globale s'érigera en un nouveau composant du droit commun, au même titre que le gage ou l'hypothèque conventionnelle. Il s'agira donc d'un nouvel instrument de sûreté à la disposition des parties, n'ayant aucun caractère impératif ou subsidiaire par rapport aux sûretés préexistantes. Cette solution, source de souplesse, est confortée dans sa validité par

⁸⁴⁰De ce point de vue, la sûreté globale se détache de l'approche unitaire retenue par le droit américain. Elle n'a pas pour vocation, à l'inverse du *security interest* de l'article 9 de l'*Uniform commercial Code*, de constituer une sûreté unique commune à toute assiette mobilière. Sur la réunion de l'ensemble des sûretés mobilières au sein du *security interest*, v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 131, n° 367 ; N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, th. préc., p. 243, n° 362.

⁸⁴¹Sur cette concurrence, v. *supra*, n° 196.

la réception récente de la fiducie. À la lecture des articles la régissant⁸⁴², aucune restriction n'est opérée en considération des sûretés préexistantes. En tant que nouvel ordre de sûreté, la fiducie s'ajoute à celles du droit commun sans les primer ni leur être subsidiaire. La sûreté globale recevra le même traitement : les parties demeureront libres dans leur choix ; c'est seulement le champ de celui-ci qui se trouvera élargi par la réception de cette figure nouvelle de garantie.

282. **Conclusion du Chapitre I.** La définition de la sûreté globale a permis de mettre en lumière sa singularité. Loin de se restreindre aux seuls meubles ou aux seuls immeubles, l'institution envisagée, recevant des biens de toute nature physique, participera d'une conception rénovée de la matière. Au-delà, la définition proposée renouvellera le traitement juridique de l'assiette de sûreté. Souvent réduite à un agglomérat de biens, on sait désormais qu'elle s'appréhendera – du moins pour la sûreté globale – en une universalité de fait, qui constituera l'objet du droit réel préférentiel conféré au créancier bénéficiaire.

Partant, c'est l'autonomie de la sûreté globale qui émerge. Institution différente des figures de garanties jusqu'alors consacrées, sa réception au sein du Code civil permettra d'enrichir le droit commun des sûretés réelles. Se dessine en implicite toute l'ambition de cette figure nouvelle de garantie : alors que les sûretés spéciales poursuivaient une modernisation sectorielle du droit, il s'agira pour la sûreté globale de s'adapter, grâce à ses caractères, qu'il faut maintenant envisager, à l'ensemble des biens circulants.

⁸⁴²C. civ., art 2011 et s., art. 2372-1 à 5, art. 2488-1 à 5.

- CHAPITRE II -

LES CARACTÈRES DE LA SÛRETÉ GLOBALE

283. **Disponibilité matérielle et juridique des éléments grevés.** Invariablement, la sûreté globale proposée devra ménager au constituant la disponibilité matérielle et juridique des éléments grevés. Il s'agit de la condition indispensable pour concilier la fonction du bien circulant avec une éventuelle affectation en garantie. Pour ce faire, toute emprise matérielle du créancier bénéficiaire sur l'assiette sera exclue, du moins avant défaillance du constituant. De plus, les éléments grevés devront demeurer disponibles et il faudra permettre à l'assiette de fluctuer par la substitution d'éléments successifs.

284. **Plan.** En somme, la sûreté envisagée, pour atteindre l'objectif poursuivi, devra se caractériser par une nature hypothécaire (Section 1) combinée à une nature fluctuante (Section 2).

SECTION 1. NATURE HYPOTHÉCAIRE DE LA SÛRETÉ GLOBALE

285. **Exclusion systématique de la dépossession.** Les biens engagés en sûreté globale, et par extension l'universalité de fait qu'ils constitueront, ne pourront faire l'objet d'une dépossession en faveur du créancier. Aussi faudra-t-il conférer à la sûreté globale une nature invariablement hypothécaire, excluant le pouvoir

conventionnel d'introduire la dépossession et, au-delà, commandant de frapper de nullité absolue la convention de sûreté globale avec dépossession.

L'ordre public retenu repose sur une double justification. D'abord parce qu'en faire une simple modalité de régime éloignerait l'entité nouvelle de son esprit directeur, à savoir s'adapter au bien circulant qui doit systématiquement demeurer entre les mains du constituant pendant le temps de la sûreté. Ensuite parce que le droit commun des sûretés réelles offre d'ores et déjà des garanties efficaces si le constituant peut se dessaisir de l'assiette. La sûreté globale viendrait alors en doublon et non en supplément, ce qui ne ferait qu'accroître la confusion de la matière.

286. **Plan.** On sait que les biens circulants sont fréquemment des meubles⁸⁴³ et que l'universalité de fait constituée par l'assiette de la sûreté globale sera un meuble incorporel⁸⁴⁴. On connaît également la réticence ancienne et profonde de notre droit à consacrer des hypothèques mobilières. Il faut donc démontrer la levée des obstacles théoriques à la nature hypothécaire de la sûreté globale (§1) avant d'en soulever l'opportunité (§2).

§1. La levée des obstacles théoriques à la nature hypothécaire de la sûreté globale

287. **Réception du gage sans dépossession.** Depuis le XVI^{ème} siècle, le droit civil français s'était orienté vers le rejet général de l'hypothèque mobilière⁸⁴⁵. Le Code de 1804 poursuivait ce mouvement, le gage sans dépossession ne pouvant être qu'exclu par l'effet conjugué des anciens articles 2071 et 2119⁸⁴⁶. La prohibition de l'hypothèque mobilière était classiquement justifiée par les vertus protectrices de la dépossession⁸⁴⁷. Le créancier bénéficiaire, disposant de la mainmise sur les meubles grevés, se trouvait prémuni contre une mauvaise conservation ou une distraction de l'assiette par le constituant. La dépossession était également considérée comme

⁸⁴³V. *supra*, n° 40.

⁸⁴⁴V. *supra*, n° 206 et n° 256.

⁸⁴⁵V. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 1107 et s., n° 758.

⁸⁴⁶Sur ce point, v. E. PUTMAN, « Sur l'origine de la règle : "meubles n'ont point de suite par l'hypothèque" », art. préc., spéc. p. 549.

⁸⁴⁷V. *supra*, n° 74 et s. V. égal. C. LISANTI-KALCZINSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, th. préc., spéc. p. 74, n° 90.

l'instrument de protection des tiers, le transport des meubles engagés permettant d'informer sur la modification de leur état juridique⁸⁴⁸.

L'utilité de l'hypothèque mobilière n'est toutefois plus à démontrer. La dépossession ne satisfait pas toujours le créancier, en surcroît de la gêne qu'elle cause au constituant. Par ailleurs, s'il faut lui reconnaître des vertus sécurisantes pour le créancier et les tiers, la dépossession ne constitue par pour autant le seul instrument permettant leur protection. Nous avons souligné la possibilité d'obtenir les mêmes résultats par l'obligation de conservation de l'assiette à la charge du constituant resté en possession⁸⁴⁹ et l'élection d'un régime publicitaire à peine d'opposabilité de la sûreté⁸⁵⁰.

Précédée par la consécration de quelques gages spéciaux, la réforme du 23 mars 2006⁸⁵¹ a permis d'inscrire le droit des sûretés dans un mouvement nouveau retenant une conception moderne du gage de droit commun. Celui-ci peut désormais, à la volonté des parties, être avec ou sans dépossession. L'initiative constitue-t-elle pour autant une consécration générale de l'hypothèque mobilière⁸⁵² ?

288. Critique de la distinction entre sûretés hypothécaires et sûretés non hypothécaires avec dépossession. L'examen du droit actuel rend douteuse une réponse affirmative. Nous en voulons pour preuve deux dispositions du Code civil, les articles 2398 et 2286.

Formulée par l'ancien article 2119, la règle selon laquelle « les meubles n'ont point de suite par hypothèque », loin d'être supprimée par la réforme, a été reprise par le nouvel article 2398. Puisque le gage sans dépossession est désormais reçu, on pourrait objecter qu'il faut retenir une interprétation nouvelle de la règle. Ne prohibant plus l'hypothèque mobilière, elle n'aurait pour fonction que d'exclure les meubles des régimes encadrant les hypothèques sur l'immeuble⁸⁵³. Mais comment

⁸⁴⁸En ce sens, Cass. req., 29 déc. 1875, *DP* 1876, 1, p. 219 : « Il est de l'essence du contrat [de gage] que la mise en possession du créancier soit un fait apparent, d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi, et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre » ; Cass. com., 5 févr. 1979, n° 77-11.921, *Bull. civ.* IV, n° 49, p. 38 ; *D.* 1980, IR, p. 55, note M. VASSEUR : « La dépossession doit présenter un caractère d'apparence destiné à informer les tiers du dessaisissement de celui qui constitue le gage ». C'est donc que la dépossession est protectrice des tiers en ce qu'elle porte à leur connaissance l'existence et l'étendue de la sûreté. V. *supra*, n° 80.

⁸⁴⁹V. *supra*, n° 164 et s.

⁸⁵⁰V. *supra*, n° 154.

⁸⁵¹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁸⁵²Sur la critique de la prohibition de l'hypothèque mobilière par le droit antérieur à la réforme du 23 mars 2006, v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 56 et s.

⁸⁵³S'il s'agit de sa nouvelle interprétation, il faut souligner son inutilité. L'article 2393 du Code civil précise d'ores et déjà que « l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles [...] », les meubles étant ainsi exclus.

expliquer alors l'initiative du législateur aboutissant à reconnaître, par l'article 2286, un droit de rétention au gagiste non possesseur⁸⁵⁴ ? Ce droit, au combien fictif⁸⁵⁵, montre la portée véritable de la réforme de 2006⁸⁵⁶ qui ne fait finalement pas perdre au gage sa nature « dépossessoire ». Si elle permet au constituant de conserver la mainmise sur les biens grevés, le gage reste lié à la dépossession, ce qui impose de reconnaître un droit de rétention au gagiste non possesseur⁸⁵⁷.

Cette voie empruntée par le législateur doit être critiquée. L'absence de dépossession constitue et doit demeurer le critère dont découle la nature hypothécaire d'une sûreté⁸⁵⁸. Dès lors, si cette nature peut être invariable, ainsi de l'hypothèque conventionnelle du droit commun, il faut également admettre qu'elle varie lorsque la sûreté peut être avec ou sans dépossession. À défaut, il faut reconnaître – comme le fait encore le droit positif – des effets anachroniques aux sûretés sans dépossession considérées comme non hypothécaires, ainsi du droit fictif de rétention. Les obstacles théoriques à la réception de l'hypothèque mobilière ont pourtant été levés par la réfutation d'une sécurité du bénéficiaire et des tiers conditionnée à la dépossession du constituant. Aussi, la confusion actuelle, créée par la coexistence du gage sans dépossession et de dispositions réfutant l'hypothèque mobilière, doit être corrigée.

La réception de la sûreté globale en constituera l'occasion : en conférant à la sûreté nouvelle une nature hypothécaire d'ordre public, alors qu'elle accueillera en son assiette des biens meubles, l'hypothèque mobilière recevra une consécration définitive. Par prolongement, il faudra reconnaître une nature hypothécaire, exclusive de tout droit de rétention⁸⁵⁹, au gage sans dépossession et, plus généralement, à l'ensemble des sûretés réelles mobilières sans déplacement. Ce faisant, l'article 2398 du Code civil proposant que « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » deviendra sans objet et devra probablement être supprimé tout comme, d'ailleurs, les dispositions consacrant un droit de rétention fictif.

⁸⁵⁴Par l'insertion au sein de l'article 2286, alinéa 1^{er} du Code civil d'un 4^o issu de la loi n^o 2008-776 du 4 août 2008, préc.

⁸⁵⁵Sur ce point, v. *supra*, n^o 92 et s.

⁸⁵⁶Ord. n^o 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁸⁵⁷Cette rétention, détachée de toute emprise matérielle du créancier, n'existe d'ailleurs qu'au prix d'une qualification contestable du droit de rétention en un accessoire du gage. Sur ce point, v. *supra*, n^o 92.

⁸⁵⁸En ce sens, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 425, n^o 575 : « L'absence de dépossession est ainsi l'élément majeur de la notion d'hypothèque ; celui qui l'oppose fondamentalement au gage et fournit le critère de la distinction entre les deux types de sûretés ».

⁸⁵⁹Ceci supposera la suppression du 4^o de l'article 2286, alinéa 1^{er} du Code civil.

§2. L'opportunité de la nature hypothécaire de la sûreté globale

289. **Plan.** La pertinence de la nature hypothécaire de la sûreté globale apparaît clairement si l'on adopte une approche téléologique. Ce caractère sera un instrument de nature à permettre l'efficacité de la sûreté nouvelle (A), notamment en ce qu'il exclura un droit perturbateur, celui de rétention (B).

A. La nature hypothécaire instrument d'efficacité de la sûreté globale

290. **Rappel des avantages découlant de l'absence de dépossession.** Nous avons souligné les défauts de la dépossession du bien circulant engagé en sûreté⁸⁶⁰ et les vertus de l'abandon du principe de la dépossession impérative en matière de sûretés réelles mobilières⁸⁶¹. Nous nous limiterons donc à un simple rappel.

Le créancier bénéficiaire, qui est le plus souvent un établissement de crédit, n'a pas vocation à recevoir l'assiette de la sûreté dont il bénéficie. Ceci revêt une vérité accrue lorsqu'il s'agit d'engager des biens circulants, souvent volumineux, sujets à déperissement, et pour lesquels il ne dispose ni des infrastructures de stockage ni des compétences nécessaires à leur bonne conservation. Le constituant se trouve tout autant soulagé par l'absence de dépossession : il ne supporte pas le coût financier d'un entiercement et ne subit pas le déplacement matériel de l'assiette, contraire à la fonction du bien circulant.

Par l'absence de déplacement matériel des biens grevés, inhérent à la nature hypothécaire de la sûreté globale, sa constitution et sa gestion s'en trouveront simplifiées. L'organisation satisfera en outre l'ensemble des parties par son adéquation aux particularités du bien circulant. Le créancier bénéficiaire recevra en sûreté des biens d'une valeur importante sans que la conservation lui soit coûteuse, ou qu'une mauvaise conservation lui soit reprochée⁸⁶². Quant au constituant, il

⁸⁶⁰V. *supra*, 85 et s.

⁸⁶¹V. *supra*, n° 161 et s.

⁸⁶²Le créancier en possession de l'assiette n'est qu'un détenteur pour autrui. À ce titre, il est soumis à une obligation de conservation qui, si elle est méconnue, permettra au débiteur d'obtenir une créance indemnitaire. Sur ce point, v.

gardera l'emprise matérielle sur l'assiette, condition nécessaire à la gestion dynamique des biens engagés, qui, pour ceux circulants, supposent la réalisation d'actes d'aliénation, de destruction ou encore d'incorporation⁸⁶³.

Ces qualités conféreront à la sûreté globale une incontestable efficacité⁸⁶⁴. Surtout, cette figure nouvelle de garantie se présentera comme pleinement adaptée à la fonction du bien circulant, proposition d'ailleurs largement confortée par l'exclusion, en ce qui la concerne, de tout droit de rétention.

B. La nature hypothécaire source d'exclusion de tout droit de rétention

291. **Conception actuelle du droit de rétention.** Rappelons-le, le droit de rétention⁸⁶⁵ constitue un instrument de blocage à l'efficacité redoutable. Il s'agit de laisser le créancier retenir valablement la chose du débiteur entretenant un lien de connexité⁸⁶⁶ avec la créance due, jusqu'à son complet paiement⁸⁶⁷. Certes, le droit de rétention ne confère aucun droit de préférence à son titulaire. Toutefois, la rétention, opposable *erga omnes*⁸⁶⁸, conduira souvent les créanciers privilégiés à désintéresser le rétenteur ; ceci constituera le préalable nécessaire à l'appréhension du bien et donc de son prix. C'est probablement l'efficacité de ce mécanisme qui a poussé le législateur à généraliser l'institution, quitte d'ailleurs, à en méconnaître la nature. Le mouvement s'est manifesté par la reconnaissance d'un droit de rétention en présence d'un gage sans dépossession⁸⁶⁹, c'est à dire en l'absence de toute détention effective

supra, n° 97.

⁸⁶³Si les biens engagés demeurent disponibles, ceux soustraits devront impérativement être remplacés. Sur les contours du renouvellement, v. *infra*, n° 375 et s.

⁸⁶⁴La sûreté globale s'inscrit ainsi dans le mouvement voulu pour les sûretés réelles par le réformateur de 2006. Sur ce point, v. « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », préc., p. 4467.

⁸⁶⁵Sur sa consécration légale par l'ordonnance du 23 mars 2006, v. not. A. AYNÈS, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301 et s.

⁸⁶⁶Pour une présentation des différentes connexités en matière de droit de rétention, v. A. AYNÈS, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, th. préc., p. 120 et s., n° 152 et s. ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 197 et s., n° 447.

⁸⁶⁷Sur le droit de rétention, v. A. AYNÈS, *Le droit de rétention unité ou pluralité*, th. préc. ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 187 et s. ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 453 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 507 et s. ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 431 et s. V. *supra*, n° 87 et s.

⁸⁶⁸L'opposabilité n'est pas conditionnée à publicité. En ce sens, v. Cass. 3^{ème} civ., 16 déc. 1998, n° 97-12.702, *Bull. civ.* III, n° 253, p. 168 ; *RD immobilier* 1999, p. 293, obs. P. THÉRY.

⁸⁶⁹C. civ., art. 2286, al. 1^{er}, 4^o, issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, préc. V. R. BERNARD-MENORET, « Le droit de rétention au sein des sûretés », art. préc., p. 55 et s. ; P. CROCQ, « Le gage avec ou sans dépossession après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc., p. 25 ; A. AYNÈS, « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », art. préc., act. 300 ; S. PIEDELIÈVRE, « Le nouvel article 2286, 4^o, du Code civil », art. préc., p. 2950 et s..

du créancier bénéficiaire. Pourtant, le droit de rétention ne constitue que la reconnaissance juridique d'une situation de fait : le créancier retient parce qu'il détient. Dès lors, la rétention fictive demeure largement inutile⁸⁷⁰ car il est bien difficile de retenir la chose sur laquelle l'on a aucune emprise matérielle.

292. **Justification de l'exclusion.** Si l'institution n'existait, comme il le faudrait, qu'en présence d'une détention effective du créancier, l'exclusion de tout droit de rétention n'appellerait pas plus de développements. La sûreté globale n'opèrera aucun transport matériel de l'assiette en faveur du créancier, et en l'absence de détention, il ne saurait exister de rétention. Néanmoins, la reconnaissance en faveur du gagiste sans dépossession d'un droit fictif de rétention sème le doute sur l'exclusion : c'est qu'en effet, cette figure de sûreté entretient quelques identités avec la sûreté globale que nous proposons. Dans les deux cas, il s'agit de recevoir un ou plusieurs biens – seulement meubles corporels pour le gage – en sûreté. Dans les deux cas également, la sûreté n'aboutit pas à la dépossession du constituant.

Néanmoins, et à la différence du gage, la sûreté globale ne confèrera aucun droit de rétention, même fictif. La différence de traitement se comprend par la différence de nature des deux sûretés. Nous avons souligné les liens étroits entre le gage et la dépossession⁸⁷¹ conférant à cette convention jusqu'à une date récente, la nature de contrat réel. La reconnaissance d'un droit fictif de rétention au gagiste sans dépossession⁸⁷² découle, d'ailleurs, de la nature « dépossessionnaire » maladroitement retenue pour le nouveau gage de droit commun⁸⁷³. Ainsi, l'absence de dépossession ne relève que de l'aménagement du régime de cette sûreté, qui n'emprunte pas pour autant une nature hypothécaire⁸⁷⁴.

Voilà qui éloigne le gage de la sûreté proposée. Pour celle-ci, l'absence de transport matériel de l'assiette ne résultera pas d'une modalité de son régime mais bien de sa nature. En ce sens, la sûreté ne pourra recevoir la qualification de globale

⁸⁷⁰V. *supra*, n° 94.

⁸⁷¹V. *supra*, n° 75 et s.

⁸⁷²Pour une critique de cet « abus de fiction », v. *supra*, n° 92 et s. ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, p. 320, n° 255 ; L. AYNÈS et P. CROCCO, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 196, n° 446-1.

⁸⁷³La nouvelle terminologie empruntée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 en constitue un autre exemple. Auparavant nommée « antichrèse », la sûreté réelle conventionnelle sur l'immeuble avec dépossession répond désormais, conformément à l'article 2387 du Code civil, au nom de « gage immobilier ». Voilà qui démontre l'identité, dans l'esprit du législateur, entre gage et dépossession.

⁸⁷⁴L'orientation empruntée revigore une analyse envisageant la dépossession comme inhérente au gage, et appréhendant l'obligation de conservation du constituant possesseur en une rétention juridique (v. J. HÉMARD, « La restauration des droits du gagiste en matière commerciale par la jurisprudence française », art. préc., spéc. n° 23).

si elle implique ou permet, du moins alors que la sûreté est pendante, la dépossession du constituant. Ce détachement de toute idée de dépossession donnera à la sûreté envisagée, à l'instar de l'hypothèque conventionnelle, une nature hypothécaire exclusive de tout droit de rétention⁸⁷⁵.

293. **Opportunité de l'exclusion.** Au-delà des fondements de l'exclusion, il faut souligner son opportunité. La sûreté globale tendra à permettre la disponibilité des biens engagés. Celle-ci, nous allons l'évoquer, s'entendra dans sa dimension juridique⁸⁷⁶. Elle devra également s'exprimer dans sa dimension matérielle et il s'agira de laisser au constituant la possibilité d'intervenir sur les éléments grevés.

À cet égard, la nature hypothécaire de la sûreté globale constituera le *palladium* de la disponibilité matérielle des éléments de l'assiette puisqu'elle conduira à l'exclusion de tout pouvoir de blocage matériel du créancier. Toutefois, avoir l'assiette en sa main ne signifie pas nécessairement que l'on peut librement en disposer. Ce résultat, pour la sûreté que nous proposons, découlera d'un autre de ses caractères : sa nature fluctuante.

SECTION 2. NATURE FLUCTUANTE DE LA SÛRETÉ GLOBALE

294. **Plan.** Hormis quelques exceptions⁸⁷⁷, la fluctuation de l'assiette des sûretés réelles conventionnelles existantes se heurte à un obstacle insurmontable. Fort de son droit de suite, le créancier bénéficiaire suit les éléments grevés en quelques mains qu'ils se trouvent. Aussi, les biens engagés ne peuvent être librement renouvelés par le constituant suite à leur transmission, destruction ou incorporation. La contrariété d'un tel résultat avec la fonction du bien circulant n'est plus à démontrer.

La nature fluctuante de la sûreté globale interviendra pour dépasser cette difficulté. C'est qu'en effet, en exploitant la structure de l'assiette-universalité, la

⁸⁷⁵L'exclusion ne concerne que le droit de rétention résultant de la seule constitution de la sûreté globale. Les biens engagés pourront bien évidemment être l'objet d'un droit de rétention émanant d'une autre source.

⁸⁷⁶V. *infra*, n° 295 et s.

⁸⁷⁷Ex : gage de droit commun sur choses fongibles ; warrants sur stocks de choses fongibles. V. *supra*, n° 180, et n° 181 et s.

sûreté proposée ménagera la disponibilité juridique des éléments engagés (§1) et, ce faisant, permettra leur fluctuation matérielle (§2).

§1. La disponibilité juridique des éléments engagés

295. **La disponibilité des éléments permise par la structure de l'assiette-universalité.** Les biens engagés en sûreté globale devront être laissés à une gestion dynamique du constituant. Ainsi, seront-ils soustraits à l'assiette par transmission, destruction ou incorporation à condition de leur remplacement. Cette fluctuation recouvrera évidemment une dimension matérielle. Elle ne sera toutefois valable qu'en raison de la disponibilité juridique des biens engagés.

Le droit positif permet d'ores et déjà la fluctuation des assiettes mobilières fongibles. Il s'agit alors de recevoir la substitution des biens grevés en raison de l'interchangeabilité objective entretenue avec d'autres biens. L'aménagement du régime peut probablement connaître quelques prolongements par la fongibilité conventionnellement instaurée entre les biens engagés et ceux venant en remplacement⁸⁷⁸. Reste que la sûreté n'est pas, par nature, ouverte à la disponibilité des biens engagés : la fluctuation n'intervient qu'à titre d'exception, conditionnée par la fongibilité.

La sûreté globale revêtira une autre ambition. L'universalité de fait constituée par l'assiette ménagera invariablement la disponibilité juridique des biens engagés. C'est qu'en effet, sa structure aboutira à ce que le droit réel de garantie ne se fixe pas sur les composants mais seulement sur l'assiette-universalité.

296. **L'absence de droit réel de garantie sur les composants de l'assiette-universalité.** Nous avons soulevé le sort autonome que les biens, éléments d'une universalité de fait, conservent⁸⁷⁹. Ils sont évidemment soumis au régime de l'ensemble mais n'en demeurent pas moins « juridiquement dissociables »⁸⁸⁰. Ainsi, l'on retrouvera au sein de l'assiette-universalité de sûreté

⁸⁷⁸V. *supra*, n° 217 et s., n° 234 et s.

⁸⁷⁹V. *supra*, n° 257.

⁸⁸⁰G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 42. Cette dissociabilité n'est pas incompatible avec le sort commun caractérisant l'universalité de fait. Le fonds de commerce en constitue une illustration : les marchandises ne demeurent pas en entité individuelle déterminée ; elles seront vendues et remplacées par d'autres. Plus même, le renouvellement des composants de l'universalité de fait sera parfois nécessaire au maintien de sa valeur. Il pourra d'ailleurs être

globale, une multiplicité d'objets de droit : les différents biens engagés. Portant sur l'assiette-universalité, le droit réel de garantie ne se fixera pas sur ces biens. Détachés de tout droit réel accessoire, ceux-ci resteront logiquement disponibles. Ils ne feront pas l'objet d'un droit de préférence et, surtout, le créancier ne disposera d'aucun droit de suite. La souplesse en résultant sera largement vertueuse. Elle aboutira à la conciliation des différentes utilités du bien circulant : engagé en sûreté, il contribuera au crédit du débiteur ; restant néanmoins disponible, il ne sera pas soustrait à sa fonction.

Cette disponibilité des éléments de l'assiette aura, par ailleurs, l'avantage de la simplicité. Puisque les composants de l'assiette-universalité ne constitueront pas l'objet du droit réel de garantie, il ne sera pas nécessaire, pour justifier leur remplacement au sein de l'ensemble, de recourir au prisme de la fongibilité. La substitution des biens successifs, qui s'analysera en une subrogation réelle⁸⁸¹, sera structurelle⁸⁸² et participera de la gestion naturelle⁸⁸³ du bien-universalité constitué par l'assiette. Elle ne fera d'ailleurs pas disparaître la sûreté mais permettra, tout à l'inverse, la conservation de sa valeur.

297. L'universalité de fait constituée par l'assiette objet du droit réel de garantie. Il n'est pas douteux que les biens réunis en assiette de sûreté globale seront créateurs d'une universalité de fait. Celle-ci en tant que bien distinct de ses composants constituera l'objet du droit réel de garantie conféré par la sûreté globale⁸⁸⁴. Toutefois, et au-delà de la validité de la qualification, ce sont ses vertus qui intéressent.

La réception d'une sûreté permettant la libre fluctuation des biens réunis en assiette se heurte invariablement au principe de spécialité des biens engagés. Celui-ci, reposant sur la notion de droit réel⁸⁸⁵, exige un contact direct entre le droit et son

entrepris par le simple usufruitier de l'universalité à condition d'en conserver la substance (Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, n° 96-18.041, préc.).

⁸⁸¹V. *infra*, n° 303.

⁸⁸²En ce sens, v. F. ZENATI, « Propriété et droits réels. 1. Choses concomptibles », *RTD civ.* 1994, p. 379 et s. ; spéc. p. 381 : l'auteur considère les composants de l'universalité de fait comme des « éléments interchangeable avec d'autres biens ». C'est donc, s'ils sont interchangeables, qu'ils peuvent être soustraits à l'universalité et remplacés par d'autres.

⁸⁸³J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 724, p. 1624 : « Il est de la nature d'une universalité de fait de n'être pas immobile dans sa composition. Pour durer, pour vivre, elle doit s'adapter aux circonstances changeantes du dehors et, partant, changer elle-même ».

⁸⁸⁴V. *supra*, n° 260.

⁸⁸⁵V. *supra*, n° 108 et s. V. égal. P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., spéc. p. 60 et s.

objet. En découle la nécessaire individualisation des biens grevés, dès la constitution de la sûreté. Le principe recouvre, dans nombre d'hypothèses, une certaine utilité puisqu'il ne va pas sans fournir quelques sécurités au créancier bénéficiaire⁸⁸⁶. Toutefois, il paralyse les biens engagés qui font l'objet d'un droit de suite, conséquence inconciliable avec la fonction du bien circulant.

L'assiette de sûreté globale, envisagée en un bien distinct objet du droit réel de sûreté, permettra proprement de surmonter l'obstacle. Qualifié en universalité de fait, l'ensemble des éléments grevés constituera un bien individualisé répondant à l'exigence de spécialité de l'assiette. De ce point de vue, la sûreté globale ne diffèrera pas des sûretés réelles connues : le créancier disposera d'un droit de préférence, opposable *erga omnes* et rendu efficace par un droit de suite. Toutefois, ces droits n'affecteront que l'assiette-universalité et non ses composants. C'est donc la structure de l'universalité de fait qui solutionnera l'opposition : en tant que bien individualisé, elle satisfera à la spécialité que suppose la création d'un droit réel accessoire ; en tant qu'enveloppe, elle permettra la fluctuation matérielle des éléments de l'assiette demeurés juridiquement disponibles.

§2. La fluctuation matérielle des éléments engagés

298. **Fluctuation par essence des éléments de l'assiette-universalité.** L'assiette de la sûreté globale, en tant qu'universalité de fait, manifestera une vocation naturelle à la fluctuation⁸⁸⁷. Il est vrai que certaines universalités peuvent rester figées en leur contenu. Toutefois, la structure d'un bien-universalité permet, par essence, le renouvellement de ses composants ; il est même des hypothèses où la conservation de sa valeur l'impose⁸⁸⁸. Cette fluctuation matérielle des composants sera donc consubstantielle à la sûreté globale en raison de la qualification de son assiette⁸⁸⁹. Voilà qui ouvrira le champ à une gestion dynamique de l'ensemble par le constituant (A), à laquelle il faudra néanmoins fixer quelques limites (B).

⁸⁸⁶Sur ce point, v. *supra*, n° 109.

⁸⁸⁷En ce sens, v. not. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 724, p. 1624 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 381, n° 541.

⁸⁸⁸Ex : lorsque l'universalité est composée de denrées périssables.

⁸⁸⁹Le nantissement de compte-titres – compte dont la qualification en universalité de fait n'est plus discutée – vient en appui de cette affirmation. Le constituant pourra, pendant le temps de la sûreté, substituer les titres originaires par d'autres (C. monét. fin., art. L. 211-20, I). V. *supra*, n° 179.

A. L'assiette de la sûreté globale laissée à la gestion dynamique du constituant

299. **Contours de la gestion dynamique.** Lorsque le constituant reste en possession de l'assiette, il en est de fait son gestionnaire, proprement par son emprise matérielle. Ainsi, en matière d'hypothèque conventionnelle, doit-il veiller à la préservation du bien puisqu'il devient « comptable de sa valeur »⁸⁹⁰. En matière de sûretés mobilières sans dépossession, la même obligation est retrouvée⁸⁹¹. Il y a donc, en raison de l'emprise matérielle sur l'assiette, un pouvoir systématique de gestion du constituant, limité toutefois, et la restriction a son importance, aux seuls actes imposés par la préservation de la valeur des biens grevés.

Le pouvoir de gestion du constituant sur les éléments de l'assiette-universalité de la sûreté globale ne s'enfermera pas dans de pareilles limites. Il faudra lui permettre d'entreprendre sur les composants de l'ensemble, tous les actes commandés par la fonction du bien circulant. C'est bien en ce sens que la gestion sera qualifiée de dynamique. Reste toutefois à préciser les actes découlant de cette gestion (I) et son corollaire, condition de la conservation de l'universalité, le renouvellement des composants (II).

I. Les actes découlant de la gestion dynamique de l'assiette

300. **Typologie des actes.** L'objectif de la sûreté globale sera de fournir une figure de garantie invariablement adaptée à la fonction du bien circulant. Aussi, le constituant devra pouvoir intervenir sur la composition de l'assiette chaque fois que la fonction des éléments grevés le commandera.

Pour aboutir à ce résultat, l'approche ne pourra être qu'économique : les composants devront recevoir l'ensemble des actes à défaut desquels ils seraient soustraits, même temporairement, à leur fonction. Descriptivement, la typologie des actes se résumera à trois catégories. Le bien circulant étant fréquemment un élément du processus de fabrication, il faudra qu'il demeure disponible à une incorporation. De la même façon, il devra pouvoir être détruit puisque son utilisation, lorsqu'il

⁸⁹⁰P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, p. 241, n° 181.

⁸⁹¹C. civ., art. 2344, al. 2.

s'agit d'une matière consommable, ne pourra aboutir à une autre conséquence. Enfin, le bien circulant étant fréquemment commercialisé, il faudra qu'il puisse être aliéné.

301. **Qualification des actes.** La première analyse des actes devant être entrepris oriente vers une conclusion évidente : puisqu'il s'agira de transmettre juridiquement ou de détruire matériellement le composant, l'acte sera nécessairement de disposition⁸⁹². Cette conclusion ne peut toutefois s'entreprendre qu'au prix de la négation de la qualification juridique de l'assiette. La sûreté globale ne se limitera pas à une réunion de biens engagés ; la communauté d'affectation des composants érigera l'ensemble en une universalité de fait. Aussi, l'analyse des interventions sur les composants ne saurait être rigoureuse sans qu'elle soit entreprise à travers le prisme de ce bien nouveau et distinct. Sous cet angle, et si l'on veut bien opposer aux actes de disposition ceux d'administration⁸⁹³ – que l'on peut définir comme les actes « de gestion courante »⁸⁹⁴ du bien –, l'aliénation, l'incorporation ou la destruction des composants relèveront de l'exploitation normale de l'assiette-universalité⁸⁹⁵. Dès lors, et même s'ils aboutiront à disposer des éléments de l'ensemble, ces actes devront être qualifiés de gestion.

La recherche de qualification des interventions juridiques affectant les composants pourrait paraître inutile : qu'elles soient qualifiées de gestion ou de disposition, leur validité ne sera pas douteuse. Le constituant restera libre de les entreprendre en raison de la structure de l'assiette-universalité, qui est l'objet unique du droit réel conféré par la sûreté globale⁸⁹⁶. Elle est pourtant centrale : c'est proprement parce que les actes intervenant sur l'ensemble relèveront de sa gestion, qu'ils impliqueront le remplacement des composants distraits.

⁸⁹²G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p. 67 : « Le droit de disposition, de libre disposition, de disposition pleine et entière est conçu, comme le droit "d'abuser", matériellement ou juridiquement, d'une chose » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, p. 1641, n° 730.

⁸⁹³Sur les difficultés de leur distinction, v. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, t. III, *op. cit.*, p. 227, n° 219 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 189, n° 281. Un auteur a pu soutenir que ces deux actes ne pouvaient être opposés « rigoureusement et objectivement [...] pour la simple raison qu'ils se confondent en grande partie » (F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981, spéc. p. 671). Il n'en reste pas moins qu'ils se dissocient clairement dans leur fonction : alors que l'acte de disposition entraîne la disparition patrimoniale du bien, l'acte de gestion tend au maintien de sa valeur ou à la mise en œuvre de ses utilités.

⁸⁹⁴G. CORNU, *Les biens*, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁹⁵En ce sens, à propos d'un portefeuille de valeurs mobilières, S. PIEDELIÈVRE, « Universalité et gestion d'un portefeuille de valeur mobilière », *Dr. et patrimoine* 2000, n° 82, p. 96 et s., spéc. p. 98 : « On constate que les opérations de ventes et d'achats de titres compris dans un portefeuille de valeurs mobilières ne requièrent plus une cogestion entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. À partir du moment où l'idée d'universalité est reconnue, on se trouve en présence d'actes de gestion et non plus d'actes de disposition ».

⁸⁹⁶V. *supra*, n° 260.

II. Le remplacement des éléments distraits : obligation inhérente à la gestion dynamique de l'assiette

302. **Obligation de conservation de l'assiette-universalité.** Puisqu'il s'agit de gérer l'ensemble, les actes qui interviennent sur les composants ne sauraient compromettre sa valeur. L'idée de gestion dynamique est donc inséparable de celle de remplacement : à défaut, l'universalité dépourvue de substance est vouée à disparaître. Toutefois et aussi naturelle que puisse apparaître la nécessité du remplacement, il ne trouve de force obligatoire qu'en présence, sur l'universalité, de droits réels autres que ceux du propriétaire des composants. En amont, il ne s'agit que d'une faculté⁸⁹⁷.

En présence d'une sûreté globale, il sera conférer un droit réel accessoire de garantie au créancier bénéficiaire sur l'assiette-universalité. Aussi, l'ensemble ne relèvera pas des seuls intérêts du constituant et le créancier bénéficiaire devra être assuré de la conservation de sa sûreté. Pour ce faire, le constituant possesseur, certes libre gestionnaire des composants, deviendra débiteur d'une obligation de conservation de l'assiette-universalité. Cette obligation n'est pas originale : on la retrouve pour toute sûreté réelle. Toutefois, la structure de l'assiette-universalité aboutira à ce qu'elle s'exprime de façon singulière, par le renouvellement des composants⁸⁹⁸.

303. **Subrogation réelle des éléments successifs au sein de l'assiette-universalité.** Découlant de la structure de l'universalité et imposé par l'obligation de conservation du constituant, le remplacement des composants distraits reste discuté quant à sa qualification. Pour nombre d'auteurs⁸⁹⁹, la succession des différents composants au sein de l'universalité se justifierait par la fongibilité. L'explication paraît contestable : elle tend à limiter le champ des remplacements possibles aux

⁸⁹⁷Il est bien difficile d'envisager le propriétaire de l'universalité de fait se reprochant à lui-même l'absence de renouvellement des composants.

⁸⁹⁸Les contours de cette obligation resteront ouverts à l'intervention conventionnelle, notamment quant à l'interchangeabilité devant être entretenue entre les composants successifs. V. *infra*, n° 381 et s.

⁸⁹⁹A. CERBAN, « Nature et domaine de l'application de la subrogation réelle », art. préc., spéc. p. 57 ; ou plus récemment, F. ZENATI, « Choses consommables : usufruit des titres au porteur », *RTD civ.* 1994, p. 381. Un auteur a même pu considérer que la fongibilité explique la substitution en détachement de toute subrogation réelle (R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, th. préc., spéc. p. 305 : pour lequel les auteurs ont expliqué la substitution des éléments d'une universalité de fait par la subrogation réelle alors « qu'on s'aperçoit que le phénomène juridique ainsi expliqué trouve son origine non dans cette prétendue subrogation générale, qui est une superfétation, mais dans le caractère fongible de tous les éléments d'une universalité de droit ou de fait »).

seuls biens objectivement interchangeable ; or, le remplacement des composants de l'universalité de fait ne saurait s'enfermer dans cette limite. L'obstacle serait contourné par la fongibilité subjective qu'entretiendraient nécessairement les éléments de l'ensemble⁹⁰⁰. Cette fongibilité *ad valorem* assurerait invariablement l'interchangeabilité des composants, en dépit de leurs différences intrinsèques. Toutefois, la fongibilité ne justifie en rien l'intégration juridique des composants au sein de l'universalité ; elle n'est guère que descriptive des relations d'équivalence entretenues par les composants successifs.

L'explication de la substitution juridique des composants est à trouver dans la notion de subrogation réelle⁹⁰¹, fiction de droit par laquelle une chose prend la place d'une autre au sein d'un rapport de droit, et dont le développement en matière de sûretés réelles a été récemment décrit⁹⁰². Cette subrogation, jouant « automatiquement »⁹⁰³ au sein de l'universalité de fait, s'accorde parfaitement à l'idée sous-jacente de remplacement. En outre, elle n'est pas absorbée par la fongibilité⁹⁰⁴. Alors que celle-ci constate l'équivalence des biens, la subrogation réelle permet leur remplacement juridique au sein de l'ensemble. Cette substitution, détachée de toute exigence de fongibilité, se justifie en présence d'une universalité de fait par la volonté d'affectation commune des éléments⁹⁰⁵. C'est bien en ce sens qu'elle se manifeste comme automatique.

304. **Bilan.** La subrogation réelle des composants au sein de l'universalité de fait permettra l'efficience de la sûreté globale. Préservant les intérêts du bénéficiaire par le remplacement des composants successifs sans que son droit réel accessoire sur l'assiette-universalité ne disparaisse, elle permettra également la gestion dynamique du constituant. Cette liberté de gestion ne pourra toutefois

⁹⁰⁰R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, th. préc., spéc. p. 305 : pour lequel tous les éléments d'une universalité de fait ou de droit ont un caractère fongible.

⁹⁰¹En ce sens, N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 533, n° 605 et s.

⁹⁰²C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, th. préc., spéc. p. 501 et s.

⁹⁰³D. MARTIN, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », art. préc., spéc. p. 4.

⁹⁰⁴N.-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, th. préc., p. 533, n° 601 ; P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification juridique des biens*, th. préc., p. 101, n° 89. *Contra* A. CERBAN, « Nature et domaine de l'application de la subrogation réelle », art. préc., spéc. p. 57 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IX, par E. BARTIN, *op. cit.*, p. 340, § 575 : pour lesquels la subrogation réelle trouve son fondement « dans la fongibilité des objets que referme une même universalité [...] ».

⁹⁰⁵En ce sens, v. H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.* 1919, p. 385 et s., spéc. p. 392 ; ou, plus récemment, R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 et s., spéc. p. 328, n° 25.

s'étendre sans limites : l'équilibre des intérêts réciproques des parties en matière de sûreté en imposera quelques unes.

B. Les limites à la gestion dynamique du constituant

305. **L'encadrement nécessaire de la gestion dynamique.** La structure de l'assiette-universalité permettra par essence la fluctuation des composants. En tant que caractère de la sûreté nouvelle, cette libre fluctuation, instrument nécessaire à la gestion dynamique du constituant, ne pourra être systématiquement refusée. Pour autant, l'instauration de quelques limites restera acceptable : il y a une différence entre méconnaître le caractère d'une institution et limiter le domaine de son expression.

Plus qu'acceptables, ces limites se révéleront nécessaires. La nature fluctuante de la sûreté globale ne pourra s'exprimer en méconnaissance des impératifs de sécurité du créancier bénéficiaire. En effet, la sûreté que nous proposons ne sera attractive que si elle ménage l'ensemble des intérêts en présence. Dès lors, l'efficacité de la sûreté globale supposera un subtil équilibre entre disponibilité des composants et sauvegarde de la sûreté. La liberté de gestion du constituant limitée aux actes inscrits « dans le cours normal des affaires » (I) et la liberté de gestion refusée au constituant défaillant (II) en constitueront la manifestation.

I. La liberté de gestion limitée aux actes inscrits dans « le cours normal des affaires »

306. **Les inspirations de la limitation.** Les droits anglais et américains connaissent, à travers la *floating charge* et le *security interest*, des figures de sûretés globales au détour desquelles se rencontre la notion de « cours normal des affaires ».

La *floating charge* laisse au constituant la possibilité de gérer librement les éléments regroupés en assiette « *in the ordinary course of business* ». C'est donc, pour emprunter une traduction littérale, que le constituant reste libre d'intervenir sur les biens engagés chaque fois qu'il s'agit du « cours ordinaire des affaires ». Le droit anglais ne s'est pas engagé dans une définition stricte de la notion, qui est une question factuelle que les tribunaux ne semblent pas enfermer dans des frontières

étroites⁹⁰⁶. Quant aux actes pouvant être entrepris, ils sont tous ceux induits par « ce cours ordinaire des affaires » y compris s'ils sont de disposition. Les biens transmis dans ce cadre sont libérés de la sûreté puisque « les droits du titulaire de la sûreté ne [seront] pas opposables à l'acquéreur [...] dès lors que l'acquisition s'inscrit dans le cours normal des affaires »⁹⁰⁷. Cette volonté de protection de l'acquéreur se retrouve dans des termes proches en matière de *security interest*. Le *buyer in ordinary course of business* – littéralement, l'acheteur dans le cours ordinaire, ou normal, des affaires – acquiert le bien engagé libre de toute sûreté. Cet « acheteur » s'entend strictement en droit américain, comme celui « qui acquiert dans le cadre normal de ses affaires, des marchandises à un commerçant dont l'activité commerciale habituelle consiste en la vente de choses pareilles »⁹⁰⁸.

307. **Les utilités de la limitation.** De cette brève approche de droit comparé émergent les utilités de la limitation en présence d'une sûreté globale : il s'agit de laisser les biens engagés disponibles à une aliénation sécurisante pour les acquéreurs successifs, tout en restreignant la liberté de gestion du constituant aux seuls actes indispensables à la destination économique des biens grevés. L'équilibre des intérêts réciproques permis par la notion « d'actes intervenants dans le cours normal des affaires » sera proprement celui poursuivi par la sûreté que nous proposons. Celle-ci, tendant à s'adapter aux besoins des entreprises devra également ménager les intérêts du créancier. Aussi, la distraction des éléments engagés, même si elle supposera nécessairement un remplacement, ne devra être permise que lorsqu'elle s'imposera. En dehors, la fluctuation des biens circulants grevés ne sera plus justifiée et la stabilité des éléments, sécurisante pour le créancier, devra être rétablie.

Aussi, la sûreté globale que nous envisageons devra recevoir cet instrument d'organisation de la gestion dynamique de l'assiette-universalité par le constituant. À l'instar du droit anglais, l'approche retenue sera factuelle : il ne peut être dressé une liste exhaustive et limitative des actes juridiques inscrits dans le « cours normal des

⁹⁰⁶M.-F. PANPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, th. préc., p. 396, n° 380, note 32 : il s'agit de l'opération « qui a pour but de développer les activités de la société et non d'y mettre fin ».

⁹⁰⁷M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », art. préc., spéc. p. 158, n° 30.

⁹⁰⁸J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 326, n° 885.

affaires »⁹⁰⁹. Il n'en demeure pas moins nécessaire, et possible, de fixer un cadre qualificatif. Aussi, l'acte, notamment d'aliénation, de destruction ou d'incorporation, s'inscrira dans « le cours normal des affaires » dès lors qu'il sera nécessaire à l'accomplissement de la fonction du bien circulant grevé⁹¹⁰. À défaut de satisfaire cette condition, l'acte entrepris n'affectera pas le créancier. Toutefois, puisqu'il ne disposera pas de droit de suite sur les composants, la sanction se manifesterait par un autre biais : l'acte lui serait inopposable, tant par le constituant que par les tiers⁹¹¹.

308. **Bilan.** La limitation de la gestion dynamique de l'assiette-universalité de sûreté globale aux actes inscrits dans le « cours normal des affaires » s'alignera sur l'approche économique et fonctionnelle du bien circulant⁹¹². Ce faisant, elle ne sera pas de nature à contrarier l'activité professionnelle du constituant. À cette première vertu, s'adjoindra une seconde : la limitation préservera les intérêts du créancier bénéficiaire, tout comme, d'ailleurs, le refus de toute liberté de gestion opposé au constituant défaillant.

II. La liberté de gestion refusée au constituant défaillant

309. **Défaillances faisant perdre au constituant sa liberté de gestion.** Par défaillance, il faudra évidemment retenir celle du débiteur dans le règlement de la créance garantie. À ce stade, la sûreté globale prendra une orientation nouvelle. D'éventuelle, l'appréhension des biens engagés deviendra certaine. Leur traitement juridique devra naturellement en être impacté et il faudra cristalliser l'universalité de fait dans sa composition pour permettre la réalisation de la sûreté. La solution proposée n'est pas originale. La défaillance du débiteur déclenche également la cristallisation de la *floating charge*, mesure ayant pour effet d'exclure la libre fluctuation des composants⁹¹³.

⁹⁰⁹Toutefois, certains seront suspects par nature. Ainsi en ira-t-il des actes de transmission à titre gratuit de biens circulants engagés en sûreté globale, alors même que le bien circulant s'ancre systématiquement dans un patrimoine professionnel dont le titulaire ne poursuit pas une activité philanthropique.

⁹¹⁰La conception retenue se détache de celle du droit anglais et du droit nord-américain. Plus stricte que la première puisqu'elle s'enferme dans des limites plus étroites que le seul but de développer les activités du constituant, elle est plus générale que la seconde, dès lors qu'elle ne se limite pas uniquement à prémunir les acquéreurs contre le droit de suite du créancier bénéficiaire.

⁹¹¹V. *supra*, n° 265.

⁹¹²V. *supra*, n° 50.

⁹¹³M.-F. PANPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, th. préc., p. 396 ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », art. préc., spéc. p. 159, n° 30 : « Après cristallisation, la *floating charge* est

Par défaillance, il faudra ensuite retenir celle constituée par l'inexécution du constituant de son obligation de conservation de la sûreté. La sanction se détachera alors du rapport principal garanti pour trouver sa source au sein du rapport accessoire de sûreté.

310. **Justification de la perte du pouvoir de gestion du constituant défaillant.** La sûreté réelle est invariablement une « réserve de valeur »⁹¹⁴. En tant qu'instrument de sécurisation de la créance, l'assiette doit se maintenir pour pallier la défaillance du débiteur. La disparition ou la diminution de cette valeur, alors que la garantie est pendante, contredit l'essence de la sûreté et, au-delà, menace son efficacité. À la défaillance du débiteur, l'incertitude est levée. La réserve de valeur devient une valeur appréhendable, permettant le désintéressement du créancier bénéficiaire. Il ne s'agit plus alors de laisser les biens engagés à la gestion du constituant mais de fixer l'assiette pour les besoins de la réalisation de la sûreté.

Finalement, que le débiteur soit défaillant dans la conservation de l'assiette ou le règlement de la créance garantie, c'est la fonction de la sûreté globale qui justifiera la perte du pouvoir de gestion : il s'agira de préserver la valeur de l'assiette dans le premier cas et de permettre la réalisation de la sûreté dans le second⁹¹⁵.

311. **Conclusion du Chapitre II.** En raison de la consécration générale des sûretés réelles mobilières sans dépossession par l'ordonnance de réforme du 23 mars 2006⁹¹⁶, la possibilité de recevoir une sûreté globale sans dépossession n'était pas douteuse. Toutefois, le droit actuel, qui maintient la prohibition de l'hypothèque mobilière tout en validant le gage sans dépossession, aboutit à une différence de traitement entre gages sans dépossession et sûretés de nature hypothécaire. Au-delà du caractère artificiel de l'opposition, elle aboutit à la reconnaissance d'une fiction perturbatrice : le gage conservant invariablement une nature « dépossessionnaire », il faut reconnaître au gagiste non possesseur un droit de rétention, nécessairement fictif. La réception de la sûreté globale devra permettre de rompre avec cet état de l'édifice légal. De nature hypothécaire alors que son objet sera une universalité de fait, c'est-à-

convertie en *fixed charge* », figure de la *charge* ne permettant pas la libre disponibilité des biens engagés.

⁹¹⁴G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 50.

⁹¹⁵Sur le sort des actes entrepris par un constituant défaillant, v. *infra*, n° 412.

⁹¹⁶C. civ., art. 2336.

dire un bien meuble incorporel, la sûreté nouvelle sera l'occasion de la disparition générale du principe selon lequel « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ». La prétendue nature « dépossessionnaire » du gage sans déplacement n'aura plus lieu d'être et il recevra une nature hypothécaire, inhérente d'ailleurs à toute sûreté sans dépossession. Ainsi, c'est à une autre institution que l'on redonnera toute sa cohérence : le gage sans dépossession n'imposera plus de méconnaître la nature du droit de rétention, par sa reconnaissance au moyen d'une fiction.

Outre sa nature hypothécaire, la sûreté envisagée proposera la généralisation de l'assiette fluctuante. À la différence du gage sur choses fongibles, la fluctuation des biens engagés se détachera de toute exigence de fongibilité. Ce résultat sera obtenu par l'exploitation de la structure d'un bien atypique. En qualifiant l'assiette de sûreté globale en universalité de fait, les éléments engagés demeureront pleinement disponibles et pourront être remplacés par d'autres venant en subrogation. Pour autant, l'institution proposée respectera le principe de spécialité des biens grevés, dès lors que le bien-universalité, constitué par l'assiette, permettra la détermination de l'objet sur lequel porte le droit réel de garantie. En transparence, c'est l'enrichissement du droit des sûretés par celui des biens qui apparaît⁹¹⁷ et, au-delà, la conformité de la sûreté envisagée à réception avec les concepts directeurs régissant le droit des sûretés réelles.

312. **Conclusion du Titre I.** La définition et les caractères de la sûreté proposée à réception sont désormais cernés.

Quant à la définition de la sûreté globale, l'innovation majeure réside probablement dans le contenu et la qualification de l'assiette. Contrairement aux garanties existantes, la sûreté envisagée pourra recevoir alternativement ou cumulativement des biens de toute nature physique. Par ailleurs, l'assiette sera appréhendée en un bien distinct de ceux qui la composent, autrement dit, en une universalité de fait. Voilà qui permettra de ménager une grande liberté pour le constituant dans la gestion des biens grevés.

C'est qu'en effet, la sûreté globale se caractérisera par sa nature fluctuante. Celle-ci, découlant de la structure de l'assiette-universalité, permettra le

⁹¹⁷Pour une mise en relation approfondie de ces deux branches du droit civil, v. C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, th. préc.

renouvellement des biens engagés, sans pour autant que le droit réel initialement conféré ne disparaisse. Cette nature fluctuante, conjuguée à celle hypothécaire, adaptera pleinement la sûreté globale à la fonction du bien circulant. Matériellement, les biens engagés demeureront en la possession du constituant. Juridiquement, l'assiette-universalité au sein de laquelle ils seront regroupés constituera l'objet du droit réel préférentiel, tant et si bien que les composants pourront être librement transmis, incorporés ou détruits pourvu qu'ils soient remplacés par d'autres. Partant, l'institution nouvelle complétera le droit commun des sûretés réelles et sa réception permettra au bien circulant de devenir un instrument majeur de financement des professionnels, pourvu, toutefois, que le régime de la sûreté globale ménage cumulativement les intérêts du constituant et du bénéficiaire.

- TITRE II -

RÉGIME DE LA SÛRETÉ GLOBALE

313. **Construction d'un régime spécifique.** Proposer une sûreté nouvelle de droit commun n'a d'intérêt qu'à condition de lui reconnaître un régime propre. Dès lors, la réception de la sûreté globale ne pourra aboutir au transport du régime du gage ou de l'hypothèque conventionnelle. De la même façon, la sûreté globale ne sera pas un simple agrégat des règles adaptées au bien circulant retrouvées au sein des différents régimes de sûretés réelles préexistantes. Évidemment, des identités avec ceux-ci existeront dès lors que certaines de leurs particularités seront exploitées. Mais le régime proposé pour la sûreté envisagée n'en demeurera pas moins propre et spécifique.

314. **Esprit directeur du régime.** Au-delà de son autonomie, c'est l'esprit directeur du régime de la sûreté globale qu'il faut présenter. L'institution envisagée devra proposer un équilibre entre souplesse et sécurité. L'examen des besoins réciproques des parties à la sûreté globale illustre cette nécessité. Le constituant devra pouvoir entreprendre l'ensemble des actes imposés par la fonction du bien circulant, sans que le créancier bénéficiaire ne puisse s'y opposer. Toutefois, cette souplesse dans la gestion de l'assiette-universalité ne pourra s'exprimer au sacrifice de l'efficacité de la sûreté. Aussi, la conservation de l'assiette, en valeur ou en nature,

devra être garantie avant la défaillance du constituant, et, *a fortiori*, lorsque sera mise en oeuvre la réalisation.

Dès lors, si les caractères de la sûreté nouvelle formeront le socle à même de fournir une institution nouvelle adaptée à la fonction du bien circulant, son régime devra permettre de dégager l'équilibre satisfaisant entre souplesse et sécurité. L'enjeu est de taille. Un régime contraignant à l'excès détournera les acteurs économiques de la sûreté nouvelle. À l'inverse, l'absence de tout cadre impératif, notamment pour protéger les intérêts du créancier bénéficiaire, rendra l'efficacité de la sûreté proposée hasardeuse et elle se trouvera tout autant délaissée.

315. **Plan.** Aussi, outre l'organisation juridique de la sûreté globale, son régime conditionnera sa pertinence et par là son attractivité. Naturellement, l'équilibre décrit, entre souplesse et sécurité, constituera le fil conducteur du régime de la sûreté envisagée à réception, tant pour l'édiction des règles de sa constitution (Chapitre I) que pour celles encadrant ses effets (Chapitre II).

- CHAPITRE I - LA CONSTITUTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE
- CHAPITRE II - LES EFFETS DE LA SÛRETÉ GLOBALE

- CHAPITRE I -

LA CONSTITUTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE

316. **Source conventionnelle de la sûreté globale.** Les sûretés réelles découlent de la convention, de la loi ou du juge. De ces trois sources, la sûreté globale résultera de celle conventionnelle puisqu'il s'agit de mettre à la disposition des acteurs économiques une institution nouvelle de garantie. Toutefois, une source n'est pas nécessairement exclusive d'une autre. En ce sens, l'hypothèque sur l'immeuble peut résulter, outre de la convention, d'une source judiciaire ou légale. Partant, faudra-t-il également recevoir une sûreté globale d'origine légale ou judiciaire ?

La sûreté légale répond d'une volonté de protection en raison de la nature de la créance⁹¹⁸ ou de la qualité du créancier⁹¹⁹. Il y a un automatisme que la sûreté globale ne saurait recevoir, puisqu'elle n'aura aucune vocation à résulter systématiquement de certaines créances ou à bénéficier automatiquement à certains créanciers. Si la sûreté globale ne pourra être de source légale, elle n'émanera pas plus d'une origine judiciaire en raison, toutefois, d'un autre motif. Les sûretés obtenues par voie de justice constituent des mesures conservatoires, la sollicitation du créancier intervenant en raison d'une perte de confiance en son débiteur. Voilà qui est incompatible avec la nature fluctuante de la sûreté globale qui, laissant

⁹¹⁸Il s'agit alors des privilèges définis par l'article 2324 du Code civil comme le « droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ». Sur la définition des privilèges, v. not. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière, op. cit.*, p. 208, n° 131 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 420 et s. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 651, n° 738.

⁹¹⁹Ex : l'hypothèque légale entre époux prévue par l'article 2400, 1° du Code civil.

l'assiette à la gestion dynamique du constituant, supposera, au moins alors que la sûreté sera pendante, un climat de confiance *inter partes*.

317. **Validité et opposabilité.** D'origine conventionnelle, la sûreté globale devra néanmoins être encadrée par quelques règles légales impératives notamment pour sa constitution. L'ordre public se justifiera par un objectif de sécurité : il s'agira d'assurer la détermination stricte des contours de l'engagement, pour assurer son efficacité et limiter les contestations judiciaires de sa validité.

En tout état de cause, la constitution d'une sûreté globale modifiera la situation patrimoniale du constituant. Certes, cette modification restera indolore : alors que la sûreté sera pendante, les composants de l'assiette-universalité demeureront pleinement disponibles. Elle sera de surcroît invisible, la nature hypothécaire de la sûreté excluant tout transport matériel en faveur du créancier. Cette modification ne pourra néanmoins demeurer occulte et l'efficacité de la sûreté globale supposera qu'elle soit opposable aux tiers, ce qui implique de les informer.

318. **Plan.** La constitution de la sûreté globale imposera donc un mouvement en deux temps : en tant que source conventionnelle d'obligations, elle devra satisfaire à des conditions de validité (Section 1) ; par ailleurs créatrice d'un droit réel susceptible de rejaillir sur les tiers, il faudra ménager son opposabilité (Section 2).

SECTION 1. CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA SÛRETÉ GLOBALE

319. **Nature des conditions.** À l'instar de tout acte conventionnel, la formation de la convention⁹²⁰ de sûreté globale sera suspendue à des conditions de

⁹²⁰Doit-on employer le terme de « contrat » ou de « convention » de sûreté réelle ? En la matière, on retient volontiers le terme de « convention ». C'est qu'en effet, le « contrat » se définit traditionnellement comme « une espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V^o « Contrat », sens 1). Or si la sûreté réelle est créatrice d'obligations, elle crée également un droit réel accessoire sur le bien engagé. En ce sens, elle s'ancre mieux au sein de la définition plus générale de la « convention », entendue comme « le nom générique donné – au sein des actes juridiques – à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V^o « Convention », I, sens 1). Il n'en reste pas moins que le législateur a pu entretenir une certaine confusion. Avant l'ordonnance de réforme de 2006, l'ancien article 2071 du Code civil qualifiait le nantissement – alors entendu comme la sûreté par laquelle un débiteur remettait une chose à son créancier – de « contrat ». Les nouvelles dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières corporelles et incorporelles marquent

validité. Ces exigences, dont le respect place la convention « à l'abri de toute critique »⁹²¹, sont celles à défaut desquelles elle ne pourra produire d'effets, dès lors qu'elle sera frappée de nullité.

Quant à ces conditions, il y a d'abord celles dites de fond. Il s'agit alors de ce qui touche à la substance de l'acte envisagé, ainsi des personnes venant à l'engagement ou encore de l'objet de la convention⁹²². Outre celles communes à tout contrat⁹²³, d'autres sont spécifiques à chacun et participent à la délimitation de son champ d'application. Les sûretés réelles illustrent le propos. La nature exclusivement immobilière de l'assiette de l'hypothèque conventionnelle constitue une condition de fond spécifique à cette sûreté, tenant à l'objet pouvant être engagé. De la même façon, le gage des stocks, ne pouvant intervenir qu'en faveur d'un établissement de crédit ou d'une société de financement⁹²⁴, suppose la satisfaction d'une condition de fond spécifique, tenant aux personnes admises à l'engagement.

Si la réunion des conditions de fond, communes et spécifiques, sont suffisantes à la validité d'un engagement consensuel, il en va autrement lorsqu'il est solennel. En ce cas, sa validité s'en trouve également suspendue à l'accomplissement de formalités, ordre de conditions dites de forme, supposées protectrices de l'une des parties, ou des deux⁹²⁵. Traditionnellement, l'édifice légal relatif aux sûretés réelles de droit commun proposait une solution différente selon que l'assiette était mobilière ou immobilière : seule l'hypothèque conventionnelle imposait un écrit à peine de

un mouvement différent, en disposant qu'il s'agit d'une « convention ». La tendance législative actuelle – à l'exception de la fiducie-sûreté qualifiée de « contrat » (C. civ., art. 2013) – est ainsi de désigner la sûreté réelle émanant du commun accord des parties par le terme de « convention ». La doctrine adopte également cette position, distinguant les sûretés selon leur origine légale, judiciaire ou conventionnelle et non contractuelle (en ce sens, v. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 184, n° 415 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 11, n° 7). Il semble donc acquis qu'en matière de sûretés réelles, le terme consacré soit celui de « convention » de sûreté. C'est en tous cas celui que nous retiendrons dans les propos à suivre pour désigner l'engagement de biens en sûreté globale, encore que celui de « contrat » puisse s'entendre en synonyme.

⁹²¹P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 72, n° 89.

⁹²²En ce sens, G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V° « Fond », I, sens 2 : « Par opposition à forme, tout ce qui, dans un acte juridique, touche à la personne de ses auteurs (capacité, pouvoir), à la valeur de leur consentement, au contenu de l'acte (objet, cause), à l'exclusion du mode d'expression des volontés ; on appelle conditions de fond, nullités de fond, les conditions de validité et les sanctions qui les concernent ».

⁹²³C. civ., art. 1108.

⁹²⁴C. com., art. L. 527-1, al. 1^{er}.

⁹²⁵En ce sens, P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 272, n° 350 : « Pareille exigence est toujours inspirée par un souci de protection des cocontractants ou de l'un d'entre eux ; la forme prend du temps, elle oblige à réfléchir avant de donner son consentement ».

validité⁹²⁶. La réforme du 23 mars 2006⁹²⁷ a marqué une orientation nouvelle en unifiant l'édifice légal. Réaffirmant le caractère solennel des conventions de sûretés sur l'immeuble⁹²⁸, elle a étendu ce caractère aux sûretés réelles mobilières de droit commun⁹²⁹. Il est vrai qu'une formalité – disons-le immédiatement, l'exigence d'un écrit – recouvre quelques vertus en la matière.

320. **Plan.** La validité de la sûreté globale proposée sera évidemment suspendue à des conditions de fond (§1). Celles-ci constitueront d'ailleurs l'instrument de limitation de son champ d'application. Au-delà, et en continuité avec la réforme récente des sûretés réelles⁹³⁰, la sûreté envisagée devra également respecter quelques exigences de forme (§2).

§1. Les conditions de fond de la sûreté globale

321. **Les conditions du droit commun, complétées par quelques autres.** La validité de la convention de sûreté globale sera évidemment suspendue aux conditions de fond du droit commun. La capacité à contracter et le caractère libre et éclairé du consentement n'imposent pas de développements particuliers. Tout au plus doit-on rappeler qu'en présence d'un constituant personne morale, il faudra s'assurer que son représentant dispose des pouvoirs nécessaires. L'objet de la convention de sûreté globale ne nous retiendra pas d'avantage. Son étude, à l'instar des autres sûretés réelles, est absorbée par celle du double principe de spécialité – quant à la créance et quant à l'assiette – dont l'articulation avec la sûreté globale a

⁹²⁶C. civ., anc. Art. 2127 : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins ». Si en matière d'antichrèse un écrit était envisagé (C. civ., anc. art. 2085, al. 1), l'exigence devait être qualifiée de probatoire, le caractère consensuel de la convention d'antichrèse n'étant pas remis en cause (v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 82, n° 111 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, op. cit., p. 178, n° 98 ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, op. cit., p. 376, n° 318). La différence de traitement entre l'hypothèque conventionnelle et l'antichrèse a aujourd'hui disparu, le nouveau régime de l'antichrèse, désormais nommée gage immobilier, imposant le recours à l'acte notarié à peine de validité de la convention constitutive (C. civ., art. 2388, par renvoi aux dispositions relatives à l'hypothèque conventionnelle).

⁹²⁷Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁹²⁸C. civ., art. 2416 et 2388.

⁹²⁹Il faut souligner que ce qui a été transposé est bien le caractère solennel de l'hypothèque conventionnelle et non ses formalités propres. Les gages et nantissements de droit commun supposeront, à peine de validité, l'accomplissement d'un écrit (C. civ., art. 2336). La validité de la convention étant suspendue à une formalité, l'engagement devient solennel. Toutefois, l'intervention notariale ne sera pas imposée, à l'inverse de ce qui est en matière d'hypothèque conventionnelle (C. civ., art. 2416) ou de gage immobilier (C. civ., art. 2388).

⁹³⁰Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

déjà été détaillée⁹³¹. Quant à la cause, le contrôle s'opérera conformément à sa conception moderne, articulée autour d'une approche dualiste⁹³². La licéité de la convention s'appréciera à l'aune de sa cause subjective, c'est à dire le motif déterminant du contrat⁹³³. Concernant la contrepartie, ou cause objective, elle résidera dans l'engagement principal garanti par la sûreté réelle⁹³⁴.

Finalement, il apparaît que ce ne sont pas les conditions du droit commun qui doivent concentrer l'attention, mais plutôt quelques autres, touchant aux parties à la convention de sûreté globale (A) ainsi qu'aux biens engagés (B).

A. Les parties admises à la convention de sûreté globale

322. **Limitation aux professionnels.** L'examen des sûretés globales de droits étrangers fait émerger une limitation de leur champ d'application. Qu'il s'agisse de l'hypothèque ouverte de droit québécois, du *security interest* de droit américain ou de la *floating charge* de droit anglais, ces sûretés ne peuvent être consenties que par des professionnels⁹³⁵. La limitation est opportune : le particularisme de cette figure de garantie, permettant la fluctuation des biens engagés, intéresse surtout les entreprises. Au-delà, la généralité de l'assiette, susceptible d'accueillir tout bien présent ou futur, constitue un engagement risqué, qu'il ne faut permettre qu'aux professionnels. Cette proposition revêt la même vérité pour la sûreté que nous proposons. Puisqu'elle trouve son utilité pour le bien circulant, entité juridique retrouvée au sein du patrimoine professionnel, il est naturel de restreindre son

⁹³¹Sur la conformité de la sûreté globale au principe de spécialité de l'assiette, v. *supra*, n° 260 ; sur sa conformité au principe de spécialité des créances garanties, v. *supra*, n° 248.

⁹³²P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, p. 310, n° 621 : « L'idée aujourd'hui dominante est que la cause exerce deux rôles différents, et par conséquent correspond à deux notions différentes, selon qu'il s'agit de l'existence de l'obligation, où est en jeu une notion objective et abstraite, ou qu'il s'agit de sa licéité, où est en jeu une notion subjective et concrète ».

⁹³³Ainsi, le pacte commissoire, prohibé de façon générale avant la réforme du 23 mars 2006, devait entraîner la nullité de l'engagement pour cause illicite lorsqu'il constituait la cause déterminante du contrat de gage (Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 1983, n° 82-10.334, *Bull. civ. I*, n° 100).

⁹³⁴Ex : Cass. 1^{ère} civ., 26 avr. 1988, n° 86-14.960 : l'arrêt rappelle, à l'occasion d'un contentieux relatif à la révocation d'une donation, que le prêt garanti constitue la cause de l'hypothèque. On pourrait contester la rigueur de cette proposition : trouver la contrepartie objective d'une sûreté réelle au sein du contrat donnant naissance à la créance garantie procède d'une confusion avec la nature accessoire des sûretés réelles. Le crédit accordé constitue probablement le motif justifiant la souscription de la sûreté ; qu'il en soit la contrepartie objective est plus contestable. L'observation est illustrée par la sûreté réelle pour autrui. Le constituant, tiers à l'opération garantie, ne reçoit aucune contrepartie ; c'est donc que la sûreté réelle ne contient, en elle-même, aucune contrepartie. Voilà qui montre l'incompatibilité des sûretés avec la conception objective de la cause et qui plaide, en outre, pour qu'en la matière le contrôle, ne soit que celui de la licéité de l'opération par la recherche de la cause subjective. Dans le sens de cette proposition, à propos du cautionnement, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 88.

⁹³⁵V. *supra*, n° 69 en note.

champ d'application. En somme, la sûreté globale devra être un instrument à la disposition des professionnels et limité à ceux-ci.

Nous avons souligné l'approche fonctionnelle de la notion de professionnel⁹³⁶ en droit interne. Loin de recevoir une définition unique, il en emprunte plusieurs au gré des objectifs poursuivis par les textes le mentionnant. Le caractère protéiforme de la définition se retrouvera pour la sûreté nouvelle : le sens retenu du terme « professionnel » devra même varier selon qu'on envisage le constituant ou le créancier bénéficiaire.

323. **Le constituant de la sûreté globale.** Quant au constituant, il faut nécessairement dégager une définition à même d'englober l'ensemble des titulaires de biens circulants. Nous avons d'ores et déjà précisé que ces biens seront exclusivement retrouvés au sein du patrimoine professionnel défini comme celui de toute personne, physique ou morale, exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou encore indépendante comprenant les professions libérales ; et plus généralement, de tout autre personne agissant dans l'exercice ou pour les besoins de sa profession, entendue comme l'activité habituellement exercée pour se procurer les ressources nécessaires à son existence, que celle-ci soit à titre principale ou non⁹³⁷. Par prolongement, le constituant admis à la convention de sûreté globale sera le titulaire du patrimoine professionnel ainsi défini. Aussi, en matière de sûreté globale, sera professionnel le constituant, personne physique ou morale, agissant dans l'exercice ou pour les besoins de sa profession principale ou non, entendue comme l'ensemble des activités habituellement exercées pour se procurer les ressources nécessaires à l'existence.

324. **Le bénéficiaire de la sûreté globale.** Si la qualité de professionnel du constituant n'appelle pas plus de développements, celle du créancier bénéficiaire de la sûreté globale demande une attention supplémentaire. C'est qu'en effet deux conceptions sont envisageables. La première oriente vers une définition restrictive : par créancier professionnel, il faudrait comprendre professionnel du crédit. Dès lors,

⁹³⁶V. *supra*, n° 18 et s.

⁹³⁷V. *supra*, n° 20.

la sûreté globale ne pourrait être constituée qu'au profit d'un établissement de crédit⁹³⁸. Il s'agit de la position adoptée en matière de cessions de créances professionnelles⁹³⁹ et de gage des stocks⁹⁴⁰. Incontestablement, la sûreté globale entretient une identité avec ces sûretés : elles sont toutes destinées aux professionnels. Par ailleurs, nous connaissons la proximité entre l'assiette du gage des stocks et celle de la sûreté globale. Les « stocks de matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises appartenant au débiteur et estimés en valeur »⁹⁴¹ reçus par ce gage constituent souvent des biens circulants. Dès lors, par continuité, il pourrait sembler pertinent de restreindre le bénéfice de la sûreté globale aux seuls professionnels du crédit. Néanmoins, la situation en résultant apparaîtrait insatisfaisante.

Certes, le financement du titulaire de biens circulants émane principalement des établissements de crédit. Néanmoins, les biens circulants sont souvent reçus dans le cadre d'une relation avec un fournisseur. Le fabricant de meubles se fournit fréquemment auprès du même vendeur de bois, le fabricant de pneus auprès du même distributeur de caoutchouc. Ces fournisseurs ne sont assurément pas des établissements de crédit au sens du Code monétaire et financier⁹⁴². Toutefois, la sûreté globale créée en leur faveur sur les marchandises qu'ils fournissent, ou même sur d'autres, participera incontestablement au financement du constituant. Rassuré par la sûreté, le fournisseur approvisionnera le débiteur, peut être même à moindre coût. Dès lors, il faudra recevoir ces partenaires d'affaires en créanciers bénéficiaires de la sûreté globale, ce qui supposera d'élargir la définition de créancier professionnel.

⁹³⁸C. monét. et fin., art. L. 511-1 : « Les établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public [...] et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1 » (C. monét. et fin., art. L. 313-1, al. 1^{er} : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie »).

⁹³⁹Rep. min., n° 4067, JOAN Q 27 janv. 2003, p. 600 : « La cession de créances par bordereau instituée par la loi du 2 janvier 1981, dite loi Dailly, constitue une opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, le transfert de créance étant l'instrument juridique d'une avance de fonds dont la créance transmise assure à la fois la garantie et le remboursement. À ce titre, le cessionnaire doit obligatoirement être un établissement de crédit tel que défini à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, ou un des services ou institutions énumérées à l'article L. 518-1, qui peuvent effectuer des opérations de banque dans la mesure où ils s'y sont autorisés par leur statut légal ». Sur cette réponse ministérielle, *JCP E* 2003, p. 294, n° 240.

⁹⁴⁰C. com., art. L. 527-1 : « Tout crédit consenti par un établissement de crédit ou une société de financement [...] peut être garanti par un gage sans dépossession des stocks [...] ».

⁹⁴¹C. com., art. L. 527-3.

⁹⁴²C. monét. et fin., art. L. 511-1 : « Les établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public [...] et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1 ».

Pour ce faire, il faudra prendre en appui de récents développements en droit du cautionnement. Cette sûreté personnelle, lorsqu'elle est souscrite par une personne physique au profit d'un créancier professionnel, suppose, à peine de validité, la rédaction par la caution d'une mention manuscrite⁹⁴³. Si ce « créancier professionnel » n'a pas été défini par le législateur, la première chambre civile de la Cour de cassation a pallié l'omission par un arrêt du 9 juillet 2009⁹⁴⁴. Adoptant une conception large, la Haute juridiction le définit comme « celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ».

Conforme aux objectifs poursuivis par la sûreté globale, cette définition devra être retenue pour le créancier qui en sera bénéficiaire. Sa largesse de champ étendra le domaine de la sûreté nouvelle à l'ensemble des partenaires d'affaires du constituant. Toutefois, l'exigence d'une source professionnelle de la créance, restreindra opportunément le champ d'application de la sûreté globale. Ce faisant, celle-ci demeurera exclusive aux professionnels dans le cadre de leurs activités, sans risque de détournement par une utilisation en garantie de dettes non professionnelles⁹⁴⁵.

En sus de cette première restriction du champ d'application de la sûreté globale, une seconde devra être entreprise. De la même façon que la sûreté globale n'intéressera que les professionnels, elle ne sera pertinente que pour les biens circulants.

B. Les biens reçus par la convention de sûreté globale

325. **Limitation au bien circulant.** La sûreté globale recevra en son assiette-universalité des choses de toute nature physique. Ainsi, affectera-t-on cumulativement ou alternativement des meubles ou des immeubles, des biens corporels ou incorporels, fongibles ou non fongibles⁹⁴⁶. Toutefois, cette largeur de champ ne doit pas tromper : elle ne signifie pas que la sûreté globale recevra n'importe quel bien. À l'instar de l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles, elle

⁹⁴³C. consom., art. L. 341-2.

⁹⁴⁴Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2009, préc.

⁹⁴⁵Le risque se manifeste en présence d'un entrepreneur individuel qui, titulaire de biens circulants en raison de son activité professionnelle, chercherait à les affecter en sûreté globale pour garantir une créance non professionnelle.

⁹⁴⁶V. *supra*, n° 253 et s.

trouvera une limitation. Toutefois, elle ne sera pas commandée par la nature physique des biens engagés mais résidera dans la fonction, dès lors que la sûreté globale n'accueillera que le bien circulant. Ainsi, ne pourront être affectés en sûreté globale que les biens présents temporairement au sein d'un patrimoine professionnel, qui l'intègrent notamment par extraction, culture ou acquisition, et qui, détruits, incorporés ou aliénés dans le cadre du cycle d'exploitation de l'entreprise, sont remplacés par d'autres, identiques ou semblables de part leur nature physique ou leur valeur pécuniaire⁹⁴⁷.

326. **Justification de la limitation.** De prime abord, la limitation de l'institution proposée au seul bien circulant peut surprendre. Pareille restriction de champ n'est pas retrouvée à l'examen des sûretés globales de droits étrangers. La *floating charge* du droit anglais reçoit « tous les types de biens »⁹⁴⁸. De la même façon, l'hypothèque ouverte de droit québécois constitue un « droit réel sur un bien, meuble ou immeuble »⁹⁴⁹ pouvant grever « soit un ou plusieurs biens particuliers, corporels ou incorporels, soit un ensemble de biens compris dans une universalité de fait »⁹⁵⁰. Ces exemples de droit comparé ne restreignent aucunement l'application de la sûreté globale à une fonction économique du bien engagé, ni d'ailleurs à une quelconque autre condition.

Toutefois, la figure de garantie constituée par la sûreté globale demeurera risquée. Sa nature fluctuante fragilisera le créancier bénéficiaire qui, avant défaillance, devra subir la distraction des éléments réunis au sein de l'assiette-universalité⁹⁵¹. Il faudra donc la limiter au seul bien du professionnel pour lequel elle manifesterait toute son utilité, celui circulant.

327. **Conclusion du §1 : la nullité encourue.** Invariablement, la nullité, anéantissement rétro-actif du contrat, constitue la sanction de la méconnaissance des

⁹⁴⁷Conformément à la définition proposée du bien circulant. V. *supra*, n° 51.

⁹⁴⁸M.-F. PANPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, th. préc., p. 391, n° 575 ; F. DAIGRE, « La reconnaissance en France de la "floating charge" sûreté couramment utilisée en Grande-Bretagne dans les relations d'affaires », art. préc., spéc. p. 382 : « La *floating charge* est une garantie conventionnelle, conclue en contre-partie d'une obligation, portant sur tout ou partie de l'actif du débiteur ».

⁹⁴⁹C. civ. du Québec, art. 2660. Sur ce point, v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 251, n° 704 : « elle peut grever une universalité de biens meubles comme immeubles ».

⁹⁵⁰C. civ. du Québec, art. 2666.

⁹⁵¹Cette fragilité sera néanmoins compensée par l'obligation de conservation du constituant lui imposant de remplacer les éléments distraits. Sur ce point, v. *supra*, n° 302 et s., et *infra*, n° 374 et s.

conditions de formation de l'acte juridique⁹⁵². Elle frappera donc la convention de sûreté globale conclue entre des non-professionnels ou aboutissant à l'affectation de biens non circulants. Reste, toutefois, à déterminer l'étendue de cette sanction dès lors que la nullité peut être absolue ou relative.

Qu'elle soit l'une ou l'autre, l'acte est anéanti⁹⁵³. Néanmoins, il existe, selon le cas, des différences dans les conditions d'exercice. La nullité relative est uniquement invocable par les personnes protégées par la règle, alors que celle absolue est ouverte à toute personne ayant intérêt à agir. Par ailleurs, la confirmation et la régularisation – permettant respectivement de faire produire effet à un acte dont l'une ou plusieurs des conditions de formation font défaut, ou d'apporter un élément manquant à la validité de l'engagement – ne sont admises qu'en matière de nullité relative.

Communément, le caractère relatif ou absolu de la nullité est déduit de l'intérêt protégé par la règle méconnue⁹⁵⁴. Si la condition de formation protège un intérêt particulier, l'ordre public est de protection, et la nullité encourue est relative. En revanche, la violation d'une règle d'ordre public économique ou de direction, qui protège l'intérêt général, aboutit à la nullité absolue de l'acte envisagé. Les conditions de validité de la sûreté globale tenant aux parties et aux biens engagés montrent toutefois la perméabilité de cette distinction.

⁹⁵²P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 296, n° 382 : « la nullité sanctionne la violation des conditions de formation du contrat [...] » ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, p. 329 : « La nullité d'un contrat est sa mise à néant ; elle tient à l'irrégularité ou à l'absence de ses conditions de formation » ; M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679 et s. Pour une étude approfondie des nullités, v. not. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Rousseau, 1909 ; D. GUGGENHEIM, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, thèse, préf. H. KAUFMANN, LGDJ, 1970 ; M. CUMYN, *La validité des contrats suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2002.

⁹⁵³C. civ., art. 1304, al. 1^{er} et art. 2224. L'action en nullité se prescrit par l'écoulement d'une durée de cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Ce délai de prescription est applicable en tout état de cause, la loi du 17 juin 2008 ayant mis fin à la distorsion antérieure entre la prescription trentenaire de l'action en nullité absolue et quinquennale de celle en nullité relative. Sur la loi n° 2008-651 du 17 juin 2008, v. not. « La réforme du droit de la prescription » *LPA* 2 avr. 2009, dossier, p. 1 et s. ; « La réforme du droit de la prescription extinctive : perspectives nationales et transfrontalières », *RLDA* 2009, n° 42, Colloque, p. 43 et s. ; S. AMRANI-MEKKI, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », *JCP G* 2008, I, 160, p. 16 et s. ; M. MIGNOT, « Réforme de la prescription : le point de départ du délai », *Deffrénois* 2009, art. 38896, p. 393 et s. Sur le projet ayant précédé la réforme, v. P. MALAURIE, « Avant-projet de réforme de la prescription en droit civil », *Deffrénois* 2006, art. 38325, p. 230 et s. ; « La réforme de la prescription civile » *Deffrénois* 2007, art. 38688, p. 1659 et s. ; A. BÉNABENT, « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, chron., p. 1800 et s. ; M. MIGNOT, « La proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile : une nouvelle application du droit de ne pas payer ses dettes ? », *LPA* 26 févr. 2008, p. 6 et s. Quant à la nullité invoquée par voie d'exception, elle est perpétuelle (Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 2001, n° 99-11.762, *Bull. civ.* III, n° 61, p. 48 : « Vu le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle » ; *D.* 2001, p. 3156, note P. LIPINSKI ; *JCP* 2001, IV, p. 2195).

⁹⁵⁴P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 301, n° 388 : « La tendance moderne est de considérer qu'il n'y a pas de lien absolu entre le caractère de la nullité et les conditions d'exercice de l'action. Mais, sauf à sombrer dans une casuistique aux conséquences imprévisibles, il ne serait pas raisonnable de soutenir que chaque action en nullité a son régime propre. Aussi les auteurs s'accordent-ils sur un moyen terme qui renoue la distinction des nullités absolue et relative. On dira que la nullité à l'un ou l'autre caractère suivant que la condition violée protégeait l'intérêt général (nullité absolue) ou l'intérêt d'une personne en particulier (nullité relative) ».

Le caractère professionnel des parties et la nécessité d'engager des biens circulants s'envisageront comme des instruments de protection de l'intérêt particulier. En effet, la réception en assiette des biens présents et futurs de toute nature physique nécessitera une protection particulière du constituant, ce qui justifiera de restreindre la sûreté aux seuls professionnels, pour leurs seuls biens circulants. De la même façon, la fluctuation des biens réunis en assiette-universalité fragilisera le créancier, ce qui supposera de n'accueillir à la sûreté que ceux rompus à la vie des affaires. Soucieuses des intérêts particuliers, les conditions tenant aux parties et aux biens participeront donc d'un ordre public de protection.

Toutefois, la limitation du champ de la sûreté envisagée contribuera d'abord et surtout à la protection de l'intérêt général. Il s'agira, par dirigisme économique, de limiter cette figure de sûreté aux seuls parties et biens pour lesquels elle trouvera sa pleine utilité. Ainsi, la sûreté nouvelle ne sera pas dénaturée par une utilisation extérieure à ses caractères. Au-delà, la réception de l'institution nouvelle participera à la modernisation de l'édifice légal par l'instauration d'une sûreté unique adaptée à la fonction du bien circulant, et remplacera les multiples sûretés spéciales préexistantes. En ce sens, les conditions particulières attachées à la formation de la sûreté globale participeront d'abord et avant tout à la marche de l'économie et à la lisibilité du droit. Dès lors, les conditions de validité particulières imposées dépasseront la seule protection des intérêts particuliers pour servir ceux généraux et relèveront d'un ordre public de direction⁹⁵⁵. Aussi, il faudra, si les conditions de fond de la sûreté globale tenant aux parties admises ou aux biens reçus sont méconnues, retenir une nullité absolue.

Au-delà des conditions de fond, la convention de sûreté globale supposera l'accomplissement de quelques formalités, à peine de validité. L'exigence n'est pas singulière : plus même, elle s'inscrira dans le mouvement entrepris par la réforme de 2006⁹⁵⁶ consacrant le caractère solennel du gage et du nantissement de droit commun.

⁹⁵⁵Le constat d'une protection cumulative de l'intérêt particulier et général, par les conditions tenant aux parties et aux biens admis en sûreté globale, ne remet pas pour autant la distinction en cause ; il montre seulement que la règle protectrice de l'intérêt général, peut également l'être de l'intérêt particulier. Il n'en reste pas moins que ces conditions sont marquées du sceau de l'ordre public de direction. Dès lors, et en bonne méthode, la convention de sûreté globale sera frappée de nullité absolue lorsqu'elle les méconnaîtra.

⁹⁵⁶Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

§2. Les conditions de forme de la sûreté globale

328. **Exigence d'un écrit.** Depuis le Code civil de 1804, le formalisme⁹⁵⁷ – entendu comme l'exigence « qui consiste à subordonner la validité d'un acte à l'accomplissement de formalités déterminées »⁹⁵⁸ – gouverne les sûretés réelles conventionnelles. Toutefois, le droit commun de la matière a connu une mutation récente. Jadis, l'exigence de forme s'exprimait différemment selon que la sûreté emportait dépossession ou revêtait une nature hypothécaire. Ainsi, l'ancien nantissement supposait, à peine de validité, la remise de la chose, formalité découlant de la nature réelle du contrat. En revanche, le formalisme de l'hypothèque conventionnelle s'exprimait différemment. La forme validante résidait dans l'accomplissement d'un écrit authentique, l'érigeant ainsi en contrat solennel.

Cette dualité de forme a été récemment abandonnée. Invariablement, depuis la réforme des sûretés réelles par l'ordonnance de 2006⁹⁵⁹, le formalisme se manifeste par l'exigence d'un écrit. Cette généralisation du caractère solennel des conventions de sûretés réelles ne sera pas contredite par la garantie proposée : la convention constitutive de sûreté globale arborera ce caractère (A). Néanmoins, l'exigence d'un écrit *ad validitatem* pour la sûreté nouvelle ne suffira pas à elle seule. Son encadrement imposera également de préciser le contenu de l'écrit. Ainsi, les mentions que devra contenir la convention constitutive doivent être déterminées (B).

A. Le caractère solennel de la convention de sûreté globale

329. **Prolongement du mouvement de généralisation de l'écrit *ad validitatem* par le droit positif.** L'exigence d'un écrit en matière de convention de sûretés réelles est ancienne et récurrente. Néanmoins, sa méconnaissance faisait l'objet de sanctions différentes selon que la sûreté était de nature hypothécaire ou imposait la dépossession des biens grevés. Concernant l'hypothèque conventionnelle,

⁹⁵⁷Sur la diversité des finalités du formalisme, v. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Études offertes à Georges RIPERT, Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 93 et s. ; G. GOUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », in *Le formalisme*, Journée Jacques FLOUR de l'Association Henri CAPITANT, *Deffrénois*, 2000, art. 37209, p. 880 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 266, n° 535.

⁹⁵⁸G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V^o « Formalisme », sens 2.

⁹⁵⁹Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

la rédaction initiale du Code civil soumettait sa validité à la rédaction d'un « acte passé en la forme authentique »⁹⁶⁰. L'exigence d'écrit, renforcée par la nécessité de l'intervention notariale, devait être accomplie à peine de nullité absolue de la convention⁹⁶¹. Quant au nantissement, l'ancien article 2074 du Code civil relatif au gage imposait également un écrit⁹⁶². Toutefois, l'exigence trouvait une sanction tout autre : ne constituant pas une condition de validité de l'engagement, cette formalité ne visait qu'à « assurer l'efficacité du droit de préférence à l'égard des tiers »⁹⁶³ et sa méconnaissance ne pouvait aboutir qu'à l'inopposabilité de la sûreté⁹⁶⁴.

Cet état de l'édifice légal a récemment été bouleversé. La refonte est d'abord intervenue par la réforme du 23 mars 2006⁹⁶⁵ qui a érigé l'écrit en condition de validité des sûretés réelles mobilières de droit commun⁹⁶⁶ tout en les détachant de l'exigence de dépossession des biens engagés. Les conventions de sûretés mobilières ont perdu donc leur caractère réel pour devenir solennelles. La réforme a, en outre, imposé invariablement l'établissement d'un acte notarié en matière de sûretés sur l'immeuble, les règles de la constitution du gage immobilier⁹⁶⁷ étant alignées sur celles de l'hypothèque conventionnelle⁹⁶⁸. La refonte a ensuite été prolongée par la réception de la fiducie-sûreté consacrant également l'écrit en condition de validité de l'engagement⁹⁶⁹.

⁹⁶⁰C. civ., art. 2127. L'exigence est ancienne : on la retrouve, dans l'ancien droit français, dès le XVI^{ème} siècle. V. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 1108, n° 763.

⁹⁶¹Cass. civ., 7 févr. 1854, DP 1854, I, p. 49.

⁹⁶²C. civ., anc. art. 2085, concernant l'antichrèse.

⁹⁶³P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, op. cit., p. 296, n° 232. Dans le même sens, L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 230, n° 506 : « Ce n'était pas une solennité : le contrat était donc valable entre les parties même s'il était purement verbal. C'était une règle d'opposabilité aux tiers, afin de prévenir une fraude [...] ». Pour une illustration jurisprudentielle, v. Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1976, n° 73-14.419, *Bull. civ.* I, n° 201, p. 160 : « s'agissant des rapports entre les parties au contrat de gage, la cour d'appel n'avait pas à faire application de l'article 2074 du Code civil ».

⁹⁶⁴Néanmoins, quelques gages spéciaux exigeaient – et exigent toujours – un écrit à peine de validité de l'engagement : ainsi du gage sur outillage et matériel d'équipement instauré par la loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 (C. com., art. L. 525-1 et s.) ; ainsi, également, du nantissement de fonds de commerce, imposant que le contrat soit constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé (C. com., art. L. 142-3) dont l'inscription doit être prise à peine de nullité du nantissement dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif (C. com., art. L. 142-4).

⁹⁶⁵Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

⁹⁶⁶C. civ., art. 2336 : « Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit [...] ». Puisqu'il s'agit de rendre le gage « parfait », l'exigence serait, plus encore qu'une condition de sa validité, une condition de son existence (v. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 231, n° 506 ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le gage de meubles corporels », in *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, art. préc., spéc. p. 33).

⁹⁶⁷C. civ., art. 2388.

⁹⁶⁸La nécessité d'un recours à l'acte notarié en matière d'antichrèse est en réalité plus ancienne. Certes, l'écrit imposé sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2006 constituait une règle de preuve et non de validité (v. *supra*, n° 319 en note). Néanmoins, l'article 4 du décret du 4 janvier 1955 ne permettant que la publication d'actes authentiques à la conservation des hypothèques – devenue le service de la publicité foncière – l'antichrèse n'était opposable, et par là efficace, qu'à condition de procéder à un acte notarié. Sur ce point, v. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, op. cit., p. 592, n° 1211 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 708, n° 942.

⁹⁶⁹C. civ., art. 2018. V. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 369, n° 779 : « Le contrat de fiducie est un contrat solennel ».

Ainsi, que l'écrit exigé soit authentique ou non, les interventions récentes du législateur tendent à ériger ce formalisme *ad validitatem* en condition de formation commune à l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles⁹⁷⁰. Loin de contredire ce mouvement, la sûreté globale le prolongera, devant être consentie par écrit (I) à peine de nullité (II).

I. L'exigence d'un écrit

330. **Fonctions de l'écrit.** La sûreté globale n'opèrera aucune dépossession de l'assiette. Pourtant, l'engagement devra être formalisé. Voilà bien ce que permettra l'écrit qui, dès lors, remplira trois fonctions : il délimitera l'engagement ; il protégera les parties ; il participera au contrôle de la sûreté globale.

D'abord, l'écrit permettra la délimitation de l'engagement. Il s'agira évidemment d'identifier les parties, mais surtout de spécifier l'objet de la sûreté globale par la désignation des créances garanties et des biens engagés. Ainsi, la sûreté globale respectera le double principe de spécialité des sûretés réelles. Au-delà, elle fixera les termes de l'engagement et, par là même, assurera sa sécurité juridique en excluant le risque d'une mésentente *inter partes* sur l'étendue de la sûreté⁹⁷¹.

Ensuite, l'écrit participera à la protection des parties⁹⁷². Cette fonction s'exprimera surtout à l'endroit du constituant⁹⁷³, une sûreté étant un acte grave. Toutefois, cette gravité peut être sous-évaluée lorsque la garantie, ainsi de la sûreté globale, n'emporte aucun dessaisissement matériel. L'écrit intervient alors en palliatif de la dépossession, pour informer le constituant sur l'étendue de son engagement. Cette fonction protectrice s'exprimera avec d'autant plus de pertinence pour la sûreté proposée dès lors que, non seulement hypothécaire et par là « indolore », elle sera également globale en ce qu'elle pourra recevoir l'ensemble des biens circulants présents et futurs du constituant⁹⁷⁴.

⁹⁷⁰En ce sens, v. N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préc., p. 51 et s., n° 46 et s.

⁹⁷¹En ce sens, v. P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 460, n° 594.

⁹⁷²Pour une contestation de la fonction protectrice du formalisme en matière de sûretés réelles, v. P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 443 et s.

⁹⁷³*A fortiori* lorsque l'écrit est authentique. Sur ce point, à propos de l'hypothèque conventionnelle, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, op. cit., p. 613, n° 1241 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 686, n° 909.

⁹⁷⁴À la marge, l'écrit protégera également le créancier par son information sur le caractère fluctuant de la sûreté globale permettant au constituant, alors que la sûreté est pendante, de renouveler les composants de l'assiette-universalité.

Enfin, l'écrit participera au contrôle de la sûreté globale. Cette fonction de la solennité, retrouvée dans nombre de sûretés spéciales⁹⁷⁵, ne concernera plus, à l'inverse des deux premières, la relation *inter partes*. Il s'agira de fournir à celui chargé de l'enregistrement de la sûreté globale – enregistrement intervenant à peine d'opposabilité⁹⁷⁶ – les éléments lui permettant de contrôler la conformité de la convention avec les conditions particulières assignées à la sûreté nouvelle tenant aux parties et aux biens⁹⁷⁷.

Justifié par ses fonctions, reste à déterminer si l'écrit pourra être sous seing privé ou devra être authentique.

331. **Écrit sous seing privé.** La sûreté globale, de nature hypothécaire, entretiendra une proximité certaine avec l'hypothèque conventionnelle de droit commun. Or, en matière d'hypothèque sur l'immeuble, l'exigence ne se limite pas à l'écrit : il faut en outre qu'il soit en la forme authentique⁹⁷⁸. Partant, devra-t-on pareillement soumettre la sûreté globale à un acte passé devant notaire ?

La réponse, assurément négative, est soutenue par deux arguments. En premier lieu, la forme notariée se révélerait inappropriée. Coûteuse et source de longueurs, elle rendrait la formation de la sûreté globale contraire aux besoins des acteurs économiques. Ensuite, la nature hypothécaire d'une sûreté ne sous-tend pas la forme notariée. Ainsi, les hypothèques sur engins de transport nécessitent, à peine de validité, l'accomplissement d'un écrit⁹⁷⁹. Néanmoins, elles n'imposent en aucun cas la forme authentique⁹⁸⁰. C'est donc qu'il n'y a pas d'automatisme entre nature hypothécaire d'une sûreté et forme authentique pour sa constitution. En effet, la justification de l'intervention notariale en matière d'hypothèque conventionnelle est à chercher dans l'objet immobilier de cette sûreté⁹⁸¹. Dès lors, puisque l'objet de la

⁹⁷⁵Ainsi, pour exemple, du gage des stocks du Code de commerce, l'article L. 527-1 imposant que l'acte constitutif précise, à peine de nullité « 1° La dénomination : « acte de gage des stocks » ; 2° La désignation des parties ; 3° La mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 527-1 à L. 527-11 ; [...] 5° La désignation de la créance garantie ; 6° Une désignation permettant d'identifier les biens présents ou futurs engagés, en nature, qualité, quantité et valeur ainsi que l'indication du lieu de leur conservation », l'un des originaux de l'acte devant être remis au greffier du tribunal de commerce compétent pour inscrire le gage (C. com., art. R. 527-1).

⁹⁷⁶V. *infra*, n° 346 et s.

⁹⁷⁷Sur les mentions imposées, v. *infra*, n° 335 et s.

⁹⁷⁸C. civ., art. 2416.

⁹⁷⁹Dans le même sens, les gages spéciaux sans dépossession et le nouveau gage de droit commun conditionnent leur validité à un écrit pouvant être sous seing privé.

⁹⁸⁰C. transports, art. L. 4122-3 (pour l'hypothèque sur le bateau) ; C. douanes, L. 241, al. 2 (pour l'hypothèque sur le navire) ; C. transports, L. 6122-2 (pour l'hypothèque sur l'aéronef).

⁹⁸¹Il en découle de la conception de la publicité foncière retenue par le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, selon lequel les conventions sur l'immeuble doivent, à peine d'opposabilité, être publiées au service de la publicité foncière, qui ne reçoit à publication que les actes authentiques.

sûreté globale sera un ensemble de biens qualifié en universalité de fait, c'est à dire un meuble incorporel⁹⁸², il n'y aura pas d'opposition à retenir l'écrit sous seing privé comme formalisme *ad validitatem*⁹⁸³.

332. **Écrit électronique.** Il est un lieu commun de souligner la rapidité, la simplicité et l'efficacité de la voie électronique. Source d'échange d'informations à distance, elle permet également, depuis peu, la rencontre des volontés⁹⁸⁴. Toutefois, et à première lecture, l'article 1108-2 du Code civil semble exclure la réception de l'écrit électronique en matière de sûretés. En effet, cette voie ne peut être entreprise pour l'ensemble des « actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale ». Néanmoins, les actes de sûretés pourront emprunter la voie électronique lorsqu'ils seront « passés par une personne pour les besoins de sa profession »⁹⁸⁵, condition qui sera toujours remplie par la sûreté globale⁹⁸⁶. Dès lors, il faut considérer que l'écrit formalisant la sûreté proposée pourra être conclu électroniquement. Quoi qu'il en soit, il interviendra invariablement à peine de validité de l'engagement.

II. La nullité résultant de l'absence d'écrit

333. **Nullité absolue.** La convention de sûreté constitue un acte grave dont il faut impérativement fixer l'étendue quant aux biens et aux créances. Ainsi, l'écrit formalisant la sûreté globale ne devra pas se restreindre à une fonction probatoire mais bien constituer une condition de validité de l'engagement. La solution n'est pas originale : consacrée de longue date pour les sûretés de nature hypothécaire, elle tend à devenir un caractère invariable des sûretés réelles conventionnelles⁹⁸⁷. Ainsi, ce n'est pas l'identification de la sanction pour inobservation de la forme imposée à la

⁹⁸²V. *supra*, n° 206.

⁹⁸³Toutefois, l'opposabilité de la sûreté globale recevant des biens circulants immobiliers n'ira pas sans soulever quelques difficultés, dès lors que l'opposabilité d'une sûreté affectant l'immeuble suppose l'établissement d'un acte authentique, ainsi qu'il résulte de l'article 4 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. Sur ce point, v. *infra*, n° 369.

⁹⁸⁴C. civ., art. 1108-1 issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et disposant que : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique [...] ».

⁹⁸⁵C. civ., Art. 1108-2, *in fine*.

⁹⁸⁶Nous avons souligné la nécessité pour les parties de justifier de leur qualité de professionnel ainsi que du caractère professionnel de la créance garantie (v. *supra*, n° 322 et s.). Dès lors, la convention de sûreté globale sera toujours passée par une personne « pour les besoins de sa profession » au sens de l'article 1108-2 du Code civil.

⁹⁸⁷V. *supra*, n° 328.

sûreté globale qui doit retenir l'attention, dès lors que la nullité de l'engagement sera évidemment encourue. La détermination du caractère absolu ou relatif de cette nullité mérite en revanche développements.

En bonne méthode, le caractère absolu ou relatif d'une nullité résulte de l'intérêt protégé par la règle érigée à peine de validité d'un engagement⁹⁸⁸. Il est communément admis que la règle protégeant l'intérêt général est frappée de nullité absolue alors que celle protégeant l'intérêt particulier n'encourt qu'une nullité relative. Toutefois, en présence d'un acte solennel, la méconnaissance des règles de forme se sanctionnerait invariablement par une nullité absolue, quel que soit l'intérêt protégé. Cet automatisme, soutenu par un éminent auteur⁹⁸⁹, et corroboré par quelques appuis jurisprudentiels⁹⁹⁰, ne convainc pas⁹⁹¹. D'abord, parce qu'il repose sur une justification contestable : la distinction des nullités sur le critère de l'intérêt protégé serait inapplicable dès lors que les règles de forme protégeraient souvent tout autant l'intérêt particulier que celui général. Par commodité, il faudrait donc invariablement retenir la nullité absolue. Cependant, nous ne voyons en cette proposition aucun obstacle à l'application du critère de distinction. Il faut simplement, dès lors que l'intérêt général est visé, retenir la nullité absolue quand bien même la règle protégerait également l'intérêt particulier. Ensuite, parce que l'automatisme proposé n'est pas intangible. On retrouve en effet quelques arrêts⁹⁹² qui, se prononçant sur le respect du caractère solennel d'un acte, retiennent la nullité relative.

La corrélation proposée entre règles de forme et nullité absolue n'apparaît ni justifiée, ni intangible. Dès lors, et sauf à faire perdre sa cohérence à la théorie des nullités, la tendance conférant à la nullité pour inobservation des conditions de

⁹⁸⁸En ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, p. 317, n° 328 ; P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 301, n° 388.

⁹⁸⁹J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, p. 2072, n° 1004 : « En son absence, l'accord de volontés, resté à l'état purement consensuel, est impuissant à faire naître des obligations, l'opération est atteinte de nullité absolue, sinon d'inexistence ».

⁹⁹⁰Ainsi, l'inobservation de l'écrit notarié en présence d'une hypothèque conventionnelle sur l'immeuble est invariablement frappée de nullité absolue (v. Cass. civ., 7 févr. 1854, *DP* 1854, 1, p. 49 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 oct. 1979, n° 78-13.918, *Bull. civ.* II, n° 235, p. 161) alors même que cette formalité est communément justifiée par la protection de l'intérêt particulier du constituant (J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles, op. cit.*, p. 614, n° 1242 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 686, n° 909 ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière, op. cit.*, p. 189, n° 122).

⁹⁹¹En ce sens, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, p. 326.

⁹⁹²À propos de formalités protectrices du mineur pour l'aliénation de ses biens, v. Cass. ass. plén., 28 mai 1982, n° 79-13.660, *Bull. civ.* A. P., n° 3, p. 5 : « L'omission des formalités protectrices des intérêts des mineurs est sanctionnée par une nullité relative ». À propos du prêt à intérêt dont le taux doit être fixé par écrit et dont l'inobservation de la règle, protectrice de l'emprunteur, est frappée de nullité relative, v. Cass. 1^{ère} civ., 21 févr. 1995, n° 92-18.019, *Bull. civ.* I, n° 97, p. 70 ; Cass. com., 3 mai 1995, n° 93-12.256, *Bull. civ.* IV, n° 128, p. 115 : *D.* 1997, p. 124, note F. EUDIER.

forme un caractère nécessairement absolu doit être combattue. Il faut donc, à l'instar de la méthode retenue pour caractériser les autres nullités, rechercher l'intérêt protégé par l'exigence de forme.

Quant à la sûreté que nous envisageons, nous avons souligné la fonction protectrice de la solennité. Protecteur du constituant par la formalisation de la gravité de la sûreté, l'écrit protégera également les parties par la sécurité juridique qu'il confèrera à l'engagement. Toutefois, si la règle de l'écrit *ad validitatem* ménagera l'intérêt particulier, elle ne se restreindra pas à cette seule utilité. Il permettra également de contrôler, au stade de l'inscription ou à l'occasion d'une contestation judiciaire de l'engagement, que la sûreté globale répond aux conditions de sa validité tenant aux parties et aux biens. Ainsi, la solennité exigée participera au respect des conditions de fond de la sûreté globale, celles-ci relevant d'un ordre public économique protecteur de l'intérêt général. Partant, l'écrit, ne protégeant pas seulement l'intérêt particulier, concernera également l'intérêt général et la nullité encourue devra être absolue.

334. **Bilan.** Le caractère absolu de la nullité permettra au magistrat appelé à statuer sur une convention de sûreté globale de soulever l'irrégularité d'office. Surtout, la convention ne respectant pas l'exigence d'écrit ne sera susceptible ni de régularisation ni de confirmation⁹⁹³. Dès lors, la sévérité de la sanction impose de baliser cette formalité par la détermination des mentions imposées. À défaut, les parties risqueront d'entreprendre un écrit incomplet et n'encadrant pas suffisamment l'engagement ; en somme, d'établir une convention source de litiges contraires à l'attractivité et l'efficacité de la sûreté nouvelle.

B. Les mentions imposées à la convention de sûreté globale

335. **Informations devant être fournies par la convention constitutive.** Il ne s'agira pas d'imposer une mention manuscrite énoncée par un texte et devant être recopiée par les parties, ainsi de ce qui est du cautionnement fourni par la

⁹⁹³Sur les différences de régime entre nullités absolues et nullités relatives, v. not. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, p. 337 et s.

personne physique en faveur d'un créancier professionnel⁹⁹⁴. Une plus grande souplesse sera admise dès lors que le formalisme ne devra pas scléroser la sûreté nouvelle. Ainsi, les parties pourront formuler librement la convention de sûreté globale. Toutefois, elles devront faire apparaître quelques informations.

Bien évidemment, la convention désignera les parties intervenant à l'acte. Il s'agira de permettre aux chargés de l'enregistrement de la sûreté de pouvoir s'assurer de la qualité de professionnel des parties à la convention, telle que définie en matière de sûreté globale⁹⁹⁵.

L'acte précisera également la durée de l'engagement. Fréquemment, les sûretés réelles garantissent une unique créance et prennent donc fin, conformément à leur caractère accessoire, avec sa disparition. Toutefois, la sûreté globale s'ancrera majoritairement dans le cadre de relations d'affaires suivies entre le constituant et ses dispensateurs de crédit, pour la garantie de créances multiples présentes et futures. Aussi faudra-t-il procéder à un encadrement temporel de l'engagement. La durée fixée pourra être déterminée ou même indéterminée. Dans ce dernier cas, il sera rappelé que le constituant pourra résilier la sûreté en respectant un préavis d'une durée de trois mois⁹⁹⁶. Ce délai n'interviendra toutefois qu'à titre supplétif, les parties pouvant convenir d'un temps plus court ou plus long.

En outre, l'écrit formalisant la sûreté globale fera apparaître la dénomination « Convention de sûreté globale » et précisera que la sûreté consentie est soumise aux dispositions encadrant cette figure nouvelle de garantie. L'utilité de ces deux dernières exigences, empruntée au gage des stocks du Code de commerce⁹⁹⁷, se manifesterà à deux niveaux. En premier lieu, elles attireront l'attention des parties, et en particulier celle du créancier, sur la nature fluctuante de la sûreté consentie⁹⁹⁸. Ensuite, elles participeront au fléchage du contrôle exercé par le préposé à l'enregistrement de la sûreté.

⁹⁹⁴C. consom., art. L. 341-2 et L. 313-7. Sur ces mentions manuscrites, v. D. HOUTCIEFF, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003, I, 161, p. 1611 et s., spéc. n° 14 et s. ; G. LOISEAU et J. DJOUBI, « De la fonction de la mention manuscrite », *RD bancaire et fin.* 2003, n° 4, p. 256 et s.

⁹⁹⁵V. *supra*, n° 322 et s.

⁹⁹⁶La solution est inspirée par l'article 2423 du Code civil, proposant que lorsque l'hypothèque « est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant » pouvant « à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois ».

⁹⁹⁷C. com., art. L. 527-1, al. 3, 1°.

⁹⁹⁸Sur la disponibilité juridique des composants de l'assiette-universalité, v. *supra*, n° 295. Sur le pouvoir de gestion dynamique de l'assiette-universalité reconnu au constituant de la sûreté globale, v. *supra*, n° 299 et s.

Enfin, l'écrit devra désigner, ou contenir les moyens de la détermination, des créances garanties (I) et des biens engagés (II).

I. La nécessité d'une désignation des créances garanties ou des moyens de leur détermination

336. **Fonction de la désignation des créances.** La détermination des créances garanties permettra de conformer la sûreté globale à l'intangible principe de spécialité des créances garanties⁹⁹⁹. Pour autant, la retenir en condition de validité pourra soulever quelques critiques. En effet, si l'on envisage la désignation de la créance comme l'instrument d'information des tiers sur l'étendue de la sûreté souscrite, il serait incohérent de l'inclure dans l'*instrumentum* exigé à peine de validité. Aussi, la désignation ne devrait intervenir qu'à l'inscription de la sûreté¹⁰⁰⁰. Nous pensons néanmoins que la spécialité recouvre une fonction plus large. Cette désignation permet de déterminer « la quotité de l'engagement au sens des articles 1129 et 1108 du Code civil »¹⁰⁰¹. Plus que de protéger le constituant, elle assure la sécurité juridique de l'engagement¹⁰⁰² et restreint, sinon évite, sa contestation judiciaire. Ainsi, la détermination des créances garanties relève incontestablement de la validité des sûretés réelles¹⁰⁰³ et devra logiquement prendre place au sein de l'écrit constitutif de la sûreté globale¹⁰⁰⁴.

337. **Les précisions impératives.** La désignation des créances présentes ne soulèvera guère de difficultés. Il suffira de reprendre, au sein de la convention de sûreté globale, les informations fournies par le titre de créance. En revanche, la détermination des créances futures impose une attention supplémentaire.

⁹⁹⁹V. *supra*, n° 168 et s.

¹⁰⁰⁰En ce sens, P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », art. préc., spéc. p. 65.

¹⁰⁰¹J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles, op. cit.*, p. 407, n° 967.

¹⁰⁰²En ce sens, P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 460, n° 594 : pour lequel « l'écrit enregistré rend plus sûre la sûreté en déterminant précisément son assiette et donc la quotité de l'obligation au sens de l'article 1129 du Code civil, tout en prévenant certaines fraudes ».

¹⁰⁰³À propos du gage, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles, op. cit.*, p. 407, n° 967 : « Toutefois d'un point de vue théorique, on peut estimer que l'écrit est toujours une condition de validité du gage en raison de sa fonction ».

¹⁰⁰⁴La solution dégagée s'inscrit d'ailleurs dans le sens des interventions récentes sur le droit des sûretés réelles. Ainsi, le gage de droit commun (C. civ., art. 2336), le gage des stocks (C. com., art. L. 527-1) ou encore la fiducie-sûreté (C. civ., art. 2372-2 et art. 2488-2) imposent tous la désignation de la créance garantie au sein de l'écrit exigé à peine de validité.

Nous avons souligné le relâchement récent du principe de spécialité quant aux créances garanties. Le gage, le nantissement et l'hypothèque de droit commun permettent désormais de garantir une créance future¹⁰⁰⁵. La sûreté globale le pourra tout autant¹⁰⁰⁶, les avantages d'une telle possibilité pour le crédit du débiteur n'étant plus à démontrer¹⁰⁰⁷. Reste qu'à l'instar des autres sûretés réelles, la créance future devra être déterminable, ce qui impose d'identifier les moyens de cette déterminabilité.

Au minimum, les informations fournies devront permettre d'identifier le débiteur et le créancier¹⁰⁰⁸. Quant au débiteur, il ne sera autre que le constituant de la sûreté globale¹⁰⁰⁹. Concernant le créancier, il faut envisager l'opportunité d'une sûreté globale rechargeable. Le mécanisme de la « recharge », admis puis supprimé en matière d'hypothèque conventionnelle¹⁰¹⁰ mais existant toujours pour la fiducie-sûreté¹⁰¹¹, permet que la sûreté soit, par la suite, affectée en garantie d'autres créances appartenant à d'autres créanciers que celui initialement bénéficiaire de la sûreté. L'institution recouvre quelques utilités pour ces deux sûretés. La constitution de l'hypothèque impose le coût et les longueurs de l'intervention notariale. La « convention de recharge » permet proprement d'éviter cet écueil, l'immeuble hypothéqué pouvant venir en garantie de nouvelles créances, sans que soit constituée une nouvelle sûreté. Quant à la fiducie-sûreté, la « convention de recharge » offre au constituant la possibilité d'affecter de nouveau l'assiette en garantie, alors même que la perte du droit de propriété sur celle-ci l'en empêche par principe. À l'inverse de l'hypothèque conventionnelle ou de la fiducie-sûreté, la sûreté globale n'exigera pas l'intervention notariale pour sa constitution, pas plus qu'elle n'opèrera transfert de la propriété des biens engagés. La constitution d'une nouvelle sûreté globale ne sera

¹⁰⁰⁵V. *supra*, n° 171.

¹⁰⁰⁶V. *supra*, n° 248 et s.

¹⁰⁰⁷V. *supra*, n° 175.

¹⁰⁰⁸En ce sens, à propos du nouveau gage de droit commun, v. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière, op. cit.*, p. 536, n° 614.

¹⁰⁰⁹À la marge, le débiteur pourra être un autre que le constituant : ainsi de la société mère qui engagerait ses biens circulants en sûreté globale pour garantir les dettes de sa filiale.

¹⁰¹⁰C. civ., art. 2422. Sur la réception de l'hypothèque rechargeable par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, v. not. G. NOTTE, « Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », art. préc., p. 603 et s. ; P. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », art. préc., spéc. n° 19 ; M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », art. préc., p. 1294 et s. ; A. CERLES, « L'hypothèque rechargeable », art. préc., p. 100 et s. Sur sa suppression par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, v. S. PIEDELÈVRE, « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », art. préc., spéc. n° 3 ; A. GOURIO, « Feu l'hypothèque rechargeable (article 46 du projet de loi relatif à la consommation) », art. préc., p. 11 et s.

¹⁰¹¹C. civ., art. 2372-5, en matière de fiducie-sûreté mobilière, et art. 2488-5, pour la fiducie-sûreté sur l'immeuble. V. not. M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnance », *D.* 2009, p. 670, spéc. n° 12 ; D. LEGAIS, « Ordonnance portant diverses mesures relatives à la fiducie », *RTD com.* 2009, p. 426 et s. ; « La fiducie. Suite et... peut être fin », *RTD com.* 2009, p. 606 et s. ; P. DUPICHOT, « La fiducie sûreté en pleine lumière », art. préc., p. 23 et s. ; F. BARRIÈRE, « La fiducie-sûreté », *JCP E* 2009, n° 36, p. 18 et s., spéc. n° 26 et s. Sur l'utilité de la « convention de recharge » en matière de fiducie-sûreté, v. *supra*, n° 173.

pas coûteuse pour le constituant et encore moins impossible, dès lors qu'il restera propriétaire des biens grevés. La « convention de recharge » ne revêtira donc aucune utilité en la matière et l'institution ne sera pas reçue.

Au minimum toujours, la convention devra déterminer la source des créances futures admises. Ainsi, les parties pourront restreindre le champ de la garantie aux seules créances nées pour la fourniture de certains biens ou l'étendre, principalement lorsque la sûreté globale profitera aux établissements bancaires, à l'ensemble des crédits octroyés. Cette mention permettra, en outre, aux chargés de l'enregistrement de contrôler le caractère professionnel des créances visées, seules admises à être garantie par la sûreté globale¹⁰¹².

II. La nécessité d'une désignation des éléments de l'assiette ou des moyens de leur détermination

338. **Délimitation du contenu de l'assiette-universalité.** La nécessité d'identifier les biens engagés en sûreté globale relèvera du respect de l'exigence de spécialité des sûretés réelles quant aux biens grevés. Cette exigence pourrait sembler suffisamment accomplie par la qualification de l'assiette de sûreté globale en universalité de fait. C'est en effet ce bien, et non ceux qui le composent, qui constituera l'objet de la sûreté globale¹⁰¹³. Néanmoins, cette assiette-universalité ne pourra être une coquille vide. Dès lors, les parties devront désigner les biens engagés présents et fournir les moyens permettant la détermination de ceux futurs. Voilà qui permettra la délimitation du contenu de l'assiette-universalité de la sûreté globale et, par là même, qui assurera la sécurité juridique de l'engagement¹⁰¹⁴.

339. **Désignation des biens présents.** Quant aux biens présents au jour de la création de la sûreté globale, une présentation permettant leur identification sera exigée. Celle-ci pourra néanmoins être succincte. L'exigence de désignation des biens circulants fongibles sera satisfaite par la mention de leurs nature, qualité et quantité ;

¹⁰¹²V. *supra*, n° 324.

¹⁰¹³V. *supra*, n° 260.

¹⁰¹⁴En ce sens, P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 441, n° 564.

pour ceux non fongibles, une brève description apparaîtra suffisante¹⁰¹⁵. En tout état de cause, la désignation des lieux d'entreposage des biens sera opportune.

Plus que la seule désignation des biens, la valeur de l'assiette-universalité au jour de la constitution de la sûreté devra être fixée et mentionnée à l'acte constitutif. Cette détermination découle de l'idée de garantie en valeur marquant la sûreté nouvelle. Par principe, le constituant conservera la gestion dynamique sur les biens circulants engagés ce qui lui permettra de les détruire, les incorporer ou les aliéner à charge, toutefois, de les renouveler en nature ou en valeur¹⁰¹⁶. La sûreté globale se déliera des qualités naturelles des biens circulants engagés pour ne s'attacher qu'à la valeur de garantie constituée par l'ensemble des composants de l'assiette-universalité. Aussi, cette valeur, qui devra être consignée, constituera l'étalon de contrôle permettant au créancier bénéficiaire de vérifier, alors que la sûreté sera pendante, que le constituant satisfait à son obligation de conservation de l'assiette.

340. **Détermination des biens futurs.** Concernant les biens futurs, il faudra, pour la sûreté que nous envisageons, les distinguer en deux catégories.

En premier lieu, il s'agira de biens circulants à venir qui intégreront l'assiette pour s'ajouter à ceux initialement engagés. L'hypothèse sera alors identique à celle du gage ou du nantissement de droit commun sur choses futures et leur détermination s'opérera dans les mêmes termes que pour les biens présents au moment de la constitution de la sûreté.

En second lieu, les biens futurs seront ceux venant en substitution des biens circulants initialement engagés et soustraits à l'assiette-universalité pour les besoins de leur fonction. Nous verrons que, par principe et conformément à la nature fluctuante de la sûreté globale, n'importe quel bien pourra venir en remplacement pourvu qu'il soit circulant et qu'il conserve la valeur de l'assiette-universalité¹⁰¹⁷. Néanmoins, la règle devra être supplétive et les parties pourront restreindre le champ de ce renouvellement. Cette restriction se manifestera prioritairement en présence d'une sûreté globale ne grevant qu'une catégorie particulière des biens circulants du constituant. Dans cette hypothèse, il pourra être convenu – soit que le constituant

¹⁰¹⁵Pour ce faire et à titre d'exemple, pourront être précisés les caractéristiques techniques, l'aspect physique ou encore le numéro de série du bien circulant engagé.

¹⁰¹⁶V. *supra*, n° 302 et s., *infra*, n° 378.

¹⁰¹⁷Ou un pourcentage de cette valeur initiale, v. *infra*, n° 379.

veuille réserver ses autres biens circulants à la garantie d'autres créanciers, soit que le créancier bénéficiaire considère que tous les biens circulants de son débiteur n'arborent pas la même propension à devenir des liquidités – que la substitution n'interviendra que par des biens objectivement identiques ou semblables¹⁰¹⁸. Toutefois, cet aménagement du régime de la sûreté globale devra impérativement être consigné dans la convention de sûreté globale, par la désignation de la nature et des qualités des biens circulants admis à substitution.

341. **Conclusion de la Section 1.** Le champ d'application de la sûreté globale devra recevoir une double limitation. Réservée aux professionnels, l'institution de garantie ne recevra, par ailleurs, que le bien circulant. Pour autant, il ne faut pas en déduire qu'elle se présentera comme une énième sûreté spéciale. Elle constituera une nouvelle institution de garantie de droit commun, au même titre que les sûretés sur les meubles et sur les immeubles. Néanmoins, pour éviter toute dénaturation de la sûreté proposée, son champ d'application devra être limité aux seuls biens et personnes pour lesquels elle trouve toute son utilité.

Au-delà des conditions de fond, la validité de la sûreté globale supposera le respect d'un formalisme exigeant. Ainsi, la convention de sûreté globale, érigée en acte solennel, devra contenir quelques mentions permettant notamment, la détermination des biens engagés et des créances garanties. La rigueur de forme proposée sera éventuellement critiquée. Il est vrai qu'elle n'offre pas la souplesse du consensualisme, pourtant appréciée des professionnels. Il n'en reste pas moins que le formalisme imposé constituera probablement « un mal nécessaire ». Il permettra d'assurer la sécurité juridique de l'engagement¹⁰¹⁹ et conférera à la sûreté nouvelle une vertu plus recherchée encore dans les relations d'affaires que la souplesse : l'efficacité. C'est d'ailleurs cette quête d'efficacité pour l'institution nouvelle qui doit conduire à envisager son opposabilité, puisque d'effet relatif, la convention de sûreté globale constituera néanmoins un « fait social dont chacun doit tenir compte »¹⁰²⁰,

¹⁰¹⁸V. *infra*, n° 381.

¹⁰¹⁹Sur la notion de sécurité juridique, v. F. POLLAUD-DULIAN, « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 487 et s. ; A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814 et s. ; P. MORVAN, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique », *Rev. dr. soc.* 2006, p. 707 et s.

¹⁰²⁰J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 430, n° 432. V. égal. M. GRIMALDI, « Le contrat et les tiers », in *Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 163 et s., spéc. n° 2 : « Aussi la doctrine et la jurisprudence, affinant la règle de l'article 1165, ont-elles proposé et consacré une distinction devenue classique entre, d'une part, l'effet relatif ou la relativité du contrat et, d'autre part, son opposabilité [...] ».

SECTION 2. OPPOSABILITÉ DE LA SÛRETÉ GLOBALE

342. **Plan.** La sûreté réelle n'est utile pour son bénéficiaire qu'à la condition qu'il soit préféré aux autres créanciers se prévalant de droits sur le bien grevé. Ainsi, l'efficacité de la sûreté globale, à l'instar d'ailleurs de toute convention, dépendra non seulement de sa validité *inter partes* mais également de l'opposabilité *erga omnes* du droit réel accessoire qu'elle confèrera.

Il est traditionnellement proposé que le droit réel est absolu puisqu'« opposable à tous »¹⁰²¹. Néanmoins, en matière de sûretés de nature hypothécaire, cette opposabilité *erga omnes* du droit réel est conditionnée à l'information des tiers par l'accomplissement d'une mesure de publicité¹⁰²². Il en sera de même pour la sûreté globale, son opposabilité aux tiers nécessitant une inscription sur registre (§1) dont les modalités doivent être définies (§2).

§1. L'opposabilité de la sûreté globale par inscription sur registre

343. **La nécessaire information des tiers.** La création d'une sûreté réelle modifie l'état juridique du bien grevé puisqu'il devient l'objet d'un droit réel accessoire. Ainsi, le créancier bénéficiaire peut, grâce au droit de suite, faire valoir son droit de préférence sur l'assiette en quelques mains qu'elle se trouve. En matière de sûretés hypothécaires, nature retenue pour la sûreté globale, cette modification de l'état juridique est matériellement occulte, dès lors que les biens engagés ne sont pas transférés au créancier bénéficiaire.

Pourtant, les tiers doivent impérativement être informés. D'abord parce que l'information sur l'existence de la sûreté justifie son opposabilité, en ce qu'elle leur fait connaître l'état juridique du bien objet de la sûreté ou, tout du moins, leur permet de le connaître. Aussi, les acquéreurs successifs et, plus généralement, les titulaires de droits nés postérieurement sur les biens engagés, ne peuvent

¹⁰²¹G. CORNU, *Les biens, op. cit.*, p. 52.

¹⁰²²En ce sens, v. C. civ., art. 2425 (à propos de l'hypothèque conventionnelle) ; C. des transports, art. L. 4122-1 (à propos de l'hypothèque sur le bateau) et art. L. 6122-8 (à propos de l'hypothèque sur l'aéronef).

légitimement ignorer l'existence d'un droit réel accessoire antérieur et en méconnaître les effets. Ensuite, parce que cette information permet d'identifier l'état patrimonial du débiteur. Ainsi, les créanciers présents et à venir disposeront des éléments pertinents d'orientation de leurs relations d'affaires avec le débiteur constituant, et appréhenderont avec justesse la valeur des garanties proposées.

344. **Plan.** L'information des tiers est donc consubstantielle aux sûretés réelles et à leur opposabilité¹⁰²³. Parmi les différentes voies permettant cette information, l'enregistrement constituera probablement celle la mieux adaptée à la sûreté globale (A). Aussi, faudra-t-il l'ériger en instrument d'opposabilité de la sûreté nouvelle et proposer son organisation au sein d'un registre (B).

A. La supériorité de l'enregistrement sur les autres modes d'opposabilité envisageables

345. **Les avantages de l'enregistrement.** À l'occasion de la réception des nombreuses sûretés réelles mobilières sans dépossession, le législateur a proposé différentes formes de publicité. Celle-ci peut consister en l'opposition d'une plaque sur les biens grevés¹⁰²⁴, en l'affichage d'un inventaire des pièces engagées sur le lieu où elles sont entreposées¹⁰²⁵ ou encore résulter de l'accomplissement d'une notification¹⁰²⁶. Il n'en reste pas moins que l'instrument de publicité des sûretés sans dépossession le plus fréquemment proposé a été l'inscription sur registre¹⁰²⁷ qui, primitivement réservé à l'hypothèque conventionnelle, revêtit de nombreux avantages pour la sûreté envisagée.

L'enregistrement – entendu comme « l'inscription sur un registre d'un acte ou d'un fait »¹⁰²⁸ – constitue un instrument simple et efficace d'information des tiers

¹⁰²³En ce sens, J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 267, n° 747 : « Or, héritage du principe de la propriété apparente, la notion d'opposabilité est en matière de sûreté réelle, indissociable de celle de publicité ». Ce constat peut toutefois être nuancé par l'examen du nantissement de créance, celui-ci étant opposable aux tiers à la date de l'acte sans autres formalités, ce qui en fait une sûreté occulte (C. civ., art. 2361).

¹⁰²⁴C. com., art. L. 525-4, régissant le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement.

¹⁰²⁵C. des transports, art. 6122-7, à propos des pièces de rechange de l'aéronef hypothéqué.

¹⁰²⁶Le nantissement de créance est opposable au débiteur de la créance nantie par la notification qui lui en est faite (C. civ., art. 2362).

¹⁰²⁷Les exemples foisonnent à l'examen des gages spéciaux. Par ailleurs, cette forme de publicité pour rendre la sûreté opposable aux tiers a été celle consacrée en alternative à la dépossession, pour les nouveaux gage et nantissement de droit commun (C. civ., art. 2338). V. *supra*, n° 154.

¹⁰²⁸G. CORNU, *Vocabulaire juridique ...*, *op. cit.*, V° « Enregistrement », sens 1.

qui, envisageant l'obtention d'un droit sur les biens du débiteur, pourront s'assurer de l'existence de sûretés par la seule consultation du registre recevant les enregistrements. Cette consultation sera d'autant plus aisée que l'outil informatique permet un accès à distance. Aussi ne sera-t-il pas nécessaire de se déplacer dans les locaux du constituant, comme il le faut lorsque la publicité est accomplie par l'apposition d'une plaque sur le bien grevé ou consiste en l'affichage d'un inventaire sur le lieu d'entreposage des biens grevés. Cette facilité d'accès à l'information sera particulièrement appréciable pour la sûreté globale que nous envisageons. En effet, les biens circulants engagés ne seront disponibles qu'en l'absence de défaillance du constituant dans son obligation de conservation de l'assiette-universalité ou dans le règlement des créances garanties¹⁰²⁹. À compter de l'inscription modificative intervenue au registre en raison de la défaillance, les actes entrepris sur les biens engagés seront inopposables au bénéficiaire de la sûreté¹⁰³⁰. Il faudra donc que les partenaires d'affaires puissent s'informer de façon simple et rapide sur la situation des biens circulants qu'ils envisagent d'acquérir, ce que permettra proprement l'enregistrement de la sûreté.

Outre l'information des tiers, l'enregistrement ménage l'efficacité de la sûreté réelle sans dépossession en organisant le rang des bénéficiaires. Cette fonction s'exprimera pleinement pour la sûreté globale, dès lors qu'étant de nature hypothécaire, les biens circulants une première fois engagés, pourront l'être à nouveau au profit d'autres créanciers. Aussi, prolongeant les solutions du droit positif¹⁰³¹, l'ordre chronologique des inscriptions permettra de déterminer le rang des bénéficiaires de la sûreté proposée.

Enfin, l'enregistrement constitue une formalité souple ne nécessitant que la fourniture de quelques informations au teneur du registre. Dès lors, elle ne contredira pas les impératifs de rapidité et de souplesse recherchés pour la sûreté globale, rappelons-le destinée aux professionnels.

¹⁰²⁹V. *supra*, n° 309 et s.

¹⁰³⁰V. *supra*, n° 265, et *infra*, n° 365, n° 410.

¹⁰³¹Pour illustration, v. C. civ., art. 2425, al. 1^{er} : « Entre les créanciers, l'hypothèque [...] n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier ». Dans le même sens, C. civ., art. 2340, al. 1^{er} : « Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription ».

346. **Bilan.** L'enregistrement se présente donc comme un instrument simple et sécurisant de publicité des sûretés réelles répondant pleinement aux objectifs poursuivis par la sûreté envisagée. Partant, il constituera logiquement la forme de publicité retenue pour obtenir son opposabilité, les différentes inscriptions devant être centralisées au sein d'un registre spécifique.

B. Création d'un registre d'inscription de la sûreté globale

347. **Mise en place d'un registre propre à la sûreté globale.** Le développement des gages sans dépossession et des sûretés sur l'incorporel a généré une multiplication des registres d'inscription en matière de sûretés. Les difficultés en résultant ont été suffisamment soulevées pour n'être que rappelées¹⁰³² : source de confusions et d'illisibilité pour les tiers, cette diversité des registres rendrait les sûretés réelles inefficaces. Partant, il serait nécessaire de les réunir au sein d'un registre unique¹⁰³³.

Si les risques soulevés sont incontestablement latents, ils peuvent aisément être contournés par l'usage de l'informatique. En effet, la tenue électronique des registres, associée à l'outil internet, permet leur consultation rapide et à distance même s'ils sont pluriels. Par ailleurs, leur réunion au sein d'un portail unique de consultation permet de connaître, en une seule recherche, l'ensemble des sûretés consenties et informe suffisamment sur leur rang, puisqu'il est toujours déterminé par la date d'inscription. Ainsi, l'efficacité des sûretés réelles spéciales tient moins en la réunion des différents registres qu'en leur regroupement auprès d'un unique teneur¹⁰³⁴, ou, à tout le moins, par la mise en place d'un portail informatique de

¹⁰³²V. not. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 273, n° 759 ; N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, th. préc., p. 332, n° 511.

¹⁰³³Sur la consécration d'un régime de droit commun de la publicité des sûretés réelles mobilières au sein de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) adopté par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) le 15 décembre 2010, v. P. CROCQ, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et patrimoine* 2010, n° 197, dossier, p. 52 et s., spéc. p. 55 (pour une consultation de l'AUS : <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/OHADA%20-%20AU%20Suretes.pdf>). Dans le même sens, la CNUDCI recommande, dans son Guide législatif sur les opérations garanties adopté en 2007, la centralisation de l'inscription des sûretés réelles mobilières au sein d'un registre « général des sûretés ». Sur ce dernier point, v. p. 25 du Guide, consultable à l'adresse suivante : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-85027_EbookTermin-F.pdf.

¹⁰³⁴En ce sens, v. J.-L. VALLENS, « Publicité et information en matière de sûretés », *LPA* 20 sept. 2000, n° 188, p. 5 et s., spéc. p. 9. À propos du gage de droit commun, v. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, op. cit., p. 234, n° 509 : « L'inscription se fait au greffe du tribunal de commerce dont dépend le domicile ou le siège du constituant. Elle est relayée sur un registre national accessible gratuitement sur internet. Cette centralisation est une des clés du succès ; il serait souhaitable que tous les différents registres recevant des inscriptions de gage ou de

consultation permettant de prendre connaissance des différentes sûretés consenties. La solution est d'ailleurs d'ores et déjà mise en place pour les sûretés soumises à inscription auprès des greffes des tribunaux de commerce¹⁰³⁵.

Nul besoin, donc, de chercher à intégrer la sûreté globale au sein d'un registre existant ou au sein d'un registre nouveau regroupant l'ensemble des gages et nantissements. L'entreprise serait d'ailleurs maladroite dès lors que l'institution qui nous occupe ne constitue pas une énième sûreté mobilière spéciale mais une garantie nouvelle de droit commun. Aussi, sa réception imposera la création d'un registre lui étant propre, dont il faut déterminer le chargé de sa tenue (I) ainsi que son lieu (II).

I. La tenue du registre

348. **L'intervention d'un tiers compétent : le greffier du tribunal de commerce.** La sécurité juridique imposera de confier le registre d'inscription de la sûreté globale à un tiers : aussi devra-t-on exclure la solution prescrite en droit anglais, laissant sa tenue au constituant de la sûreté¹⁰³⁶. Par ailleurs, le registre devra garantir la sécurité des usagers. Partant, il faudra le placer sous le contrôle de l'État, le teneur ne pouvant être qu'une administration ou un officier ministériel. Par là même, il s'agira de s'assurer de la diligence dans l'accomplissement des inscriptions et de la rigueur dans la tenue du registre.

Toutefois, l'examen de l'édifice légal fait apparaître la multiplicité des teneurs actuels à même de fournir cette sécurité. Ainsi retrouve-t-on, pour chargés de cette fonction et selon la sûreté envisagée, les préfetures¹⁰³⁷, l'institut national de la propriété industrielle¹⁰³⁸, les greffiers des tribunaux de commerce¹⁰³⁹, ou encore le

nantissement puissent être centralisés. Si l'on y ajoutait la publicité obligatoire de la réserve de propriété, le système français n'aurait rien à envier au *security interest* nord-américain ».

¹⁰³⁵Ainsi, tout intéressé peut demander par voie informatique sur le site internet *infogreffe.fr* un état d'endettement de la personne recherchée, état faisant apparaître l'ensemble des sûretés dont l'inscription doit être réalisée auprès des greffiers des tribunaux de commerce, ainsi notamment de l'inscription de warrants ou encore de gages des stocks. Toutefois, l'organisation actuelle peut encore être améliorée. En effet, une autre démarche que la demande d'état d'endettement est nécessaire pour consulter le fichier national centralisé des gages sans dépossession du droit commun. Probablement serait-il opportun de créer un outil de recherche permettant de connaître, en une unique recherche, l'ensemble des sûretés inscrites.

¹⁰³⁶Sur ce point, M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », art. préc., spéc. n° 17.

¹⁰³⁷En matière de gages portant sur un véhicule automobile, C. civ., art. 2351.

¹⁰³⁸Ex : nantissement du droit d'exploitation des logiciels (CPI, art. L. 132-34) ; nantissement de brevets (CPI, art. L. 613-9 et R. 613-55).

¹⁰³⁹Ex : gage de droit commun (décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 1, al. 1^{er}) ; gages des stocks (C. com., art. L. 527-4) ; nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (C. com., art. L. 525-3) ; warrant pétrolier (C. com., art. R. 525-1) ; nantissement de fonds de commerce (C. com., art. L. 142-3).

service de la publicité foncière¹⁰⁴⁰. Il échet de constater que parmi ces différents teneurs, les greffiers des tribunaux de commerce sont ceux le plus souvent chargés de recevoir l'inscription des sûretés sur les biens du professionnel. Ainsi sont-ils en charge des registres d'inscription des nantissements de fonds de commerce ou encore des nantissements de l'outillage et du matériel d'équipement. Plus encore, ce sont les greffiers des tribunaux de commerce qui sont compétents pour recevoir les sûretés spéciales sur les marchandises fongibles qui constituent la majorité des biens circulants. En effet, ils tiennent les registres relatifs aux sûretés sur stocks de choses fongibles ainsi du warrant pétrolier¹⁰⁴¹ ou encore du gage des stocks¹⁰⁴². Il y a donc un mouvement légal de réunion, au sein des greffes des tribunaux de commerce, des registres de sûretés sur les biens du professionnel et plus spécifiquement sur ceux circulants¹⁰⁴³. Cette réunion apparaît largement vertueuse : d'abord parce que le statut d'officier ministériel des greffiers des tribunaux de commerce et les contrôles dont ils font l'objet assurent de la bonne tenue des registres ; ensuite parce que cette réunion permet d'ériger un unique interlocuteur pour les usagers, ce qui simplifie l'inscription des sûretés. Par là même, c'est l'accès à l'information que l'on facilite et la sécurité des relations d'affaires que l'on renforce. La sûreté globale devra prolonger ce mouvement¹⁰⁴⁴ et son inscription sera donc confiée aux greffiers des tribunaux de commerce.

II. Le lieu du registre

349. **Décentralisation de l'inscription.** Les tribunaux de commerce étant décentralisés, l'inscription de la sûreté globale devra l'être tout autant.

Certes, il serait possible de créer une inscription centralisée opérée par voie informatique. L'inscription serait alors confiée au Conseil national des greffiers des

¹⁰⁴⁰Pour l'hypothèque conventionnelle, C. civ. art. 2428.

¹⁰⁴¹C. com., art. R. 524-1.

¹⁰⁴²C. com., art. L. 527-4 et R. 527-1.

¹⁰⁴³Relevons que ce mouvement de réunion des registres d'inscription au sein des juridictions consulaires dépasse les biens du professionnel puisque l'inscription du gage de droit commun est également confiée aux greffiers des tribunaux de commerce (décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 1, al. 1^{er} : « L'inscription du gage prévue à l'article 2338 du Code civil est faite à la requête du créancier sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce [...] »).

¹⁰⁴⁴La force du mouvement peut néanmoins être nuancée lorsqu'il s'agit de propriétés intellectuelles pour lesquelles les registres d'inscription des nantissements sont fréquemment confiés à l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI). Sur ce point, v. N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, th. préc., p. 332, n° 511.

tribunaux de commerce. Toutefois, la charge serait probablement excessive : le Conseil ne dispose pas des moyens nécessaires. Aussi sera-t-il préférable de ventiler cet enregistrement entre les différents greffiers des tribunaux de commerce, pour ne laisser au Conseil national que la seule charge de réunir l'ensemble des inscriptions au sein d'un fichier centralisé. Quant à la désignation du greffier territorialement compétent, la solution proposée pour le gage de droit commun et le gage des stocks du Code de commerce sera retenue¹⁰⁴⁵. Ainsi, la sûreté globale sera enregistrée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant sera immatriculé ou, à défaut d'immatriculation, dans le ressort duquel se situera son siège ou son domicile¹⁰⁴⁶.

350. **Centralisation des inscriptions.** Si l'accomplissement des inscriptions sera décentralisé, il n'en reste pas moins que la consultation du registre devra être la plus aisée possible. Il s'agira de permettre aux tiers, et particulièrement aux partenaires d'affaires du débiteur, de connaître simplement et rapidement les sûretés globales consenties. Pour ce faire, toutes celles enregistrées, quel que soit le lieu de l'inscription, seront réunies au sein d'un fichier national centralisé, tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce¹⁰⁴⁷. Les biens circulants étant, dans l'immense majorité des cas, des marchandises fongibles sans individualité, le registre devra s'organiser autour d'une base personnelle. Dès lors, les sûretés seront inscrites au nom du constituant, les tiers n'ayant qu'à saisir le nom de celui recherché pour connaître les sûretés globales éventuellement consenties. Cette consultation s'opérera gratuitement, conformément à la solution retenue pour les gages sans dépossession du droit commun, par un accès sur le portail internet *infogreffe*. Par cette centralisation des inscriptions, il sera aisé de connaître à distance et sans délai les sûretés globales existantes.

¹⁰⁴⁵Pour le gage de droit commun, v. décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, article 1^{er} : « L'inscription du gage prévue à l'article 2338 du Code civil est faite à la demande du créancier sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation d'immatriculation, dans le ressort duquel est situé, selon le cas, son siège ou son domicile ». Pour le gage des stocks du Code de commerce, v. C. com., art. L. 527-4 et R. 527-1.

¹⁰⁴⁶Cette solution est également retenue en matière d'inscription des sûretés mobilières par l'article 52 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) adopté par l'OHADA. Pour une consultation de l'AUS : <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/OHADA%20-%20AU%20Suretes.pdf>.

¹⁰⁴⁷Un fichier construit sur ce modèle a d'ores et déjà été mis en place pour le gage sans dépossession du Code civil. En effet, l'article 9 du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 énonce qu'« il est créé un fichier électronique national sur lequel est mentionnée l'existence des inscriptions prises en application de l'article 2338 du Code civil. Ce fichier est tenu par le conseil national des greffiers des tribunaux de commerce [...] Il est consultable gratuitement sur un site d'information accessible par le réseau internet ».

§2. Les modalités d'enregistrement de la sûreté globale

351. **Objectifs poursuivis par l'enregistrement.** L'enregistrement devra permettre la collecte des informations de nature à identifier les parties à la sûreté, les biens engagés et les créances garanties. Il s'agira de synthétiser l'ensemble des éléments pertinents pour l'information des tiers. Mais au-delà du rôle de collecteur, les greffiers devront remplir celui de contrôleur. Le contrôle portera d'abord sur le respect de la spécialité des biens engagés et des créances garanties, ainsi de ce qu'il est pour les sûretés existantes. Par ailleurs, nous avons souligné les limites de champ qu'il faudra assigner à la sûreté globale : ne pouvant intervenir qu'entre professionnels, la sûreté nouvelle ne recevra, en outre, que des biens circulants¹⁰⁴⁸. Les greffiers devront procéder à un contrôle de ces deux conditions de fond. Par là, il s'agira d'éviter l'inscription de sûretés globales invalides ce qui participera à la sécurité juridique des engagements. Reste que ce contrôle ne pourra être qu'apparent puisqu'un contrôle poussé sera bien difficile à mener pour les greffiers ne disposant ni des prérogatives ni du temps nécessaires. Par ailleurs, un tel contrôle complexifierait à l'excès l'inscription de la sûreté globale, venant contredire la simplicité et la rapidité de constitution recherchées pour assurer son attractivité¹⁰⁴⁹.

Plan. Puisque l'inscription de la sûreté globale tendra, tout à la fois, à la collecte d'informations la concernant et au contrôle apparent de sa validité, il faut déterminer le contenu du bordereau d'inscription (A) qui sera à même de remplir cette dualité de fonctions. Au-delà, et dans une approche pratique, il s'impose de détailler les modalités qui encadreront l'accomplissement de cette inscription (B).

A. Contenu du bordereau d'inscription

352. **Recherche d'un équilibre entre souplesse de l'inscription et exhaustivité des informations fournies.** Le détail des informations figurant obligatoirement au sein du bordereau d'inscription devra proposer un équilibre entre

¹⁰⁴⁸V. *supra*, n° 325 et s.

¹⁰⁴⁹Sur la nécessité d'un régime souple en matière de publicité obligatoire des sûretés réelles, v. P. CROCQ, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », art. préc., spéc. p. 56.

souplesse et exhaustivité. Souplesse, d'abord, pour éviter de rendre l'enregistrement de la sûreté globale trop contraignante. S'orienter vers l'exigence d'une multitude d'informations rendra l'inscription complexe et, par prolongement, la sûreté nouvelle inattractive. Aussi, le formalisme devra s'envisager comme simplifié, à l'image de ce qui est proposé pour les sûretés globales de droits étrangers¹⁰⁵⁰ ou pour le gage sans dépossession du droit commun. Dès lors, et à la différence de l'hypothèque conventionnelle¹⁰⁵¹, les bordereaux d'inscription n'auront pas à être certifiés, notamment quant à l'identité des parties. Toutefois, les mentions imposées devront permettre l'information exhaustive des tiers sur le contenu et l'étendue de la sûreté¹⁰⁵². Pour ce faire, le bordereau dressé en deux exemplaires¹⁰⁵³ devra, outre la mention de la date de l'acte constitutif de la sûreté globale et le cas échéant sa durée conventionnellement fixée, désigner les parties (I) ainsi que les biens engagés et les créances garanties ou, si ces biens et créances sont futurs, les moyens de leur détermination (II).

I. La désignation des parties

353. **Fonctions de la désignation.** L'inscription fera apparaître les parties à la sûreté globale pour que les greffiers puissent procéder au contrôle apparent de la qualité de professionnel des intervenants à l'acte. Elle permettra surtout l'accès à l'information des tiers qui, le plus souvent, ne connaîtront que l'identité du débiteur sans disposer de renseignements sur les éléments de son patrimoine. Ainsi, du critère des biens ou des personnes pour la recherche de l'existence de sûretés globales, le second constituera le plus accessible. Elles devront donc être recensées autour d'un critère personnel, le nom des constituants, qui supposera naturellement leur identification lors de l'enregistrement.

La désignation du bénéficiaire participera du même objectif. Là encore, il s'agira de permettre aux tiers de se rapprocher de l'une des parties pour obtenir de plus amples indications sur la sûreté souscrite. Toutefois, l'identification du

¹⁰⁵⁰Sur ce point, v. not. N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, th. préc., p. 337, n° 518.

¹⁰⁵¹C. civ., art. 2428 : « L'inscription des privilèges et hypothèques est opérée par le service chargé de la publicité foncière sur le dépôt de deux bordereaux datés, signés et certifiés conformes entre eux [...] ».

¹⁰⁵²Les mentions inscrites au bordereau seront transcrites sur le fichier central des sûretés globales.

¹⁰⁵³Ainsi, l'un des bordereaux sera remis au requérant avec mention certifiant la réalisation de l'inscription.

bénéficiaire arborera une fonction supplémentaire : elle déterminera le rang des créanciers en présence d'une pluralité de sûretés sur les mêmes biens circulants.

354. **Contenu de la désignation.** Par commodité et simplicité, il faudra se limiter aux seules informations indispensables à l'identification des parties et permettant de les contacter. Dès lors, la reprise de l'état civil sera sommaire : seuls les nom et prénoms de la personne physique apparaîtront ; quant à la personne morale, sa dénomination sociale sera suffisante. Pour compléter l'identification et faciliter les sollicitations des tiers, l'adresse du domicile ou celle du siège social ainsi qu'un numéro téléphonique et une adresse électronique seront fournis. Ainsi, et à l'inverse du gage sans dépossession de droit commun, il ne sera pas nécessaire de faire apparaître les date et lieu de naissance de la personne physique, ni la forme sociale de la société¹⁰⁵⁴. Néanmoins, en présence de parties inscrites sur un répertoire professionnel¹⁰⁵⁵, leur numéro d'identification sera précisé.

Connaissant les parties et se trouvant en mesure de les joindre, les tiers devront encore être informés de l'étendue de la sûreté globale, quant aux biens grevés et aux créances garanties.

II. La désignation des éléments engagés et des créances garanties ou des moyens de leur détermination

355. **Description du contenu de l'assiette-universalité.** Rigoureusement, le bien engagé, entendu comme l'objet de la sûreté globale, sera l'universalité de fait constituée par l'assiette. Néanmoins, cette assiette-universalité ne saurait constituer une enveloppe au contenu indéterminable. Il faudra donc décrire sa composition par la désignation des biens circulants la composant ou étant susceptibles de l'intégrer.

La sûreté nouvelle pourra, au choix des parties, porter sur l'ensemble des biens circulants du constituant ou seulement sur certains d'entre eux¹⁰⁵⁶. Dans le premier cas, la seule mention de cette généralité de l'assiette-universalité apparaîtra

¹⁰⁵⁴Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 2.

¹⁰⁵⁵Ex : Registre du commerce et des sociétés, Répertoire des métiers.

¹⁰⁵⁶Le débiteur dispose fréquemment d'une multitude de biens circulants, souvent de natures variées (ex : des stocks de matières premières nécessaires au processus de fabrication et, en sus, des stocks de produits finis voués à commercialisation), richesse importante qu'il n'est pas forcément souhaitable d'affecter en entier à la garantie d'une unique créance, ou au profit d'un seul créancier.

insuffisante¹⁰⁵⁷. De façon plus rigoureuse, il s'imposera de procéder à une description, pouvant être sommaire, de la nature et des qualités des différents biens circulants dont dispose le constituant. Dans le second, la description devra permettre de distinguer les biens circulants grevés des autres possédés. En présence de choses fongibles, l'identification s'accomplira par la mention de leur nature, de leur qualité et, si la sûreté se limite à une fraction de biens circulants de même nature, leur quantité. De la même façon, en présence de choses non fongibles, il faudra procéder à l'identification des biens circulants visés, par la description de leurs nature et qualités. Un exemple permet d'illustrer le propos. Voici un antiquaire qui détient des tableaux de Maîtres, des sculptures et des meubles anciens. Tous sont des biens circulants puisqu'ils ne sont acquis que pour être revendus. Toutefois, l'antiquaire pourra ne vouloir engager que les tableaux de Maîtres. L'inscription devra alors mentionner la limitation, en précisant que seuls ces biens circulants particuliers sont engagés¹⁰⁵⁸.

À la suite de la description des biens circulants réunis au sein de l'assiette-universalité, une mention rappellera qu'ils restent pleinement disponibles pour le constituant alors que la sûreté est pendante pourvu que les actes entrepris s'ancrent dans le « cours normal des affaires »¹⁰⁵⁹ et que les éléments distraits soient remplacés par d'autres équivalents, en nature ou en valeur¹⁰⁶⁰. Si les parties restreignent cette faculté de substitution – soit que tous les biens circulants soient grevés mais que le créancier en préfère certains à d'autres, soit que seuls certains des biens circulants du constituant ne soient engagés – la limitation sera inscrite au bordereau, et les biens admis à substitution décrits, en nature et qualité¹⁰⁶¹.

356. Désignation des créances garanties. L'inscription fera également apparaître la ou les créance(s) garantie(s) par la sûreté globale. Pour les créances présentes, leur montant en principal sera précisé ainsi que leur date d'exigibilité et le taux de l'intérêt leur étant appliqué. La solution n'est pas nouvelle : elle est d'ores et

¹⁰⁵⁷ Ainsi, la description des biens ne pourra se restreindre à une formule lacunaire telle que : « l'ensemble des biens circulants du débiteur ».

¹⁰⁵⁸ Les mêmes descriptions – de nature, de qualité et, le cas échéant, de quantité – seront entreprises pour une sûreté globale sur biens circulants futurs, permettant ainsi leur détermination.

¹⁰⁵⁹ V. *supra*, n° 306 et s.

¹⁰⁶⁰ V. *infra*, n° 378.

¹⁰⁶¹ Par principe, n'importe quel bien circulant pourra venir se substituer à n'importe quel autre pourvu que la valeur de la sûreté soit conservée. Néanmoins, les parties pourront convenir de restreindre le champ de cette substitution en ne la permettant qu'avec certains biens circulants entretenant une identité objective avec ceux substitués. Sur ce point, v. *infra*, n° 381.

déjà consacrée pour les sûretés réelles existantes et permet au chargé de l'inscription de s'assurer de la spécialité des créances garanties. En outre, leur désignation permettra d'informer les tiers, et particulièrement les autres dispensateurs de crédit du constituant, sur l'étendue exacte de la garantie souscrite. Ainsi, ils pourront envisager avec justesse l'opportunité d'une sûreté globale sur des biens circulants déjà engagés, par la comparaison entre les sommes garanties et la valeur que ces biens constituent.

Pour les mêmes raisons – respect du principe de spécialité et informations des tiers – les créances futures devront être déterminables¹⁰⁶². L'exigence sera satisfaite par la mention au bordereau de la source et la destination des crédits à venir. Ces précisions pourront être formalisées en des termes généraux¹⁰⁶³, dès lors que le bordereau mentionnera un montant maximal des créances futures garanties. Cette dernière exigence, inspirée par l'hypothèque conventionnelle¹⁰⁶⁴, s'imposera pour peu que l'on veuille protéger le crédit du constituant. À défaut, l'étendue de la sûreté globale apparaîtra incertaine, et les créanciers postérieurs, ne pouvant sonder l'opportunité d'une sûreté globale de second rang, renonceront probablement à financer le constituant.

B. Accomplissement de l'inscription

357. **Détermination des requérants admis.** Invariablement, seul le teneur de registre pourra procéder à l'inscription de la sûreté globale¹⁰⁶⁵. Toutefois, celle-ci

¹⁰⁶²Sur le principe de spécialité des créances garanties en matière de sûretés réelles, v. *supra*, n° 168 et s.

¹⁰⁶³Ex : « Pour l'ensemble des livraisons à venir entre le débiteur et le créancier ».

¹⁰⁶⁴C. civ., art. 2423 : « L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité ». La sanction diffèrera néanmoins pour la sûreté globale que nous proposons : celle-ci ne sera pas nulle mais restera inopposable, son inscription devant être rejetée par le teneur du registre.

¹⁰⁶⁵Cette solution, déjà retenue pour le gage sans dépossession du droit commun (décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, art. 1^{er}) ou le gage des stocks du Code de commerce (C. com., art. R. 527-1), se détache des recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. En effet, celui-ci propose de laisser l'inscription des sûretés réelles aux parties (Rec. 54). Il est vrai que la tenue d'un registre électronique accessible par internet le permettrait aisément, d'autant que cette voie ne manque pas d'attraits. Incontestablement conforme à la rapidité et la souplesse recherchée par les professionnels, ce système restreint les saisies successives d'informations qui exposent à des erreurs matérielles. Néanmoins, l'inscription de la sûreté sans contrôle préalable du teneur de registre constitue une source latente d'insécurité et de fraude. L'absence de contrôle du greffier permet l'inscription de sûretés sans que soit vérifiée son existence ni même la qualité de celui procédant à l'enregistrement. Le risque en résultant est excessif et la sécurité juridique impose d'assurer un contrôle des informations fournies, en amont de l'inscription. Partant, le recours aux greffiers, certes plus contraignant, s'imposera néanmoins.

n'interviendra pas d'office et il s'impose de déterminer les requérants qui seront admis à solliciter l'enregistrement.

En matière de sûretés réelles, différentes options sont envisageables. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties¹⁰⁶⁶ propose une solution particulièrement permissive : les sûretés réelles mobilières devraient pouvoir être inscrites par toute personne, pourvu que l'identité de celui procédant à l'inscription soit conservée¹⁰⁶⁷, sans pour autant être vérifiée¹⁰⁶⁸, et que soit remis au constituant une copie de l'avis déposé¹⁰⁶⁹. Le régime consacré par le droit français est autrement plus strict. La sollicitation d'inscription est limitée, au moins au stade de l'inscription, au créancier bénéficiaire ou à son mandataire¹⁰⁷⁰. Ainsi, l'inscription de la sûreté sur l'immeuble est requise par son bénéficiaire¹⁰⁷¹, encore qu'en pratique, elle le sera par le notaire rédacteur de la convention d'hypothèque¹⁰⁷². De la même façon, l'inscription d'un gage ou d'un nantissement de droit commun est sollicitée par le créancier¹⁰⁷³. Cette restriction de champ est néanmoins assouplie quant à la radiation de la sûreté réelle. À ce stade, la sollicitation peut émaner, outre du bénéficiaire, également du constituant¹⁰⁷⁴.

De la conception retenue par la CNUDCI ou de celle consacrée en droit français, aucune n'est pleinement satisfaisante. La première, trop permissive, tend à sacrifier la sécurité sur l'autel de la souplesse. Le teneur de registre ne saurait faire l'économie d'une vérification de l'identité du requérant avant inscription. À défaut, la

¹⁰⁶⁶Consultable à l'adresse suivante :

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-85027_EbookTermin-F.pdf.

¹⁰⁶⁷Rec. 55, b) : « L'identité de la personne procédant à l'inscription est demandée et conservée par le registre ».

¹⁰⁶⁸Rec. 54, d) : « Le conservateur du registre n'exige pas la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription ni de l'existence d'une autorisation pour procéder à l'inscription de l'avis, et ne réalise aucun examen approfondi de la teneur de l'avis ».

¹⁰⁶⁹Rec. 55, c) : « La personne procédant à l'inscription est tenue de transmettre une copie de l'avis au constituant désigné sur celui-ci. Un manquement de la part du créancier garanti à cette obligation ne peut entraîner que des sanctions mineures et la réparation de tout dommage, causé par ce manquement, susceptible d'être prouvé ».

¹⁰⁷⁰En ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 715, n° 955 : « Plus généralement, le mandataire professionnel rédacteur de l'acte qui fait naître une sûreté, même légale comme un privilège du vendeur d'immeuble ou du prêteur de deniers, est censé avoir reçu mandat de procéder à l'inscription ».

¹⁰⁷¹C. civ., art. 2428, al. 2.

¹⁰⁷²En ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 715, n° 955 : « Dans les sûretés réelles immobilières conventionnelles, par principe la responsabilité de procéder à l'inscription pèse sur le notaire. C'est une conséquence du monopole de rédaction des contrats d'hypothèque accordé à cette profession, conséquence qui a été imposée par les tribunaux ». De la même façon, en matière de sûretés réelles mobilières, le notaire étant « tenu de s'assurer de l'efficacité de l'acte auquel il prête son concours, doit, sauf s'il en est dispensé expressément par les parties, veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires à la mise en place des sûretés qui en garantissent l'exécution » : Cass. 1ère civ., 16 oct. 2008, n° 07-14.695, *Bull. civ. I*, n° 226, D. 2009, p. 602, note C. ALBIGÈS.

¹⁰⁷³Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 1^{er}. La solution est retrouvée à l'identique en matière de sûretés mobilières spéciales. Pour illustration, v. C. com., art. R. 527-1 (à propos du gage des stocks) ; C. des transports, art. L. 4121-2 (relatif à l'hypothèque sur le bateau).

¹⁰⁷⁴Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 8 : « La radiation de l'inscription peut être requise par le créancier ou le constituant sur justification de l'accord des parties ou d'un acte donnant mainlevée de l'inscription ».

fiabilité du registre n'en est que trop durement affectée. Quant à la seconde, trop restrictive, elle limite de façon excessive le champ des requérants. La sollicitation doit être ouverte à ceux ayant intérêt à la publicité. Strictement, ceux-ci s'entendent du bénéficiaire mais également du constituant : le premier parce qu'il reçoit le droit réel, le second parce qu'il le concède. N'admettre que le créancier comme requérant à l'inscription de sûreté apparaît dès lors injustifié.

Aussi faut-il, de *lege feranda*, élargir la solution retenue de *lege lata*, et retenir que l'inscription initiale (I), la modification, le renouvellement ou la radiation (II) de la sûreté globale pourront être sollicités par le constituant, le bénéficiaire¹⁰⁷⁵ ou leurs mandataires¹⁰⁷⁶.

I. L'inscription initiale

358. **Accomplissement de l'inscription.** Matériellement, il faudra remettre ou transmettre un bordereau d'inscription en deux exemplaires au teneur du registre. Un exemplaire sera ensuite retourné au requérant mentionnant la date de l'inscription, son numéro ainsi que la certification du greffier de l'accomplissement de l'enregistrement. Par là même, le régime de l'inscription de la sûreté globale envisagée s'alignera sur celui du gage de droit commun¹⁰⁷⁷.

Le contenu du bordereau ayant d'ores et déjà été détaillé¹⁰⁷⁸, il est inutile d'y revenir. Néanmoins, l'inscription de la sûreté globale nécessitera-t-elle la transmission, en sus du bordereau, d'un original de la convention constitutive de la sûreté globale ? Si le gage et l'hypothèque de droit commun l'imposent, la pertinence de cette exigence est contestée. Elle serait lourde et coûteuse tant et si bien qu'elle devrait être écartée¹⁰⁷⁹. Voilà bien la position retenue par le Guide législatif de la

¹⁰⁷⁵Cette solution est consacrée en matières de sûretés mobilières (articles 51, 59 et 60) par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) adopté le 15 décembre 2010 par l'OHADA. Acte téléchargeable à l'adresse suivante :

<http://www.ohada.org/presentation-de-lacte-uniforme-droit-surete/telechargement-droit-des-suretes.html>.

¹⁰⁷⁶Le *pool* de créanciers pourra même recourir à un mandataire unique pour la constitution, l'inscription, la gestion et la réalisation de la sûreté au nom de tous – le droit français empruntant ainsi, sous quelques aspects, l'agent de sûretés connu du droit anglais – l'article 2328-1 du Code civil inséré par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 et complété par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 permettant que toute sûreté réelle soit : « constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation ». V. P. CROCCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard des sûretés (1) », *D.* 2007, p. 1354 et s., spéc. n° 26 ; D. LEGEAIS, « Article 2328-1 du Code civil – Loi du 19 février 2007 », *RTD com.* 2007, p. 583 et s. ; J. LEAVY, « En droit français, l'agent de sûretés n'est pas un fiduciaire », *Banque et droit* 2011, n° 136, p. 9 et s.

¹⁰⁷⁷Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 3.

¹⁰⁷⁸V. *supra*, n° 352 et s.

¹⁰⁷⁹En ce sens, v. N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, th. préc., p. 336, n° 517.

CNUDCI sur les opérations garanties¹⁰⁸⁰ ou encore par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA¹⁰⁸¹. Nous pensons néanmoins cette formalité nécessaire. La transmission d'un original permettra au greffier de procéder au contrôle apparent de la validité de la convention de sûreté globale, notamment quant aux biens et aux parties. La sécurité juridique fournie par ce contrôle justifiera bien la contrainte d'une communication, d'autant que celle-ci sera aisée à mettre en oeuvre, dès lors que la convention originale pourra être transmise, tout comme le bordereau, par voie électronique.

En principe, les greffiers ne pourront refuser les inscriptions ni plus les retarder. Toutefois, le greffier constatant le défaut des conditions de la sûreté tenant aux biens ou aux parties, ou des mentions imposées au bordereau d'inscription, devra rejeter la demande. En cette hypothèse, les solutions dégagées pour le gage de droit commun¹⁰⁸², et pour celui des stocks¹⁰⁸³, devront être prolongées. Ainsi, le rejet sera notifié au requérant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹⁰⁸⁴, missive mentionnant le motif du refus. Évidemment, le requérant disposera d'un recours : dans un délai de quinze jours partant du jour de la notification, il pourra saisir le président du tribunal de commerce dont dépend le greffier ayant opposé le refus¹⁰⁸⁵. L'ordonnance rendue sera susceptible d'appel, toujours dans un délai de quinze jours à compter de la notification, le requérant étant dispensé du ministère d'avocat¹⁰⁸⁶.

359. Délai d'accomplissement de l'inscription. Le droit positif enferme quelquefois l'accomplissement de l'inscription de sûreté dans un délai. Ainsi, l'acte constitutif d'une fiducie-sûreté doit être enregistré au service des impôts dans le mois à compter de sa date, à peine de nullité¹⁰⁸⁷. Il faut toutefois relever que cet enregistrement diffère dans sa fonction de celui qui sera imposée pour la sûreté globale. L'enregistrement dans un délai déterminé n'est obligatoire que pour se

¹⁰⁸⁰Rec. 54 b) : « La loi devrait faire en sorte que [...] l'inscription soit effectuée par enregistrement d'un avis contenant les informations spécifiées dans la recommandation 57, et non par la présentation de l'original ou d'une copie de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document ».

¹⁰⁸¹AUS, art. 53, qui, détaillant le formulaire d'inscription, n'impose aucunement la communication de la convention constitutive de sûreté.

¹⁰⁸²Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc.

¹⁰⁸³C. com., art. R. 527-13 à R. 527-16.

¹⁰⁸⁴Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 15.

¹⁰⁸⁵Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 16.

¹⁰⁸⁶Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 17 et 18.

¹⁰⁸⁷C. civ., art. 2019.

prémunir de l'utilisation du mécanisme fiduciaire à des fins d'évasion fiscale ou de blanchiment de capitaux. En aucun cas, il ne s'envisage comme un instrument d'information des tiers et partant d'opposabilité. L'inscription de la sûreté globale ne revêtant pas la même fonction, son accomplissement ne recevra pas les mêmes contraintes. Aussi, aucun délai ne sera imposé à l'instar de la solution prévue pour les sûretés réelles traditionnelles¹⁰⁸⁸. Il n'en reste pas moins qu'elle devra intervenir au plus vite. À défaut, la sûreté globale ne produira aucun effet vis-à-vis des tiers et apparaîtra largement inefficace, principalement pour deux raisons. D'abord parce que la sûreté ne prenant date qu'au jour de son inscription, le bénéficiaire sera primé par les sûretés consenties postérieurement mais inscrites antérieurement. Ensuite, parce qu'un enregistrement tardif exposera le bénéficiaire à l'arrêt du cours des inscriptions, dans le cas d'un constituant faisant finalement l'objet d'une procédure collective¹⁰⁸⁹.

Si le bénéficiaire devra être diligent dans l'accomplissement de l'inscription, pourra-t-on aller plus loin encore et lui permettre de l'opérer par anticipation ? Il s'agit alors d'inscrire une sûreté non encore consentie, l'opposabilité rétro-agissant à la date du dépôt une fois la convention conclue. L'avantage procuré par cette inscription dite *préventive*, reçue notamment par le *security interest* de droit américain¹⁰⁹⁰, a été suffisamment détaillé pour n'être que rappelé¹⁰⁹¹. Le créancier ne subit pas les délais de l'inscription une fois la sûreté consentie et se trouve protégé vis-à-vis des tiers dès la conclusion de l'acte. Néanmoins, l'option doit être rejetée dès lors qu'elle n'apparaît plus guère utile. Le même résultat sera obtenu par une sûreté globale sur biens futurs déterminables.

360. **Durée de l'inscription.** La sûreté globale inscrite, le bénéficiaire sera rassuré. Son droit réel deviendra opposable *erga omnes* à la date de l'enregistrement et prendra rang, primant ainsi les sûretés inscrites postérieurement. Toutefois, la sûreté

¹⁰⁸⁸Une exception peut néanmoins être retrouvée en matière de nantissement de fonds de commerce dont l'inscription doit être prise, à peine de nullité, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif (C. com., art. L. 142-4 al. 1).

¹⁰⁸⁹C. com., art. L. 622-30, L. 631-14 et L. 641-3 al. 1^{er} (les deux derniers par renvoi au premier, qui prévoit que « les hypothèques, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture »).

¹⁰⁹⁰UCC, §9-502 (d).

¹⁰⁹¹N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, th. préc., p. 340, n° 522 ; J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 284, n° 784.

ne pourra être inscrite à perpétuelle demeure ; se pose dès lors la question de la péremption de l'inscription.

En la matière, le droit des sûretés réelles n'est pas unifié. La péremption de l'hypothèque conventionnelle intervient, par principe, à la date que fixe le créancier dans la limite de cinquante années¹⁰⁹². Proposant un encadrement plus strict, la péremption de l'inscription du gage de droit commun¹⁰⁹³, ou encore de celui des stocks¹⁰⁹⁴, se produit après l'écoulement de cinq années à compter de la date de l'enregistrement.

Le régime de la sûreté globale devra s'inspirer des deux modèles pour proposer un condensé de leurs avantages réciproques. Une péremption cinquantenaire semblant excessive au regard du cycle des affaires, la solution retenue en matière de gage, qui se calque sur la pratique économique, sera transposée pour la sûreté globale. Dès lors, par principe, la sûreté nouvelle sera inscrite pour une durée quinquennale¹⁰⁹⁵. Toutefois, la sûreté globale interviendra fréquemment pour une durée plus courte, ainsi de la garantie d'une créance au paiement échelonné sur un temps inférieur à cinq ans. Aussi, la souplesse commandera de transposer la liberté proposée par l'hypothèque, en permettant aux parties de déterminer la durée de l'inscription, dans la limite du plafond de cinq années.

361. **Bilan.** Une fois l'inscription initiale accomplie, l'existence de la sûreté globale sera révélée aux yeux de tous et deviendra opposable *erga omnes*. Toutefois, les tiers devront également être informés des modifications affectant la garantie consentie, ce que permettra la modification, le renouvellement, ou encore la radiation de l'inscription.

¹⁰⁹²C. civ., art. 2434.

¹⁰⁹³Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 7 : « L'inscription conserve le gage pendant cinq ans à compter du jour de sa date ».

¹⁰⁹⁴C. com., art. R. 527-10 : « L'inscription conserve le gage pendant cinq ans à compter du jour de sa date ».

¹⁰⁹⁵L'article 58 de l'AUS adopté en 2010 par l'OHADA retient une durée de dix ans. Il s'agit, par une durée d'effets plus longue de l'inscription, de réduire l'enchérissement du crédit par la répétition des formalités (P. CROCQ, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », art. préc., spéc. p. 57). Si le motif de cet allongement est séduisant, une inscription décennale semble toutefois excessive en matière de sûreté globale, les relations des titulaires de biens circulants avec leurs dispensateurs de crédit évoluant majoritairement à une fréquence temporelle plus courte.

II. La modification, le renouvellement et la radiation de l'inscription

362. **Publicité des changements affectant la sûreté globale.** Pouvant venir en garantie de créances au paiement échelonné ou encore de créances futures, la sûreté globale se prolongera dans le temps. Tout au long de sa « vie », des changements seront susceptibles de l'affecter. Ainsi, les parties pourront entreprendre d'allonger sa durée en raison du maintien de leur relation d'affaires. Par ailleurs, le régime de la sûreté globale pourra être modifié par la défaillance du débiteur qui le privera de la gestion dynamique sur l'assiette-universalité. En outre, l'extinction de la créance garantie resurgira nécessairement sur la sûreté, qui n'en constitue que l'accessoire.

363. **Plan.** En somme, la sûreté globale verra son sort évoluer et il devra en être de même pour l'inscription dont elle fera l'objet. Voilà qui impose d'envisager sa modification (a), son renouvellement (b) et sa radiation (c).

a. La modification

364. **L'inscription modificative en raison du cantonnement de la sûreté globale.** L'inscription modificative pourra d'abord intervenir suite au cantonnement de la sûreté globale. Un exemple permet d'illustrer l'hypothèse. Initialement, un créancier bénéficiera d'une sûreté globale sur l'ensemble des biens circulants du constituant. Finalement, soit que la créance ait été partiellement acquittée, soit que le créancier ait une confiance suffisante en son débiteur, il pourra être convenu de réduire la sûreté à une partie ou une catégorie de biens circulants¹⁰⁹⁶. Le constituant y trouvera largement intérêt : les biens ainsi libérés constitueront une force de crédit supplémentaire par leur affectation en garantie au bénéfice d'autres créanciers. Tout comme pour la radiation, cette inscription modificative¹⁰⁹⁷ nécessitera la fourniture par le requérant d'un accord des parties ou d'un acte

¹⁰⁹⁶Ex : sûreté réduite à un stock de certaines matières premières ou produits finis.

¹⁰⁹⁷S'analysant en une radiation partielle.

émanant du créancier bénéficiaire, en sus d'un bordereau d'inscription modificative en deux exemplaires.

365. **L'inscription modificative découlant de la défaillance du constituant.** Toutefois, pour la sûreté proposée, l'inscription modificative interviendra principalement en raison d'une singularité de son régime. Les biens circulants engagés et réunis au sein de l'assiette-universalité demeureront, alors que la sûreté est pendante, pleinement disponibles pour le constituant¹⁰⁹⁸. Celui-ci entreprendra une gestion dynamique se manifestant par leur aliénation, incorporation ou encore destruction sans que le bénéficiaire ne puisse s'y opposer. Partant, les biens distraits de l'assiette-universalité ne pourront être revendiqués par le bénéficiaire et seront remplacés par d'autres qui se subrogeront¹⁰⁹⁹. Toutefois, la défaillance du constituant dans son obligation de conservation ou dans le règlement de la créance garantie modifiera la situation. À compter de cette défaillance, il faudra protéger le créancier en figeant le contenu de l'assiette-universalité. Par là, on lui permettra de faire valoir son droit réel accessoire et, ce faisant, de réaliser sa sûreté. À cette fin, il conviendra de priver le constituant du pouvoir de gestion dynamique sur l'assiette-universalité et les actes d'aliénation, de destruction ou d'incorporation deviendront inopposables au bénéficiaire de la sûreté¹¹⁰⁰. Vis-à-vis du constituant, cette inopposabilité se manifestera dès constatation de la défaillance¹¹⁰¹. Toutefois, il faudra également que la modification de régime de la sûreté globale produise effet à l'égard des tiers pour que le créancier puisse appréhender les biens transmis après défaillance. Néanmoins, il conviendra de ménager les différents intérêts en présence. En effet, il apparaîtrait largement inéquitable de retenir l'inopposabilité des droits acquis par les tiers sur les biens engagés après défaillance, sans que cette modification du régime de la sûreté n'ait fait l'objet d'une publicité. Partant, il faudra imposer une inscription modificative constatant la défaillance du constituant, informant de la perte de son pouvoir de gestion dynamique, et précisant que les droits acquis postérieurement sur les biens circulants composant l'assiette-universalité seront inopposables au bénéficiaire de la sûreté globale¹¹⁰².

¹⁰⁹⁸V. *supra*, n° 295 et s.

¹⁰⁹⁹V. *supra*, n° 303.

¹¹⁰⁰V. *supra*, n° 310.

¹¹⁰¹V. *infra*, n° 387 et n° 412.

¹¹⁰²Ces mentions seront apposées en marge de l'inscription initiale par le greffier.

En raison de l'effet radical de cette inscription modificative, le requérant devra fournir au greffier, outre un bordereau en deux exemplaires, une pièce justificative de la défaillance du constituant. L'attractivité de la sûreté globale imposera une justification souple et peu coûteuse. Aussi, un constat d'huissier ne sera pas imposé et la production de la mise en demeure du constituant d'acquitter la créance ou de reconstituer l'assiette-universalité apparaîtra suffisante. Le greffier, vérification faite, opérera l'inscription modificative dans les plus brefs délais afin d'éviter une distraction frauduleuse des composants de l'assiette-universalité¹¹⁰³. Bien évidemment, un refus d'inscription modificative pourra être contesté judiciairement dans les mêmes conditions qu'en cas de refus d'inscription¹¹⁰⁴. En outre, et pour dissuader le bénéficiaire d'une intervention abusive, l'inscription modificative intervenant à sa requête et se révélant finalement injustifiée engagera sa responsabilité contractuelle à l'endroit du constituant.

b. Le renouvellement

366. **Les cas et le régime du renouvellement.** Nous avons souligné que la sûreté globale sera inscrite pour le temps prévu par les parties ou, à défaut, pour une durée de cinq ans¹¹⁰⁵. Soit que le temps convenu apparaîtra finalement insuffisant¹¹⁰⁶, soit que le délai de cinq années expirera sans que la créance garantie ne soit éteinte, la conservation de l'inscription nécessitera son renouvellement. Celui-ci s'opérera alors dans les mêmes conditions que l'inscription initiale. Prioritairement, ce sera le créancier qui la sollicitera, encore que le constituant le pourra également. Le renouvellement durera pour le temps prévu par les parties ou, à défaut de prévision, pour une nouvelle durée de cinq ans. L'omission du renouvellement avant expiration du délai entraînera la disparition de l'inscription, constituant ainsi l'une des sources de sa radiation.

¹¹⁰³En tout état de cause, un tel comportement exposera le constituant de la sûreté globale à des poursuites pénales, v. *infra*, n° 390.

¹¹⁰⁴V. *supra*, n° 358.

¹¹⁰⁵V. *supra*, n° 360.

¹¹⁰⁶Ex : une sûreté globale intervient initialement en garantie d'une ligne de crédit enfermée dans une durée de trois ans. Finalement, la ligne de crédit est prolongée de trois années supplémentaires tout en demeurant garantie par la sûreté initiale.

c. La radiation

367. **Sources de la radiation.** L'inscription de la sûreté globale, à l'instar des autres sûretés réelles, ne sera pas perpétuelle. Ce caractère invariable se manifestera à travers la réalisation d'un acte positif du greffier : la radiation apposée en marge de l'inscription initiale. Cependant, il existera plusieurs sources de radiation.

Elle pourra d'abord intervenir de façon automatique par l'écoulement du temps¹¹⁰⁷. Ainsi, l'inscription de sûreté globale sera radiée d'office par le teneur de registre après l'expiration de la durée fixée par les parties ou, à défaut de prévision conventionnelle, après l'écoulement de cinq années à compter de la date d'enregistrement.

La radiation pourra ensuite survenir par la sollicitation du constituant ou du bénéficiaire. Au regard de son effet¹¹⁰⁸, la disparition conventionnelle de l'inscription, autrement nommée mainlevée, nécessitera la fourniture par le requérant d'un accord des parties ou d'un acte du bénéficiaire¹¹⁰⁹. Plus encore, si la mainlevée intervient sans que la créance garantie soit éteinte, le teneur de registre devra s'assurer du pouvoir du créancier à la consentir, celle-ci s'analysant en un acte de disposition¹¹¹⁰.

Enfin, la radiation pourra trouver sa source au sein d'une décision judiciaire lorsque le magistrat, constatant l'extinction de la créance ou de la sûreté, ordonnera la suppression de l'inscription. En cette hypothèse, la nature hypothécaire de la sûreté globale commandera de lui transposer les solutions consacrées pour l'hypothèque conventionnelle. Partant, en cas de conflit, le juge des référés ne sera pas compétent¹¹¹¹ et la radiation n'interviendra qu'en présence d'un jugement rendu

¹¹⁰⁷On retrouve cette radiation automatique en matière de gage de droit commun au terme de l'article 7 du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, ou encore pour l'hypothèque conventionnelle aux termes de l'article 2435 du Code civil.

¹¹⁰⁸V. *infra*, n° 368.

¹¹⁰⁹En ce sens, pour le gage de droit commun, décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 8, al. 1^{er} : « La radiation de l'inscription peut être requise par le créancier ou le constituant sur justification de l'accord des parties ou d'un acte donnant mainlevée de l'inscription ».

¹¹¹⁰En ce sens, à propos de l'hypothèque conventionnelle, v. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, *op. cit.*, p. 399, n° 409 : « Qu'il consente mainlevée de l'hypothèque elle-même, ou seulement de l'inscription, le créancier qui ne reçoit pas paiement, abandonne un droit réel, ou le rang de ce droit à l'égard des tiers. Il doit donc avoir la capacité de disposer d'un droit réel immobilier [...] » ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 720, n° 964 : pour lesquels la mainlevée de l'inscription sans paiement « s'analyse en une renonciation à la créance ou en une remise de la sûreté [qui] nécessite chez celui qui la donne le pouvoir de disposer du droit réel immobilier qu'est l'hypothèque ou le privilège abandonné ».

¹¹¹¹Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1977, n° 75-12.467, *Bull. civ.* I, n° 128 ; *RD imm.* 1979, p. 104, obs. M. DAGOT ; *JCP* 1978, II, p. 18977, note G. GOUBEAUX ; *Defrénois* 1977, art. 31522, n° 88, p. 1261, obs. J.-L. AUBERT.

en dernier ressort¹¹¹² ou passé en force de chose jugée¹¹¹³. Le créancier s'opposant sans motifs légitimes à la mainlevée engagera sa responsabilité envers le constituant pour le préjudice créé, qui se résumera le plus souvent à une perte de crédit. Toutefois, et à la différence de la radiation de l'inscription d'une hypothèque conventionnelle qui relève de la compétence du tribunal de grande instance¹¹¹⁴, la requête en radiation de la sûreté globale devra être adressée au tribunal de commerce dont dépend le greffier ayant accompli l'inscription. Cette unité de compétence est proposée par souci de cohérence, dès lors que cette juridiction sera déjà celle compétente en matière de recours contre le refus d'inscription ou de modification opposé par le greffier¹¹¹⁵. Par là même, le régime de l'inscription de la sûreté globale n'en sera que plus lisible pour les usagers.

368. **Effets de la radiation.** L'inscription radiée, la sûreté même non éteinte, ne sera plus opposable aux tiers. Disparaissant, elle n'aura plus rang et la sûreté de nouveau inscrite, ainsi de celle dont l'inscription n'aura pas été renouvelée avant péremption, ne sera opposable qu'à la date de la nouvelle inscription. De la même façon, le rétablissement judiciaire d'une inscription non valablement supprimée ne produira aucun effet rétro-actif ; elle sera inopposable aux tiers pour les actes intervenus entre la radiation et le rétablissement¹¹¹⁶. La radiation de l'inscription aboutira donc à l'effet radical de la disparition de la sûreté globale aux yeux des tiers ; partant, elle la privera de toute efficacité, ou presque.

369. **Conclusion de la Section 2.** Les développements qui précèdent ont mis en lumière le rôle central qu'occupera l'inscription concernant la sûreté proposée. Instrument d'efficacité de la garantie pour le créancier puisqu'elle lui confèrera une opposabilité *erga omnes* et lui donnera rang, cette publicité protégera tout autant les tiers en ce qu'elle manifèstera, aux yeux de tous, l'existence de la sûreté globale. Au-delà, elle les informera sur l'étendue de la garantie quant aux biens et créances, leur permettant ainsi d'orienter stratégiquement leurs relations d'affaires

¹¹¹²Cass. 3^{ème} civ., 4 févr. 1998, n° 96-13.984, *Bull. civ.* III, n° 24, p. 19 ; *JCP E* 1998, p. 1639, obs. P. DELEBECQUE ; *D.* 1998, somm. 379, obs. S. PIEDELIÈVRE. C. civ., art. 2440.

¹¹¹³C. civ., art. 2440.

¹¹¹⁴Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1977, préc.

¹¹¹⁵V. *supra*, n° 358 et n° 365.

¹¹¹⁶En ce sens, à propos de l'hypothèque, Cass. 3^{ème} civ., 4 févr. 1998, préc.

avec le constituant. L'accès à l'information se trouvera grandement facilité par le regroupement des inscriptions de sûreté globale au sein d'un registre central consultable à distance, sur un portail internet. Le régime de l'inscription ménagera, nous le croyons, un équilibre satisfaisant entre souplesse et sécurité. Par là même, c'est l'attractivité de la sûreté nouvelle qui s'en trouvera assurée. Reste toutefois à lever une dernière difficulté, certes marginale en pratique, qui sera rencontrée pour l'inscription de la sûreté globale recevant des immeubles circulants.

Depuis le décret du 4 janvier 1955¹¹¹⁷, tous les actes entre vifs ou à cause de mort constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers sont soumis à une publicité obligatoire opérée auprès du service de la publicité foncière¹¹¹⁸. Cette centralisation des droits sur l'immeuble semble vertueuse à bien des égards : elle permet de réunir auprès d'un unique teneur de registres l'ensemble des opérations affectant les immeubles. Rigoureusement, le droit réel de sûreté conféré par la sûreté globale portera sur l'assiette-universalité, bien meuble incorporel quels que soient ses composants¹¹¹⁹. Il n'en reste pas moins que l'insertion d'immeubles au sein de l'assiette-universalité modifiera leur situation juridique puisqu'ils seront appréhendés en cas de défaillance du constituant. En tout état de cause, cette affectation en sûreté globale de l'immeuble ne pourra demeurer occulte et, conformément à l'organisation retenue par le droit positif concernant la publicité des actes sur l'immeuble, une inscription devra être opérée aux registres de la publicité foncière. Dès lors, pareille situation imposera deux publicités : une au registre des sûretés globales ainsi qu'une autre, aux registres de la publicité foncière. Pour éviter une disparité des registres, les inscriptions devront intervenir à la même date. Ainsi, comme l'inscription réalisée auprès du service de la publicité foncière prendra date au jour du dépôt¹¹²⁰, l'inscription au sein de celui des sûretés globales sera opérée le même jour.

Cette double inscription supposera néanmoins de surmonter deux obstacles : l'intervention notariale en matière immobilière d'abord et l'interdiction des sûretés sur l'immeuble futur ensuite.

¹¹¹⁷Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, préc.

¹¹¹⁸Primitivement nommée conservation des hypothèques. Sur ce point, v. C. GIJSBERS, « La conservation des hypothèques est morte : vive le service de la publicité foncière ! », *RDLC* 2013, n° 101, p. 35 et s.

¹¹¹⁹V. *supra*, n° 206 et n° 256.

¹¹²⁰C. civ., art. 2431.

Le décret du 4 janvier 1955 soumet la publicité sur l'immeuble à la fourniture d'un acte authentique¹¹²¹. La justification de l'exigence s'expliquerait en ce que « la publicité foncière ne joue véritablement son rôle qu'à la condition d'être sûre »¹¹²², les vérifications inhérentes à l'acte dressé par notaire en étant garantes. Néanmoins, une telle exigence contredira la souplesse recherchée pour la constitution de la sûreté que nous proposons, puisqu'il faudra recourir à l'intervention notariale, qui toute sécurisante qu'elle soit, s'avère souvent longue et coûteuse. Pour contourner l'écueil, il faudra assouplir le régime de la publicité foncière en instaurant un nouvel interlocuteur : les greffiers des tribunaux de commerce. Ceux-ci solliciteront l'inscription auprès du service de la publicité foncière après avoir vérifié les informations concernant les immeubles engagés en sûreté globale. Si toutefois le sacrifice paraît trop grand, et que la fiabilité de la publicité foncière ne peut être garantie que par le monopole notarial, les parties à la sûreté globale pourront toujours atténuer la gêne par le dépôt de l'acte sous seing privé au rang des minutes du notaire, avec certification d'écriture et de signature, ce qui permettra la publicité au registre de la publicité foncière.

Outre l'intervention du notaire, les sûretés conventionnelles sur l'immeuble existantes posent invariablement l'exigence d'un bien présent¹¹²³. Dès lors, l'inscription doit indiquer pour chacun des immeubles sa nature, sa situation, sa contenance et sa désignation cadastrale¹¹²⁴. Bien évidemment, ceci ne s'accordera pas avec la nature fluctuante de la sûreté globale¹¹²⁵ qui, permettant le remplacement des éléments de l'assiette-universalité, suppose la réception de biens futurs. Pour surmonter cette seconde difficulté, il conviendra de transposer aux sûretés sur l'immeuble la nouvelle conception du principe de spécialité quant aux biens grevés dégagée en matière mobilière par la réforme de 2006¹¹²⁶. Ainsi, l'immeuble futur sera reçu comme assiette de sûreté pourvu qu'il soit déterminable et l'inscription sera recevable dès lors que seront fournis les moyens de sa détermination¹¹²⁷. Par là

¹¹²¹Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, préc., art 4, al. 1^{er} : « Tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique ».

¹¹²²L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 290, n° 636.

¹¹²³C. civ., art. 2419, à propos de l'hypothèque conventionnelle ; art. 2387, à propos du gage immobilier qui, étant une sûreté avec dépossession, impose nécessairement que l'immeuble soit présent.

¹¹²⁴Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, préc., art 7.

¹¹²⁵V. *supra*, n° 294 et s.

¹¹²⁶Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹¹²⁷Cette possibilité est d'ores et déjà consacrée, certes à titre d'exception, en matière d'hypothèque conventionnelle, puisque l'article 2420, 1° du Code civil propose que « celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur

même, il n'y aura plus d'opposition à l'inscription de la sûreté globale sur biens circulants immobiliers aux registres de la publicité foncière : ceux présents seront décrits ; quant à ceux futurs, susceptibles de venir en substitution, ils seront identifiés par la mention des moyens de leur détermination.

370. **Conclusion du Chapitre I.** Il ressort des derniers développements que la constitution de la sûreté globale devra être enfermée dans quelques contraintes de fond, de forme et de publicité.

Contraintes de fond d'abord, dès lors que la convention de sûreté globale n'interviendra valablement qu'en présence de professionnels et pour l'affectation de biens circulants ; contraintes de forme ensuite, la convention de sûreté globale se présentant en un acte solennel ; contraintes de publicité enfin, l'opposabilité *erga omnes* de la sûreté se trouvant suspendue à son inscription sur un registre public tenu par les greffiers des tribunaux de commerce. Assurément, ce cadre juridique permettra une sécurité certaine puisqu'il assurera la délimitation rigoureuse de l'engagement et l'information des tiers.

Pour autant, toute souplesse ne sera pas exclue. Celle-ci interviendra d'abord quant au champ des biens grevés, pouvant être, au choix des parties, l'ensemble des biens circulants du débiteur ou seulement certains d'entre eux. Elle s'exprimera ensuite au moment de l'établissement de la convention, dès lors que l'écrit, s'il sera imposé à peine de nullité, demeurera à la libre rédaction des parties pourvu qu'il fournisse les indications nécessaires, notamment quant aux biens engagés et aux créances garanties. Elle se retrouvera encore au stade de l'enregistrement de la sûreté, dès lors qu'il pourra être requis à distance auprès du teneur de registre grâce à l'outil informatique. Elle se manifestera enfin pour la consultation des inscriptions, dès lors que les tiers pourront accéder au fichier central des sûretés globales en tout lieu et temps via un portail internet.

Sécurisante sans être contraignante à l'excès, la constitution de la sûreté globale ménagera finalement l'équilibre nécessaire entre souplesse et sécurité ; les effets produits par la sûreté nouvelle devront aboutir au même résultat.

acquisition ». V. *supra*, n° 162 en note.

- CHAPITRE II -

LES EFFETS DE LA SÛRETÉ GLOBALE

371. **Exploitation de la structure de l'assiette-universalité.** L'assiette de sûreté globale arborera cette singularité d'être créatrice d'une universalité de fait. Si cet ensemble constituera un bien distinct de ses composants¹¹²⁸, il ne leur fera pas perdre leur autonomie¹¹²⁹. Il est en effet communément admis que chacun des éléments d'une universalité demeure un objet de droit soumis à sa propre loi, devant être « considéré isolément et dans son individualité distincte »¹¹³⁰. Ainsi, les éléments de l'ensemble peuvent être l'objet d'actes d'aliénation, de destruction ou encore d'incorporation. Néanmoins, l'existence du bien-universalité ne peut totalement être occultée : il convient d'opérer « un va et vient permanent entre l'élément et l'ensemble »¹¹³¹. Aussi faut-il envisager les actes entrepris sur les composants au regard de l'universalité et, parfois, restreindre leur autonomie.

Le régime de la sûreté globale devra exploiter cette structure de l'assiette-universalité en faisant prévaloir, tour à tour et selon les intérêts devant être protégés, l'autonomie des éléments ou la préservation de l'ensemble. Ainsi, avant défaillance du constituant, l'enveloppe juridique constituée par l'assiette-universalité ménagera la disponibilité juridique des composants. Dès lors, l'autonomie des éléments sera favorisée pour permettre aux biens circulants d'accomplir leur fonction. À la

¹¹²⁸T. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Les biens, op. cit.*, spéc. p. 204, n° 133 : l'universalité de fait se définit comme « un ensemble de biens constitutif d'un bien ».

¹¹²⁹V. *supra*, n° 257.

¹¹³⁰C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens, op. cit.*, spéc. p. 31, n° 66.

¹¹³¹A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 284, n° 409.

défaillance du constituant, tant dans son obligation de règlement de la créance garantie que dans celle de conservation de l'assiette-universalité, il ne s'agira plus de préserver la disponibilité des biens grevés mais de permettre au créancier d'appréhender leur valeur. La réalisation de la sûreté imposera alors de figer la composition de l'ensemble, et, partant, de restreindre l'autonomie des composants.

372. **Plan.** Il émerge du propos que les objectifs poursuivis varieront selon que la sûreté sera pendante ou devra être réalisée. En conséquence, les effets reconnus à la sûreté globale suivront le même mouvement et différeront selon que l'on se situera avant défaillance du débiteur (Section 1) ou une fois celle-ci intervenue (Section 2).

SECTION 1. LES EFFETS AVANT DÉFAILLANCE DU DÉBITEUR

373. **Encadrement de la disponibilité des éléments de l'assiette-universalité.** Conformément à la nature hypothécaire de la sûreté globale¹¹³², sa constitution n'emportera aucun transport matériel des biens engagés. Alors que la sûreté sera pendante, le constituant conservera donc la mainmise sur les composants de l'assiette, ce qui constituera un avantage non négligeable¹¹³³. Plus encore, l'assiette-universalité laissera les composants disponibles juridiquement, le constituant pouvant entreprendre une gestion dynamique de l'ensemble¹¹³⁴. Ainsi pourra-t-il aliéner les biens engagés, le bénéficiaire ne pouvant ni s'y opposer, ni poursuivre les éléments entre les mains des tiers, puisque le droit réel se fixera sur l'assiette-universalité et non sur ses composants¹¹³⁵. L'absence de droit de suite apparaîtra largement appréciable : les éléments de l'ensemble sujets à commercialisation circuleront sans que les acquéreurs successifs ne soient exposés à une revendication du créancier. Toujours parce que l'assiette-universalité constituera l'objet du droit réel de garantie, la destruction ou l'incorporation des éléments pourra être librement entreprise. En somme, la nature hypothécaire de la sûreté globale

¹¹³²V. *supra*, n° 285 et s.

¹¹³³V. *supra*, n° 289 et s.

¹¹³⁴V. *supra*, n° 299 et s.

¹¹³⁵V. *supra*, n° 260.

conjuguée à la structure de l'assiette-universalité, conciliera l'affectation du bien circulant en garantie avec sa fonction.

Aussi disponibles que seront les éléments grevés, il n'en reste pas moins que la valeur de l'ensemble devra être conservée. À défaut, la sûreté globale perdrait toute vertu sécurisante puisque le créancier pourrait être exposé, au jour de la réalisation, à un ensemble vidé de l'intégralité de ses éléments ou, tout du moins, d'une part substantielle de ceux-ci. Dès lors, la liberté de gestion sur les composants ne pourra s'accomplir sans préservation de l'ensemble. En conséquence, il pèsera sur le constituant une obligation de conservation de l'assiette-universalité (§1) dont la bonne exécution sera soumise au contrôle du créancier bénéficiaire (§2).

§1. L'obligation de conservation de l'assiette-universalité à la charge du constituant

374. **Conservation de la valeur de l'assiette-universalité.** L'obligation de conservation du possesseur de l'assiette de sûreté réelle est toujours retrouvée. Elle pèse sur le créancier bénéficiaire d'une sûreté avec dépossession puisqu'il devra restituer les biens grevés une fois la créance garantie acquittée¹¹³⁶. De la même façon, le constituant d'une hypothèque ou d'un gage sans dépossession devient « comptable de sa valeur »¹¹³⁷. Il y a donc, en matière de sûreté réelle, un corollaire systématique à la possession des biens grevés : l'obligation de conservation¹¹³⁸.

Le constituant de la sûreté globale, qui demeurera possesseur de l'assiette-universalité et par prolongement de ses composants, sera naturellement le débiteur de cette obligation. Toutefois, celle-ci arborera un caractère singulier. Les composants de l'assiette-universalité restant pleinement disponibles pour le constituant, il pourra librement les aliéner, les détruire ou les incorporer¹¹³⁹. Pour

¹¹³⁶Sur cette obligation en matière de gage avec dépossession, v. not. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. BECQUÉ, t. XII, *op. cit.*, p. 107 et s., n° 108 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 68, n° 89 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Sûretés, publicité foncière*, *op. cit.*, p. 162, n° 82 ; ou, plus récemment, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 564, n° 754 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 235, n° 511 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, p. 328, n° 462 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 542, n° 622.

¹¹³⁷P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, p. 241, n° 181.

¹¹³⁸Cette obligation personnelle, de faire ou ne pas faire, intervient invariablement en instrument de protection d'un droit réel sur la chose grevée : protection du droit réel de propriété du constituant pour les sûretés avec dépossession ; protection du droit réel accessoire du créancier bénéficiaire pour les sûretés hypothécaires.

¹¹³⁹V. *supra*, n° 300.

autant, la distraction des éléments ne saura s'exprimer au sacrifice de la valeur de l'ensemble. Dès lors, l'obligation n'imposera pas seulement au constituant de prodiguer les soins nécessaires aux composants grevés : il faudra également conserver la valeur de l'universalité. Pour ce faire, le constituant devra procéder au renouvellement des composants de l'assiette-universalité (A), cette obligation n'apparaissant pleinement protectrice, pour le créancier bénéficiaire, qu'à la condition d'être assortie de sanctions (B).

A. La conservation de l'assiette-universalité par le renouvellement de ses composants

375. **Rejet d'une assurance obligatoire des biens grevés.** Si la distraction volontaire des composants de l'assiette-universalité obligera à leur renouvellement, qu'en sera-t-il lorsque la disparition interviendra, non parce que le constituant les a employés à leur fonction, mais par la survenance d'un sinistre ?

Ainsi, en ira-t-il d'éléments de l'ensemble détruits par les eaux ou le feu. Il est vrai que les biens circulants sont plus exposés que d'autres à ce type de sinistre. Étant souvent des stocks de matières premières ou de produits finis, il n'est pas exceptionnel qu'un accident industriel, le plus souvent un incendie, se produise sur leur lieu de stockage. Si les biens engagés ont été assurés, le créancier verra son droit réel se reporter sur l'indemnité¹¹⁴⁰ par le mécanisme de la subrogation réelle¹¹⁴¹. En cette hypothèse, le créancier se trouvera prémuni du risque, la conservation de sa sûreté n'étant plus menacée par la survenance d'un sinistre. Toutefois, faudra-t-il pousser à son paroxysme l'obligation de conservation en imposant une assurance systématique et obligatoire des biens circulants affectés en sûreté globale ?

Le législateur de 2006 a emprunté cette voie pour le gage des stocks du Code de commerce. Pour cette sûreté, la convention constitutive doit, à peine de nullité,

¹¹⁴⁰Sur le domaine des indemnités admises à subrogation, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 810, n° 1081.

¹¹⁴¹La règle est proposée de façon générale pour les sûretés réelles conférant un droit préférentiel (C. assur., art. L. 121-13 : « Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang »). Elle est également rappelée au détour de quelques textes particuliers, ainsi de l'article L. 6122-9 du Code des transports à propos de l'hypothèque sur aéronefs ou de l'article L. 4122-9 du même code concernant l'hypothèque sur le bateau. Enfin, quant à la réserve de propriété, sûreté reposant sur l'utilisation d'un droit exclusif – celui de propriété – la même solution a été retenue par la jurisprudence (v. Cass. com., 1^{er} oct. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 222, p. 184) puis finalement codifiée à l'article 2372 du Code civil.

faire apparaître « le nom de l'assureur qui garantit contre l'incendie et la destruction »¹¹⁴². Pour la sûreté que nous envisageons à réception, une assurance obligatoire apparaîtra probablement tout aussi inutile que contre-productive¹¹⁴³. Inutile d'abord, parce que les biens circulants, formant fréquemment une valeur patrimoniale importante, seront le plus souvent assurés avant même leur affectation en sûreté. Nul besoin, dès lors, de rendre impératif ce que la pratique entreprendra spontanément. Contre-productive ensuite, parce que l'exigence risquera de priver certains professionnels du bénéfice de la sûreté nouvelle. En effet, si l'ensemble des biens circulants d'un débiteur est engagé, le montant à garantir sera élevé. On s'exposera alors au risque que le constituant ne trouve aucun assureur ou seulement à un coût prohibitif, l'une ou l'autre hypothèse le privant du bénéfice de la sûreté nouvelle. Dès lors, l'exigence d'une assurance obligatoire, maladroite à bien des égards, devra être rejetée.

376. **Plan.** En dehors des sinistres, la nécessité de renouveler les composants distraits a d'ores et déjà été détaillée¹¹⁴⁴. Elle découlera de l'obligation de conservation de l'ensemble dont la valeur devra être maintenue sauf à priver la sûreté nouvelle de toute efficacité. Il s'impose néanmoins de s'attarder sur le cadre légal qu'il faudra donner à cette obligation (I), cadre qui n'interviendra qu'à titre supplétif (II).

I. L'établissement d'un cadre légal

377. **Utilité du cadre légal proposé.** Les éléments de l'assiette-universalité ne seront pas voués à l'immobilité pendant le temps de la sûreté. Leur fonction appelle leur circulation qui devra intervenir librement, dès lors que les droits du créancier et la valeur de sa sûreté globale seront protégés par la subrogation réelle des éléments successifs. Néanmoins, ce renouvellement devra être encadré. À défaut, les contours de l'obligation de conservation pesant sur le constituant de la sûreté globale seront flous, résultat de nature à nuancer l'attractivité de la sûreté nouvelle.

¹¹⁴²C. com., art. L. 527-1, al. 3, 4°.

¹¹⁴³Pour une critique de cette particularité du gage des stocks du Code de commerce, v. S. CABRILLAC, « Le gage sur stocks du Code de commerce », art. préc., spéc. p. 48.

¹¹⁴⁴V. *supra*, n° 302.

Là encore, l'équilibre entre souplesse et sécurité devra constituer le fil d'Ariane suivi par le cadre légal. Un régime encadrant trop strictement le renouvellement nuira à la disponibilité des éléments et partant à la fonction du bien circulant. Quant à un cadre permissif à l'excès, il fera douter de l'efficacité de la garantie. Aussi faudra-t-il encadrer le renouvellement des composants de l'assiette-universalité dans quelques limites rassurantes pour le créancier mais également respectueuses de la fonction du bien circulant.

378. **La fluctuation liée au maintien de la valeur de l'ensemble.** Tout d'abord, les biens circulants engagés ne pourront être substitués que par d'autres biens circulants. Il en découle du champ d'application retenu pour la sûreté nouvelle¹¹⁴⁵. Néanmoins, n'importe quel bien circulant pourra se substituer à n'importe quel autre. Voilà qui distinguera le régime de la sûreté globale de celui des sûretés existantes sur choses fongibles. Pour celles-ci, la fluctuation des éléments est pareillement admise¹¹⁴⁶. Toutefois, cette fluctuation ne peut intervenir qu'en raison de la fongibilité des éléments successifs¹¹⁴⁷. En la matière, c'est donc l'identité naturelle des biens qui justifie leur libre renouvellement¹¹⁴⁸.

La fluctuation des éléments affectés en sûreté globale reposera sur un autre fondement. Elle découlera de la structure de l'assiette-universalité qui, en tant qu'enveloppe juridique, laissera ses composants disponibles¹¹⁴⁹. Dès lors, le renouvellement des éléments de l'ensemble objet de la sûreté globale ne subira pas les mêmes contraintes qu'en matière de gage et la conservation de la valeur de l'ensemble ne passera pas par le prisme de la fongibilité des composants successifs. Ce faisant, ce ne seront plus les qualités, poids ou quantités des biens circulants venant en remplacement qui seront scrutés, mais la valeur qu'ils constituent. Aussi, une tonne d'acier pourra être remplacée par dix de cuivre, cinq cents ordinateurs par

¹¹⁴⁵V. *supra*, n° 325.

¹¹⁴⁶V. *supra*, n° 180 et n° 181 et s.

¹¹⁴⁷En ce sens, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 562, n° 750 ; S. TORCK, « Les garanties réelles immobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », art. préc., spéc. p. 41. V. *supra*, n° 193 et s.

¹¹⁴⁸Une jurisprudence récente (Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, préc.) semble étendre le champ des éléments renouvelables au sein d'un gage aux biens rendus fongibles par intervention conventionnelle. Il n'en reste pas moins que les gages existants n'admettent le renouvellement de l'assiette par la subrogation de biens successifs qu'à la condition de passer par le prisme de la fongibilité, même si elle n'est que subjective. Sur ce point, v. *supra*, n° 235.

¹¹⁴⁹V. *supra*, n° 295 et s. En ce sens, v. not. F. ZENATI, « Propriété et droits réels », art. préc., spéc. p. 383 ; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens, op. cit.*, spéc. p. 30, n° 66.

mille téléphones cellulaires, pourvu que les éléments venant en substitution permettent de maintenir la valeur de l'ensemble.

Ces contours de l'obligation de conservation de l'assiette-universalité mettent en lumière l'esprit sous-jacent qu'arborera la sûreté globale : elle se présentera comme une garantie en valeur, le créancier ne s'intéressant moins aux qualités des biens qu'à la richesse qu'ils constituent. Naturellement, et puisque l'étalon de référence du renouvellement sera constitué par la valeur de l'ensemble, les parties devront impérativement la fixer au sein de la convention constitutive de sûreté globale¹¹⁵⁰. Le renouvellement s'entreprendra en considération de cette valeur, sans à rechercher une quelconque identité objective entre les biens circulants successifs.

379. **La fluctuation enfermée dans un plafond de reconstitution.**

L'activité économique du constituant aboutit fréquemment à ce que le renouvellement des biens circulants n'intervienne pas en un unique trait de temps. Le vendeur de textile commercialisera sa collection pour ne la renouveler que quelques mois plus tard ; de la même façon, l'agriculteur aliénera tout ou partie de sa récolte, le volume vendu n'étant reconstitué que quelques temps après, par la récolte suivante. Dès lors, si les biens circulants constituent une richesse patrimoniale constante de l'entreprise, sa valeur variera conjoncturellement au cours de son cycle d'activité, particularité du cycle économique que devra ménager le régime de la sûreté globale.

Pour ce faire, la diminution temporaire de la valeur de l'assiette-universalité ne devra pas s'appréhender automatiquement en défaillance du constituant dans son obligation de conservation. Reste néanmoins qu'on ne saura laisser cette diminution prendre des proportions inquiétantes. Aussi s'imposera-t-il, tout autant qu'admettre cette variation, de l'encadrer dans des limites rassurantes pour le créancier. L'instrument utilisé pour atteindre ce résultat sera emprunté au gage des stocks du Code de commerce. Celui-ci prévoit que « lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de vingt pour cent de leur valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la

¹¹⁵⁰V. *supra*, n° 339.

diminution constatée »¹¹⁵¹. Ce mécanisme, qui reprend l'esprit de la clause d'arrosage retrouvée fréquemment en présence d'un nantissement de compte-titres¹¹⁵², devra être transposé à la sûreté globale. La fixation d'un plafond de reconstitution qu'elle permettra sera doublement vertueuse : elle protégera le constituant en permettant la diminution temporaire de la valeur de l'ensemble, assouplissant ainsi la mise en oeuvre du renouvellement des composants ; elle protégera tout autant le créancier, en encadrant cette latitude dans un pourcentage raisonnable. Quant au seuil à retenir, celui de vingt pour cent de la valeur initiale de l'ensemble¹¹⁵³ sera probablement opportun. Il laissera une marge de manoeuvre confortable pour le constituant, tout en évitant qu'une part substantielle de l'assiette-universalité n'ait été distraite avant que le créancier puisse protéger la valeur de sa sûreté. Naturellement, si le plafond de reconstitution est dépassé, il n'en ira plus de la souplesse reconnue au constituant dans l'accomplissement de son obligation de conservation, mais d'une défaillance dans l'exécution de celle-ci dont nous détaillerons bientôt les sanctions¹¹⁵⁴.

380. **Bilan.** Le cadre légal régissant la conservation de l'assiette-universalité permettra, dans la majorité des cas, de satisfaire les intérêts en présence. Toutefois, les parties voudront parfois assouplir les contours de l'obligation de conservation du constituant ou, à l'inverse, l'enfermer dans un cadre plus strict. La sûreté globale devant s'adapter au plus près des besoins de la pratique, voilà qui justifiera l'absence d'ordre public du régime proposé.

II. L'absence d'ordre public du cadre légal

381. **L'intervention conventionnelle sur le champ des biens circulants admis en renouvellement.** Nous avons souligné que, par principe, le constituant substituera aux biens circulants initialement engagés n'importe quels autres biens circulants. Il n'en reste pas moins que la volonté individuelle pourra restreindre ce champ, en limitant la substitution à certaines catégories de biens circulants détenus

¹¹⁵¹C. com., art. L. 527-7, al. 3.

¹¹⁵²V. D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 364, n° 536 ; S. PRAICHEUX, *Les sûretés sur les marchés financiers*, th. préc., p. 329 et s., n° 507 ; H. LE NABASQUE, J.-M. GAILLARD et M. BAFFREAU, « L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers – 2^{ème} partie : son évolution », art. préc., spéc. p. 132.

¹¹⁵³Il s'agit également du seuil prévu par le gage des stocks du Code de commerce (C. com., art. L. 527-7, al. 3).

¹¹⁵⁴V. *infra*, n° 384 et s.

par le débiteur, ou en exigeant que les biens substitués entretiennent une identité objective avec ceux qu'ils remplaceront. Cette possibilité devra être consacrée puisqu'elle ne contredira pas la nature fluctuante de la sûreté globale. Le constituant demeurera libre de renouveler les composants de l'assiette ; seulement, le renouvellement s'opérera dans des limites plus strictes.

Valable en son principe, la limitation devra néanmoins être formalisée. Aussi devra-t-elle apparaître au sein de la convention constitutive de sûreté globale, par la détermination de la nature et des qualités des biens admis à venir en substitution, ce qui imposera probablement de procéder à leur brève description. La limitation devra également se manifester aux yeux des tiers par son report sur le bordereau d'inscription¹¹⁵⁵.

La possibilité d'une limitation conventionnelle du champ des biens circulants admis à venir en remplacement permettra de donner de la souplesse au régime de la sûreté proposée. Le créancier souhaitera fréquemment recourir à cette restriction de champ, dès lors que tous les biens ne recouvreront pas nécessairement la même propension à devenir des liquidités. En effet, il sera probablement plus aisé d'obtenir la valeur de biens circulants objet d'une cotation officielle que celle d'autres, ne faisant pas l'objet d'une pareille mesure. Cette limitation revêtira également quelques utilités lorsqu'une partie seulement des biens circulants du constituant sera engagée. En cette hypothèse, le cadre légal permettra, en principe, de renouveler l'assiette par tout autre bien circulant. Néanmoins, le débiteur aura parfois intérêt à restreindre le remplacement à la catégorie des biens initialement engagés¹¹⁵⁶. Par là même, les autres catégories de biens circulants détenus demeureront pleinement disponibles à une affectation en sûreté au profit d'autres créanciers.

382. L'intervention conventionnelle sur le plafond de reconstitution de l'assiette-universalité. Outre l'encadrement des biens admis à venir en substitution, les parties pourront également modifier le plafond de reconstitution de l'assiette-universalité. Lorsque le créancier bénéficiaire aura une confiance suffisante en son débiteur, il pourra être convenu que la valeur de l'ensemble sera admise à

¹¹⁵⁵V. *supra*, n° 355.

¹¹⁵⁶C'est à dire à des biens recouvrant des qualités naturelles identiques ou proches de celles des biens initialement engagés (ex : le remplacement d'ordinateurs par d'autres ordinateurs mais d'un modèle différent ; le remplacement d'une collection de textile par la collection suivante).

varier à la baisse au-delà de vingt pour cent de la valeur initialement constatée¹¹⁵⁷. Il s'agira alors de laisser au constituant une plus grande latitude dans le renouvellement des composants.

Si les parties pourront convenir d'abaisser le plafond de reconstitution de l'ensemble, il sera également possible de le rehausser. Cette voie sera incontestablement plus rigoureuse pour le constituant qui devra se réapprovisionner avant distraction des éléments ou à tout le moins concomitamment. Néanmoins, le rehaussement du plafond de reconstitution n'ira pas sans rassurer le créancier bénéficiaire, particulièrement si la solvabilité de son débiteur montre quelques signes de fragilité.

383. Limite assignée à l'intervention conventionnelle. Que l'intervention porte sur le champ des biens circulants admis à substitution ou sur le plafond de reconstitution, les prévisions conventionnelles ne devront pas avoir pour objectif dissimulé de remettre en cause la nature fluctuante de la sûreté globale. Le risque est en effet latent : des créanciers pourraient être tentés d'exploiter l'absence d'ordre public du cadre légal pour obtenir du constituant en situation de faiblesse, qu'il consente à des clauses d'une telle rigueur qu'elles seraient de nature à rendre illusoire, en pratique, sa gestion dynamique sur les éléments de l'ensemble. Bien évidemment, de telles clauses seront illicites. Pour déterminer l'étendue de la nullité, il s'agira alors de transposer les solutions retenues par la jurisprudence actuelle : elle sera intégrale si la clause illicite constitue la cause impulsive et déterminante de l'engagement ; dans le cas contraire, seule la clause sera anéantie étant réputée non écrite¹¹⁵⁸. La sûreté globale s'inscrira ainsi dans la « tendance contemporaine [...] de limiter la nullité à ce qui est strictement nécessaire »¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷Ainsi, les parties pourront prévoir une variation à la baisse jusqu'à trente ou quarante pour cent de la valeur de l'ensemble initialement constatée. Un plafond plus bas encore apparaîtra possible dès lors qu'il ne dispensera pas le constituant de son obligation de conservation mais assouplira seulement sa mise en œuvre. L'hypothèse se résumera néanmoins au cas d'école, puisqu'aucun créancier ne prendra le risque d'une telle diminution.

¹¹⁵⁸Sur l'étendue de la nullité résultant d'une clause illicite, v. not. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, p. 2100, n° 1021 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, p. 348, n° 718 ; P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 308, n° 398 ; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969, spéc. p. 313, n° 258 et s. ; B. TEYSSIÉ, « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D.* 1976, chron., p. 281 et s. ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chron., p. 59 et s. ; V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993, I, p. 315 et s. ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, thèse, préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006, spéc. p. 55, n° 99.

¹¹⁵⁹P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 308, n° 398.

Les parties pourront donc s'en remettre au régime légal ou encadrer plus précisément l'obligation de conservation de l'assiette-universalité par le renouvellement de ses éléments. Mais quoi qu'il en soit, le constituant de la sûreté globale devra s'astreindre à une exécution scrupuleuse de cette obligation. À défaut, il s'exposera à des sanctions.

B. Les sanctions pour défaut de conservation de l'assiette-universalité

384. **Nature des sanctions.** La conservation de l'assiette-universalité par le renouvellement des composants sera au cœur de la sûreté nouvelle : elle conditionnera son efficacité et par là son attractivité. Le régime de la sûreté globale devra donc proposer des mesures dissuasives à travers l'édition de sanctions civiles (I) et pénales (II) à l'encontre du constituant défaillant dans l'exécution de cette obligation.

I. Sanctions civiles

385. **Responsabilité contractuelle de droit commun.** Qu'il s'agisse de dispenser les soins nécessaires aux biens circulants présents au sein de l'assiette-universalité ou de renouveler ceux distraits, l'obligation de conservation pesant sur le constituant de la sûreté globale s'analysera en une obligation de faire. Aussi, faudra-t-il lui imposer l'ensemble des mesures et des actes à même de conserver la valeur de l'ensemble. L'obligation sera de résultat¹¹⁶⁰ et il ne s'imposera pas, pour établir la faute du constituant, de démontrer qu'il n'a pas accompli les diligences qu'un autre dans la même situation aurait entreprises. Partant, seule la preuve de l'inexécution

¹¹⁶⁰Sur la distinction entre obligations de résultat et de moyens, v. not. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Rousseau, 1925, spéc. p. 538 et s., n° 1237 ; G. MARTON, « Obligations de résultat et obligations de moyens », *RTD civ.* 1935, p. 499 et s. ; H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1 et s. ; A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 449 ; P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in *Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, 1950, t. II, p. 101 et s. ; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, thèse, préf. R. NERSON, LGDJ, 1965 ; A. PLANCQUEEL, « Obligations de moyens, obligations de résultat », *RTD civ.* 1972, p. 334 et s. ; F. MAURY, « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat », *RRJ* 1998, p. 1243 et s. ; J. BELISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, thèse, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001 ; V. MALABAT, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », in *Études à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 439 et s.

devra être rapportée, ce qui facilitera l'engagement de la responsabilité contractuelle du constituant¹¹⁶¹.

Néanmoins, cette sanction apparaîtra insuffisante pour la sûreté qui nous concerne. D'abord, parce qu'il faudra « obtenir la condamnation du débiteur »¹¹⁶², recours nécessaire à la voie judiciaire qui sera source de longueur et de coûts, en somme, de contraintes peu satisfaisantes pour le créancier. Ensuite, parce que l'obligation étant de faire, le créancier obtiendra une créance indemnitaire à titre chirographaire¹¹⁶³. La solution ne sera alors que peu rassurante : si le constituant n'a pas respecté son obligation de conservation, ce sera probablement en raison de son insolvabilité ou, tout du moins, de difficultés financières. Dès lors, le créancier bénéficiaire ne sera pas le seul à subir la défaillance du débiteur, celle-ci intervenant également à l'endroit de ses autres créanciers et notamment ceux privilégiés¹¹⁶⁴. Le recouvrement de la créance indemnitaire apparaîtra alors illusoire, l'actif du débiteur étant probablement absorbé par les créanciers de rangs supérieurs. Peut-être pourra-t-on éviter l'écueil, dès lors que l'obligation de conservation n'arborera pas un caractère personnel. Ainsi, conformément à la dernière interprétation jurisprudentielle de l'article 1142 du Code civil, le créancier pourra obtenir son exécution en nature¹¹⁶⁵ plutôt que par équivalent. Ce faisant, la reconstitution forcée de la valeur de l'assiette-universalité sera ordonnée, option plus avantageuse puisque cet ensemble constituera l'objet d'un droit préférentiel. Toutefois, et même en cette hypothèse, la première critique perdurera : la reconstitution forcée nécessitera procédure. Aussi faudra-t-il prévoir, pour assurer l'efficacité de la sûreté globale, des sanctions spécifiques en cas d'inexécution par la constituant de son obligation de conservation.

¹¹⁶¹Sur l'application jurisprudentielle de la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens, v. not. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2008, spéc. n° 151, p. 123 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 499 et s. ; P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 471, n° 596.

¹¹⁶²J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, p. 2207, n° 1084.

¹¹⁶³C. civ., art. 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

¹¹⁶⁴Ex : les salariés, le Trésor public.

¹¹⁶⁵Pour une illustration de la réception jurisprudentielle de l'exécution forcée en nature de l'obligation de faire, v. Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136, *Bull. civ.* III, n° 103 ; *RLDC* 2006, p. 323, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. égal. Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2007, n° 06-13.983, *Bull. civ.* I, n° 19, p. 17 ; *D.* 2007, p. 1119, note O. GOUT ; *JCP G* 2007, I, p. 161, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2007, p. 342, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

386. **Reconstitution forcée de l'assiette-universalité ou remboursement anticipé à proportion de la diminution constatée.** La première sanction résidera dans l'utilisation du mécanisme de la clause d'arrosage. Nous avons précisé que la fluctuation de l'ensemble sera enfermée dans la limite d'un plafond de reconstitution, valeur en deçà de laquelle l'assiette-universalité ne pourra descendre¹¹⁶⁶. Lorsque le constituant sera défaillant dans son obligation de conservation, c'est-à-dire qu'il apparaîtra que la valeur de l'ensemble a chuté en deçà du plafond de reconstitution, le créancier mettra en œuvre la clause d'arrosage ce qui lui offrira une option.

Il pourra solliciter le remboursement d'une partie des sommes garanties à proportion de la diminution constatée¹¹⁶⁷, possibilité qu'il nous faut illustrer. Voici une sûreté globale dont le plafond de reconstitution est fixé à vingt pour cent de la valeur de l'assiette-universalité initialement constatée. Quelques mois plus tard, il apparaît que la valeur de l'ensemble n'est plus que de soixante-dix pour cent par rapport à celle initiale. Le créancier pourra alors mettre en demeure le débiteur de rembourser trente pour cent des sommes garanties par la sûreté globale. Cette première branche de l'option, permettant d'obtenir paiement partiel de la créance, sera plus volontiers retenue par les créanciers doutant de la solvabilité à venir du constituant. Néanmoins, le créancier conservant encore quelque confiance en son cocontractant, pourra, plutôt que de vouloir un paiement partiel anticipé, seulement souhaiter la reconstitution de la valeur de l'ensemble, ce qui constituera le second terme de l'option. Pour ce faire, il imposera au constituant de restaurer l'assiette-universalité pour que sa valeur retrouve, sinon le niveau initialement constaté, à tout le moins un niveau supérieur au plafond de reconstitution. Le créancier adressera alors une mise en demeure au constituant lui laissant un délai pour aboutir à ce résultat¹¹⁶⁸.

Quelle que soit la voie choisie, le créancier n'obtenant pas satisfaction pourra se prévaloir de la déchéance du terme de la créance garantie et réaliser immédiatement sa sûreté. Cette possibilité, consacrée en matière d'hypothèque

¹¹⁶⁶V. *supra*, n° 379.

¹¹⁶⁷Cette possibilité est d'ores et déjà consacrée par le gage des stocks du Code de commerce (C. com., art. L. 527-7, al. 3).

¹¹⁶⁸Le délai sera de quinze jours à compter de l'envoi de la mise en demeure par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, solution inspirée par le gage des stocks du Code de commerce (C. com., art. R. 527-17).

conventionnelle¹¹⁶⁹ mais également pour le gage sans dépossession de droit commun¹¹⁷⁰, sera tout aussi originale qu'efficace. Originale d'abord, parce qu'elle aboutira à une modification de l'état juridique du principal, la créance garantie, en raison d'un événement affectant l'accessoire, c'est à dire la sûreté¹¹⁷¹. Efficace ensuite, parce que la ou les créance(s) garantie(s) par la sûreté globale seront le plus souvent des prêts dont le remboursement est échelonné. D'un montant important, le constituant ne sera pas en mesure d'acquitter le solde de la dette et la rigueur de cette sanction, de nature à rendre le débiteur insolvable, l'incitera à la plus grande diligence dans la conservation de l'ensemble. Par ailleurs, elle rassurera le créancier qui pourra intervenir avant que la valeur de l'assiette-universalité n'ait été excessivement amoindrie.

387. Perte pour le constituant de son pouvoir de gestion dynamique sur l'assiette-universalité. La seconde sanction affectera les prérogatives de gestion reconnues au constituant de la sûreté globale sur l'ensemble. En raison de la structure de l'assiette-universalité, les biens engagés demeureront pleinement disponibles alors que la sûreté globale sera pendante¹¹⁷². Toutefois, cette gestion dynamique offerte au constituant ne sera acceptable qu'à la condition de préserver la valeur de l'ensemble. Aussi, la liberté de gestion sera-t-elle nécessairement suspendue à la bonne exécution de l'obligation de conservation. Dès lors, la défaillance du constituant devra le priver de ce pouvoir de gestion dynamique et aboutir à l'inopposabilité des actes postérieurs d'aliénation, d'incorporation ou encore de destruction. Cette modification du régime de la sûreté globale constituera tout à la fois une mesure de sanction et de protection : de sanction du constituant, puisqu'il ne pourra plus valablement distraire les composants grevés ; de protection du bénéficiaire, en permettant de stopper la diminution de la valeur de l'ensemble.

La perte du pouvoir de gestion du constituant prendra effet, entre les parties à la sûreté globale, dès la constatation de la défaillance dans l'obligation de conservation. Toutefois, si le constituant rétablit l'assiette ou procède au paiement en proportion de la diminution, il recouvrera automatiquement son pouvoir de gestion

¹¹⁶⁹C. civ., art. 2420, 2°.

¹¹⁷⁰C. civ., art. 2344, al. 2.

¹¹⁷¹Sur ce point, v. *supra*, n° 165.

¹¹⁷²V. *supra*, n° 295 et s.

dynamique sur l'ensemble. Vis-à-vis des tiers, une mesure de publicité sera nécessaire, dès lors qu'il serait injuste de leur faire subir l'inopposabilité des actes entrepris par le constituant défaillant, sans qu'ils aient été préalablement avertis de la modification de régime de la sûreté globale. Partant, une inscription modificative devra être sollicitée auprès des greffiers des tribunaux de commerce. Celle-ci interviendra non à la défaillance mais à l'issue du délai octroyé pour la reconstitution de l'assiette ou pour le paiement à proportion de la diminution. Par ce report, il s'agira d'éviter la multiplication d'inscriptions modificatives, puisque si le constituant s'exécute, il retrouvera son pouvoir de gestion. Toutefois, la mise en œuvre de la clause d'arrosage n'étant qu'une faculté offerte au créancier, celui-ci pourra choisir de ne pas y recourir et sera alors admis à entreprendre l'inscription modificative dès la défaillance¹¹⁷³.

388. **Bilan.** Les sanctions civiles à l'encontre du constituant de la sûreté globale défaillant dans l'exécution de son obligation de conservation seront probablement suffisantes pour préserver les intérêts du créancier bénéficiaire. Néanmoins, l'existence de sanctions pénales ne sera pas inutile, ne serait-ce qu'au regard de leur pouvoir dissuasif.

II. Sanctions pénales

389. **Inapplicabilité des infractions d'abus de confiance et de détournement de gage.** En matière de sûretés réelles, l'édifice juridique en vigueur offre deux infractions pénales permettant de sanctionner le constituant possesseur se rendant coupable d'un détournement de l'assiette de sûreté. La première réside dans l'infraction d'abus de confiance, prévue à l'article L. 314-1 du Code pénal¹¹⁷⁴ et qui s'envisage en présence de propriétés-sûretés transférant au débiteur la possession de l'assiette¹¹⁷⁵. La seconde, propre au gage, est énoncée à l'article L. 314-5 du Code pénal. Toutefois, aucune de ces deux infractions ne sera applicable à la sûreté

¹¹⁷³Sur l'inscription modificative entreprise à raison de la défaillance du constituant, v. *supra*, n° 365.

¹¹⁷⁴Sur cette infraction, v. not. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal, op. cit.*, p. 208 et s. ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 72 et s. ; J. PRADEL, et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 5^{ème} éd., 2010, p. 530 et s. ; C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean LARGUIER*, Pug, 1993, p. 303 et s.

¹¹⁷⁵Sur ce point, v. *supra*, n° 135.

globale. L'obstacle tient à leurs conditions d'application. L'abus de confiance impose la remise d'une chose¹¹⁷⁶ ; or, même si conformément à la nature hypothécaire de la sûreté globale le constituant sera en possession des biens engagés, cela ne pourra s'analyser en une remise. Quant à l'infraction de détournement de gage, elle ne s'envisage qu'en présence d'une sûreté sur un bien meuble¹¹⁷⁷. Cette restriction de champ ne pourra s'accorder avec la sûreté nouvelle, susceptible de recevoir tout bien circulant qu'il soit meuble ou immeuble.

Il sera pourtant nécessaire qu'une incrimination pénale sanctionne le constituant n'exécutant pas son obligation de conservation de l'assiette-universalité. Il en ira de l'efficacité de la sûreté nouvelle : l'existence d'une pareille sanction l'incitera à la plus grande diligence dans la conservation de l'assiette et le dissuadera d'entreprendre des actes de nature à méconnaître les droits du créancier. Aussi faudra-t-il en créer une, nouvelle et propre à la sûreté globale.

390. **Création d'une infraction nouvelle.** L'infraction pénale nouvelle – qui pourra être dénommée « détournement de sûreté globale »¹¹⁷⁸ – devra s'inspirer du modèle fourni par l'infraction de détournement de gage¹¹⁷⁹. Ainsi, le détournement de sûreté globale ne sera encouru que lorsque le constituant sera le propriétaire des biens engagés. Toutefois, l'objet concerné par l'infraction ne se limitera pas aux biens meubles mais s'étendra à l'ensemble des biens circulants, quelle que soit leur nature physique. Tout comme le détournement de gage, l'élément matériel de l'infraction nouvelle résidera dans l'atteinte portée aux droits des créanciers. Toutefois, le seul fait d'aliéner, de détruire ou encore d'incorporer les composants de l'ensemble ne suffira pas à la constituer. Une solution inverse serait anachronique : elle priverait automatiquement le constituant de son pouvoir de gestion dynamique sur l'assiette-universalité. Dès lors, l'élément matériel résidera non

¹¹⁷⁶À propos de cette condition préalable, v. les éclairantes observations de M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal, op. cit.*, p. 212 et s.

¹¹⁷⁷Le texte emploie le terme de « gage » ce qui avait pu laisser penser que l'infraction n'était applicable qu'en présence de meubles corporels. Toutefois, la jurisprudence a retenu une interprétation large du texte, l'appliquant également à l'assiette incorporelle. Pour illustration, à propos d'un nantissement de créances de loyer, v. Cass. crim., 25 nov. 1927 ; *S.* 1929, 1, p. 153.

¹¹⁷⁸L'infraction nouvelle pourra être insérée au sein du Livre III « Des crimes et délits contre les biens », Titre I « Des appropriations frauduleuses », Chapitre IV « Des détournements », Section 2 « Du détournement de gage ou d'objet saisi » du Code pénal. Pour ce faire, la Section 2 sera renommée « Du détournement de gage, de sûreté globale ou d'objet saisi ».

¹¹⁷⁹Sur cette infraction, v. not. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal, op. cit.*, p. 257 et s. ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 610 et s. ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 93 et s.

pas dans l'atteinte portée aux composants, ainsi de ce qui est pour le détournement de gage, mais dans l'atteinte portée à la valeur de l'ensemble. Partant, l'infraction sera constituée lorsque le constituant aura omis de renouveler les éléments de l'assiette-universalité, tant et si bien que sa valeur aura chuté en deçà du plafond de reconstitution. L'infraction nouvelle étant intentionnelle, l'élément moral résidera dans la conscience de l'atteinte portée aux droits du créancier bénéficiaire de la sûreté. Ainsi, le constituant se sachant dans l'impossibilité de reconstituer l'ensemble devra s'abstenir de toute distraction des composants.

L'infraction proposée poursuivant les mêmes objectifs que celle de détournement de gage – prévenir et sanctionner l'atteinte frauduleuse aux droits du créancier bénéficiaire – elle empruntera le même régime. Dès lors, la tentative sera punissable¹¹⁸⁰ et le point de départ de la prescription triennale sera retardé au jour où le créancier aura eu connaissance des faits¹¹⁸¹, c'est à dire, au jour où la diminution en deçà du plafond de reconstitution sera constatée. Quant aux sanctions, elles seront également calquées sur l'infraction de détournement de gage et manifesteront une certaine sévérité : le constituant encourra trois ans de prison et 375000 euros d'amende¹¹⁸², amende quintuplée si l'auteur est une personne morale¹¹⁸³. Voilà qui assurera le caractère dissuasif de l'incrimination pénale. Enfin, deux sanctions complémentaires seront prévues : la confiscation des biens engagés et la publicité de la condamnation¹¹⁸⁴. Ces mesures apparaîtront particulièrement pertinentes pour la sûreté globale que nous proposons. La première prémunira le créancier contre de nouveaux actes de nature à diminuer encore la valeur de l'assiette-universalité ; quant à la seconde, elle informera les tiers sur les dangers de conclure une sûreté globale avec le constituant condamné.

391. **Conclusion du §1.** Les sanctions civiles et pénales affectant le constituant défaillant dans son obligation de conservation protégeront le créancier garanti. Ce faisant, l'équilibre recherché pour la sûreté nouvelle entre souplesse et sécurité sera atteint. Toutefois, la mise en œuvre des sanctions supposera

¹¹⁸⁰C. pén., art. 314-5, al. 2.

¹¹⁸¹Il faudra tout de même, pour obtenir ce report, prouver l'existence de manoeuvres frauduleuses. Sur ce point, v. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 99, n° 287.

¹¹⁸²C. pén., art. 314-5.

¹¹⁸³C. pén., art. 314-13.

¹¹⁸⁴C. pén., art. 314-11 et L. 314-13.

l'information du bénéficiaire de la sûreté dès lors qu'il lui faudra connaître la défaillance dans la conservation de l'ensemble. Bien évidemment, le constituant pourra spontanément lui révéler. Néanmoins, il faudra fournir au créancier la possibilité de constater par lui-même l'élément déclencheur des sanctions, nécessité satisfaite par la reconnaissance d'un pouvoir de contrôle en sa faveur.

§2. Le contrôle de la conservation de l'assiette-universalité par le bénéficiaire

392. **Plan.** Le pouvoir de contrôler la conservation de l'ensemble reconnu au bénéficiaire de la sûreté globale devra s'opérer sans gêner le renouvellement des biens engagés, tout en permettant de lever l'éventuel blocage de l'information par le constituant. Voilà tout l'enjeu de la détermination des moyens (A) et du régime (B) de ce contrôle.

A. Les moyens du contrôle

393. **Rejet d'un inventaire périodique.** Le créancier devra pouvoir s'assurer de la bonne conservation de l'assiette-universalité. Toutefois, son contrôle ne pourra se manifester, du moins en première intention, par un inventaire périodique. Les biens circulants constituent fréquemment des stocks volumineux et le créancier ne disposera pas du temps et des moyens nécessaires à leur recensement. Certes, le recours à un prestataire professionnel permettra l'accomplissement plus aisé d'un tel contrôle. Toutefois, ceci ajoutera un coût à la sûreté globale qui ne manquera pas de peser sur le débiteur. Par ailleurs, le recours au prestataire ne contournera pas l'inconvénient majeur d'un inventaire périodique. Pendant le temps du contrôle, les biens circulants seront immobilisés, à tout le moins physiquement. Voilà qui les soustraira à leur fonction, conséquence peu souhaitable au regard des impératifs économiques du constituant.

Aussi, plutôt qu'un contrôle périodique, sera-t-il préférable d'imposer la tenue d'un état de l'assiette-universalité (I) dont il faut déterminer le teneur (II).

I. La tenue d'un état de l'assiette-universalité

394. **Les informations recensées par l'état.** Pour permettre un contrôle efficace du créancier, deux séries d'informations figureront impérativement au sein de l'état de l'assiette-universalité.

La première touchera aux composants présents au sein de l'ensemble et pour lesquels une description devra être entreprise. À ce stade, l'exigence ne recouvrera pas la même intensité selon que la sûreté globale portera sur l'intégralité des biens circulants du constituant ou sera restreinte à certaines catégories d'entre eux. Dans le premier cas, c'est uniquement la valeur de l'assiette-universalité qui intéressera, tant et si bien que la description pourra être sommaire. Dans le second, particulièrement si le champ de la substitution a été limité à certains biens circulants¹¹⁸⁵, la description devra permettre au créancier de s'assurer que les éléments venus en remplacement sont ceux admis à substitution. Aussi faudra-t-il procéder à une description plus poussée, précisant les nature, qualité et quantité des biens fongibles et les spécificités physiques et techniques de ceux non fongibles.

Nous l'avons souligné, la sûreté proposée véhiculera l'idée de garantie en valeur¹¹⁸⁶. Même si elle sera parfois restreinte à certains biens circulants, c'est invariablement la valeur de l'ensemble que le créancier scrutera. C'est également la diminution de cette valeur en deçà du plafond de reconstitution qui déclenchera les sanctions pour défaut de conservation de l'assiette-universalité¹¹⁸⁷. Partant, l'état devra, en sus de la description des composants, faire apparaître la comptabilité de toutes les opérations affectant l'ensemble. Ainsi, la valeur des composants distraits et celle de ceux venant en substitution seront consignées. Par cette seconde exigence, l'état fera apparaître la fluctuation de la valeur de l'ensemble. Ce faisant, le contrôle du créancier sera facilité, et il sera informé d'un éventuel dépassement du plafond de reconstitution.

¹¹⁸⁵V. *supra*, n° 381.

¹¹⁸⁶V. *supra*, n° 378.

¹¹⁸⁷Sur ces sanctions, v. *supra*, n° 384 et s.

II. Le teneur de l'état de l'assiette-universalité

395. **Les termes du choix.** La tenue de l'état de l'assiette-universalité pourra être confiée au constituant. Pour l'accomplir, il utilisera les écritures comptables et les inventaires réalisés dans le cadre de son cycle d'activité. Dès lors, la mise en œuvre de cette obligation apparaîtra largement indolore.

Toutefois, il faut également envisager l'opportunité de confier la tenue à un tiers. Celui-ci pourra être le comptable du créancier ou tout autre prestataire¹¹⁸⁸. Incontestablement, cette possibilité sera sécurisante. Le tiers, à la différence du constituant, n'aura aucun intérêt à dissimuler l'absence de renouvellement des composants ou la diminution excessive de la valeur de l'ensemble. Plus encore, en sa qualité de prestataire, il révélera au créancier bénéficiaire toute évolution inquiétante de l'assiette-universalité. Néanmoins, et aussi rassurante qu'elle soit, cette voie n'ira pas sans quelques inconvénients.

En premier lieu, l'intervention d'un tiers rendra la gestion de la sûreté globale complexe pour le constituant, qui devra procéder à une communication systématique des opérations affectant l'assiette-universalité au tiers chargé de la tenue. Au regard du volume des interventions, souvent quotidiennes, l'exigence arborera une lourdeur considérable. Par ailleurs, le tiers n'interviendra pas gratuitement. Aussi, faudra-t-il le rémunérer, le coût pouvant être important particulièrement lorsque, situation fréquente, la sûreté globale sera à durée indéterminée. À n'en pas douter, cette charge financière supplémentaire pèsera sur le constituant. S'ajoutant aux intérêts découlant du prêt consenti, elle risquera de conférer au crédit un coût excessif de nature à détourner les professionnels de la sûreté nouvelle.

396. **La liberté de choix.** Quoi qu'il en soit, il faudra laisser aux parties le choix entre les deux possibilités. En effet, si le coût de l'intervention d'un tiers sera susceptible de détourner les titulaires de biens circulants de la sûreté que nous proposons, un monopole de la tenue conféré au constituant pourra tout autant dissuader un créancier ayant quelques motifs de défiance vis-à-vis de son débiteur.

¹¹⁸⁸Le contrat l'unissant aux parties à la sûreté sera alors un contrat d'entreprise et non de mandat dès lors qu'il ne s'agira que de fournir un service et non de réaliser des actes juridiques. En ce sens, v. P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil – Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008, spéc. p. 319, n° 429.

Aussi, le libre choix permettra aux parties de déterminer ensemble le teneur de l'état le plus conforme aux intérêts et inquiétudes réciproques.

B. Le régime du contrôle

397. **Plan.** L'obligation faite au constituant de tenir un état de l'ensemble grevé ne dispensera pas pour autant le bénéficiaire de veiller sur ses intérêts. Aussi, il ne pourra être reproché au constituant l'absence de communication spontanée de l'état de l'assiette-universalité et il incombera au créancier de la solliciter (I). En revanche, une fois cette démarche accomplie, l'impunité du constituant sera logiquement levée et le défaut de communication l'exposera à des sanctions (II).

I. Communication de l'état de l'assiette-universalité

398. **Communication à première demande du créancier.** Pour que la sûreté proposée ménage la confiance du créancier, il faudra lui permettre d'accéder à l'état de l'assiette-universalité à tout moment. Aussi, la communication interviendra à sa première demande et ne sera soumise à aucune justification. Toutefois, le déclenchement des sanctions pour défaut de communication¹¹⁸⁹ supposera la mise en demeure du constituant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dès lors, le créancier bénéficiaire de la sûreté globale doutant de la bonne conservation de l'assiette-universalité aura tout intérêt à accomplir cette formalité dès la première sollicitation.

399. **Possibilité d'établir une communication périodique.** Si par principe, la communication de l'état n'interviendra que sur sollicitation du créancier, les parties pourront ajouter au régime légal, en encadrant plus précisément sa mise en œuvre. Ainsi sera-t-il possible de convenir d'une communication périodique¹¹⁹⁰,

¹¹⁸⁹V. *infra*, n° 400.

¹¹⁹⁰La mise en place d'une information périodique à la charge du constituant de la sûreté globale n'ira pas, dans son esprit, sans rappeler l'obligation d'information de la caution imposée, dans quelques hypothèses, au créancier bénéficiaire du cautionnement. L'identité des deux mécanismes se restreindra toutefois à ce qu'il s'agit, dans les deux cas, d'imposer à l'une des parties à la sûreté d'informer l'autre. Sur les devoirs d'information du créancier en matière de cautionnement, v. not. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 222, n° 316 et s. ; Y. PICOD, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz Litec, 2006, p. 395 et s., spéc. p. 398 ; Y. PICOD, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 179, n° 124 et s.

dont la fréquence sera librement déterminée. Ce faisant, les parties adapteront le cycle du contrôle sur celui du renouvellement des biens circulants engagés.

En tout état de cause, le défaut de communication du constituant l'exposera à des sanctions.

II. Sanctions du défaut de communication de l'état de l'assiette-universalité

400. **Objectifs des sanctions.** Puisque la tenue d'un état de l'assiette constituera une obligation contractuelle de faire à la charge du constituant, le créancier n'obtenant pas la communication demandée pourra rechercher la responsabilité du constituant ou du tiers teneur¹¹⁹¹. Toutefois, il faudra également lui permettre d'intervenir sans subir le coût et les longueurs d'une procédure judiciaire. Aussi, deux sanctions supplémentaires seront prévues à l'encontre du constituant, dont la mise en œuvre n'imposera pas l'intervention du juge. Toutefois, elles ne pourront être entreprises qu'après une mise en demeure faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette formalité préalable tendra à éviter que ces mesures, revêtant une certaine rigueur, soient entreprises alors que le défaut de communication ne résultera que d'une négligence du constituant¹¹⁹². Au-delà, ces sanctions poursuivront deux objectifs : l'une tendra à prévenir le défaut de communication, l'autre à le réparer.

401. **Première sanction : la perte pour le constituant de son pouvoir de gestion dynamique de l'assiette-universalité.** La sanction à visée préventive résidera dans la perte pour le constituant de son pouvoir de gestion dynamique sur l'assiette-universalité. Le régime de cette première sanction ayant d'ores et déjà été détaillé lorsqu'elle est prononcée à l'encontre du constituant défaillant dans son obligation de conservation¹¹⁹³, il ne faut que rappeler ses vertus dissuasives. Le constituant ne pourra plus valablement entreprendre d'actes d'aliénation, de destruction ou encore d'incorporation sur les composants de l'ensemble. Dès lors,

¹¹⁹¹Son préjudice résidera dans la perte de chance de n'avoir pu constater plus tôt la défaillance du constituant dans l'exécution de son obligation de conservation.

¹¹⁹²Une telle omission sera susceptible de se produire lorsque les parties auront conventionnellement mis en place une communication périodique de l'état à la charge du constituant. Sur ce point, v. *supra*, n° 399.

¹¹⁹³V. *supra*, n° 387.

les biens circulants engagés deviendront indisponibles et ne pourront plus être employés à leur fonction. Cela n'ira pas sans contrarier la bonne marche de l'activité du professionnel ce qui l'incitera à respecter la plus grande diligence dans la communication de l'état.

402. **Deuxième sanction : la réalisation forcée d'un état de l'assiette-universalité aux frais du constituant.** En sus de la perte du pouvoir de gestion dynamique du constituant, le créancier pourra également faire réaliser, sans délai et aux frais du constituant, un état de l'assiette-universalité. La mise en œuvre de cette seconde sanction supposera probablement le secours d'un prestataire professionnel de l'inventaire. En tout état de cause, le blocage d'information résultant du défaut de communication sera contourné et le créancier bénéficiaire pourra recourir aux sanctions prévues¹¹⁹⁴, si l'état ainsi dressé fait apparaître la défaillance du débiteur dans son obligation de conservation.

403. **Conclusion de la Section 1.** Les contours de l'obligation de conservation proposée pour la sûreté envisagée à réception permettront de concilier la fluctuation des éléments de l'assiette-universalité avec la protection des intérêts du créancier. Le renouvellement des composants distraits devra être rigoureux pour que la valeur de l'ensemble soit conservée. Pour autant, la mise en place d'un plafond de reconstitution, seuil en amont duquel la valeur de l'ensemble pourra temporairement osciller, offrira au constituant une latitude appréciable pour le renouvellement des éléments dans le cadre de sa gestion dynamique de l'assiette-universalité.

Quoi qu'il en soit, les sanctions affectant le constituant défaillant dans son obligation de conservation l'inciteront à la plus grande diligence. En effet, la perte de son pouvoir de gestion dynamique sur l'ensemble aboutira à l'indisponibilité des biens circulants engagés. Dès lors, ils ne pourront accomplir leur fonction, résultat contraire à la pérennité de l'activité du professionnel. La déchéance du terme de la créance garantie constituera une menace supplémentaire, particulièrement dans l'hypothèse d'un paiement échelonné. Ces sanctions seront d'autant plus efficaces que leur mise en œuvre se trouvera facilitée par la reconnaissance, en faveur du créancier, d'un pouvoir de contrôle sur la conservation de l'ensemble. L'accès à

¹¹⁹⁴V. *supra*, n° 384 et s.

première demande à l'état de l'assiette-universalité lui permettra de prendre connaissance de l'éventuelle défaillance du constituant, élément déclencheur des sanctions.

Par ses spécificités, le régime proposé pour la sûreté globale pendant se singularisera par rapport à ceux jusqu'ici consacrés pour les différentes sûretés existantes, même si, çà et là, quelques identités seront retrouvées. En revanche, les effets de la sûreté globale une fois la défaillance du débiteur intervenue seront plus classiques et s'aligneront, du moins pour l'essentiel, sur les solutions d'ores et déjà consacrées en droit positif.

SECTION 2. LES EFFETS À LA DÉFAILLANCE DU DÉBITEUR

404. **Désintéressement du créancier bénéficiaire.** Avant l'exigibilité de la créance garantie, la sûreté globale constituera une réserve de valeur dont l'appréhension sera suspendue à l'événement incertain constitué par la défaillance du débiteur dans le règlement de la créance garantie. Celle-ci intervenue, l'incertitude sera levée ce qui devra naturellement impacter le régime de la sûreté globale. Il ne s'agira plus de rendre cette garantie indolore pour le constituant mais d'obtenir le désintéressement du créancier bénéficiaire. Pour ce faire, l'assiette-universalité devra être figée en son contenu pour permettre son appréhension, en valeur ou en nature, à titre de paiement. Partant, la liberté de gestion offerte au constituant, alors que la sûreté est pendante, ne pourra être prolongée. L'assiette-universalité devra faire l'objet d'une immobilisation (§1) en préparation de la réalisation de la sûreté globale (§2).

§1. Immobilisation de l'assiette-universalité

405. **Double aspect de l'immobilisation.** La façon la plus évidente d'empêcher le constituant de la sûreté globale d'intervenir sur l'assiette-universalité consistera à le priver de sa mainmise sur les composants. Ne les détenant plus, il ne pourra matériellement les détruire ou les incorporer. L'immobilisation de l'assiette-

universalité se manifestera alors par une mesure matérielle sur ses composants, consistant à les remettre au créancier ou à un tiers détenteur. Toutefois, cette appréhension physique de l'assiette-universalité se révélera souvent impossible ou peu souhaitable.

Impossible d'abord, si les composants de l'ensemble sont des biens incorporels. Peu souhaitable ensuite, et l'hypothèse sera extrêmement fréquente, si les composants sont des stocks. Dans ce dernier cas, leur appréhension apparaîtra contraignante au regard de leur volume et des soins spécifiques qu'ils imposent. Le créancier, particulièrement s'il s'agit d'un établissement de crédit, ne disposera pas des structures nécessaires. Certes, l'écueil pourra être surmonté par le recours à un tiers détenteur, mais celui-ci se rémunérera sur le prix de vente des composants qu'il détient pour autrui. Voilà qui diminuera la créance de prix sur laquelle le bénéficiaire de la sûreté fera valoir son droit de préférence, situation gênante puisque de nature à compromettre un paiement intégral si la somme restante apparaît insuffisante. Par ailleurs, l'immobilisation matérielle ne privera que de la mainmise sur les composants sans pour autant les rendre indisponibles. Cette indisponibilité sera pourtant centrale : elle s'imposera pour peu que l'on veuille figer l'assiette en son contenu à compter de la défaillance.

406. **Plan.** Dès lors, l'immobilisation de l'assiette-universalité ne pourra se limiter à une unique dimension matérielle (A) et il faudra également dégager les instruments pour qu'elle soit juridique (B).

A. L'immobilisation matérielle : l'appréhension des composants de l'assiette-universalité

407. **Remise volontaire.** Pour la sûreté qui nous concerne, l'opportunité d'une appréhension matérielle sera manifeste en présence d'une assiette-universalité regroupant des biens circulants meubles corporels. En effet, ils seront ceux objets d'incorporation ou de destruction dans le cadre du cycle d'activité du constituant, interventions que le créancier bénéficiaire voudra proprement empêcher pour éviter tout risque de diminution de la valeur de l'ensemble. La préoccupation sera légitime : le constituant étant défaillant dans le règlement de la créance garantie, tout porte à

croire qu'il ne sera pas en mesure de renouveler les composants distraits. Toutefois, cette appréhension se heurtera à une difficulté. L'assiette-universalité, qui constituera l'objet du droit réel conféré par la sûreté globale¹¹⁹⁵ étant un bien incorporel¹¹⁹⁶, l'appréhension matérielle semble impossible. En effet, il est bien difficile de prendre en ses mains ce qui n'a pas de substance. Néanmoins, l'obstacle se sera pas insurmontable : la solution résidera dans l'exploitation de la structure de l'assiette-universalité.

Si l'ensemble des biens engagés en sûreté globale sera constitutif d'une universalité de fait, ils demeureront des entités juridiques distinctes qui resteront, s'ils sont meubles corporels, parfaitement appréhendables¹¹⁹⁷. Dès lors, rien ne s'opposera à ce que le créancier bénéficiaire prenne possession des composants mobiliers corporels de l'assiette-universalité. La situation décrite entretiendra de fortes similarités avec le gage sans dépossession. Partant, les mêmes voies d'appréhension matérielle des biens engagés seront retenues et le débiteur devra procéder à la remise volontaire des composants corporels dès sollicitation du créancier¹¹⁹⁸. À compter de cette remise, le bénéficiaire disposera d'un droit de rétention sur les éléments de l'ensemble appréhendés¹¹⁹⁹. L'avantage sera réel : l'opposabilité *erga omnes* du droit de rétention permettra au créancier garanti de refuser la restitution des composants détenus. Partant, les autres créanciers désireux d'en appréhender la valeur devront payer le rétenteur ce qui permettra le désintéressement du bénéficiaire de la sûreté globale¹²⁰⁰. Pour inciter à la plus grande diligence, l'absence de délaissement volontaire du constituant après sommation du créancier l'exposera à des poursuites pénales, sur le fondement du détournement de sûreté globale, infraction nouvelle calquée sur celle de détournement de gage¹²⁰¹.

¹¹⁹⁵V. *supra*, n° 260.

¹¹⁹⁶V. *supra*, n° 206 et n° 256.

¹¹⁹⁷En ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. préc., p. 219, n° 330.

¹¹⁹⁸Sur l'obligation du constituant défaillant de remettre volontairement les meubles objet d'un gage sans dépossession sur sollicitation du créancier, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 570, n° 763 : pour lesquels, dans le prolongement de l'obligation de conservation, « le débiteur assume l'obligation de remettre le bien gagé au créancier pour en permettre la réalisation à défaut de paiement de la créance garantie ».

¹¹⁹⁹C. civ., art. 2286 : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance [...] ».

¹²⁰⁰Toutefois, un pareil paiement n'interviendra guère que « si la créance du rétenteur est d'un montant inférieur à la valeur de la chose » puisque « pour que les autres créanciers puissent saisir et vendre la chose, il leur faut se débarrasser du rétenteur en l'indemnisant [...] » : L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 203, n° 452.

¹²⁰¹La jurisprudence a admis le détournement de gage lorsque l'objet grevé n'est pas remis après sommation du créancier. En ce sens, v. Cass. crim. 18 janv. 1950 ; S. 1950, I, p. 193 et s., note A. LEGAL ; JCP 1950, II, 5422, note L. GRUFFY ; Cass. crim., 30 juin 1993, n° 92-84.887, *Bull. crim.*, n° 234, p. 585. La même solution devra être consacrée pour l'infraction de détournement de sûreté globale.

408. **Remise forcée.** Outre la menace pénale, le créancier bénéficiaire pourra contraindre le constituant récalcitrant par le recours aux voies civiles d'exécution et plus particulièrement à la procédure de saisie-appréhension¹²⁰². Aussi, à défaut de titre exécutoire, portera-t-il une requête en injonction de délivrer ou restituer devant le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur. Cette procédure¹²⁰³ lui permettra d'obtenir du magistrat, sans aucun débat contradictoire, une ordonnance d'injonction¹²⁰⁴. Une fois celle-ci signifiée au constituant et en l'absence d'opposition, le requérant sollicitera l'apposition par le greffe de la formule exécutoire lui permettant de solliciter l'enlèvement des composants meubles corporels concernés. Cette saisie n'interviendra toutefois qu'à titre matériellement conservatoire et ne consistera qu'à « reprendre possession d'un bien qui est entre les mains d'un détenteur »¹²⁰⁵. Aussi, mais cela relève de la réalisation de la sûreté que nous envisagerons bientôt, le créancier bénéficiaire souhaitant procéder à la vente des composants saisis devra recourir à la procédure de saisie-vente et celui voulant conserver les biens en paiement, solliciter leur attribution judiciaire en propriété.

409. **Bilan.** L'appréhension des composants de l'assiette-universalité protégera le créancier contre des interventions matérielles inopportunes et lui fournira un droit de rétention pouvant inciter les autres créanciers du constituant à le désintéresser. Toutefois, nous avons souligné que cette appréhension ne sera pas toujours souhaitable ni même possible. Dès lors, l'immobilisation matérielle des composants apparaîtra, à elle seule, largement insuffisante pour la sauvegarde des intérêts du bénéficiaire de la sûreté globale, s'il n'est pas également prévu une immobilisation juridique de l'assiette-universalité de nature à rendre ses composants indisponibles.

¹²⁰²Code des procédures civiles d'exécution, art. L. 222-1.

¹²⁰³Régie par les articles R. 222-11 à R. 222-16 du Code des procédures civiles d'exécution.

¹²⁰⁴Sur ce point, v. R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 806, n° 1037.

¹²⁰⁵R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., p. 803, n° 1030.

B. L'immobilisation juridique : l'indisponibilité des composants de l'assiette-universalité

410. **Intérêts de l'indisponibilité des éléments.** L'indisponibilité des éléments de l'assiette-universalité, également prévue en cas de défaillance dans l'exécution de l'obligation de conservation¹²⁰⁶, constituera la manifestation de la perte pour le constituant de son pouvoir de gestion dynamique. En effet, si la défaillance dans le règlement de la créance garantie par la sûreté globale ne saurait avoir pour effet de conférer un droit de suite au créancier sur les composants de l'ensemble¹²⁰⁷, elle imposera néanmoins d'immobiliser l'assiette-universalité dans sa composition. Il s'agira, tout à la fois, d'éviter une déperdition de la valeur de l'ensemble – la capacité du constituant à renouveler les composants distraits étant devenue hasardeuse –, de protéger le créancier contre un acquéreur ou un sous-acquéreur arguant sa bonne foi, et de figer le contenu de l'assiette-universalité pour les besoins de la réalisation de la sûreté globale. Aussi, les composants devront être frappés d'indisponibilité, le constituant ne pouvant ni les aliéner, ni les détruire, ni les incorporer ni même les déplacer.

411. **Déclenchement de l'inopposabilité des éléments.** Pour obtenir ce résultat, il serait envisageable de recourir aux saisies conservatoires organisées par le droit des procédures civiles d'exécution¹²⁰⁸. Celles-ci permettent de rendre indisponible le bien saisi entre les mains de celui qui le détient. Toutefois, leur mise en œuvre s'avère contraignante puisqu'il faut obtenir une autorisation judiciaire préalable, puis solliciter le secours d'un huissier qui procédera à la saisie tout en informant le détenteur des obligations l'affectant. Par ailleurs, elles ne s'envisagent qu'en présence de meubles, alors que l'immobilisation juridique des biens engagés en sûreté globale devra aboutir à l'indisponibilité de l'ensemble et, par extension, des composants quelle que soit leur nature physique. Certes, cette indisponibilité des biens pourra également être obtenue par une mesure d'exécution forcée¹²⁰⁹, mais il

¹²⁰⁶V. *supra*, n° 387.

¹²⁰⁷V. *supra*, n° 265.

¹²⁰⁸C. des procédures civiles d'exécution, art. L. 521-1 et s. Sur ces saisies, v. R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 921 et s. ; A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2009, p. 905 et s. Sur la distinction qu'il convient d'opérer entre acte conservatoire et mesure conservatoire, v. C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, thèse, préf. P. CATALA, LGDJ, 1999, spéc. p. 69 et s., n° 109 et s.

¹²⁰⁹Sur cet effet de la saisie à fin d'exécution forcée, v. R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 560, n° 630 (pour les meubles corporels) p. 616, n° 712 (concernant les droits incorporels), p. 695, n° 849 et

faudra disposer d'un titre exécutoire¹²¹⁰ qui fera le plus souvent défaut car la sûreté globale sera majoritairement conclue par acte sous seing privé. Aussi, pour surmonter ces obstacles, l'immobilisation juridique de l'assiette-universalité ne devra pas résulter d'une procédure civile d'exécution mais constituer la conséquence automatique de la défaillance du débiteur.

Pour ce faire, il faudra tirer parti de la structure de l'assiette-universalité. Si par principe, les biens réunis au sein d'une universalité de fait conservent leur autonomie juridique et partant leur disponibilité¹²¹¹, il demeure possible de neutraliser ce sort autonome des éléments pour les besoins de l'ensemble. Aussi, rien ne s'opposera à ce que le régime de la sûreté globale propose un encadrement plus strict de l'assiette-universalité par l'indisponibilité de ses composants à compter de la défaillance du constituant. L'immobilisation juridique de l'ensemble se réalisera alors plus souplement que par le recours à une procédure de saisie puisque sa mise en œuvre n'imposera pas l'autorisation préalable du juge, ni le recours à un huissier. Néanmoins, l'identification des éléments frappés d'indisponibilité sera nécessaire, ce qui imposera la transmission de l'état de l'assiette-universalité au créancier bénéficiaire.

412. **Effets de l'indisponibilité des éléments.** Puisque les composants deviendront indisponibles, le débiteur devra s'abstenir de toute intervention sur le contenu de l'assiette-universalité. Toutefois, on ne pourra se contenter de l'affirmation et s'en remettre à la bonne volonté du constituant. Défaillant dans ses obligations antérieures, il pourra entreprendre cette gestion en dépit de son absence de pouvoir. La mainmise qu'il conservera sur l'ensemble si l'appréhension matérielle de ses composants n'a pas été entreprise ou est impossible viendra d'ailleurs accentuer le risque. Il s'impose donc de préciser le traitement juridique de l'acte entrepris sans pouvoir par le constituant.

Dans sa relation avec le créancier bénéficiaire, le constituant de la sûreté globale défaillant s'inscrira dans une position similaire à celle du constituant d'un gage sur biens non fongibles. Ainsi, il ne pourra évidemment opposer au créancier

p. 700, n° 852 (pour les immeubles).

¹²¹⁰Code des procédures civiles d'exécution, art. L. 111-2 : « Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution ». V. R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution, op. cit.*, p. 138 et s.

¹²¹¹V. *supra*, n° 257.

bénéficiaire les actes entrepris à compter de sa défaillance, ceux-ci constituant, par ailleurs, l'infraction pénale de détournement de sûreté globale¹²¹².

La difficulté majeure surviendra en présence d'acquéreurs et de sous-acquéreurs, le bien circulant s'ancrant fréquemment dans un processus de commercialisation. Le créancier bénéficiaire ne disposant pas de droit de suite sur les composants, il faudra pourtant lui permettre de récupérer ceux non valablement distraits. Là encore, c'est l'inopposabilité découlant de l'indisponibilité des composants qui permettra d'atteindre ce résultat. Toutefois, pour la sûreté proposée, l'inopposabilité n'interviendra qu'à titre d'exception, en raison de la défaillance du constituant. Par principe, il faut le rappeler, les composants de l'assiette-universalité demeureront disponibles. Aussi, l'équité commandera d'avertir les tiers sur cette modification de régime de la sûreté globale et les actes entrepris sans pouvoir par le constituant ne seront inopposables au créancier par les tiers qu'à compter d'une inscription modificative sur le registre d'inscription, indiquant la défaillance et ses effets¹²¹³. Une fois cette inopposabilité proclamée vis-à-vis de tous, le créancier bénéficiaire disposera d'une protection satisfaisante. Il pourra se comporter comme si l'acte n'était jamais intervenu et, partant, revendiquer les composants entre les mains des tiers. Ainsi, l'indisponibilité des composants apparaîtra comme une protection plus efficace encore que le droit de suite reconnu au bénéficiaire d'un gage sans dépossession. Dans ce dernier cas, il est souvent proposé que la publicité du gage ne protège le gagiste que contre les ayants cause à titre particulier, les sous-acquéreurs pouvant encore se prévaloir de la protection fournie par l'article 2276 du Code civil¹²¹⁴. En matière de sûreté globale, l'inopposabilité sera *erga omnes* que le tiers soit un ayant cause à titre particulier du constituant ou non.

413. **Bilan.** L'immobilisation des éléments de l'assiette-universalité, à compter de la défaillance du constituant, permettra de figer la composition de l'ensemble. Ce faisant, la réalisation de l'assiette-universalité pourra être entreprise et sa valeur appréhendée par le bénéficiaire de la sûreté globale

¹²¹²V. *supra*, n° 390.

¹²¹³Sur l'accomplissement de cette inscription modificative, v. *supra*, n° 365.

¹²¹⁴C. civ., art. 2337, al. 3 : « Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276 ». Toutefois, pour une argumentation en faveur de l'exclusion du jeu de l'article 2276 généralisée à l'ensemble des ayants cause du constituant, v. *supra*, n° 118.

§2. Réalisation de la sûreté globale

414. **Mise en œuvre de la réalisation.** À la défaillance du débiteur, le créancier peut se prévaloir du droit de préférence que lui confère sa sûreté réelle¹²¹⁵. Il en ira de même pour la sûreté globale et il s'agira alors d'appréhender la valeur de l'assiette-universalité.

Dès sa rédaction initiale, le Code civil a énoncé deux voies possibles de réalisation des sûretés réelles¹²¹⁶ : soit le créancier procède à la vente forcée de l'assiette pour faire valoir son droit de préférence sur la créance de prix ainsi obtenue ; soit il sollicite l'attribution en propriété des biens engagés, ce qui s'analyse alors en une dation en paiement¹²¹⁷. Ces deux voies sont complémentaires par leurs avantages réciproques. La vente forcée permet d'appréhender le montant de la créance en évitant au bénéficiaire de la garantie la propriété d'une assiette dont il n'a aucune utilité. Néanmoins, la vente forcée fait apparaître une créance dans le patrimoine du constituant sur laquelle d'autres créanciers privilégiés peuvent faire valoir leurs droits. Cette situation peut s'avérer néfaste pour le bénéficiaire en cas d'interventions de créanciers supérieurs en rang¹²¹⁸. L'attribution en propriété recouvre, en pareille hypothèse, toute son utilité : le créancier bénéficiaire devenant propriétaire du bien grevé, la créance de prix obtenue par une vente postérieure intègre directement son patrimoine sans risque de concurrence. Voilà qui justifie le recours grandissant à cette seconde voie de réalisation.

415. **Perturbations résultant de l'ouverture d'une procédure collective.** La matrice précédemment décrite connaît toutefois de nombreuses perturbations en

¹²¹⁵L'exercice du droit de préférence constitue une simple faculté à la disposition du créancier qui reste libre de ne pas l'entreprendre (Cass. com., 10 oct. 2000, n° 97-12.910, *Bull. civ.* IV, n° 151, p. 137 : « le créancier gagiste n'est pas tenu de demander la réalisation de son gage à l'échéance » ; *JCP E* 2001, p. 1477, note S. PIEDELIÈVRE ; *RTD com.* 2001, p. 201 ; *RD bancaire et fin.* 2000, p. 354, obs. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2001, I, p. 315, n° 18, p. 815 et *JCP E* 2001, p. 1089, obs. P. DELEBECQUE ; *D.* 2000, AJ, p. 424).

¹²¹⁶C. civ., anc. art. 2078, al. 1 : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage ; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères ». Les deux voies de réalisation ont été formellement réaffirmées, pour l'ensemble des sûretés réelles, par l'ordonnance de réforme du 23 mars 2006 (C. civ., art. 2346, 2347 et 2458). Relevons qu'il existe un troisième mode de réalisation, propre aux propriétés-sûretés dont l'assiette est laissée au constituant : la revendication.

¹²¹⁷Sur la réalisation des sûretés réelles, v. not. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 779 et s., et p. 815 et s. ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 236 et s. ; J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 354 et s.

¹²¹⁸Le risque s'est accru au fil du temps avec la multiplication de privilèges primant le titulaire d'une sûreté ainsi du superprivilège des salaires, ou encore du privilège du Trésor public.

présence d'un constituant n'étant plus *in bonis*, c'est à dire faisant l'objet d'une procédure collective. Le titulaire de biens circulants, nous l'avons souligné, est une personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité professionnelle. À ce titre, il sera, s'il rencontre des difficultés financières, soumis au droit des procédures collectives¹²¹⁹. L'hypothèse doit être évoquée en ce qu'elle affectera largement les prérogatives des titulaires de sûretés dans l'exercice de leur droit de préférence¹²²⁰, y compris s'il s'agit de la sûreté globale que nous proposons qui, par cohérence de l'édifice légal relatif aux entreprises en difficulté, ne saura recevoir un autre traitement que celui prévu pour les sûretés existantes.

En présence d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'interdiction des paiements et l'arrêt des poursuites individuelles résultant du jugement d'ouverture¹²²¹ interdiront tout exercice individuel du droit de préférence pendant la période d'observation. La réalisation de la sûreté globale s'en trouvera par là même paralysée. Par ailleurs, l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement gèlera tout autant l'initiative du créancier bénéficiaire. Dès lors que le plan sera strictement exécuté, les créanciers, auxquels il est opposable¹²²², seront payés aux échéances, et la défaillance du débiteur, condition de la réalisation, ne sera pas constituée¹²²³. En présence d'une liquidation judiciaire, la situation diffèrera quelque peu : il ne s'agit plus alors de permettre la survie de l'entreprise, mais d'organiser la réalisation de l'ensemble de l'actif du débiteur au mieux des intérêts de l'ensemble des créanciers. Aussi, bien que le jugement de liquidation rendra exigible l'ensemble des créances¹²²⁴, seul le liquidateur judiciaire pourra entreprendre la réalisation des sûretés¹²²⁵. Le créancier bénéficiaire de la sûreté globale ne retrouvera

¹²¹⁹Les articles L. 620-2 alinéa 2 (relatif à la sauvegarde), L. 631-2 (traitant du redressement judiciaire), et L. 640-2 (relatif à la liquidation judiciaire) du Code de commerce précisent que les procédures collectives sont applicables : « à toute personne physique exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ». Ce champ d'application recouvre la totalité des titulaires de biens circulants qui ne se retrouvent qu'au sein du patrimoine d'une personne exerçant une activité professionnelle.

¹²²⁰Pour un traitement complet du sort des sûretés en présence d'un débiteur soumis à une procédure collective, v. not. F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, n° 10, p. 651 et s. ; *Entreprises en difficultés*, *op. cit.*, p. 403 et s. ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 799 et s.

¹²²¹C. com., art. L. 622-1, en matière de sauvegarde et applicable au redressement judiciaire par renvoi de l'article L. 631-14, I, du Code de commerce.

¹²²²C. com., art. L. 626-11, al. 1 (pour la sauvegarde) ; art. L. 631-19 (pour le redressement judiciaire).

¹²²³Toutefois, si l'objet d'une sûreté conventionnelle a été vendu avant l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement, le prix, qui aura alors été consigné au moment de la vente, pourra être versé au bénéficiaire de la sûreté (C. com., art. L. 622-8 et art. L. 631-14).

¹²²⁴C. com., art. L. 643-1.

¹²²⁵C. com., art. L. 643-2, al. 1.

son initiative individuelle qu'après l'expiration d'un délai de trois mois en l'absence d'un commencement de réalisation par le liquidateur¹²²⁶.

416. **Plan.** En dehors de l'hypothèse d'un constituant sous le coup d'une procédure collective, c'est bien le créancier bénéficiaire de la sûreté globale qui disposera de l'initiative de la réalisation. Toutefois et malgré quelques assouplissements¹²²⁷, le caractère nécessairement judiciaire de la réalisation demeure fortement ancré au sein du droit positif. Il présente néanmoins de nombreux inconvénients : la voie judiciaire se révèle coûteuse, contraignante et source de longueurs ce qui ne va pas sans contredire la souplesse recherchée pour la sûreté envisagée. Voilà qui imposera de proposer une réalisation judiciaire supplétive (A) pour qu'une réalisation conventionnelle (B) soit reçue.

A. Proposition d'une réalisation judiciaire supplétive

417. **Plan.** L'intervention judiciaire impérative en matière de réalisation des sûretés réelles¹²²⁸ se justifierait par une nécessité de protection (I). Elle serait la condition *sine qua non* pour que l'appréhension de la valeur de l'assiette par le créancier bénéficiaire ne s'opère pas en méconnaissance des intérêts du constituant et des tiers. Pourtant, il y a là un automatisme contestable. L'intervention judiciaire revêt une utilité protectrice, non parce qu'elle implique l'intervention d'un juge mais seulement parce qu'elle encadre la réalisation. Voilà qui doit conduire à la réfutation de son caractère impératif (II).

I. Justifications de l'intervention judiciaire

418. **Double justifications.** La prohibition de l'intervention conventionnelle sur la réalisation des sûretés réelles¹²²⁹ est traditionnellement

¹²²⁶Sur le rang du créancier bénéficiaire de la sûreté globale au sein des procédures collectives, v. *supra*, n° 264.

¹²²⁷V. *infra*, n° 424 et s.

¹²²⁸Il est communément admis que le tribunal compétent sera celui du contrat (J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, *op. cit.*, p. 285, n° 854). Toutefois, si la sûreté globale reçoit des immeubles, il faudra s'adresser au tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble, juridiction invariablement compétente en matière de droits immobiliers (L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 325, n° 686).

¹²²⁹La prohibition de la clause de voie parée et du pacte commissaire imprègne le régime des sûretés réelles depuis l'ancien droit (v. J.-P. LÉVY, « Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », art. préc., p. 169 et s.). Par

justifiée par deux arguments : l'un tient à la supposée position de faiblesse du constituant, l'autre à la prétendue efficacité supérieure des voies judiciaires de réalisation.

419. **Première justification : la position de faiblesse du constituant.** Le constituant est souvent dépeint comme en position « d'infériorité psychologique »¹²³⁰ par rapport au créancier. Le besoin de crédit le pousserait à accepter l'ensemble des conditions proposées, y compris celles lui étant largement défavorables. Cet état de faiblesse ne pourrait permettre de laisser aux conventions le pouvoir d'aménager la réalisation de la sûreté, sauf à aboutir à un déséquilibre inacceptable. C'est, qu'en effet, la vente amiable de l'assiette ou l'attribution de sa propriété en paiement ne concernent pas que le créancier bénéficiaire : les intérêts du constituant et de ses autres créanciers sont également en jeu.

420. **Deuxième justification : l'efficacité supérieure des voies judiciaires.** Lorsque le débiteur est défaillant, le bénéficiaire d'une sûreté réelle va appréhender la valeur du bien engagé. Voilà bien toute l'utilité de la sûreté. Deux voies, dont le choix est laissé au pouvoir discrétionnaire du créancier¹²³¹, sont alors ouvertes : il peut solliciter la vente forcée de l'assiette de la sûreté pour ensuite se prévaloir de son droit de préférence sur la créance ainsi obtenue ; il peut également solliciter l'attribution en propriété de l'assiette. Seule la vente aux enchères publiques permettrait de tirer le meilleur prix de l'assiette. Par celle-ci, on éviterait également que le créancier procède à une vente amiable à vil prix, danger qu'il faut illustrer. Voici un créancier qui obtient une sûreté réelle sur un bien d'une valeur de cent pour la garantie d'une créance également d'une valeur de cent. Cette dernière, faisant objet d'un paiement échelonné, a été acquittée pour moitié avant la défaillance. Lorsque le créancier réalise sa sûreté, la créance n'est donc plus que de cinquante et il peut alors

prolongement, le droit antérieur à la réforme du 23 mars 2006 formalisait solidement l'interdiction. Ainsi, l'ancien article 2078, alinéa 2 relatif à l'ancien nantissement disposait que toute clause « qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer » sans respecter les formalités prévues serait frappée de nullité. Si la rédaction initiale du Code civil ne précisait rien en matière d'hypothèque, la conception retenue par l'ancien droit devait orienter vers la prohibition de l'intervention conventionnelle. Cette position était d'ailleurs confirmée en matière de clause de voie parée par une loi du 2 avril 1841 instituant l'article 742 de l'ancien Code de procédure civile, sanctionnant de nullité toute convention permettant au créancier de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière.

¹²³⁰P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière, op. cit.*, p. 328, n° 264.

¹²³¹En ce sens, v. Cass. com., 3 nov. 1983 ; *JCP* 1984, II, 20234, note J. MESTRE ; *RTD civ.* 1984, p. 526, obs. P. REMY.

être tenté de vendre le bien grevé au montant de la somme restant due, en dépit de sa valeur supérieure ce qui aboutit à un résultat inéquitable. En effet, l'affectation en sûreté d'un bien ne saurait injustement appauvrir le constituant et si la chose grevée dépasse la valeur de la créance garantie, le solde doit lui revenir. Par ailleurs, si le bien engagé a fait l'objet d'autres sûretés, les bénéficiaires de rangs inférieurs ne sauraient subir cette vente, source d'amoindrissement de leur chance de paiement.

Le problème se pose en des termes proches en matière d'attribution en propriété. Si l'on reprend les termes de l'exemple proposé plus haut, le créancier se voit attribuer un bien d'une valeur de cent pour une créance de cinquante. La situation se révèle contraire à la nature même d'une sûreté : elle n'intervient que pour permettre l'acquittement de la créance mais ne saurait en aucun cas constituer une source d'enrichissement pour le bénéficiaire de la garantie¹²³².

Ainsi, seule l'intervention judiciaire permettrait de sauvegarder l'ensemble des intérêts en présence : la vente par enchères publiques éviterait l'aliénation à vil prix ; quant à l'attribution judiciaire, elle serait la condition nécessaire pour empêcher un enrichissement injustifié du bénéficiaire. En réalité, le caractère impératif de la réalisation judiciaire des sûretés réelles est largement contestable dès lors qu'il aboutit à des résultats inopportuns et repose sur un postulat contestable.

II. Réfutation du caractère impératif de l'intervention judiciaire

421. **Remise en cause de l'utilité et de l'opportunité de l'intervention judiciaire.** La réalisation de la sûreté laissée au seul pouvoir du créancier soulève le risque d'une méconnaissance des intérêts du constituant et des autres créanciers. Néanmoins, le caractère nécessairement judiciaire de l'encadrement demeure plus contestable, dès lors qu'il se révèle inutile et contreproductif.

Inutile, en premier lieu, car il y a un automatisme injustifié entre risque d'abus et intervention judiciaire. Si le juge constitue un levier efficace de protection des intérêts réciproques des parties à la sûreté, il n'est pas le seul existant. Les dangers de la vente à vil prix ou d'une attribution en propriété d'une assiette de valeur supérieure à la créance garantie peuvent parfaitement être jugulés en encadrant légalement la réalisation conventionnelle. Il suffit que la fixation du prix de l'assiette

¹²³²En ce sens, v. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, th. préc., p. 222 et s., n° 270.

soit obligatoirement confiée à un tiers expert aimablement désigné. La domination éventuelle du créancier sur le constituant, source d'abus, sera ainsi évitée. Par là même, ce sont les longueurs et les coûts de la réalisation judiciaire que l'on écarte, ce qui nous amène à sa dimension contre-productive.

La réalisation judiciaire vise à protéger le constituant contre une vente à vil prix. La vente aux enchères publiques¹²³³ constituerait l'instrument permettant d'éviter cet écueil, et même d'obtenir le meilleur prix de la chose. Néanmoins, cette proposition est largement contestable¹²³⁴, la vente amiable permettant bien souvent d'obtenir un meilleur résultat. La réforme des procédures civiles d'exécution ne s'y est d'ailleurs pas trompée, favorisant cette voie dans nombre d'hypothèses¹²³⁵. C'est bien en ce sens que la réalisation judiciaire devient contreproductive : ne permettant pas nécessairement d'obtenir le meilleur prix de la chose, elle ajoute en outre les coûts inhérents à l'instance.

422. **Bilan.** Inutile et contre-productif à de nombreux égards, le caractère nécessairement judiciaire de la réalisation des sûretés réelles doit donc être abandonné. Partant, il faudra admettre la réalisation conventionnelle pour la sûreté globale que nous envisageons à réception et, plus généralement, pour l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles.

¹²³³Pour une étude de la vente aux enchères publiques, v. L. MAUGER-VIELPEAU, *Les ventes aux enchères publiques*, thèse, préf. P.-Y. GAUTIER, Economica, 2002.

¹²³⁴M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 816, n° 1087, pour lesquels « à l'époque contemporaine, le postulat a été de plus en plus contesté ; les frais, la lenteur et les aléas de la vente aux enchères publiques ont été abondamment dénoncés ». Dans le même sens, P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 548, n° 733. Plus généralement, sur la place de l'ordre public en matière d'exécution forcée, R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 29, n° 28 : pour lesquels « les procédures d'exécution ne sont que des moyens mis au service des droits de créance qui sont d'intérêt strictement privé ». Aussi, « de même que le créancier ne recourt aux procédures d'exécution que si la nécessité l'impose, il peut certainement les abandonner si cette nécessité disparaît parce que le débiteur propose une solution qui le satisfait ».

¹²³⁵En ce sens, l'article L. 221-3 du Code des procédures civiles d'exécution, reprenant les termes de l'article 52 alinéa 2 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, précise, en matière de saisie-vente de biens meubles corporels, que le saisi peut « vendre volontairement les biens saisis pour en affecter le prix au paiement des créanciers ». La même possibilité a été insérée en matière de saisie-vente immobilière d'abord par l'article 53 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006, puis par l'article R. 322-20 du Code des procédures civiles d'exécution, issu du décret n° 2012-783 du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire de ce code.

B. Réception d'une réalisation conventionnelle

423. **Origines et opportunité des clauses de réalisation d'assiette.** Les pendants conventionnels¹²³⁶ des voies judiciaires de réalisation des sûretés réelles existent de longue date. Ainsi, la clause de voie parée – du latin *via parata*¹²³⁷ – permettant au créancier d'aliéner l'assiette sans autorisation judiciaire préalable ni recours aux enchères publiques, était déjà connue du droit romain qui validait le *pactum de distrabendo*¹²³⁸. Le pacte commissaire, permettant l'appropriation de l'assiette sans intervention judiciaire, arbore des origines tout aussi anciennes¹²³⁹.

Nous avons souligné la fragilité des justifications de leur prohibition dès lors que leur encadrement légal sera de nature à assurer la même sécurité que celle fournie par l'intervention judiciaire. Par ailleurs, leur opportunité n'est plus à démontrer : elles permettent une réalisation souple et peu onéreuse de la sûreté. Aussi, la sûreté globale, par prolongement des assouplissements jurisprudentiels et légaux de leur prohibition d'ores et déjà intervenus, devra constituer l'occasion de la consécration générale des clauses de réalisation d'assiette (I) pour lesquelles il faudra édicter un régime (II).

I. Consécration générale des clauses de réalisation d'assiette

424. **La réception des clauses de réalisation initiée par la jurisprudence.** Le relâchement de l'emprise judiciaire sur la réalisation des sûretés réelles a débuté par une initiative jurisprudentielle cantonnant le domaine de la prohibition des clauses de réalisation d'assiette.

La position de principe fut énoncée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 mars 1903¹²⁴⁰ à propos d'une clause de voie parée. Interprétant avec souplesse l'article 742 de l'ancien Code de procédure civile, il fut jugé que la prohibition de la clause permettant au créancier de vendre le bien sans recourir aux formalités prescrites

¹²³⁶Sur les aménagements conventionnels de la réalisation des sûretés, v. P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, p. 328, n° 265 ; P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 541 et s.

¹²³⁷Terme véhiculant l'idée d'une exécution prévue à l'avance.

¹²³⁸La prohibition est apparue dès l'ancien droit. Sur ce point, v. A.-E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français, Les obligations*, avec la collaboration de R. VILLERS, 4^{ème} éd., Dalloz, 1958, p. 414, n° 597.

¹²³⁹La prohibition fut initiée dès le droit romain puis prolongée par l'ancien droit. V. not. A.-E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français, Les obligations*, avec la collaboration de R. VILLERS, *op. cit.*, spéc. p. 394, n° 563 ; J.-P. LÉVY, « Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », Conférence prononcée à Lausanne en 1986, *Diachroniques*, éd. Loysel, 1995, p. 169 et s.

¹²⁴⁰Cass. civ., 25 mars 1903 ; DP 1904, 1, p. 273, note E. GUÉNÉE.

ne visait, dans l'esprit du législateur, que celle consentie lors de la souscription de la sûreté¹²⁴¹. La position fut par la suite constamment réaffirmée¹²⁴² et logiquement étendue au pacte comissoire¹²⁴³. À l'examen du mouvement jurisprudentiel, la validité des clauses de réalisation d'assiette s'articulait autour d'un critère temporel. La nullité restait encourue si l'aménagement conventionnel était concomitant à la constitution de la sûreté ; elle ne l'était plus en présence d'un aménagement intervenant postérieurement. La solution retenue montrait un implicite : la justification de la prohibition résultait moins de la protection offerte par l'intervention judiciaire que de l'état de faiblesse du constituant au moment de l'octroi du crédit. Dès lors, la règle inspirée par un ordre public de protection était sujette à renonciation une fois le droit acquis, c'est à dire le crédit obtenu. Quoi qu'il en soit, le postulat retenu demeurait critiquable. Restreindre l'état de faiblesse à la seule date de l'octroi du crédit est largement réducteur puisqu'il peut parfaitement se prolonger dans le temps. Ainsi en va-t-il d'un constituant qui, se sachant dans l'impossibilité de s'acquitter de la créance garantie à l'échéance, concède une clause de réalisation conventionnelle d'assiette en contrepartie d'un report du terme. Inversement, l'état de faiblesse ne caractérise pas nécessairement tout débiteur en quête de crédit. Ainsi, il est des hypothèses où le recours à une réalisation conventionnelle participe aux intérêts tout à la fois du créancier et du constituant, qui la consent sans qu'elle ne lui soit « imposée ».

Finalement, l'initiative des magistrats relevait de la volonté louable de rendre aux parties la marche de la réalisation des sûretés réelles. Elle demeurait pourtant imparfaite dès lors qu'elle s'organisait autour d'un critère temporel inapproprié et justifiant mal le maintien de la prohibition des clauses conclues lors de la constitution de la sûreté. Toutefois, la jurisprudence avait le mérite d'avoir instauré un régime dual mais unitaire des clauses conventionnelles de réalisation d'assiette : prohibées si consenties à la

¹²⁴¹Cass. civ., 25 mars 1903, préc. : la « mesure de protection édictée en faveur du débiteur, pour le mettre à l'abri d'exigences qui se manifesteraient dans beaucoup de cas et que le besoin d'argent pourrait l'obliger à subir [...] est sans application, lorsque, à une époque ultérieure, le débiteur, pour arriver à sa libération, donne à son créancier le mandat de vendre dans un intérêt commun ». Pour une réception antérieure, par des cours d'appel, de clauses de voie parée conclues postérieurement à la constitution de la sûreté, v. BORDEAUX, 27 avr. 1885 ; *DP*, 1886, 2, p. 263 ; POITIERS, 24 mai 1897 ; *DP*, 1897, 2, p. 270. Pour une confirmation postérieure à propos d'un gage, v. Cass. com., 5 oct. 2004, n° 01-00.863, *Bull. civ. IV*, n° 176, p. 199 : « les dispositions de l'article 2078 du Code civil ne font pas obstacles à ce que, postérieurement à la constitution du gage, le débiteur donne mandat au créancier gagiste de procéder pour son compte à la vente de la chose donnée en gage » ; *JCP* 2004, I, p. 188, n° 17. La qualification retenue par cet arrêt de contrat de mandat est intéressante : par le jeu des obligations du mandataire, c'est évidemment la protection du constituant qui est ainsi assurée. Le créancier bénéficiaire devra agir loyalement envers le constituant et s'abstenir de toute vente à vil prix sauf à voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1992 du Code civil.

¹²⁴²V. not. Cass. com., 5 oct. 2004, préc.

¹²⁴³Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1959, *Bull. Civ. I*, n° 480, p. 398 ; *D.* 1960, somm., p. 37 ; *RTD civ.* 1960, n° 5, p. 138, obs. H. SOLUS. Rapp. Cass. com., 12 janv. 1965, n° 63-10.162, *Bull. Civ. IV*, n° 38 ; *JCP* 1966, II, 14469. Pour une approche générale, v. M. STORCK, « L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage », *LPA* 30 oct. 1987, n° 130, p. 29 et s.

formation de la sûreté, elles étaient valables en l'hypothèse d'une création postérieure. La réforme du 23 mars 2006¹²⁴⁴ a bouleversé cet ordre établi.

425. **La réception des clauses de réalisation prolongée par le législateur.** Conformément au projet de réforme du droit des sûretés proposé par la commission GRIMALDI, l'ordonnance du 23 mars 2006¹²⁴⁵ a procédé à une consécration générale du pacte comissoire¹²⁴⁶. Qu'il s'agisse du gage¹²⁴⁷, du nantissement¹²⁴⁸, de l'antichrèse¹²⁴⁹ ou encore de l'hypothèque conventionnelle¹²⁵⁰, il peut être convenu dès la constitution de la sûreté ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie, le créancier deviendra automatiquement propriétaire du bien engagé. Ces dispositions ne reprennent pas le critère temporel retenu par la jurisprudence. La validité est donc de principe que le pacte soit conclu dès la constitution de la sûreté¹²⁵¹ ou postérieurement. L'initiative est opportune dès lors que la réalisation conventionnelle permet un gain de temps et d'argent. Ce constat s'exprime avec une particulière vérité en présence de biens circulants dont l'immobilisation prolongée ne profite ni au constituant, qui en a besoin pour son activité, ni au créancier, qui risque de voir la valeur de l'assiette déperir.

Ce qui étonne en revanche est le domaine de la consécration opérée, quant au pacte comissoire lui-même, et, plus généralement quant aux clauses de réalisation d'assiette.

Le pacte comissoire, reçu par le droit commun, se trouve écarté, de façon incompréhensible, concernant le nouveau gage des stocks consacré par la

¹²⁴⁴Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹²⁴⁵Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹²⁴⁶S. HÉBERT, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007, p. 2052 et s. ; C. CARBONNEL, « Le pacte comissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », *JCP E* 2007, 2536, p. 15 et s. ; S. PERUS, « Des aspects du pacte comissoire », *RLDC* juin 2008, p. 29 et s. Pour une étude du pacte comissoire, v. not. V. WIEDERKERH, « Pactes comissoires et sûretés conventionnelles », in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661 et s. ; J.-M. HOCQUARD, « Le pacte comissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée ? », *Dr. et patrimoine* nov. 2005, p. 80 et s. ; C. JACOMIN et B. LACOURTE, « De l'intérêt du pacte comissoire dans les sûretés réelles », *RLDC* 2012, n° 99, p. 25 et s.

¹²⁴⁷C. civ., art. 2348.

¹²⁴⁸C. civ., art. 2355, al. 5 (renvoyant au droit commun du gage).

¹²⁴⁹C. civ., art. 2388, al. 2 (par renvoi aux articles 2458 à 2460).

¹²⁵⁰C. civ., art. 2459. Néanmoins, la clause demeurera sans effet si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur (C. civ., art. 2459, al. 2).

¹²⁵¹L'initiative est louable, puisqu'elle évite aux parties de recourir à des dissimulations pour conclure un pacte comissoire dès la création de la sûreté. C'est qu'en effet, il était fréquemment recouru à la vente à réméré permettant au vendeur de récupérer la chose en exerçant sa faculté de rachat. Ce subterfuge n'était toutefois d'aucune utilité puisque la jurisprudence disqualifiait l'opération et l'annulait sur le fondement de la prohibition du pacte comissoire (Cass. com., 24 oct. 1956 ; *Gaz. Pal.* 1957, I, p. 128).

réforme¹²⁵². Cette nouvelle sûreté destinée aux professionnels constitue pourtant le cadre de choix dans lequel le pacte comissoire trouve toute son utilité. Par ailleurs, la prohibition reposait sur une volonté de protection du constituant. Le recours au gage des stocks se trouve limité aux professionnels¹²⁵³, alors que les sûretés du Code civil sont ouvertes à tous. C'est donc qu'il faudrait protéger plus encore le professionnel rompu à la vie des affaires que le profane réputé n'en avoir aucune connaissance. Une telle position apparaît largement contestable.

Une incohérence plus criante encore réside dans le domaine de la consécration des clauses de réalisation d'assiette. Alors que le pacte comissoire fait l'objet d'une consécration générale, la prohibition de la clause de voie parée est réaffirmée¹²⁵⁴. Il est pourtant constant que l'interdiction des deux clauses reposait sur une identité de justifications : la position de faiblesse du débiteur et le risque d'une réalisation usuraire du créancier¹²⁵⁵. On comprend mal, dès lors, la distorsion de traitement opérée¹²⁵⁶. La clause de voie parée n'est pas plus spoliatrice que le pacte comissoire pourvu que le créancier soit tenu de rechercher le meilleur montant dans la vente amiable de l'assiette.

426. La réception des clauses de réalisation généralisée par l'avènement de la sûreté globale. L'examen du droit actuel montre que le traitement juridique des clauses de réalisation d'assiette instauré par l'ordonnance du

¹²⁵²C. com., art. 527-1 à L. 527-11 (issus de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc). Pour une étude du gage des stocks du Code de commerce, v. S. CABRILLAC, « Le gage sur stocks du Code de commerce », in *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, art. préc., p. 45 et s.

¹²⁵³C. com., art. 527-1.

¹²⁵⁴C. civ., art. 2346 (à propos du gage), art. 2458 (concernant l'hypothèque). Un assouplissement a néanmoins été opéré en matière de gage commercial. En la matière, la vente forcée aux enchères publiques pourra être entreprise sans intervention judiciaire mais seulement suite à une signification faite au débiteur et l'écoulement d'un délai de huit jours à compter de celle-ci (C. com., art. 521-3, al. 1).

¹²⁵⁵En ce sens, J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 362, n° 984. La jurisprudence appliquait d'ailleurs un régime unitaire aux deux clauses, leur validité étant conditionnée à une conclusion postérieure à la constitution de la sûreté.

¹²⁵⁶La frilosité du législateur résulte probablement de la position retenue par la commission GRIMALDI qui, chargée d'élaborer l'avant-projet de texte servant de support à la réforme des sûretés, n'a pas proposé la levée de la prohibition de la clause de voie parée (sur cette commission et l'avant-projet de texte qu'elle a proposé, v. *supra*, n° 56 en note). La commission justifie le maintien de la prohibition en ces termes : « Parce que l'efficacité d'une sûreté implique la simplicité et la rapidité de ses modes de réalisation, et que tel est bien le sens de l'évolution actuelle du droit positif, mais qu'il convient de protéger le débiteur et les autres créanciers d'une procédure sommaire qui serait de nature à les spolier, il est proposé de maintenir la prohibition de la clause de voie parée [...] » (Rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, remis au garde des sceaux le 31 mars 2005, p. 12, consultable à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics//BRP/054000230/0000.pdf>). L'argumentation ne convainc pas. Conformément à une jurisprudence établie, la clause de voie parée peut être consentie pourvu qu'elle ne soit pas concomitante à la création de la sûreté (v. *supra*, n° 424). Pourtant, si elle est une source de spoliation des autres créanciers du constituant, elle devrait être invariablement prohibée.

23 mars 2006¹²⁵⁷ apparaît incohérent à bien des égards. Aussi doit-il être modifié et la réception de la sûreté globale pourra en constituer l'occasion. La distorsion de traitement entre la clause de voie parée et le pacte comissoire n'étant pas justifiée, il s'agira de reconnaître une validité de principe pour les deux aménagements conventionnels de la réalisation. Ce faisant, il sera mis un terme à l'incohérence actuelle de la matière recevant le pacte comissoire mais ne validant les clauses de voie parée qu'à condition qu'elles soient prévues par un avenant postérieur à la convention constitutive de sûreté.

Valables par principe, les clauses de réalisation d'assiette seront évidemment reçues pour la sûreté nouvelle. Aussi, les parties à la sûreté globale pourront conclure tant un pacte comissoire qu'une clause de voie parée. Plus encore, il leur sera loisible de conclure cumulativement l'un et l'autre. Nous l'avons souligné, l'assiette-universalité de la sûreté globale recevra une pluralité de biens circulants manifestant entre eux une disparité de qualité. À cet égard, il sera plus opportun de recourir à une vente pour certains et à une attribution pour d'autres. Voici un débiteur qui consent une sûreté globale au profit d'un de ses fournisseurs, l'assiette-universalité regroupant les biens circulants fournis par ce créancier mais également d'autres, dont dispose le constituant. L'attribution en propriété des composants fournis par le bénéficiaire de la sûreté sera opportune, puisqu'il les réintègrera dans son processus de commercialisation. En revanche, il ne souhaitera pas s'encombrer des autres biens circulants composants l'ensemble et leur vente apparaîtra plus indiquée¹²⁵⁸. C'est pour répondre à cette situation qu'il faudra permettre aux parties de recourir tout à la fois à une clause de voie parée et un pacte comissoire sur la même sûreté globale. Toutefois, les composants de l'assiette-universalité ne seront pas l'objet de l'une et de l'autre. Dès lors, les parties devront identifier les composants de l'assiette-universalité objet du pacte comissoire, et ceux concernés par la clause de voie parée.

Au-delà, cette consécration générale des clauses de réalisation d'assiette imposera de les enfermer dans quelques limites, en somme, d'édicter un régime légal.

¹²⁵⁷ Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

¹²⁵⁸ Notons qu'en optant pour l'attribution en propriété, il pourra, par la suite, procéder à la vente des composants de l'assiette-universalité, que ceux-ci soient des biens qu'il a vendus au débiteur ou non. Toutefois, il ne disposera pas nécessairement des infrastructures nécessaires pour conserver les biens engagés autres que ceux qu'il a fournis. Aussi, le recours immédiat à la vente sans passer par l'attribution en propriété apparaîtra plus commode.

II. Régime des clauses de réalisation d'assiette

427. **Forme et publicité des clauses.** Quel que soit le mode de réalisation choisi, l'aménagement conventionnel de la réalisation de l'assiette-universalité devra être formalisé à deux niveaux : entre les parties et vis-à-vis des tiers.

Entre les parties, d'abord, puisqu'elles devront faire apparaître l'existence d'une clause de réalisation d'assiette au sein de la convention. Partant, si l'aménagement est convenu postérieurement à la convention constitutive de sûreté, un avenant devra être rédigé. Cette formalité tendra à assurer la sécurité juridique de la sûreté globale, évitant une remise en cause postérieure par le constituant de la possibilité pour le bénéficiaire de réaliser sa sûreté sans intervention judiciaire.

Vis-à-vis des tiers, ensuite, puisque les clauses de réalisation devront également faire l'objet d'une mesure de publicité. Ainsi, le bordereau d'inscription de la sûreté globale fera apparaître l'existence d'un pacte comissoire ou d'une clause de voie parée, information transcrite sur le registre¹²⁵⁹. Par cette seconde exigence, ce sera la sécurité des tiers qui se trouvera assurée et particulièrement celle de bénéficiaires de sûretés globales postérieurement consenties. Sachant que la réalisation sera entreprise par le créancier, ils pourront se diriger vers lui pour que soit consigné le prix de vente ou la somme versée venant compenser une attribution en propriété de l'assiette-universalité dont la valeur dépassera la créance restant due.

428. **Cadre légal régissant les clauses.** Dans la majorité des cas, les clauses de réalisation d'assiette « ne comporte plus à l'heure actuelle de volonté usuraire ni de volonté d'expropriation à vil prix »¹²⁶⁰. Toutefois, l'erreur serait d'ignorer totalement le risque, qui est pourtant incontestablement latent. Dès lors, s'il faudra recevoir l'encadrement conventionnel de la réalisation de la sûreté globale et, plus généralement, des sûretés réelles conventionnelles, les clauses de réalisation d'assiette devront faire l'objet d'un régime légal fixant quelques règles impératives de nature à éviter que soit méconnus les intérêts du constituant et des tiers.

Quant au pacte comissoire, le législateur, conscient de l'impératif, a prévu un régime équilibré lors de sa réception en matière de gage et d'hypothèque qu'il

¹²⁵⁹Cette exigence est déjà formulée à propos du gage de droit commun (v. décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, préc., art. 2, 3°).

¹²⁶⁰P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th. préc., p. 558, n° 748.

conviendra de transposer. Ainsi, la valeur des composants de l'assiette-universalité devra être déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement¹²⁶¹. L'obligation résultant du pacte comissoire étant de donner, le créancier sollicitera son exécution forcée en nature à défaut de remise volontaire du constituant avec, si besoin, le secours de mesures d'exécution à fin de restitution¹²⁶². Par ailleurs, si la valeur du bien attribué en propriété excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence sera versée au constituant ou consignée s'il existe d'autres créanciers¹²⁶³. Ses règles impératives¹²⁶⁴, quoique peu originales puisque s'inspirant de celles encadrant l'attribution judiciaire en propriété, se révéleront néanmoins opportunes : elles permettront de protéger tout à la fois le constituant et ses autres créanciers.

Concernant la clause de voie parée, le risque réside dans une vente à vil prix. Pour éviter cet écueil, il sera imposé au créancier de recourir à l'ensemble des diligences de nature à obtenir une vente au meilleur prix¹²⁶⁵. L'obligation sera de moyens, le bénéficiaire de la sûreté devant justifier des mesures entreprises en cas de reproches. L'appréciation du comportement du créancier sera une question de fait appréciée *in abstracto*, et son attitude ne sera fautive que s'il n'a pas entrepris les diligences qu'un autre, dans la même situation pour la vente de biens identiques, aurait nécessairement accomplies. Bien évidemment, la vente des composants de l'assiette-universalité à un prix inférieur à celui du marché constituera un indice de comportement fautif. Toutefois, cet élément ne caractérisera pas à lui seul le manquement à l'obligation du créancier qui ne saurait endosser la responsabilité d'une conjoncture économique défavorable.

Si le défaut d'accomplissement des diligences adéquates est établi, le créancier engagera sa responsabilité contractuelle. Dès lors, le constituant obtiendra une créance indemnitaire qui viendra en diminution de sa dette par le mécanisme de la compensation. La sûreté aboutira alors à l'inverse du résultat escompté, puisqu'au

¹²⁶¹C. civ., art. 2348, al. 2 (à propos du gage) ; art. 2460, al. 1 (relatif à l'hypothèque conventionnelle).

¹²⁶²Saisie-appréhension pour les meubles ; procédure d'expulsion pour les immeubles. Sur ces procédures, v. R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, p. 805 et s., p. 834 et s. ; A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, *op. cit.*, p. 567 et s., p. 841 et s.

¹²⁶³C. civ., art. 2348, al. 3 (en matière de gage) ; art. 2460, al. 2 (concernant l'hypothèque conventionnelle).

¹²⁶⁴En ce sens, à propos du gage et de l'hypothèque, v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 818, n° 1089.

¹²⁶⁵La même exigence est retrouvée pour le *security interest* de droit américain, la vente amiable réalisée par le créancier devant intervenir « conformément aux pratiques commerciales en vigueur entre vendeurs professionnels de biens de même type » : J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 359, n° 974. V. UCC, §9-627.

lieu de permettre le paiement de la créance garantie, elle conduira à sa diminution ce qui dissuadera probablement le créancier garanti d'entreprendre une vente à vil prix.

Pour la mise en œuvre de la vente des biens grevés, le bénéficiaire de la sûreté disposera d'une grande latitude. Certes, il devra mettre en demeure le débiteur de payer la créance garantie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception avant l'expiration d'un délai de quinze jours¹²⁶⁶. Par ailleurs, si les parties ne s'accordent pas sur l'évaluation du prix des biens engagés, un expert sera désigné à l'amiable ou judiciairement. Mais pour le reste, le créancier bénéficiaire déterminera librement le lieu de la vente¹²⁶⁷, sa date et les modes de publicité à entreprendre pour avertir les acquéreurs potentiels. Concernant la sûreté globale et si les biens circulants composant l'assiette-universalité nécessitent des compétences particulières, le créancier pourra solliciter le secours d'un vendeur professionnel¹²⁶⁸. Dans ce dernier cas, la rémunération du tiers mandataire sera prélevée sur le prix de vente obtenu. La vente intervenue, le créancier bénéficiaire fera valoir son droit de préférence et la créance de prix lui sera directement versée par l'acquéreur dans la limite du montant de la créance garantie, sauf si des créanciers saisissants se sont manifestés, auquel cas la somme sera consignée entre les mains de l'huissier de justice pour être distribuée. Bien évidemment, si la créance de prix ne suffit pas à absorber les sommes garanties, le débiteur ne sera pas libéré et restera tenu pour le montant restant.

Encadrée de la sorte, la vente amiable de l'assiette par le créancier bénéficiaire d'une sûreté globale, ou de tout autre sûreté réelle conventionnelle, ne sera plus de nature à faire craindre des pratiques usuraires, puisque les intérêts du constituant et ceux des autres créanciers seront protégés.

¹²⁶⁶Ce délai est inspiré par les warrants à domicile et plus particulièrement par le warrant agricole (C. rural et de la pêche, art. L. 342-11, al. 3 : « En cas de refus de paiement, le porteur du warrant peut, quinze jours après la lettre recommandée adressée à l'emprunteur comme il est ci-dessus prescrit, faire procéder par un officier public ou ministériel ou un courtier de marchandises assermenté à la vente publique de la marchandise engagée »). Il s'agit de laisser un répit au débiteur dans l'hypothèse où l'absence de paiement de la créance garantie ne résulterait que d'une simple négligence. La même exigence de mise en demeure assortie d'un délai de quinze jours sera appliquée au pacte commissaire.

¹²⁶⁷Les biens circulants étant souvent des stocks volumineux, le plus simple sera de les laisser dans les locaux du constituant pour procéder à la vente.

¹²⁶⁸Il pourra même confier au constituant la charge de vendre les composants de l'assiette-universalité, ce dernier étant sans doute le mieux placé : connaissant les spécificités des composants objets de la vente, il disposera en outre d'une clientèle susceptible de faire émerger des acquéreurs potentiels. Toutefois, cette voie sera probablement peu pertinente. Nombre de constituants se montreront réfractaires à donner les meilleurs soins à cette vente. Plus encore, ils pourront tenter de la retarder par des manœuvres dilatoires contraires aux intérêts du créancier. En ce sens, v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés réelles, contribution à une rationalisation du droit français*, th. préc., p. 356, n° 967.

429. **Conclusion du Chapitre II.** Les développements qui précèdent ont permis de révéler les effets qu'il faudra reconnaître à la sûreté globale.

Alors que la garantie sera pendante, l'obligation de conservation de l'assiette-universalité pesant sur le constituant n'aboutira pas à l'immobilisation juridique des biens engagés¹²⁶⁹. Tout à l'inverse, elle permettra le renouvellement des éléments de l'ensemble dans le respect du plafond de reconstitution. Le contrôle de la bonne exécution de cette obligation de conservation sera assuré par la nécessité de tenir un état de l'assiette, auquel le bénéficiaire pourra accéder à première demande. Voilà qui permettra de le rassurer, dès lors que la nature fluctuante de l'assiette de sûreté globale pourra faire craindre une déperdition de la valeur de l'ensemble initialement engagé. En outre, ce contrôle fera apparaître une éventuelle défaillance du constituant dans son obligation de conservation. En ce cas, outre l'indisponibilité qui frappera les éléments engagés, le bénéficiaire pourra solliciter la reconstitution de l'assiette-universalité, le paiement de la créance garantie en proportion de la diminution constatée, ou la déchéance immédiate de son terme, sanctions qui apparaîtront tout aussi dissuasives pour le constituant que rassurantes pour le bénéficiaire.

Si les effets de la sûreté globale proposée recouvreront une singularité certaine avant la défaillance du constituant, ceux reconnus après seront plus classiques. Une fois la défaillance intervenue, il s'agira, à l'instar de ce qui est prévu pour les sûretés réelles existantes, de permettre le paiement du créancier bénéficiaire. On en reviendra alors à une vision traditionnelle de la sûreté réelle avec une immobilisation matérielle et juridique de l'assiette-universalité et, partant, de ses composants. La fonction des biens circulants engagés sera largement contrariée mais l'appréhension de la valeur de l'assiette est à ce prix, et la défaillance du débiteur ne pourra conduire à une autre conséquence. Quoi qu'il en soit, et il s'agira de la principale nouveauté, cette réalisation deviendra la chose des parties puisque nous proposons la consécration générale des clauses de réalisation d'assiette, tant pour la sûreté nouvelle que pour celles déjà consacrées.

À travers les effets proposés pour la sûreté globale, c'est finalement toute la richesse et les ressources de l'assiette appréhendée en une universalité de fait qui

¹²⁶⁹Il est vrai que cette possibilité est admise en matière de gages sur choses fongibles. Mais la fluctuation de l'assiette demeure une particularité de régime enfermée dans des limites étroites, puisque suspendue à la fongibilité des meubles engagés. Sur ce point, v. *supra*, n° 181 et n° 192.

émergeront. Le sort autonome que conserveront les composants engagés permettra d'obtenir une gestion souple de l'assiette-universalité alors que la sûreté globale sera pendante. Partant, l'affectation en garantie du bien circulant ne contredira plus sa fonction puisqu'il demeurera pleinement disponible. De la même façon, la structure de l'assiette-universalité permettra, en faisant cette fois prévaloir le sort commun de l'ensemble, d'immobiliser les éléments grevés à la défaillance du débiteur, en les rendant indisponibles, pour que le créancier bénéficiaire puisse obtenir paiement.

430. **Conclusion du Titre II.** Nous nous en souvenons, le régime à construire pour la sûreté globale devra répondre d'un équilibre entre sécurité et souplesse. Les propositions que nous avons formulées contribueront probablement à atteindre ce résultat.

Le régime envisagé à réception permettra d'abord d'assurer la sécurité juridique de l'engagement. Par l'exigence d'un écrit devant contenir quelques informations obligatoires, on évitera une convention revêtant des contours flous et, par là même, les contestations judiciaires. Le régime prévu protégera ensuite les intérêts du créancier bénéficiaire, notamment par l'obligation faite au constituant de renouveler les composants de l'assiette-universalité qui auront été aliénés, détruits ou incorporés. Ainsi, la fluctuation des éléments de l'ensemble, permise par le pouvoir de gestion dynamique reconnu au constituant, n'aboutira pas à une diminution de la valeur de la sûreté. Enfin, le régime proposé garantira la sécurité des tiers par l'enregistrement de la sûreté globale, mesure de publicité permettant de les informer de son existence et, au-delà, de son étendue.

Si le régime de la sûreté globale devra être sécurisant, il ne pourra rendre cette garantie nouvelle attractive sans permettre une certaine souplesse. Celle-ci devra d'abord se manifester à propos de l'obligation de conservation pesant sur le constituant, pour que la sûreté envisagée s'accorde avec la fonction du bien circulant. Pour ce faire, nous proposons que cette obligation sera valablement exécutée pourvu que la valeur de l'assiette-universalité initialement constatée soit conservée, quoique les biens circulants venant en remplacement n'entretiennent aucune identité objective avec ceux qu'ils remplacent. La souplesse devra ensuite se manifester par la reconnaissance d'un pouvoir d'intervention conventionnelle sur les effets de la sûreté globale, alors que celle-ci sera pendante mais également lorsqu'il s'agira de la réaliser.

C'est donc tout naturellement qu'il faudra permettre aux parties d'aménager l'obligation de conservation, notamment par la modification du champ des biens circulants admis à venir en remplacement, et qu'il sera proposé de leur laisser la marche de la réalisation, par la réception de la clause de voie parée et du pacte commissaire.

En somme, c'est la conjugaison d'un cadre légal avec des interstices de liberté qui constituera le *palladium* de l'attractivité de la sûreté que nous envisageons à réception : le cadre légal ménagera la sécurité juridique et l'efficacité de la sûreté globale ; quant aux interventions conventionnelles, elles permettront d'adapter l'institution nouvelle aux particularismes de chaque situation.

431. **Conclusion de la Seconde Partie.** En dépit de sa singularité, la sûreté proposée s'accordera aisément avec le droit positif. C'est qu'en effet, la sûreté globale se conformera aux principes directeurs encadrant la matière. Sa nature hypothécaire, même si l'institution nouvelle portera fréquemment sur des meubles, ne posera pas difficulté, dès lors que le droit positif s'est détaché du principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière. Quant à sa nature fluctuante, elle ne contredira pas l'exigence de spécialité des biens grevés puisque l'universalité de fait, formée par la réunion en assiette des biens grevés, constituera un bien déterminé au contenu déterminable.

Au-delà, la réception de la sûreté globale permettra de fournir une figure de garantie pleinement adaptée à la fonction du bien circulant. L'absence de dépossession en faveur du créancier ménagera au constituant la disponibilité matérielle des biens circulants engagés, alors que sa nature fluctuante permettra leur disponibilité juridique. Pour autant, son régime encadrera la fluctuation des éléments grevés et la valeur de l'ensemble devra être maintenue. Partant, si les intérêts du constituant seront ménagés par les caractères de l'institution nouvelle, son régime assurera la sécurité du créancier bénéficiaire. La sûreté proposée ménagera finalement l'ensemble des intérêts en présence et érigera le bien circulant en un instrument central de financement des professionnels par son affectation en garantie. Plus encore, elle permettra l'enrichissement du droit positif, puisqu'elle en comblera les lacunes.

CONCLUSION GÉNÉRALE

432. **Les enseignements.** Ne serait-ce qu'au regard de la place centrale qu'il occupe au sein du patrimoine du professionnel et, par prolongement, de la source considérable de crédit qu'il est susceptible de constituer, le bien circulant en assiette de sûreté méritait une étude. Restait néanmoins à découvrir les enseignements qui en émergeraient. Nous le savons désormais, ils sont multiples et ouvrent, à de nombreux égards, des pistes prometteuses pour l'amélioration du droit positif.

En premier lieu, l'identification du bien circulant a permis de lui donner une définition juridique propre. Il en est ressorti que ce bien, que l'on ne peut correctement appréhender qu'en se détachant des distinctions des choses par leur nature physique, se caractérise par sa fonction et, par-là même, manifeste une autonomie certaine. Ceci ne va d'ailleurs pas sans perturber quelque peu la structure légale des biens, sur laquelle les sûretés réelles s'alignent, et qui se divise autour de la nature mobilière et immobilière des choses. C'est proprement pour dépasser les insuffisances de cette structure, sans pour autant y renoncer, que nous proposons de la compléter par une autre distinction, complémentaire, séparant le bien circulant du bien stable. Ce faisant, le droit positif pourra s'assouplir et recevoir des biens de toute nature physique au sein d'une sûreté unique, ce qui constitue certainement un préalable à son enrichissement.

En sus de la singularité du bien voué à circuler, la démarche suivie par l'étude a permis, en abordant la conception traditionnelle des sûretés réelles sous l'angle de la fonction du bien qui nous occupe, d'en révéler les insuffisances. C'est qu'en effet, ce modèle, à quelques égards suranné, contredit largement la fonction du bien envisagé, ce qui ne peut aboutir à une autre conséquence que son exclusion en tant

qu'assiette de sûreté. Ce n'est plus à démontrer, l'opposition avec la fonction du bien circulant découle d'une conception stricte des sûretés réelles qui, soucieuse peut-être à l'excès de la protection du créancier bénéficiaire, imposait la dépossession des meubles engagés et ne permettait pas le remplacement des éléments de l'assiette. Toutefois, le constat d'échec a été nuancé par l'examen de la conception renouvelée des sûretés réelles ayant émergé de la réforme de 2006¹²⁷⁰. Ainsi sont apparues des pistes de rencontre entre le bien circulant et le droit des sûretés. Particulièrement, il est ressorti que les insuffisances du droit existant ne résultaient plus, pour l'essentiel, des concepts directeurs encadrant les sûretés réelles – en somme, de sa conception profonde –, mais d'une exploitation insuffisante par le législateur, et, dans une certaine mesure, de la jurisprudence, des instruments existants de nature à rendre la matière pleinement et invariablement conforme à la fonction du bien circulant. Vient en exemple la résurgence du principe de dépossession qui, en dépit de l'abandon de son caractère obligatoire, semble encore nourrir le gage de droit commun et, par-là même, aboutit à la reconnaissance maladroite d'un droit fictif de rétention en faveur du gagiste non possesseur. Nous pensons également aux limites encore assignées à l'assiette fluctuante qui, s'adaptant pleinement aux biens voués à circuler en permettant la subrogation réelle d'éléments successifs, n'est consacrée que pour les meubles fongibles ou pour le nantissement de compte-titres.

433. **La proposition.** À force d'identification de potentialités inexploitées, l'étude ne pouvait que basculer de l'existant vers le prospectif. Seulement, pour dépasser les insuffisances actuelles, un effort de synthèse, de compilation, d'organisation s'imposait. Il nous est apparu que pour le mener à bien, il fallait, tout autant que s'inspirer de l'existant, s'en détacher également en proposant la construction d'une institution nouvelle de garantie : la sûreté globale.

Voilà la tâche à laquelle s'est attelée la seconde partie de cette étude, avec le souci constant de proposer une institution nouvelle de garantie répondant aux canons d'une sûreté efficace et attractive. Partant, il s'est agi d'élaborer une institution de garantie ménageant cumulativement les intérêts du constituant et du bénéficiaire. L'entreprise pouvait paraître irréalisable tant il semble, au premier regard, que la fonction du bien circulant et le but devant être atteint par une sûreté

¹²⁷⁰Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, préc.

réelle vont en sens opposés. C'est qu'en effet, là où le bien circulant appelle à la disponibilité et à la circulation, la sûreté oriente vers l'immobilisme, sinon dans le contenu de l'assiette, au moins de sa valeur.

En réalité, nous espérons l'avoir montré, l'opposition n'est qu'apparente dès lors qu'elle peut être surmontée. Pour ce faire, nous avons proposé, dans ce qui n'est qu'une esquisse, de recevoir une sûreté détachée de la nature physique des biens qu'elle reçoit et arborant une nature hypothécaire ainsi que fluctuante. Par ces caractères, la sûreté globale ménagera la disponibilité matérielle des biens grevés, tout autant que leur disponibilité juridique. Concernant celle-ci, elle s'obtiendra par la qualification de l'assiette en universalité de fait, ce qui permettra d'exploiter la structure singulière de ce bien. En tant qu'enveloppe juridique, l'assiette-universalité permettra la fluctuation de son contenu et le renouvellement des biens grevés sans que la subrogation réelle n'emprunte le prisme de la fongibilité. En tant que bien, elle constituera l'objet déterminé du droit réel de garantie conféré par la sûreté globale, ce qui permettra de se conformer au principe de spécialité des biens grevés.

Si les caractères proposés pour la sûreté globale ménageront les impératifs du constituant, les intérêts du créancier ne seront pas pour autant négligés. En ce sens, le régime que nous proposons pour l'institution nouvelle obligera le constituant à maintenir la valeur de l'assiette, sauf à encourir des sanctions tout aussi dissuasives que réparatrices. La valeur de la sûreté globale, en dépit de la fluctuation des éléments de son assiette-universalité, sera donc invariablement conservée et la garantie arborera toujours la même vertu satisfaisante pour le créancier. Ceci, nous le pensons, sera le ferment de son attractivité dès lors que la sûreté réelle n'est rien moins qu'une réserve de valeur. En outre, cette attractivité sera probablement renforcée par la place de choix que nous suggérons pour l'intervention conventionnelle. Que l'on se place avant ou après la défaillance du constituant, les parties pourront aménager son régime ce qui ne manquera pas d'adapter la sûreté proposée aux différents besoins des acteurs économiques. Voilà un résultat qu'un régime légal invariablement impératif, aussi détaillé qu'il soit, ne peut jamais totalement atteindre. Ainsi, le dispositif légal envisagé pour la sûreté globale, que nous avons synthétisé au sein d'une proposition de texte¹²⁷¹, suivra l'esprit que

¹²⁷¹V. *infra*, PROPOSITION DE RÉFORME DU DROIT DES SÛRETÉS RÉELLES PERMETTANT LA RÉCEPTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE, p. 337 et s.

PORTALIS voulait pour les lois, qui « ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie »¹²⁷².

¹²⁷²J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801)*, in *Le discours et le code – Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. XXI et s.

PROPOSITION DE RÉFORME DU DROIT DES SÛRETÉS RÉELLES
PERMETTANT LA RÉCEPTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE

- I -

Les modifications au sein du Code civil

La réception de la sûreté globale supposera la modification ou l'abrogation de certains articles du Code civil. Par ailleurs, il faut dégager les dispositions qui, insérées au sein du Code civil, encadreraient la sûreté globale.

1. Modification et abrogation de certaines dispositions du Code civil

La réception de la sûreté globale imposera tout d'abord de faire apparaître cette nouvelle cause de préférence. Pour ce faire, l'article 2323 du Code civil pourrait être rédigé en ces termes :

« Les causes légitimes de préférence sont les privilèges, les sûretés réelles sur les immeubles, les sûretés réelles sur les meubles et la sûreté globale ».

Ensuite, le 4° de l'article 2286 du Code civil permettant au bénéficiaire d'un gage sans dépossession de se prévaloir d'un droit fictif de rétention devra être abrogé.

Il s'agit d'éviter que la sûreté globale ne soit affectée par un éventuel droit fictif de rétention en raison d'une interprétation extensive du 4° de l'article 2286 du Code civil et au-delà, de mettre fin à cette fiction légale perturbante et inefficace en matière de gage.

Enfin, la sûreté globale revêtant une nature hypothécaire tout en pouvant porter sur des meubles, l'article 2398 du Code civil énonçant que : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » devra être abrogé.

2. Insertion de la sûreté globale au sein du Code civil

En tant que sûreté portant sur des biens, la sûreté globale devra être codifiée dans le Code civil au sein du *Titre II – Des sûretés réelles ; Livre quatrième – Des sûretés*.

Puisqu'elle constitue une sûreté susceptible de recevoir en assiette des meubles et des immeubles, elle ne peut figurer au sein du *Sous-titre II – Des sûretés sur les meubles* ni au sein du *Sous-titre III – Des sûretés sur les immeubles*.

Sa codification nécessitera donc la création d'un *Sous-titre IV – De la sûreté globale*.

Au sein de ce nouveau Sous-titre, les dispositions encadrant la sûreté globale pourraient être rédigées de la façon suivante :

Article 1

La sûreté globale est une convention par laquelle un créancier se voit reconnaître le droit d'être payé par préférence sur un ensemble de biens circulants de toute nature physique, présents ou futurs, venant en garantie de créances présentes ou futures à condition que celles-ci soient déterminables.

L'ensemble constitué par les biens engagés présents et futurs est constitutif d'une universalité de fait, objet du droit de suite et de préférence.

Article 2

Le droit de préférence découlant de la sûreté globale prime les privilèges généraux à l'exception de ceux des frais de justice.

Par rapport aux privilèges spéciaux immobiliers et mobiliers et à défaut de dispositions contraires, il prend rang à son inscription et prime ceux nés ou inscrits postérieurement.

Par rapport aux sûretés conventionnelles, la date d'inscription de la sûreté globale détermine son rang.

Article 3

Les biens circulants s'entendent de ceux présents temporairement au sein d'un patrimoine professionnel, qui l'intègrent notamment par extraction, culture ou acquisition, et qui, détruits, incorporés ou aliénés dans le cadre du cycle d'exploitation de l'entreprise, sont

remplacés par d'autres, identiques ou semblables de part leur nature physique ou leur valeur pécuniaire.

Article 4

Si la sûreté globale est consentie pour garantie d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut, à tout moment, la résilier sauf pour lui à respecter un délai de trois mois.

Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement.

Article 5

La sûreté globale ne peut être consentie par le débiteur ou un tiers qu'en faveur d'un créancier professionnel dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale.

Article 6

À peine de nullité, la convention de sûreté globale est constatée dans un écrit permettant la détermination des créances garanties et des biens engagés.

L'écrit fait également apparaître la mention "Convention de sûreté globale" et rappelle les dispositions applicables.

Article 7

La sûreté globale est opposable aux tiers au jour de son inscription sur un registre spécial tenu par les greffiers des tribunaux de commerce.

Article 8

Les biens engagés en sûreté globale restent en possession du constituant jusqu'à la défaillance du débiteur sans que les parties ne puissent y déroger.

Article 9

Le constituant demeure libre d'entreprendre sur les composants de l'assiette l'ensemble des actes relevant du cours normal des affaires.

Ces actes, notamment de destruction, d'incorporation ou de transmission, sont opposables au créancier bénéficiaire et les biens circulants venant en remplacement sont subrogés à ceux distraits.

Les actes intervenant hors du cours normal des affaires sont inopposables au créancier garanti.

Article 10

Sans méconnaître son obligation de conservation, le constituant peut subroger aux biens circulants initialement grevés n'importe quels autres biens circulants.

Si les parties limitent le renouvellement de l'assiette à certains biens circulants, la nature et les qualités des biens pouvant venir en substitution sont mentionnées à l'acte.

Sauf convention contraire, le renouvellement des biens engagés ne peut aboutir à une diminution de la valeur de l'assiette supérieure à vingt pour cent de sa valeur initialement constatée.

Article 11

Le constituant, ou un tiers désigné par les parties, tient un état de l'assiette de la sûreté globale.

Cet état fait apparaître la valeur des biens initialement engagés, ainsi que celle des biens distraits et des biens venant en remplacement.

Article 12

La communication de l'état de l'assiette intervient à première demande du créancier.

À défaut de communication, le créancier peut, après mise en demeure du constituant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, faire réaliser un inventaire de l'assiette aux frais du constituant.

Article 13

Si l'état de l'assiette fait apparaître une diminution de sa valeur supérieure à vingt pour cent par rapport à celle constatée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le constituant de rembourser les sommes garanties à proportion de la diminution, ou de reconstituer l'assiette.

Si dans les quinze jours à compter de la notification réalisée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception le constituant ne s'est pas exécuté, les créances garanties sont échues et le créancier peut en obtenir paiement.

Article 14

À compter de la défaillance du débiteur dans le règlement de la créance garantie, du constituant dans son obligation de conservation ou dans son obligation de communiquer l'état de l'assiette au créancier, les actes entrepris postérieurement par le constituant sur les biens engagés sont inopposables au créancier.

Toutefois et vis-à-vis des tiers, l'inopposabilité n'intervient qu'à compter du jour de l'inscription modificative portée en marge de l'inscription initiale et mentionnant la défaillance ainsi que ses effets.

Article 15

À défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente des biens engagés.

Il peut également faire ordonner judiciairement que les biens lui demeurent en paiement. Si la valeur des biens excède le montant garanti, la somme égale à la différence est versée au débiteur, ou est consignée s'il existe d'autres créanciers bénéficiaires d'une sûreté de rang inférieur.

Le créancier sollicite auprès du constituant la remise des biens engagés pour les besoins de la réalisation. À défaut d'exécution volontaire, ils sont appréhendés conformément aux procédures civiles d'exécution.

Article 16

Les parties peuvent également convenir, lors de l'acte constitutif de sûreté ou postérieurement, qu'à défaut de paiement, le créancier deviendra propriétaire des biens engagés ou pourra procéder à leur vente amiable, sans l'intervention du juge.

Article 17

Lorsque la convention prévoit l'attribution en propriété des biens engagés, leur valeur est impérativement déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement.

Si la valeur des biens excède le montant garanti, la somme égale à la différence est versée au débiteur, ou est consignée s'il existe d'autres créanciers bénéficiaires d'une sûreté de rang inférieur.

Article 18

Lorsque la convention prévoit la vente amiable des biens engagés par le créancier, celui-ci doit entreprendre l'ensemble des diligences de nature à en obtenir le meilleur prix.

En cas de désaccord des parties à la sûreté sur l'estimation du prix de vente des biens engagés, un expert est désigné amiablement ou judiciairement.

Le prix de vente est directement versé par l'acquéreur au créancier dans la limite du montant de la créance garantie, sauf en la présence de créanciers saisissants, auquel cas le prix est consigné entre les mains de l'huissier pour être distribué.

- II -

Les modifications au sein du Code pénal

Pour prévenir le détournement de l'assiette de la sûreté globale et ainsi sécuriser les créanciers bénéficiaires, il devra être prévu une infraction pénale de détournement de sûreté globale inspirée de l'infraction existante de détournement de gage.

Cette infraction nouvelle pourrait être insérée dans le Code pénal au sein de la *Section 2 – Du détournement de gage ou d'objet saisi* figurant dans le *Livre III – Des crimes et délits contre les biens* ; *Titre I – Des appropriations frauduleuses* ; *Chapitre IV – Des détournements*. Cette *Section 2* devra alors être nouvellement nommée : « *Du détournement de gage, de sûreté globale ou d'objet saisi* ».

L'incrimination de détournement de sûreté globale pourrait être prévue en ces termes :

« Le fait pour le constituant d'une sûreté globale de détourner l'objet constitué en sûreté globale est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende.

La tentative de l'infraction prévue au présent article est punie des mêmes peines ».

- III -

Le décret encadrant la publicité de la sûreté globale

La sûreté globale sera opposable aux tiers par une inscription sur un registre spécial. Cette publicité pourra être encadrée par décret ainsi qu'il en est pour l'hypothèque conventionnelle ou encore le gage de droit commun.

La tenue du registre d'inscription de la sûreté globale étant, tout comme le gage de droit commun, confiée aux greffiers des tribunaux de commerce, les recours contre les refus d'inscription prévus par les articles 13 à 18 du décret n° 2006-1804 du 23 mars 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, pourraient être repris à l'identique au sein du décret régissant la publicité de la sûreté globale.

Les autres prévisions du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pourraient également servir de point d'appui pour l'encadrement de la publicité de la sûreté globale, sous réserve de quelques modifications pour adapter pleinement le régime de la publicité aux spécificités de la sûreté globale.

À l'aune de ces précisions, le décret encadrant la sûreté globale pourrait être rédigé comme suit :

Article 1

Pour obtenir l'inscription de la sûreté globale, le constituant, le bénéficiaire ou leur mandataire transmettent un original de la convention constitutive de la sûreté globale ainsi qu'un bordereau d'inscription en deux exemplaires au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé ou, à défaut d'immatriculation, dans le ressort duquel se situe son siège ou son domicile.

Si la sûreté globale reçoit des immeubles, elle doit également être inscrite sur les registres de la publicité foncière. Le dépôt de la demande d'inscription au service de la publicité foncière est réalisé par le greffier du tribunal de commerce, le jour de l'inscription sur le registre des sûretés globales.

Article 2

Le bordereau, pouvant être transmis par voie électronique, contient :

- la désignation des parties, avec leur état civil ou dénomination sociale, le cas échéant, leur numéro d'identification sur un répertoire professionnel, leur adresse de domicile ou du siège social ainsi qu'un numéro de téléphone ou une adresse électronique ;

- la description des biens engagés et, si la convention limite le renouvellement de l'assiette de la sûreté globale à certains biens circulants du constituant, la description en nature et qualités des biens admis à subrogation ;
- l'identification des créances garanties par la mention de leur montant en principal, de leur date d'exigibilité et du taux d'intérêt appliqué pour les créances présentes, ou la mention de leur source avec la fixation d'un montant maximum pouvant être garanti pour les créances futures ;
- la date de l'acte constitutif de la sûreté globale ;
- une mention rappelant la possibilité pour le constituant de subroger les biens circulants engagés par d'autres biens circulants ;
- le cas échéant, l'existence d'un pacte comissoire ou d'une clause de voie parée et les biens visés par cet aménagement conventionnel de la réalisation.

Article 3

Le greffier procède à un contrôle apparent des conditions de validité de la sûreté globale tenant aux parties, aux créances garanties et aux biens engagés, puis procède à l'inscription et retourne l'un des deux bordereaux d'inscription au requérant mentionnant :

- la date de l'inscription ;
- le numéro d'inscription ;
- la certification du greffier de l'accomplissement de l'inscription.

L'autre bordereau, portant les mêmes mentions, est conservé au greffe, aux frais du greffier avec l'acte constitutif de la sûreté si celui-ci a été rédigé sous seing-privé.

Article 4

La demande d'inscription modificative ou de radiation est portée devant le greffier du tribunal de commerce auprès duquel la sûreté a été inscrite, nonobstant le changement de siège social ou de domicile du constituant.

Le bordereau d'inscription modificative est établi par le requérant ou son mandataire en deux exemplaires et est transmis au greffe.

Dès réception, le greffier complète les exemplaires par la mention de la date à laquelle l'inscription modificative est opérée et du numéro sous lequel cette inscription est portée au registre.

L'un des bordereaux est remis ou adressé au requérant, l'autre est conservé au greffe aux frais du greffier, avec l'acte modificatif si celui-ci a été rédigé sous seing privé.

Le greffier porte la référence de la modification en marge du bordereau d'inscription initiale.

Si l'inscription modificative intervient en raison de la défaillance du débiteur dans le règlement de la créance garantie, du constituant dans son obligation de conservation ou dans son obligation de communiquer l'état de l'assiette au créancier, le requérant doit justifier, selon le cas :

- d'une mise en demeure du débiteur d'acquitter la créance garantie ;
- d'une mise en demeure du constituant de reconstituer l'assiette ou du débiteur de rembourser la créance garantie en proportion de la diminution de la valeur de l'assiette ;
- d'une mise en demeure du constituant de communiquer l'état de l'assiette.

L'inscription modificative publiée en marge de l'inscription initiale rappelle alors l'inopposabilité des actes entrepris postérieurement par le constituant.

Article 5

L'inscription conserve la sûreté globale pour une durée de cinq ans à compter de sa date. Toutefois, les parties peuvent prévoir de l'inscrire pour une durée inférieure.

Son effet cesse si l'inscription n'a pas été renouvelée avant l'expiration du délai légal, ou, le cas échéant, de celui fixé par les parties. Dans ce cas, le greffier procède d'office à la radiation de l'inscription.

Article 6

La radiation de l'inscription peut être sollicitée par le créancier, le constituant ou leur mandataire sur justification de l'accord des parties ou d'un acte donnant mainlevée de l'inscription.

La radiation est faite au moyen d'une mention apposée par le greffier en marge de l'inscription.

Le greffier délivre à la personne qui le requiert, à ses frais, un certificat de radiation.

L'inscription radiée ou périmée n'est plus portée sur le fichier national des sûretés globales.

Article 7

Il est créé un fichier électronique national des sûretés globales, tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, sur lequel les inscriptions sont reportées.

Ce fichier est consultable gratuitement et à distance par un accès sur un portail internet.

Article 8

Le greffier du tribunal auprès duquel la sûreté globale est inscrite reporte par voie électronique sur le fichier national des sûretés globales l'ensemble des informations contenues au sein du bordereau d'inscription. Il reporte également les inscriptions modificatives et procède à la suppression de l'inscription en cas de radiation.

Article 9

Pour consulter le fichier national des sûretés globales, le requérant saisit sur le portail internet l'état civil du constituant ou sa dénomination sociale ainsi que l'adresse de son domicile ou de son siège social.

En marge des inscriptions sur le fichier central, il est précisé le greffe compétent pour obtenir, aux frais du requérant, la délivrance de l'état des inscriptions.

Article 10

Le greffier est tenu de rejeter les demandes d'inscription, de modification ou de radiation ne respectant pas les exigences des articles 1, 2, 3, 4 et 6.

Le rejet précise le motif du refus. Il est notifié au requérant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou lui est remis contre récépissé. Il mentionne la possibilité pour le requérant de former un recours contre le rejet de la demande et précise ses modalités de mise en œuvre.

Article 11

Les recours contre les décisions de refus d'inscription ou d'enregistrement des modifications ou de radiation sont portés devant le président du tribunal dont dépend le greffier qui a opposé le refus. Ils sont formés par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au greffe.

Ils sont motivés et accompagnés de toutes pièces utiles.

Le président de la juridiction ou le juge délégué à cet effet statue par ordonnance, au vu de la décision et des éléments produits.

Article 12

Les ordonnances rendues par le président de la juridiction ou le juge délégué sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au requérant.

Elles sont susceptibles d'appel dans un délai de quinze jours.

La notification indique la forme et le délai de recours.

Article 13

L'appel des ordonnances est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse selon les dispositions des articles 950 à 953 du Code de procédure civile. Toutefois, la partie est dispensée du ministère d'avocat.

Le greffier de la cour d'appel adresse copie de l'arrêt au greffier chargé de la tenue du registre.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, MANUELS, COURS

- ATIAS (C.), *Les biens*, Litec, 10^{ème} éd., 2009.
- ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, Litec, 5^{ème} éd., 2008.
- ANTONMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. I, II, III et IV, 4^{ème} éd., Marchal et Billard, 1869.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. IX, par E. BARTIN, Librairie Marchal et Billard, 1917.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. II, par E. BARTIN, Librairie Marchal et Billard, 6^{ème} éd., 1935.
- AUBRY (C.) ET RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. IV, par E. BARTIN, Éditions techniques, 6^{ème} éd., 1938.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil français*, t. II, par P. ESMEIN, Librairies techniques, 7^{ème} éd., 1961.
- AYNÈS (L.), CROCQ (P.), *Les sûretés – La publicité foncière*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011.
- BART (J.), *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIX^{ème} siècle*, Domat droit privé, Montchrestien, 1998.
- BARTHEZ (A.-S.) et HOUTCIEFF (D.), *Les sûretés personnelles*, Traité de droit civil, LGDJ, 2010.
- BÉNABENT (A.), *Les obligations*, Domat droit privé, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2007.
- BÉNABENT (A.), *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2008.
- BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), LIMAMONT (S.), *Droit civil – Les biens*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1999.
- BLAISE (J.-B.), *Droit des affaires*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2011.
- BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, LGDJ, Domat, 10^{ème} éd., 2013.
- CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2008.

- CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (P.), *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. 2, Puf, 1^{ère} éd. « Quadrige », 2004.
- COLIN (A.) ET CAPITANT (H.), *Cours de Droit civil français*, t. II, Dalloz, 1915.
- COLIN (A.) ET CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, Dalloz, 1921.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Traité de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Droits réels principaux*, t. II, refondu par JULIOT DE LA MORANDIÈRE (J.), Dalloz, 1959.
- COLMET DE SANTERRE (E.) et DEMANTE (A.M.), *Cours analytique de droit civil*, t. VIII, Paris, 1884.
- CONTE (P.), *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} éd., 2007.
- COURET (A.) et LE NABASQUE (H.), *Droit financier*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012.
- CORNU (G.), *Les biens*, Domat droit privé, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT*, Puf, 10^{ème} éd., 2014.
- COZIAN (M.), *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, Litec fiscal, 34^{ème} éd., 2011.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, 21^{ème} éd., 2008.
- DAGOT (M.), *Les sûretés*, Puf, 1981.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. V, Rousseau, 1925.
- DEMOLOMBE (C.), *Traité de la distinction des biens*, t. I, DURAND, 4^{ème} éd., 1870 ; t. II, Paris imprimerie générale, 1875.
- DESGEORGES (R.), *Droit civil – Les biens*, Hachette supérieur, 2007.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations – L'acte juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2012.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations – Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^{ème} éd., 2011.
- GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Domat droit privé, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2000.
- GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, Litec, 8^{ème} éd., 2010.
- GIFFARD (A.-E.), *Droit romain et ancien droit français, Les obligations*, avec la collaboration de R. VILLERS, Dalloz, 1958.
- HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), *Droit des sûretés*, Sirey, 3^{ème} éd., 2012.
- JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 8^{ème} éd., 2013.
- LARROUMET (C.), *Droit civil, Les biens droits réels principaux*, t. II, Economica, 3^{ème} éd., 1997.
- LEBORGNE (A.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2009.
- LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2013.

- LEPAGE (A.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), SALOMON (R.), *Droit pénal des affaires*, Litec, 3^{ème} éd., 2013.
- LÉVY (J.-P.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2010.
- MALAUURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011.
- MALAUURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Les biens*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2013.
- MALINVAUD (P.), *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 14^{ème} éd., 2013.
- MALINVAUD (P.) et FENOUILLET (D.), *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les obligations*, t. 2, par JESTAZ (P.), Sirey, 2^{ème} éd., 1989.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les sûretés – La publicité foncière*, par JESTAZ (P.), Sirey, 2^{ème} éd., 1987.
- MAZEAUD (H.), (L.) et (J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière*, par PICOD (Y.), Montchrestien, 7^{ème} éd., 1999.
- MAZEAUD (H.), (L.) et (J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. III, par CHABAS (F.) et RANOUIL (V.), Montchrestien, 1988.
- MAZEAUD (H.), (L.) et (J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, par CHABAS (F.), Montchrestien, 1998.
- MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.),
- *Droit commun des sûretés réelles*, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), LGDJ, 1998.
 - *Droit spécial des sûretés réelles*, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), LGDJ, 1996.
- OURLIAC (P.) et DE MALFOSSE (J.), *Histoire du droit privé, Les biens*, Thémis, 1961.
- PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit*, Collection droit fondamental, Puf, 1^{ère} éd., 1989.
- PAYETTE (L.), *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, BLAIS Yvon, 4^{ème} éd., 2010.
- PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2011.
- PERROT (R.) et THÉRY (P.), *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013.
- PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, Puf, 2^{ème} éd., 2011.
- PIEDELIEVRE (S.),
- *Les sûretés*, Armand COLIN, Dalloz, 4^{ème} éd., 2004.
 - *La publicité foncière*, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. XII et XIII, par BECQUÉ (E.), 2^{ème} éd., LGDJ, 1927 et 1953.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité de droit civil français, Les biens*, t. III, par PICARD (M.), 2^{ème} éd., LGDJ, 1952.
- PRADEL (J.) et DANTI-JUAN (M.), *Droit pénal spécial*, éd. Cujas, 5^{ème} éd., 2010.
- RASSAT (M.-L.), *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2011.

- REVEL (T.) et ZENATI-CASTAING (F.), *Les biens*, Puf, 3^{ème} éd., 2008.
- RIFFARD (J.-F.), *Droit des sûretés*, Lexifac, Bréal, 1^{ère} éd., 2010.
- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. III, LGDJ, 1958.
- SAINT-HALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Précis Domat, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2011.
- SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2011.
- SIMLER (P.), *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4^{ème} éd., 2008.
- SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.), *Les sûretés – La publicité foncière*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009.
- STRICKLER (Y.), *Les biens*, Puf, 1^{ère} éd., 2006.
- TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009.
- TERRÉ (F.) et SIMLER (P.), *Les biens*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010.
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013.
- THÉRY (P.), *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 2^{ème} éd., 1998.
- TROPLONG (M.), *Droit civil – Des privilèges et hypothèques*, t. II, Paris, 4^{ème} éd., 1845.
- VÉRON (M.), *Droit pénal spécial*, Sirey, 13^{ème} éd., 2010.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES COLLECTIFS

Thèses

- ANSAULT (J.-J.), *Le cautionnement réel*, thèse, préf. P. CROCQ, Defrénois, 2009.
- AYNÈS (A.), *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, thèse, préf. C. LARROUMET, Economica, 2005.
- AYMERIC (N.-H.), *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, thèse, préf. A. GHOZI, éd. Panthéon-Assas, 2008.
- BLAISOT (A.), *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse, Fontemoing, 1897.
- BELISSENT (J.), *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, thèse, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001.
- BELLON (A.), *Du nantissement d'un fonds de commerce*, thèse, Paris, 1901.
- BENAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, thèse, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1983.
- BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, thèse, préf. P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, 1999.

- BORGA (N.), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, thèse, préf. S. PORCHY-SIMON, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2009.
- BRENNER (C.), *L'acte conservatoire*, thèse, préf. P. CATALA, LGDJ, 1999.
- CABRILLAC (M.), *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, thèse, préf. E. BECQUÉ, Sirey, 1954.
- CERBAN (A.), *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*, thèse, Jouve, 1897.
- CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, thèse, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995.
- CUMYN (M.), *La validité des contrats suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2002.
- DANOS (F.), *Propriété possession et opposabilité*, thèse, préf. L. AYNÈS, Economica, 2007.
- DAUCHEZ (C.), *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse, Paris II, déc. 2013.
- DENIZOT (A.), *L'universalité de fait*, thèse, préf. R. LIBCHABER, Fondation Varenne, 2008.
- DESAIN (M.), *L'affectation hypothécaire à la garantie d'un compte courant*, thèse, Sirey, 1938.
- DUBERTRET (M.), *Négociabilité et possession : essai sur l'opposabilité des vices de la propriété mobilière*, thèse, préf. A. GHOZI, éd. Panthéon-Assas, 2010.
- DUPICHOT (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse, préf. M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2005.
- FROSSARD (F.), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, thèse, préf. R. NERSON, LGDJ, 1965.
- GARY (R.), *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, thèse, préf. J. BONNECASE, Sirey, 1932.
- GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, thèse, préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006.
- GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français*, thèse, préf. D. TALLON, LGDJ, 1980.
- GIJSBERS (C.), *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, Paris II, déc. 2012.
- GUGGENHEIM (D.), *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, thèse, préf. H. KAUFMANN, LGDJ, 1970.
- HONTEBEYRIE (A.), *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, thèse, préf. L. AYNÈS, Economica, 2004.
- HUMBERT (H.), *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, thèse, Domat-Montchrestien, 1940.
- JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Rousseau, 1909.
- JUILLET (C.), *Les accessoires de la créance*, thèse, préf. C. LARROUMET, Defrénois, 2009.
- JULIENNE (M.), *Le nantissement de créance*, thèse, préf. L. AYNÈS, Economica, 2012.

- KHAIRALLAH (G.), *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse, préf. H. BATTIFOL, Economica, 1984.
- KUHN (C.), *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, thèse, Paris I, 2003.
- LEGEAIS (D.), *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, préf. P. REMY, Economica, 1986.
- LEVIS (M.) *L'opposabilité du droit réel*, thèse, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989.
- LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, thèse, préf. P. MAYER, LGDJ, 1992.
- LISANTI-KALCZINSKI (C.), *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, thèse, préf. F. PÉROCHON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2001.
- MARLY (P.-G.), *Fongibilité et volonté individuelle, étude sur la qualification des biens*, thèse, préf. P. DELEBECQUE, LGDJ, 2004.
- MARTIAL (N.), *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, thèse, préf. D. LEGEAIS, Puf, 2007.
- MAUBRU (B.), *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1979.
- MAUGER-VIELPEAU (L.), *Les ventes aux enchères publiques*, thèse, préf. P.-Y. GAUTIER, Economica, 2002.
- MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, thèse, préf. H. S. SCOTT, LGDJ, 1990.
- PANPANDRÉOU-DETERVILLE (M.-F.), *Le droit anglais des biens*, thèse, préf. C. WITZ, LGDJ, 2004.
- PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, thèse, préf. L. AYNÈS, LGDJ, 2008.
- PÉLISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, thèse, préf. M. CABRILLAC, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001.
- PÉROCHON (F.), *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, préf. F. DERRIDA, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1988.
- PRAICHEUX (S.), *Les sûretés sur les marchés financiers*, thèse, préf. A. GHOZI, Revue Banque, 2004.
- QUINCARLET (S.), *La notion de gage en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937.
- RANOUIL (V.), *La subrogation réelle en droit civil français*, thèse, préf. P. MALAURIE, LGDJ, 1985.
- RIFFARD (J.-F.), *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, contribution à une rationalisation du droit français*, thèse, préf. J. STOUFFLET, LGDJ, 1997.
- SIMLER (P.), *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969.
- TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, préf. R. LE BALLE, LGDJ, 1956.
- THÉRY (P.), *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de droit international privé*, thèse, Paris II, 1981.
- TORCK (S.), *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, thèse, Paris II, 2001.

- VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999.
- WITZ (C.), *La fiducie en droit privé français*, thèse, préf. D. SCHMIDT, Economica, 1981.
- ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981.

Monographies et Ouvrages collectifs

- ACOLLAS (E.), *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*, 2^{ème} éd., Paris Guillaume et C^e éditeurs, 1866.
- ANCEL (M.-E.) (dir.), *Repenser le droit des sûretés réelles*, LGDJ, 2005.
- BRUNEAU (C.), *Le crédit-bail mobilier*, préf. Pierre LECLERCQ, La Revue Banque Éditeur, 1999.
- CABRILLAC (S.), ALBIGÈS (C.) et LISANTI (C.) (dir.), *Evolutions des sûretés réelles : regards croisés Université – Notariat*, Litec, 2007.
- GARCIN (W.) ET THIEFFRY (J.) (dir.), *La clause de réserve de propriété*, Librairies techniques, 1981.
- HAMEL (J.) (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953.
- HÉMARD (J.), *Le gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers*, Annales de droit commercial, Rousseau, 1902.
- MOULY (C.) (dir.), *Le gage commercial*, numéro spécial de la *RJ com.* nov. 1994.
- PICOD (Y.) ET CROCQ (P.) (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Collection Droit et Procédures, Editions juridiques et techniques, 2006.
- VILLEY (M.), *Le jus in re*, Public. Institut droit rom. de l'Univ. de Paris, t. VI, 1950.

III. RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES

- CHAZAL (J.-P.), *V° « Les clauses abusives »*, *Rép. com.*, sept. 2002 (màj. juin 2012).
- DELEBECQUE (P.),
- *V° « Hypothèques et privilèges maritimes »*, *Rép. com.*, févr. 2005 (màj oct. 2010).
 - « Hypothèques. - Hypothèques mobilières. - Hypothèques sur navires, bateaux et aéronefs », *J.-Cl. Civil*, art 2398 et 2399, réact. BRÉMOND (V.), sept. 2012, n° 117 et s.
- LIBCHABER (R.), *V° « Biens »*, *Rép. civ.*, sept. 2009 (màj sept. 2011).
- SAVAUX (E.), *V° « Subrogation réelle »*, *Rép. civ.*, mars 1998 (màj mars 2010).
- WITZ (C.), « Hypothèques conventionnelles », *J.-Cl. Civil*, fasc. unique, 15 juin 2012.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

ADELLE (J.-F.), « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie de sûretés », *RD bancaire et fin.* sept.-oct. 2010, n° 5, p. 6 et s.

AFFAKI (G.), « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », in *Repenser le droit des sûretés mobilières* (dir. M.-E. ANCEL) LGDJ, 2005, p. 9 et s.

AGOSTINI (E.), « Corporel et incorporel. Être, voir et avoir », *Dalloz* 2004, p. 821 et s.

AMRANI-MEKKI (S.), « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », *JCP G* 2008, I, 160, p. 16 et s.

ANCEL (M.-E.), « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit* 2004, n° 97, dossier, p. 3 et s.

ANDREU (L.), « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles », *LPA* 5 juin 2009, p. 5 et s.

ANSAULT (J.-J.),

- « Le prix de revente d'un bien affecté d'une réserve de propriété sous les feux de la rampe ! », *RLDC* 2010, n° 67, p. 27 et s.
- « La fiducie-sûreté ressuscitée ! », *Journ. sociétés* mai 2009, p. 22 et s.
- « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? » *Dr. et patrimoine* 2010, n° 192, p. 52 et s.

ASTAIX (A.), « Le crédit, objet de toutes les attentions des sénateurs », *D.* 2009, n° 24, p. 1588 et s.

AUCKENTHALER (F.), « Le gage de compte d'instruments financiers après l'ordonnance du 24 février 2005 », *JCP E* 2005, n° 1728, p. 2028 et s.

AYNÈS (A.),

- « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301 et s.
- « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC* mars 2009, p. 63 et s.
- « EIRL : La séparation des patrimoines à l'épreuve des sûretés », *RLDC* oct. 2011, p. 28 et s.

AYNÈS (L.),

- « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patrimoine* juill.-août 2007, dossier, p. 48 et s.
- « Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi », *RLDC* 2008, suppl. au n° 46, p. 5 et s.
- « Les effets du contrat à l'égard des tiers (art. 1165 à 1172-3 de l'avant-projet de réforme) », *RDC* 2006, p. 63 et s.
- « Présentation générale de la réforme », *D.* 2006, n°19, Dossier, p. 1289 et s.

- AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), « La fiducie protégée des audaces du législateur », *D.* 2009, n° 38, p. 2559 et s.
- BANDRAC (M.), « Attribution judiciaire du gage sans dépossession », *RTD civ.* 1991, p. 150 et s.
- BARRIÈRE (F.),
- « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 6 sept. 2007, p. 13 et s.
 - « La fiducie-sûreté », *JCP E* 2009, n° 36, p. 18 et s.
- BÉNABENT (A.), « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, chron., p. 1800 et s.
- BERNARD-MENORET (R.), « Le droit de rétention au sein des sûretés », *LPA* 21 mars 2008, n° 63, p. 55 et s.
- BEY (E.M.),
- « Le leasing international », *RJ com.* 1982, p. 165 et s.
 - « La propriété : le crédit-bail envisagé comme une sûreté », *RJ com.* 1982, n° spéc. « Evolutions des sûretés », p. 48 et s.
- BILLIAU (M.),
- « Réflexions sur le gage », *JCP G* 1996, I, 3897, p. 21 et s.
 - « Le nouveau gage des comptes d'instruments financiers. Aperçu rapide sur l'article 102 de la loi du 2 juillet 1996 », *JCP E* 1996, II, 596, p. 433 et s.
 - « Aperçu rapide sur le décret n° 97-509 du 21 mai 1997. Modalités d'application du gage du compte d'instruments financiers », *JCP E* 1997, I, 677, p. 329 et s.
- BONNEAU (T.), « Commentaire de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *JCP E* 2009, 1105, p. 18 et s.
- BOUTEILLER (P.),
- « La publicité des gages sans dépossession », *JCP E* 2007, I, 1112, p. 15 et s.
 - « Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », *JCP E* 2007, n° 13, p. 15 et s.
 - « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », *JCP E* 2006, 1696, p. 808 et s.
- BORGA (N.), « Regard sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *RD bancaire et fn.* mai-juin 2009, p. 9 et s.
- BUSSANI (M.), « Le droit comparé des sûretés réelles et l'intégration juridique », *Dr. et patrimoine* juin 2001, n° 94, p. 82 et s.
- CABRILLAC (M.), « Vers la disparition du droit commercial ? », in *Jean Foyer auteur et législateur – Leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean FOYER*, Puf, 1997, p. 329 et s.

- CADOU (E.), « Justice privée et procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 817 et s.
- CAPITANT (H.), « Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.* 1919, p. 385 et s.
- CARBONNEL (C.), « Le pacte comissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », *JCP E* 2007, 2536, p. 15 et s.
- CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185 et s.
- CATALA-FRANJOU (N.), « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, p. 1 et s.
- CERBAN (A.), « Nature et domaine de l'application de la subrogation réelle », *RTD civ.* 1939, p. 47 et s.
- CERLES (A.),
- « La fiducie nouvelle reine des sûretés ? », *JCP E* 2007, 2054, p. 19 et s.
 - « L'hypothèque rechargeable », *RLDA* 2007, n° 14, p. 100 et s.
- CHAMPAUD (C.), « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français », *RD aff. int.* 1991, p. 689 et s.
- CORNU (G.), « La loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 442 et s.
- CRISTAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814 et s.
- COTTEREAU (V.), « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993, I, p. 315 et s.
- CROCQ (P.),
- « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. collec.* janv.-févr. 2009, p. 75 et s.
 - « Le point sur l'actualité des sûretés réelles et personnelles », *RLDC* 2009, suppl. au n° 58, p. 42 et s.
 - « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des *subprimes* en France ? », *D.* 2009, n° 11, p. 716.
 - « La réserve de propriété », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20 du 17 mai 2006, p. 23 et s.
 - « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, n° 19, p. 1306 et s.
 - « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patrimoine* avr. 2001, n° 92, p. 58 et s.
 - « Le gage avec ou sans dépossession après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *CDE juill.-août* 2009, p. 25 et s.
 - « Sûretés et proportionnalité », in *Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Litec-Dalloz, 2006, p. 291 et s.

- « La réforme des sûretés réelles mobilières », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes* (dir. Y. PICOD et P. CROCQ), p. 17 et s.
 - « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et patrimoine* 2010, n° 197, dossier, p. 52 et s.
 - « Lacunes et limites de la loi au regard des sûretés (1) », *D.* 2007, p. 1354 et s.
 - « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse », *RLDC* déc. 2008, n° 55, p. 65 et s.
- CROZE (H.), « Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels, décret n° 96-103 du 2 février 1996 », *JCP* 1996, I, n° 13, actualités.
- CUIF (P.-F.), « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC* mars 2010, n° 69, p. 25 et s.
- DAGOT (M.),
- « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP N* 1986, I, p. 93 et s.
 - « La notion de privilèges », in *Mélanges Christian MOULY*, Livre II, Litec, 1998, p. 335 et s.
 - « Promesse de sûretés ou le paradis des illusions », *JCP N* 16 févr. 2007, 1065, p. 21 et s.
- DAIGRE (F.), « La reconnaissance en France de la "floating charge" sûreté couramment utilisée en Grande-Bretagne dans les relations d'affaires », *JDI* 1996, 2, p. 381 et s.
- DAIGRE (J.-J.), « Du fonds libéral en général », in *Mélanges SAYAG*, Litec-Creda, 1997, p. 191 et s.
- DAMMANN (R.), « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, n° 19, dossier, p. 1298 et s.
- DAMMANN (R.), PODEUR (G.),
- « Le nouveau paysage du droit des sûretés réelles : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008, chron., p. 2300 et s.
 - « Gage des stocks : caractère impératif du Code de commerce », *D.* 2013, p. 493.
- DE FONTMICHEL (A.), « Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et les conflits des lois », *Banque et droit* 2004, n° 97, dossier, p. 22 et s.
- DE LA GRASSERIE (R.), « De la fongibilité juridique », *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence* 1911, p. 133 et s.
- DESCHAMPS (M.), « Le droit des sûretés au Québec », in *Repenser le droit des sûretés mobilières* (dir. M.-E. ANCEL), LGDJ, 2005, p. 73 et s.
- DE VAUPLANE (H.) et MOUY (S.), « Gage sur titres : une réforme innovante », *Banque* sept. 1996, n° 573, p. 54 et s.
- DONDERO (B.), « L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné », *JCP G* 2010, 679, p. 1274 et s.

DROBNIG (U.), « Le projet de guide législatif face à la propriété-sûreté : *casus belli* ? », *Banque et droit* 2004, n° 97, dossier, p. 46 et s.

DROSS (W.) et MALLET-BRICOUT (B.), « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D* 2009, p. 508 et s.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le gage de meubles corporels », in *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université – Notariat*, Litec, 2007, p. 31 et s.

DU BOIS DE GAUDUSSON (T.), « Financement des stocks », *Option fm.* 23 janv. 2006, p. 16 et s.

DUPICHOT (P.),

- « La fiducie-sûreté en pleine lumière », *JCP G* 1^{er} avr. 2009, I, 132, p. 23 et s.
- « L'antichrèse », *JCP G* mai 2006, suppl. au n° 20, p. 26 et s.
- « Opération fiducie sur le sol français », *JCP E* mars 2007, n°12, 134, p. 3 et s.
- « Le nantissement, un an après », *LPA* 27 mars 2008, n° 63, p. 27 et s.
- « Regards sur le pouvoir de la volonté en droit des biens et des sûretés réelles », in *Mélanges J.-L. BAUDOIN* (dir. B. MOORE), éd. Y. Blais, 2012, p. 1041 et s.
- « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », *Dr. et patrimoine* mai 2010, n° 192, p. 68 et s.
- « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *RLDC* juill.-août 2006, suppl. au n° 29, p. 17 et s.

DUPUIS-FLANDIN (M.-A.), « Le warrant agricole, une sûreté à redécouvrir », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas (Paris2), Dalloz, 2000, p. 789 et s.

DURAND (J.), « Le warrant industriel », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 388 et s.

ELLAND-GOLDSMITH (M.), « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RD aff. int.* 1995, n° 2, p. 145 et s.

ESMEIN (P.), « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in *Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, 1950, t. II, p. 101 et s.

FERREIRA (G.), « La situation du tiers convenu dans le gage », *Deffrénois* 2004, art. 37874, p. 205 et s.

FARGEAUD (P.), « Le compte courant et l'hypothèque », *Journ. not.* 1933, p. 329 et s.

FIORINA (D.), « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD civ.* 1995, p. 43 et s.

FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études offertes à Georges RIPERT, Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, LGDJ, 1950, p. 93 et s.

FOYER (J.), « Le principe du gage avec dépossession. La loi de 1863 et ses précédents », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 15 et s.

GALLOIS (A.), « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010, n° 6, p. 335 et s.

GHESTIN (J.),

- « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron., p. 1 et s.
- « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Etudes dédiées à Alex WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 243 et s.

GHOZI (A.), « Sur la dualité du droit de rétention. À propos du droit de rétention du commissionnaire de transport », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 719 et s.

GIJSBERS (C.), « La conservation des hypothèques est morte : vive le service de la publicité foncière ! », *RDLC* 2013, n° 101, p. 35 et s.

GOBERT (M.), « La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 207 et s.

GOURIO (A.),

- « L'hypothèque rechargeable », *RD bancaire et fin.* sept.-oct. 2006, p. 39 et s.
- « Feu l'hypothèque rechargeable (article 46 du projet de loi relatif à la consommation) » *JCP E* mars 2014, n° 11, act. 185, p. 11 et s.

GOUTURIER (G.), « Les finalités et les sanctions du formalisme », in *Le formalisme*, Journée Jacques FLOUR de l'Association Henri CAPITANT, *Defrénois*, 2000, art. 37209, p. 880 et s.

GRANGER (R.), « Le warrant des magasins généraux », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 156 et s.

GRIMALDI (M.),

- « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, I, art. 35085, p. 897 et s.
- « Problèmes actuels des sûretés réelles », *LPA* 26 juin 1996, p. 7 et s.
- « Problèmes actuels des sûretés réelles, Rapport français », in *Les garanties de financement*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. 47, LGDJ, 1998, p. 155 et s.
- « Le contrat et les tiers », in *Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 163 et s.
- « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, n° 19, dossier, p. 1294 et s.
- « Orientations générales de la réforme », *Dr. et patrimoine* sept 2005, n° 140, p. 50 et s.
- « Vers une réforme des sûretés », *RJ com.* 1^{er} nov. 2005, n° 6, p. 467 et s.

- GRIMALDI (M.) et DAMMANN (R.), « La fiducie sur ordonnance », *D.* 2009, p. 670 et s.
- GRIMALDI (M.) et HOUTCIEFF (D.), « Projet de réforme du droit des sûretés », *RDC* juill. 2005, p. 782 et s.
- GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.), « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Defrénois* 1987, I, art. 33947, p. 587 et s.
- HÉBERT (S.), « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007, p. 2052 et s.
- HEINRICH (J.-B.), « La vente à réméré d'obligations », *JCP N* 1985, II, p. 279 et s.
- HÉMARD (J.),
- « La restauration des droits du gagiste en matière commerciale par la jurisprudence française », in *Mélanges Roger SECRÉTAN*, Université de Lausanne, 1964, p. 95 et s.
 - « Les droits du créancier au profit duquel un véhicule a été constitué en gage », *D.* 1963, chron., p. 49 et s.
- HOCQUARD (J.-M.), « Le pacte comissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée ? », *Dr. et patrimoine* nov. 2005, p. 80 et s.
- HOUIN (R.), « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », *JCP* 1980, I, 2978, p. 14 et s.
- HOUTCIEFF (D.), « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003, I, 161, p. 1611 et s.
- HOVASSE (H.), « Qualification du portefeuille de valeurs mobilières », *RD bancaire et bourse* 1999, n° 1, p. 1 et s.
- JACOMIN (C.) et LACOURTE (B.), « De l'intérêt du pacte comissoire dans les sûretés réelles », *RLDC* 2012, n° 99, p. 25 et s.
- JAUBERT (P.), « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD civ.* 1945, p. 75 et s.
- JAUFFRET (A.), « La loi du 18 janvier 1951 sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », *RTD com.* 1951, p. 201 et s.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.),
- « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985, p. 1 et s.
 - « Servitude et grandeur de la publicité foncière en droit français », *D.* 1988, chron., p. 247 et s.
- JUILLET (C.), « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica, 2009, p. 241 et s.

KACZMAREK (L.), « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, n° 27, p. 1845 et s.

KALIEU (Y.), « De la fongibilité des immeubles », *LPA* 17 oct. 2001, p. 5 et s.

KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chron., p. 59 et s.

LANCEREAU (P.), « Les prêts immobiliers cautionnés », *Gaz. Pal.* 1987, 2, doctr., p. 687 et s.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La pluralité des régimes de gage », *RLDA* mars 2007, p. 73 et s.

LARROUMET (C.), « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, chron., p. 119 et s.

LAUDE (A.), « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 307 et s.

LEAVY (J.), « En droit français, l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », *Banque et droit* 2011, n° 136, p. 9 et s.

LE CORRE (P.-M.) ,

- « Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives », *JCP E* 2007, 1185, p. 24 et s.
- « La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement », *D.* 2009, n° 13, p. 882 et s.
- « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001, p. 2815 et s.

LEGEAIS (D.),

- « Le gage de meubles corporels », *JCP E* 2006, suppl. aux n° 20-21, 4, n° 39, p. 22 et s.
- « Le gage de meubles corporels », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20, p. 12 et s.
- « Gage de comptes d'instruments financiers », *RD bancaire et bourse* 1997, p. 225 et s.
- « La réforme des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Litec-Dalloz, 2006, p. 367 et s.
- « Article 2328-1 du Code civil – Loi du 19 février 2007 », *RTD com.* 2007, p. 583 et s.
- « Le nouveau droit du gage portant sur un véhicule automobile », *JCP E* 2007, 1482, p. 13 et s.
- « Ordonnance portant diverses mesures relatives à la fiducie », *RTD com.* 2009, p. 426 et s.
- « La fiducie. Suite et... peut être fin », *RTD com.* 2009, p. 606 et s.
- « L'antichrèse devient le gage immobilier », *RD bancaire et fin.* juill.-août 2009, comm. 119, p. 45 et s.
- « Gage sur stocks », *RTD com.* 2006, p. 639 et s.

LEGRAND (V.), « L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable ? », *LPA* 7 oct. 2011, n° 200, p. 4 et s.

LE NABASQUE (H.), GAILLARD (J.-M.) et BAFFREAU (M.), « L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers – 2^{ème} partie : son évolution », *RD bancaire et bourse* juill.-août 1998, p. 125 et s.

LEMAIRE (H.), « Formalité foncière (publicité ou inscription) : Etude des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE, quant à leurs effets », *JCP N* 1991, I, p. 447 et s.

LEROYER (A.-M.), « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD civ.* 2010, p. 632 et s.

LÉVY (J.-P.), « Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », Conférence prononcée à Lausanne en 1986, *Diachroniques*, éd. Loyset, 1995, p. 169 et s.

LIBCHABER (R.),

- « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens », *Deffrénois* 1997, art. 36464, p. 65 et s.
- « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297 et s.

LIENHARD (A.),

- « Registre national des fiducies : parution du décret », *D.* 2010, p. 571.
- « Entreprise individuelle à responsabilité limitée : naissance du patrimoine d'affectation », *D.* 2010, p. 252 et s.

LIKILLIMBA (G.-A.), « L'agent des sûretés en droit OHADA », *RTD com.* 2012, p. 475 et s.

LOISEAU (G.), « Le nantissement des films cinématographiques », *Dr. et patrimoine* 2002, n° 106, p. 67 et s.

LOISEAU (G.) et DJOUBI (J.), « De la fonction de la mention manuscrite », *RD bancaire et fin.* 2003, n° 4, p. 256.

LUCAS (F.-X.), « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll. nov.* 2009, n° 6, dossier, p. 60 et s.

LUCIANO (K.), « Analyse juridique du droit de rétention », *Rev. proc. coll.* juill.-août 2012, n° 4, p. 38 et s.

MAIROT (A.), « La réserve de propriété analysée en une obligation réelle », *Deffrénois* 2007, art. 38557, p. 399 et s.

MALABAT (V.), « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », in *Études à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 439 et s.

MALLET-BRICOUT (B.), « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patrimoine* oct. 2009, n° 185, p. 79 et s.

MALAUURIE (P.),

- « Avant-projet de réforme de la prescription en droit civil », *Defrénois* 2006, art. 38325, p. 230 et s.
- « La réforme de la prescription civile » *Defrénois* 2007, art. 38688, p. 1659 et s.

MARTIN (D.),

- « Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété », *D.* 1986, chron., p. 323 et s.
- « Du gage d'actifs scripturaux », *D.* 1996, chron., p. 263 et s.
- « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *Vie jud.* du 10 au 16 févr. 1992, p. 3 et s.

MARTIN (F.), « Le principe de spécialité de l'hypothèque – Application et évolution », *Dr. et patrimoine* nov. 2005, n° 142, p. 58 et s.

MARTON (G.), « Obligations de résultat et obligations de moyens », *RTD civ.* 1935, p. 499 et s.

MARTY (R.), « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *LPA* 21 et 22 nov. 2000, p. 4 et s. et p. 8 et s.

MATSOPOULOU (H.), « Les aspects actuels du gage automobile », *RTD com.* 1998, p. 795 et s.

MAURY (F.), « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat », *RRJ* 1998, p. 1243 et s.

MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1 et s.

MEILLER (E.), « L'universalité de fait », *RTD civ.* 2012, p. 651 et s.

MESTRE (J.), « Le gage de choses fongibles », *D.* 1982, chron., p. 141 et s.

MIGNOT (M.),

- « Réforme de la prescription : le point de départ du délai », *Defrénois* 2009, art. 38896, p. 393 et s.
- « La proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile : une nouvelle application du droit de ne pas payer ses dettes ? », *LPA* 26 févr. 2008, p. 6 et s.

MILLET (S.) et DAMMANN (R.), « L'action en revendication exercée au titre d'une clause de réserve de propriété relève-t-elle du champ d'application du règlement Bruxelles I ? », *RLDC* avr. 2010, p. 31 et s.

MOLFESSIS (N.), « Le principe de proportionnalité en matière de garantie », *Banque et droit* mai-juin 2000, n° 71, p. 4 et s.

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), « Les techniques de sûretés sur les marchés étrangers : l'exemple américain », *Banque et droit* juill.-août 2000, p. 30 et s.

MORVAN (P.), « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Rev. dr. soc.* 2006, p. 707 et s.

MOUILLART (M.), « Hypothèque ou caution (de la garantie à la réassurance) », *Banque* 1989, p. 906 et s.

MOULY (C.), « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à René ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 529 et s.

MOUSSERON (J.-M.), PÉROCHON (F.), « La nouvelle réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980 », *RF compt.* 1981, p. 10 et s.

NOTTE (G.), « Ordonnance n° 2006-356 du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *JCP E* 2006, 158, p. 603 et s.

PATARIN (J.), « Le nantissement sur les films cinématographiques », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 346 et s.

PÉDAMON (M.), « La réserve de propriété en droit allemand et en droit français », *RJ com.* 1982, n° spéc. « Evolutions des sûretés », p. 57 et s.

PERROT (A.), « La vente à réméré de valeurs mobilières », *RTD com.* 1993, p. 1 et s.

PÉROCHON (F.),

- « Le droit de rétention, accessoire de la créance », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 379 et s.
- « La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994) », *D.* 1994, p. 251 et s.
- « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p. 651 et s.

PERUS (S.), « Des aspects pratiques du pacte comissoire », *RLDC* juin 2008, p. 29 et s.

PESENTI (S.), « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA* 11 mars 2004, n° 51, p. 12 et s.

PICOD (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz Litec, 2006, p. 395 et s.

PIÉDELIÈVRE (S.),

- « Remarques sur le rôle perturbateur du droit de rétention dans le droit des sûretés immobilières », *Dr. et patrimoine* avr. 2000, n° 81, p. 42 et s.
- « La notion de créancier professionnel en matière de contrat de cautionnement », *D.* 2009, p. 2198 et s.
- « Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil », *D.* 2008, p. 2950 et s.
- « La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007 », *Gaz. Pal.* 25-26 mai 2007, doct., p. 2 et s.

- « Universalité et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. et patrimoine* 2000, n° 82, p. 96 et s.
 - « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Defrénois* 2010, art. 39134, p. 1417 et s.
 - « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », *JCP E* avr. 2014, n° 14, 1176, p. 27 et s.
- PLAISANT (R.), « Le gage sur automobile », *Banque* 1957, p. 326 et s.
- PLANCQUEEL (A.), « Obligations de moyens, obligations de résultat », *RTD civ.* 1972, p. 334 et s.
- POLLAUD-DULIAN (F.), « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 487 et s.
- PRIGENT (S.),
- « L'hypothèque rechargeable », *Defrénois* 2007, art. 38650, p. 1268 et s.
 - « Rechargement d'une fiducie-sûreté », *Defrénois* 2010, art. 39150, p. 1782 et s.
- PROVANSAL (A.), « L'hypothèque rechargeable ou le style baroque », *Gaz. Pal.* 2 mars 2007, p. 8 et s.
- PUTMAN (E.), « Sur l'origine de la règle : " meubles n'ont point de suite par hypothèque " », *RTD civ.* 1994, p. 543 et s.
- QUEZEL-AMBRUNAZ (C.), « L'acception européenne du "bien" en mal de définition », *D.* 2010, n° 31, p. 2024 et s.
- RAYNOUARD (A.), « Ultimes modifications de la fiducie », *JCP N* 2009, 439, p. 3 et s.
- RIFFARD (J.-F.),
- « Propriétés et garanties : faut-il destituer la reine des sûretés? », in *Repenser le droit des sûretés mobilières* (dir. M.-E. ANCEL), Bibliothèque de l'Institut André TUNC, LGDJ, 2005, p. 29 et s.
 - « Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit* 2004, n° 97, dossier, p. 9 et s.
 - « Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé », in *Le Droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, dir. P. CROCQ et Y. PICOD, EJT, Droit et procédures, 2006, p. 107 et s.
 - « Quel devenir pour les sûretés sectorielles en matière agricole et commerciale : *requiem* ou *statu quo* ? », *RD rural* 2009, n° 372, Dossier, p. 43 et s.
- RIVES (G.), « Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière », *RTD civ.* 1968, p. 613 et s.
- RIPERT (G.), « Le nantissement de l'outillage et de l'équipement », *D.* 1951, chron., p. 41 et s.

ROBLOT (R.),

- « Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement », *Rev. dr. soc.* 1951, p. 289 et s.
- « Les sûretés mobilières sans déplacement », in *Etudes offertes à Georges RIPERT*, t. II, LGDJ, 1950, p. 362 et s.

ROSSI (P.), « Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société », *Revue de Législation et de Jurisprudence* 1840, t. II, p. 6 et s.

ROUTIER (R.), « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un article "détonnant" pour le débiteur et "détonnant" pour le contribuable ? », *D.* 2006, chron., p. 2916 et s.

SALVAGE-GEREST (P.) et SALVAGE (P.), « Droit pénal et sûretés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean LARGUIER*, Pug, 1993, p. 281 et s.

SAVATIER (R.), « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331 et s.

SCHLOGEL (M.), « Le warrant industriel », *Banque* oct.-nov. 1946, p. 32 et s.

SIMLER (P.),

- « Avant-propos », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20, p. 3 et s.
- « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 2006, 124, p. 597 et s.

SOUWEINE (C.), « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean LARGUIER*, Pug, 1993, p. 303 et s.

STOUFFLET (J.),

- « Le nantissement de meubles corporels », *JCP G* 2006, suppl. au n° 20, p. 19 et s.
- « Rapport de synthèse », *Banque et droit* 2004, n° 97, dossier, p. 50 et s.

STORCK (M.),

- « Revendication des marchandises et sort d'un contrat de vente conclu avec une clause de réserve de propriété », *D.* 1988, chron., p. 131 et s.
- « L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage », *LPA* 30 oct. 1987, n° 130, p. 29 et s.

SYNVET (H.),

- « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patrimoine* sept. 2005, n° 140, p. 64 et s.
- « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », in *Etudes offertes à Jacques BÉGUIN, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 719 et s.

SYNVET (H.) et GAUDEMET (A.), « EIRL et sûretés », *LPA* 28 avr. 2011, p. 32 et s.

TANAGHO (S.), « L'hypothèque de biens à venir », *RTD civ.* 1970, p. 441 et s.

- TERRÉ (F.), « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *JCP E* 2011, 1011, p. 43 et s.
- TESTON (B.), « Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », *Dr. et patrimoine* juin 2001, n° 94, p. 69 et s.
- TEYSSIÉ (B.), « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D.* 1976, chron., p. 281 et s.
- THÉRY (P.),
- « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », *Deffrénois* 2011, art. 39216, p. 569 et s.
 - « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et patrimoine* mai 2007, n° 159, p. 42 et s.
 - « La différenciation du professionnel et du particulier : un aspect de l'évolution du droit des sûretés réelles », *Dr. et patrimoine* avr. 2001, n° 92, p. 53 et s.
- TORCK (S.),
- « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés réelles », *RD bancaire et fin.* juill.-août 2006, p. 39 et s.
 - « La revendication des choses fongibles », *RRJ* 1996, p. 483 et s.
- TUNC (A.), « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 449.
- VALLENS (J.-L.), « Publicité et information en matière de sûretés », *LPA* 20 sept. 2000, n° 188, p. 5 et s.
- VEAUX-FOURNERIE (P.), « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in *Le gage commercial* (dir. J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 126 et s.
- VILLEY (M.), « Le "jus in re" du droit romain classique au droit moderne », Conférences faites à l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, Sirey, VI, 1950, p. 187 et s.
- VIVANT (M.),
- « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles », in *Mélanges Christian MOULY*, Livre I, Litec, 1998, p. 441 et s.
 - « L'immatériel en sûreté », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 405 et s.
- WIEDERKERH (V.), « Pactes comissoires et sûretés conventionnelles », in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661 et s.
- WITZ (C.), « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », *RD bancaire et bourse* juin-juill. 1992, p. 143 et s.

ZENATI (F.),

- « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », in *Etudes offertes à Pierre CATALA, Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Litec, 2001, p. 605 et s.
- « L'immatériel et les choses, le droit et l'immatériel », *APD*, t. 43, Sirey, 1999, p. 79 et s.
- « Propriété et droits réels. 1. Choses consommables », *RTD civ.* 1994, p. 379 et s.

V. NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

ALBIGÈS (C.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2008, *D.* 2009, p. 602.

AUBERT (J.-L.),

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 juill. 1982, *Defrénois* 1983, art. 33022, n° 11, p. 33.
- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 7 janv. 1987, *Defrénois* 1987, art. 34049, n° 70, p. 1134.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1977, *Defrénois* 1977, art. 31522, n° 88, p. 1261.

AVENA-ROBARDET (V.),

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2009, *D.* 2009, n° 43, p. 2860.
- note sous Cass. com., 24 mars 2009, *D.* 2009, n° 14, p. 943.

AYNÈS (A.), note sous Cass. com., 26 mai 2010, *RDC* 2010/4, p. 1341.

AYNÈS (L.),

- note sous Cass. com. 28 janv. 1997, *Defrénois* 1997, art. 36703, n° 162, p. 1429.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1993, *Defrénois* 1993, art. 35617, p. 1063.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, *D.* 1999, jurisp., p. 167.

ANSAULT (J.-J.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ, 19 nov. 2009, *RLDC* févr. 2010, n° 68, p. 31.
- note sous Cass. com., 26 janv. 2010, *RLDC* mars 2010, n° 69, p. 31.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2009, *RLDC* janv. 2010, n° 67, p. 37.
- note sous Cass. ass. plen., 6 nov. 2009, *RLDC* janv. 2010, n° 67, p. 35.

BARBIÈRI (J.-F.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1991, *JCP* 1992, II, 21825, p. 107.

BEY (E.M.), obs. sous Cass. com., 10 mai 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 820.

BOISTEL (A.), note sous Cass. civ., 9 avr. 1894, *DP* 1894, I, p. 409.

BORGA (N.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2009, *D.* 2010, n° 5, p. 302.

BORGHETTI (J.-S.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2011, *RDC* 2012, p. 81.

BOULOC (B.), obs. sous Cass. com., 19 févr. 2013, *RTD civ.* 2013, p. 418.

BOURASSIN (M.), obs. sous Cass. com., 19 févr. 2013, *D.* 2013, p. 1363.

- BOUTEILLER (P.), note sous Cass. com., 19 nov. 2002, *JCP E* 2003, p. 526.
- CABRILLAC (M.),
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2009, *JCP E* 2010, 1011, n° 7, p. 32.
 - note sous Cass. com., 4 juill. 2000, *JCP G* 2001, I, 298, p. 364.
- CABRILLAC (M.) et TEYSSIÉ (B.), obs. sous Cass. com., 20 juin 1989, *RTD com.* 1989, p. 702.
- CARBONNIER (J.), obs. sous Cass. civ., 7 déc. 1948, *RTD civ.* 1950, p. 201.
- CERLES (A.), obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *RD bancaire et fn.* sept.-oct. 2010, p. 54.
- CHARTIER (Y.), note sous Cass. com. 18 juill. 1977, *JCP N* 1982, p. 165.
- CHEMIN-BOMBEN (D.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 27 janv. 2010, *RLDA* avr. 2010, n° 48, p. 34.
- COURET (A.), obs. sous Cass. com., 10 janv. 1995, *D.* 1995, *jurisp.*, p. 203.
- CROCQ (P.),
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 758.
 - obs. sous Cass. com., 4 juill. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 399.
 - obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *RTD civ.* 2010, p. 595.
 - obs. sous Cass. com., 11 sept. 2012, *RTD civ.* 2012, p. 756.
 - obs. sous Cass. com., 19 févr. 2013, *RTD civ.* 2013, p. 418.
- DAGOT (M.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1977, *RD imm.* 1979, p. 104.
- DELEBECQUE (P.),
- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 24 sept. 2003, *JCP E* 2004, 1246, n° 11, p. 1342.
 - obs. sous Cass. com., 19 nov. 2002, *JCP G* 2003, I, 124, n° 17, p. 619.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1994, *JCP E* 1994, I, 365, n° 18, p. 288.
 - obs. sous Cass. com., 10 oct. 2000, *JCP E* 2001, p. 1089 ; *JCP G* 2001, I, 315, n° 18, p. 815.
 - obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 4 févr. 1998, *JCP E* 1998, p. 1639.
- DELPECH (X.), note sous Cass. Com., 31 oct. 2006, *D.* 2006, p. 3052.
- DEMOGUE (R.),
- obs. sous Cass. req., 10 mars 1915, *RTD civ.* 1916, p. 163.
 - note sous CA Bourges, 29 avr. 1901, *RTD civ.* 1903, p. 176, n° 28.
- DERRIDA (F),
- note sous Cass. ass. plen., 26 oct. 1984, *D.* 1985, *jurisp.*, p. 33.
 - note sous Cass. com., 4 mai 1981, *D.* 1981, p. 489.
- DUPICHOT (P.), obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *Dr. et patrimoine* 2010, n° 196, p. 94.
- EUDIER (F.), note sous Cass. com., 3 mai 1995, *D.* 1997, p. 124.
- FIORINA (D.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, *D.* 1999, *juris.*, p. 633.
- GAILLARD (E.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1983, *D.* 1983, p. 349.

- GAUTIER (P.-Y.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 janv. 1992, *RTD civ.* 1992, p. 586.
- GIJSBERS (C.), obs. sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *D.* 2014, p. 924.
- GOUBEAUX (G.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1977, *JCP* 1978, II, 18977.
- GOUT (O.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2007, *D.* 2007, p. 1119.
- GRUFFY (L.), note sous Cass. crim., 18 janv. 1950, *JCP* 1950, II, 5422.
- GUÉNÉE (E.),
- note sous Cass. civ., 3 août 1896, *D.* 1897, 1, p. 209.
 - note sous Cass. civ., 25 mars 1903, *DP* 1904, 1, p. 273.
- HÉMARD (J.), note sous Cass. com., 26 mai 1961, *RTD com.* 1962, p. 292.
- HÉMARD (J.) et BOULOC (B.),
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1983, *RTD com.* 1984, p. 725.
 - obs. sous Cass. com., 1^{er} oct. 1985, *RTD com.* 1986, p. 553.
- HOVASSE (H.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, *JCP N* 1999, II, p. 351.
- JACOB (F.),
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2009, *Banque et droit* nov.-déc. 2009, n° 128, p. 64.
 - note sous Cass. com., 26 mai 2010, *Banque et droit* juill.-août 2010, n° 132, p. 46.
- JOURDAIN (P.), obs. sous Cass. ass. plen., 6 oct. 2006, *RTD civ.* 2007, p. 123.
- LAGARDE (P.), obs. sous CA Paris, 19 janv. 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 126.
- LEGAL (A.), note sous Cass. crim., 18 janv. 1950, *S.* 1950, I, p. 193.
- LEGEAIS (D.),
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2009, *JCP E* 2009, n° 35, 1776, p. 13.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2006, *RD bancaire et fin.* mai-juin 2006, n° 98, p. 20.
 - obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *RTD com.* 2010, p. 596.
 - obs. sous Cass. com., 10 oct. 2000, *RD bancaire et fin.* 2000, p. 354.
 - note sous Cass. com., 19 févr. 2013, *RD bancaire et fin.* mars-avr. 2013, n° 2, comm. 59, p. 53.
- LÉGIER (G.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1983, *D.* 1984, p. 433.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), note sous Cass. civ., 4 déc. 1946, *D.* 1947, *jurisp.*, p. 25.
- LEVENEUR (L.), note sous Cass. ass. plen., 6 oct. 2006, *Contrats, conc. consom.* mars 2007, p. 11, n° 63.
- LIENHARD (A.),
- note sous Cass. com., 6 oct. 2009, *D.* 2009, n° 37, p. 2482.
 - note sous Cass. com., 16 juin 2009, *D.* 2009, n° 26, p. 1752.

- LIPINSKI (P.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 2001, *D.* 2001, p. 3156.
- LYON-CAEN (C.),
- note sous Cass. req., 10 mars 1915, *S.* 1916, 1, p. 5.
 - note sous Cass. civ., 20 janv. 1886, *S.* 1886, 1, p. 305.
- MANAUD DES GROTTES (G.), obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *RLDC* juill.-août 2010, p. 37.
- MARTIAL-BRAZ (N.), note sous Cass. com., 19 févr. 2013, *JCP G* 2013, p. 539.
- MARTIN-SERF (A.), obs. sous Cass. com., 26 mai 2010, *RTD com.* 2011, p. 785.
- MAZEAUD (D.),
- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2005, *RLDC* 2006, p. 323.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2011, *D.* 2012, p. 659.
- MEKKI (M.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2007, *JCP G* 2007, I, p. 161.
- MESTRE (J.), note sous Cass. com., 3 nov. 1983, *JCP* 1984, II, 20234.
- MESTRE (J.) et FAGES (B.),
- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2005, *RTD civ.* 2005, p. 596.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2007, *RTD civ.* 2007, p. 342.
 - obs. sous Cass. ass. plen., 6 oct. 2006, *RTD civ.* 2007, p. 115.
- MOULY (J.), note sous Cass. com., 18 juill. 1977, *D.* 1978, *jurisp.*, p. 404.
- PÉRINET-MARQUET (H.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, *JCP G* 1999, I, 120, n° 29, p. 524.
- PÉROCHON (F.), note sous Cass. com., 20 juin 1989, *D.* 1989, *jurisp.*, p. 760.
- PIEDELIEVRE (A.),
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1983, *Defrénois* 1983, art. 33161, p. 1393.
 - note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 janv. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 219.
- PIEDELIEVRE (S.),
- note sous Cass. com., 28 mai 1996, *D.* 1996, *somm.*, p. 385.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, *JCP G* 1999, II, 10027, p. 336.
 - note sous Cass. com., 10 oct. 2000, *JCP E* 2001, p. 1477.
 - obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 4 févr. 1998, *D.* 1998, *somm.*, p. 379.
- RAYMOND (G.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2009, *Contrats, conc. consom.* févr. 2010, p. 36.
- REMY (P.), obs. sous Cass. com., 3 nov. 1983, *RTD civ.* 1984, p. 526.
- REMET (T.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 118.
- ROBERT (A.), note sous Cass. com., 17 oct. 1995, *D.* 1996, p. 33.
- RODIÈRE (P.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 1962, *D.* 1965, *jurisp.*, p. 58.

RONTCHEVSKY (N.),

- note sous Cass. com., 18 nov. 2008, *Banque et droit*, janv.-févr. 2009, n° 123, p. 48.

- note sous Cass. com., 30 sept. 2008, *Banque et droit* nov.-déc. 2008, n° 122, p. 48.

RONTCHEVSKY (N.) et JACOB (F.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 5 nov. 2008, *Banque et droit* nov.-déc. 2008, n° 122, p. 50.

ROUX (J.-A.),

- note sous Cass. crim., 25 juill. 1912, *S.* 1914, 1, p. 116.

- note sous Cass. crim., 13 mars 1909, *S.* 1912, 1, p. 237.

ROUXEL (S.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, *JCP E* 1999, II, p. 426.

SALVAT (D.), note sous Cass. com., 7 juill. 1998, *JCP G* 1998, II, 10206, p. 2176.

SARRUT (J.), note sous Cass. com., 18 mai 1898, *DP* 1900, 1, p. 481.

SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.), obs. sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *JCP E* 26 mai 2014, n° 21-22, p. 1083, n° 19.

SOLUS (H.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1959, *RTD civ.* 1960, n° 5, p. 138.

STOFFEL-MUNCK (P.), obs. sous Cass. ass. plen., 6 oct. 2006, *JCP* 2007, I, p. 115.

TADROS (A.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2012, *D.* 2013, n° 5, p. 351.

THÉRY (P.), obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 16 déc. 1998, *RD imm.* 1999, p. 293.

VASSEUR (M.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1983, *D.* 1984, IR, p. 82.

- note sous Cass. com., 5 févr. 1979, *D.* 1980, IR, p. 55.

VINEY (G.), note sous Cass. ass. plen., 6 oct. 2006, *D.* 2007, p. 2825.

WALH (A.), note sous CA Bourges, 29 avr. 1901, *S.* 1902, 2, p. 273.

ZENATI (F.),

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1991, *RTD civ.* 1992, p. 144.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 422.

- obs. sous Cass. com., 17 oct. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 651.

VI. AUTRES OUVRAGES : ÉCONOMIE, COMPTABILITÉ

ANTOINE (J.), *Lexique thématique de la comptabilité*, De Boeck, 8^{ème} éd., 2008.

BEZBAKH (P.) et GHERARDI (S.), *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, 2011.

COLASSE (B.), *Comptabilité générale*, Economica, 9^{ème} éd., 2005.

COLASSE (B.), LESAGE (C.), *Introduction à la comptabilité*, Economica, 10^{ème} éd., 2007.

CONSO (P.), HEMICI (F.), *Gestion financière de l'entreprise*, Dunod, 11^{ème} éd., 2005.

- DAMODARAN (A.), *Finance d'entreprise*, De Boeck, 2^{ème} éd., 2006.
- DE LAUZAINGHEIN (C.), NAVARRO (J.L.) et NECHELIS (D.), *Droit comptable*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004.
- DE LA VILLEGUERIN (Y.) (dir), *Dictionnaire comptable et financier*, Groupe Revue Fiduciaire, 10^{ème} éd., 2010.
- DESSERTINE (P.), PROVILLARD (P.), *Comptabilité*, Pearson Education, 2^{ème} éd., 2008.
- ÉCHAUDEMAISON(C.-D.) (dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, 5^{ème} éd., 2000.
- ENSELME (G.), *Introduction à la comptabilité*, Litec, 10^{ème} éd., 2009.
- GRANDGUILLOT (B) et (F.), *Comptabilité générale*, Gualino, 11^{ème} éd., 2007.
- LAKEHAL (M.), *Dictionnaire d'économie contemporaine*, Vuibert, 3^{ème} éd., 2002.
- PEYRARD (J.) et (M.), *Dictionnaire de finance*, Vuibert, 2^{ème} éd., 2001.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les nombres renvoient au numéro des paragraphes)

A

Actifs circulants, 4, 15 et s.

Assiette :

- clause de substitution, 226, 234 et s.
- de la sûreté globale (v. ce mot).
- fluctuante, 178 et s.
- obligation de conservation, 97, 164 et s.

B

Bien :

- circulant,
 - caractères, 50.
 - corporel/incorporel, 44.
 - définition, 51.
 - fonction, 22 et s., 24 et s.
 - fongible/non fongible, 45.
 - meuble/immeuble, 38 et s.

- renouvellement, 32 et s.

- transformation, 30.

- transmission, 31.

- classifications légales, 36 et s.

- stable,

- caractères, 52.

C

Cautionnement, 3, 335.

Clause d'arrosage, 188.

Clause de réserve de propriété, 30, 157.

Clause de voie parée, 424 et s.

D

Dépossession de l'assiette :

- bien incorporel, 85.

- entiercement, 98 et s.

- principe de (gage),

- abandon du principe, 145 et s.

- fonction, 78 et s.
- fondements, 75 et s.
- origines, 74.
- propriétés-sûretés, 83, 84, 156 et s.

Droit de rétention, 87 et s., 291 et s.

- effectif, 90 et s.
- fictif, 92 et s.

Droit réel de garantie :

- caractère accessoire, 102.
- droit exclusif, 262.

F

Fiducie-sûreté, 82, 159.

Floating charge, 6, 64, 240, 306, 326.

Fongibilité :

- conventionnelle, 203, 217 et s.
- définition, 202.
- effets sur le régime de la sûreté, 190, 213, 234 et s.

G

Gage de droit commun :

- biens futurs, 162.
- détournement de gage, 135, 389.
- droit de suite, 119.
- nature, 288.
- opposabilité, 154.
- sur choses fongibles, 181.

Gages spéciaux :

- sans dépossession, 148.

- sur stocks de choses fongibles, 180.

H

Hypothèque conventionnelle :

- biens futurs, 162.

Hypothèque mobilière, 288, 311.

Hypothèque ouverte, 6, 64, 240, 326.

N

Nantissement de comptes-titres, 179.

P

Pacte comissoire, 424 et s.

Privilèges :

- classement, 264.

Professionnel, 18 et s.

Promesse de sûreté :

- effets, 232.
- validité, 227 et s.

Publicité :

- gage sans dépossession, 154.
- propriétés-sûretés, 160.

S

Security interest, 6, 65, 240, 306.

Spécialité (principe de) :

- biens grevés, 104 et s.
- propriétés-sûretés, 113.
- sûretés réelles traditionnelles, 112.
- créances garanties, 168 et s.

- créances futures, 171 et s.

Subrogation réelle :

- assiette de meubles fongibles, 190.
- universalité de fait (v. ce mot).

Sûreté globale :

- Assiette,
 - absence de dépossession, 285 et s.
 - biens admis, 252 et s., 325 et s.
 - détermination des biens engagés, 338 et s.
 - disponibilité des composants, 257, 260, 295.
 - état de l'assiette (obligation de tenir un), 394, 395, 397 et s.
 - qualification (universalité de fait), 255 et s.
- conditions de validité, 321 et s.
- créances garanties, 248 et s., 324.
 - détermination, 336 et s.
 - plafond, 249.
- définition, 266.
- droit de rétention (exclusion), 291 et s.
- droit de suite (objet), 265.
- droit réel accessoire conféré,

- nature, 263 et s.
- objet, 260, 297 et s.
- rang, 264, 345.
- formalisme, 329 et s.
- gestion dynamique du constituant, 299 et s.
 - actes inopposables au bénéficiaire, 305 et s.
 - actes opposables au bénéficiaire, 300 et s., 306 et s.
- nullités,
 - conditions de fond, 327.
 - conditions de forme, 333.
- obligation de conservation, 374 et s.
 - aménagements conventionnels, 381 et s.
 - clause d'arrosage, 379, 386.
 - conservation de la valeur de l'assiette, 378.
 - plafond de reconstitution, 379.
 - sanctions, 384 et s.
 - sinistres, 375.
 - subrogation réelle des composants successifs, 303.
- opposabilité,
 - contenu du bordereau d'inscription, 352 et s.

- effets de l'inscription, 360, 365, 366, 368.
- fichier national des sûretés globales, 350.
- immeubles (double inscriptions), 369.
- lieu du registre des sûretés globales, 349 et s.
- régime de l'inscription, 357 et s.
- teneurs du registre des sûretés globales (greffiers des tribunaux de commerce), 348 et s.
- réalisation (de la), 414 et s.
 - clauses (de), 424 et s., 427 et s.
 - indisponibilité des biens grevés, 410.

Sûretés personnelles :

- cautionnement (v. ce mot).

Sûretés réelles :

- classifications légales, 57 et s.
- de genre, 62.
- sources, 316.

U

Universalité de fait :

- assiette de la sûreté globale (v. Sûreté globale).
- assiette de sûreté, 208 et s., 214, 220 et s.
- comptes-titres, 179.
- définition, 205.
- nature, 206.
- subrogation des composants, 190, 303.

W

Warrants sur stocks de choses fongibles, 180.

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....1

PREMIÈRE PARTIE – LE BIEN CIRCULANT ASSIETTE MARGINALE DE SÛRETÉ EN DROIT POSITIF.....15

TITRE I - Les Causes de la marginalité du bien circulant en assiette de sûreté17

Chapitre I - La singularité du bien circulant.....19

Section 1. Identification du bien circulant.....20

§1. La spécificité économique du bien circulant.....21

A. Contours de la fonction économique du bien circulant.....21

I. Le bien circulant inséré dans le processus de commercialisation.....24

II. Le bien circulant utilisé dans le processus de production.....25

B. Conséquences de la fonction économique du bien circulant : disponibilité et renouvellement.....26

I. La disponibilité nécessaire du bien circulant.....26

II. Le renouvellement du bien circulant.....29

§2. L'autonomie juridique du bien circulant.....30

A. Le bien circulant inconciliable avec les distinctions existantes en droit des biens.....31

I. Confrontation du bien circulant à la distinction principale des biens.....31

II. Confrontation du bien circulant aux distinctions secondaires des biens.....34

B. Essai d'une distinction nouvelle des biens fondée sur la fonction économique.....38

I. Enoncé de la distinction nouvelle.....40

a. Bien circulant.....40

b. Bien stable.....42

II. Utilité et portée de la distinction nouvelle.....43

Section 2. Restitution du bien circulant au sein de la structure légale des sûretés réelles	44
§1. La nature physique de l'assiette : critère légal de distinction des sûretés réelles	45
A. Présentation de la distinction légale des sûretés réelles	46
B. Critique de la distinction légale des sûretés réelles	48
§2. La composition de l'assiette : critère proposé de distinction des sûretés réelles	51
A. Les vertus éprouvées d'une sûreté globale	53
B. Arguments en faveur de la réception d'une sûreté globale	55
Chapitre II - La conception traditionnelle des sûretés réelles	59
Section 1. L'immobilisation physique de l'assiette mobilière de sûreté	60
§1. L'emprise matérielle du créancier sur l'assiette mobilière	60
A. Le principe de la dépossession impérative de l'assiette mobilière consacré par le gage	61
B. La dépossession par principe de l'assiette mobilière de fiducie-sûreté	64
§2. Les difficultés soulevées par l'emprise matérielle du créancier sur l'assiette mobilière	67
A. Le pouvoir de rétention du créancier bénéficiaire sur l'assiette mobilière	70
I. Les vicissitudes du droit effectif de rétention	72
II. L'anachronisme du droit fictif de rétention	73
B. La conservation de l'assiette mobilière par le créancier bénéficiaire	77
Section 2. La neutralisation juridique de l'assiette de sûreté	80
§1. Le principe du droit réel sur assiette déterminée	83
A. L'ancrage du principe de spécialité de l'assiette	83
I. Les fondements du principe	84
II. Les justifications du principe	85
B. L'universalité du principe de spécialité de l'assiette	88
§2. L'indisponibilité des biens grevés : conséquence du principe du droit réel sur assiette déterminée	90
A. L'aliénation du bien engagé en sûreté	90
I. L'aliénation du bien grevé d'une sûreté réelle traditionnelle	90
II. L'aliénation du bien grevé d'une propriété-sûreté	94
B. La transformation du bien engagé en sûreté	98
I. Les obstacles à une opération de transformation	98
II. Les périls d'une opération de transformation	100
a. Les dangers de l'opération pour le bénéficiaire de la sûreté	100
b. Les risques de l'opération pour le constituant de la sûreté	102
TITRE II - Les leviers de généralisation du bien circulant en assiette de sûreté	109
Chapitre I - Les leviers de généralisation issus de la loi	111
Section 1. Réforme des principes de dépossession de l'assiette et de spécialité de la créance garantie	112
§1. L'abandon du principe de dépossession	113

A. Les étapes de l'abandon du principe.....	113
I. La remise en cause du principe par des régimes spéciaux.....	114
II. L'abandon du principe par le droit commun des sûretés.....	117
a. Le renoncement à la dépossession impérative de l'assiette du gage de droit commun.....	118
b. Le rejet de la dépossession impérative de l'assiette de propriétés-sûretés.....	121
B. Les effets de l'abandon du principe de dépossession.....	125
§2. La refonte du principe de spécialité de la créance garantie.....	130
A. La nouvelle exigence de simple déterminabilité de la créance garantie.....	132
B. La simple déterminabilité de la créance garantie source de crédit.....	134
Section 2. Avènement de l'assiette fluctuante.....	135
§1. La réception de l'assiette fluctuante.....	136
A. Les régimes spéciaux.....	137
B. Le gage de droit commun.....	139
§2. Le fonctionnement de l'assiette fluctuante	143
A. Remplacement des éléments distraits.....	143
B. Subrogation réelle des éléments successifs.....	145
§3. Le champ d'application de l'assiette fluctuante.....	147
A. La fongibilité des éléments, condition retenue de la préservation de la sûreté.....	147
B. La valeur des éléments, condition véritable de la préservation de la sûreté.....	149
Chapitre II - Les leviers de généralisation issus de l'intervention conventionnelle.....	153
Section 1. L'intervention conventionnelle sur la qualification de l'assiette.....	154
§1. La réception d'un pouvoir conventionnel sur la qualification de l'assiette ou de ses éléments.....	155
A. La qualification conventionnelle des biens engagés.....	155
B. La qualification conventionnelle de l'assiette.....	157
I. Les contours de l'universalité de fait en tant que bien.....	158
II. L'assiette composée d'un ensemble de biens constitutive d'une universalité de fait	160
§2. Les effets de la qualification conventionnelle de l'assiette ou de ses éléments.....	161
A. Les effets sur l'assiette immobilière.....	162
B. Les effets sur l'assiette mobilière	165
I. Influence de la qualification conventionnelle des éléments de l'assiette en choses fongibles.....	165
II. Influence de la qualification conventionnelle de l'assiette en universalité de fait....	167
Section 2. L'intervention conventionnelle sur le régime de l'assiette.....	170
§1. La validité des clauses de renouvellement d'assiette.....	170
A. La clause de substitution d'assiette	171
B. La promesse de sûreté réelle.....	172
§2. L'efficacité des clauses de renouvellement d'assiette.....	173

A. L'inefficacité constante des promesses de sûreté.....	173
B. L'efficacité croissante des clauses de substitution d'assiette.....	175

**SECONDE PARTIE – LE BIEN CIRCULANT ASSIETTE D'UNE SÛRETÉ
NOUVELLE DE DROIT COMMUN.....181**

TITRE I - Réception de la sûreté globale.....183

Chapitre I - La sûreté globale érigée en sûreté nouvelle.....185

Section 1. Définition de la sûreté nouvelle.....186

§1. Les créances garanties par la sûreté globale.....186

§2. L'assiette de la sûreté globale.....189

A. Approche descriptive de l'assiette : un ensemble de biens présents ou futurs de toute nature physique.....189

B. Approche juridique de l'assiette : la qualification de l'ensemble des biens affectés en universalité de fait.....191

§3. Le droit réel de garantie conféré par la sûreté globale.....193

A. Objet du droit réel de garantie conféré.....194

B. Nature du droit réel de garantie conféré.....195

I. Rejet d'un droit exclusif.....195

II. Réception d'un droit préférentiel.....196

Section 2. Insertion de la sûreté nouvelle au sein du droit positif.....200

§1. Place de la sûreté globale au sein du droit positif.....201

A. L'autonomie de la sûreté globale par rapport aux sûretés existantes.....201

B. La codification de la sûreté globale.....203

I. Le Code de commerce : siège rejeté de la codification.....203

II. Le Code civil : siège proposé de la codification.....205

§2. Incidences de la réception de la sûreté globale sur le droit positif.....206

A. La suppression des sûretés spéciales sur bien circulant.....206

B. Le maintien des sûretés réelles de droit commun.....208

Chapitre II - Les caractères de la sûreté globale.....211

Section 1. Nature hypothécaire de la sûreté globale.....211

§1. La levée des obstacles théoriques à la nature hypothécaire de la sûreté globale.....212

§2. L'opportunité de la nature hypothécaire de la sûreté globale.....215

A. La nature hypothécaire instrument d'efficacité de la sûreté globale.....215

B. La nature hypothécaire source d'exclusion de tout droit de rétention.....216

Section 2. Nature fluctuante de la sûreté globale218

§1. La disponibilité juridique des éléments engagés.....219

§2. La fluctuation matérielle des éléments engagés.....221

A. L'assiette de la sûreté globale laissée à la gestion dynamique du constituant.....222

I. Les actes découlant de la gestion dynamique de l'assiette.....222

II. Le remplacement des éléments distraits : obligation inhérente à la gestion dynamique de l'assiette.....224

B. Les limites à la gestion dynamique du constituant.....	226
I. La liberté de gestion limitée aux actes inscrits dans « le cours normal des affaires »	226
II. La liberté de gestion refusée au constituant défaillant.....	228
TITRE II - Régime de la sûreté globale.....	233
Chapitre I - La constitution de la sûreté globale.....	235
Section 1. Conditions de validité de la sûreté globale.....	236
§1. Les conditions de fond de la sûreté globale.....	238
A. Les parties admises à la convention de sûreté globale.....	239
B. Les biens reçus par la convention de sûreté globale.....	242
§2. Les conditions de forme de la sûreté globale.....	246
A. Le caractère solennel de la convention de sûreté globale.....	246
I. L'exigence d'un écrit.....	248
II. La nullité résultant de l'absence d'écrit.....	250
B. Les mentions imposées à la convention de sûreté globale.....	252
I. La nécessité d'une désignation des créances garanties ou des moyens de leur détermination.....	254
II. La nécessité d'une désignation des éléments de l'assiette ou des moyens de leur détermination.....	256
Section 2. Opposabilité de la sûreté globale.....	259
§1. L'opposabilité de la sûreté globale par inscription sur registre	259
A. La supériorité de l'enregistrement sur les autres modes d'opposabilité envisageables.....	260
B. Création d'un registre d'inscription de la sûreté globale.....	262
I. La tenue du registre.....	263
II. Le lieu du registre.....	264
§2. Les modalités d'enregistrement de la sûreté globale.....	266
A. Contenu du bordereau d'inscription.....	266
I. La désignation des parties.....	267
II. La désignation des éléments engagés et des créances garanties ou des moyens de leur détermination.....	268
B. Accomplissement de l'inscription.....	270
I. L'inscription initiale.....	272
II. La modification, le renouvellement et la radiation de l'inscription.....	276
a. La modification.....	276
b. Le renouvellement.....	278
c. La radiation.....	279
Chapitre II - Les effets de la sûreté globale.....	285
Section 1. Les effets avant défaillance du débiteur.....	286
§1. L'obligation de conservation de l'assiette-universalité à la charge du constituant.....	287
A. La conservation de l'assiette-universalité par le renouvellement de ses composants...288	
I. L'établissement d'un cadre légal.....	289

II. L'absence d'ordre public du cadre légal.....	292
B. Les sanctions pour défaut de conservation de l'assiette-universalité.....	295
I. Sanctions civiles.....	295
II. Sanctions pénales.....	299
§2. Le contrôle de la conservation de l'assiette-universalité par le bénéficiaire.....	302
A. Les moyens du contrôle.....	302
I. La tenue d'un état de l'assiette-universalité.....	303
II. Le teneur de l'état de l'assiette-universalité.....	304
B. Le régime du contrôle.....	305
I. Communication de l'état de l'assiette-universalité.....	305
II. Sanctions du défaut de communication de l'état de l'assiette-universalité.....	306
Section 2. Les effets à la défaillance du débiteur.....	308
§1. Immobilisation de l'assiette-universalité.....	308
A. L'immobilisation matérielle : l'appréhension des composants de l'assiette-universalité	309
B. L'immobilisation juridique : l'indisponibilité des composants de l'assiette-universalité	312
§2. Réalisation de la sûreté globale.....	315
A. Proposition d'une réalisation judiciaire supplétive.....	317
I. Justifications de l'intervention judiciaire.....	317
II. Réfutation du caractère impératif de l'intervention judiciaire.....	319
B. Réception d'une réalisation conventionnelle.....	321
I. Consécration générale des clauses de réalisation d'assiette.....	321
II. Régime des clauses de réalisation d'assiette.....	326
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	333
PROPOSITION DE RÉFORME DU DROIT DES SÛRETÉS RÉELLES PERMETTANT LA RÉCEPTION DE LA SÛRETÉ GLOBALE.....	337
BIBLIOGRAPHIE.....	347
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	375

RÉSUMÉ

Les sûretés sur les biens du professionnel constituent un instrument central d'accès au crédit. Malgré de nombreuses initiatives, le dispositif permettant l'affectation en garantie des biens voués à circuler, ainsi notamment des stocks, reste inadapté. L'édifice légal, complexe et contraire aux objectifs poursuivis, s'oppose à l'utilisation de ces biens circulants comme assiette de sûreté.

La présente thèse identifie les améliorations nécessaires à la modernisation du droit des sûretés réelles et, ce faisant, esquisse les contours d'une institution nouvelle de garantie de nature à faciliter les concours aux entreprises, la sûreté globale.

Mots-clefs : Sûretés réelles – Crédits – Professionnels – Bien circulant – Distinction des biens – Classification des sûretés réelles – Principe de spécialité des biens grevés – Hypothèque mobilière – Assiette de garantie – Obligation de conservation – Fongibilité – Subrogation réelle – Universalité de fait – Réalisation des sûretés réelles – Sûreté globale.

ABSTRACT

Securities on the professional's properties form a significant way of accessing to credit. Despite many initiatives, means that enable to hold estates as security, such as stocks of goods, are not fully satisfying. The legal edifice, complex and opposed to the aim expected, prevents from using circulating assets as the basis of guarantee.

This thesis identifies how to make required improvements to modernize the real security law, and so as to outline a new guarantee tool that makes the access to credit easier for companies, the global security.

Keywords : Real securities – Credits – Professionals – Circulating property – Distinction between properties – Real securities classification – Principle of specification of encumbered assets – Movable hypothec – Guarantee basis – Obligation of keeping – Fungibility – Real subrogation – Universality – Enforcement of real securities – Global security.